

# Derecho Público

AÑO 1 NÚMERO 3

CIADI y TBIs

Reforma Constitucional

Constituciones Latinoamericanas

Juicios de Lesa Humanidad

Servicios Públicos

Debates sobre Control de Constitucionalidad

Directores: Eduardo S. Barcesat - Arístides H. Corti

---



Ministerio de  
Justicia y Derechos Humanos  
Presidencia de la Nación

 Infojus  
SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

---





AÑO I - NÚMERO 3

# Derecho Público

---

**PRESIDENCIA DE LA NACIÓN**

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

**MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS**

Dr. Julio Alak

**SECRETARÍA DE JUSTICIA**

Dr. Julián Álvarez

**SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL**

Dr. Franco Picardi

**DIRECCIÓN TÉCNICA DE FORMACIÓN E INFORMÁTICA**

**JURÍDICO LEGAL**

Dra. María Paula Pontoriero

.....  
ISSN 2250-7566

Revista Derecho Público

Año I - N° 3 - Diciembre 2012

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,  
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal.

Directora: María Paula Pontoriero

Directores Editoriales: Eduardo S. Barcesat - Arístides H. Corti

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho Público y sus contenidos son propiedad del Ministerio de  
Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta pu-  
blicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)

El contenido de la revista expresa la opinión de sus autores y no necesariamente la  
del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución Gratuita. Se per-  
mite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema  
informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico,  
mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de  
Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Eduardo S. Barcesat - Arístides H. Corti

Directores

Liliana Costante - Gustavo Szarangowicz

Secretarios de Redacción



# Consejo Académico

Víctor Abramovich  
Víctor Bazán  
José Manuel Benvenuti  
Roberto Boico  
Matilde Bruera  
Néstor Cafferatta  
Rubén Calvo  
Walter Carnota  
Rodrigo Cuesta  
Eduardo Emili  
Aníbal Faccendini  
Raúl Gustavo Ferreyra  
Ana Figueroa  
Alberto González Arzac  
Eduardo Jiménez  
Eduardo Lapenta  
Claudio Luis  
Laura Monti  
María Teresa Moya  
Verónica Piccone  
Beatriz Rajland  
Patricio Sammartino  
Eduardo Tavani  
Guillermo Treacy  
Juan Carlos Vega  
Juan Wlasic





# Editorial

Con este tercer número, cerramos el primer ciclo anual de nuestra revista de Derecho Público. En él se presentaron distintos trabajos atinentes a la nulidad de los tratados bilaterales llamados de promoción y protección recíproca de las inversiones y de la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales arbitrales y judiciales extranjeros en pugna con la soberanía nacional; a las vías legislativas y judiciales de invalidación de dichos tratados y prórrogas; a la nulidad de los laudos arbitrales definitivos del CIADI contra Argentina por mediar a su respecto cosa juzgada fraudulenta; a los fundamentos constitucionales de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y su aplicación jurisprudencial; a las nuevas constituciones latinoamericanas emancipadoras; al proceso constituyente argentino (CN 1853/60 y sus reformas —con la ilegítima exclusión por bando militar de la reforma de 1949 que incorporó las cláusulas inherentes al constitucionalismo social y al orden público económico nacional, en especial su art. 40— y la ulterior vigente de 1994), así como al debate sobre la necesidad de una nueva reforma actualizadora de sus aspectos institucionales, económicos y sociales en sistema con el rol asignado al sector público de la economía como impulsor principal del desarrollo autónomo con inclusión social, en sustitución del modelo de Estado mínimo/desertor con desindustrialización y extranjerización de la economía nacional de la última dictadura cívico-militar y la década del '90. En el presente número, se incluye un trabajo sobre el FMI y su rol de órgano ejecutor y auditor de las políticas económicas y financieras de los países centrales para su aplicación en los países sometidos a su sujeción, y otro sobre los servicios públicos, las tarifas sociales y los subsidios como herramienta complementaria de la política salarial.

En el marco del pluralismo democrático, esta dirección tiene por propósito central generar, profundizar y difundir instrumentos jurídicos al servicio de la conciencia nacional y del poder popular para posibilitar y producir la ruptura del poder corporativo, económico y mediático, así como de la perimida ideología conservadora y neoliberal de estamentos que le son adictos en el aparato judicial.

Asimismo, la publicación tanto de las materias en debate, como del debate de tales materias participa del objetivo central aludido. La argumentada opinión personal de quienes suscriben cada artículo muestra —con las variantes propias del marco teórico al que adhieren— el acento puesto en la necesidad de instrumentar un derecho público vital, cohesionado y coherente con el imperio del principio de autodeterminación de los pueblos y el ejercicio de la soberanía nacional frente a los aún vigentes mecanismos de despojo de la estrategia neocolonialista. La dirección de esta revista no es aséptica ni ajena a la toma de posición política a conciencia que requiere la referida confrontación. En ese orden de ideas, es nuestra intención continuar con el camino iniciado como un aporte más a la construcción de una democracia participativa y de base igualitaria en el acceso al producto social.

Los directores

# Índice General

## Doctrina p. I

Ruptura de la dependencia de los TBI y el CIADI  
por EDUARDO S. BARCESAT ..... p. 3

Acerca de la nulidad absoluta de los laudos arbitrales del CIADI  
y vías procesales para su impugnación  
por ARÍSTIDES H. CORTI..... p. 27

Apostillas a la problemática de la prórroga de jurisdicción en tribunales  
extranjeros o arbitrales en materia de deuda soberana  
por FACUNDO M. ARAUJO y MARÍA CAROLINA TORRES .....p. 35

Deuda, FMI y la Nueva Izquierda Latinoamericana. Un lugar para la autonomía  
por LUCILA ROSSO..... p. 85

Sobre el contenido y eficacia de la Constitución y su posible reforma  
por LILIANA B. COSTANTE .....p. 109

Discurso sobre reforma constitucional. Análisis de la necesidad  
de un nuevo momento constituyente para el Estado argentino  
por RAÚL G. FERREYRA ..... p. 155

Los procesos constituyentes en nuestra América  
desde la mirada del pensamiento crítico  
por BEATRIZ RAJLAND .....p. 181

El valor gestión como bien jurídico en el Derecho Constitucional argentino  
y en el nuevo constitucionalismo latinoamericano.  
por WALTER F. CARNOTA .....p. 195

**ÍNDICE GENERAL**

---

Nuevos paradigmas: el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad en Argentina  
por ANA M. FIGUEROA ..... p. 203

Servicios públicos en la actualidad.  
Hacia políticas de utilización eficiente de los subsidios  
por DIEGO M. CORMICK ..... p. 231

Debates sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad (primera parte)  
por DIEGO A. DOLABJIAN ..... p. 249

**Fuentes citadas** ..... p. 303

**Índice temático** ..... p. 319

---

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)



# Doctrina

---



# Ruptura de la dependencia de los TBI y el CIADI

por **EDUARDO S. BARCESAT**<sup>(1)</sup>

## I | Introducción

He de proponer un examen sobre la validez o invalidez de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), la sujeción que determinan los mismos adjudicando ley y jurisdicción a las reglas normativas de un órgano supranacional, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la exigibilidad de sus sentencias, y —muy especialmente— la fuerza ejecutoria de esas sentencias y las vías de impugnación de las mismas.

El examen se realizará determinando la estructura jerárquica del orden jurídico, estableciendo las necesarias correlaciones entre el orden interno y el derecho internacional.

Como en todo lo que refiere al discurso jurídico, las inficciones de la ideología y de las estructuras del poder son objetivas —materiales, podría decirse— y la función del cientista social no es el de encubrirlas, sino, por el contrario, dar cuenta de esas incrustaciones del poder y la ideología,

.....

(1) Profesor Titular Consulto en el Departamento de Teoría General y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Consultor Externo de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina. Asesor Presidencia Cámara de Diputados de la Nación Argentina.



desnudar y explicitar sus estructuras operativas y —si ello es posible— deconstruirlas. En esa deconstrucción radica el poder de la teoría social.

Desde luego la teoría no opera sino en tanto que instrumentada en prácticas político-institucionales que llevan adelante las construcciones teóricas. Sería ingenuo pensar que el sólo develamiento de una estructura de poder sea suficiente para operar su desmontaje. Se requiere de prácticas institucionales, de modificaciones en la macrofísica internacional del poder y eso comporta —lo ponemos de relieve— de un bloque social que porte e instrumente las prácticas de transformación.

El denominado “uso alternativo del derecho” no se satisface, únicamente, en la búsqueda de la mejor normativa, de aquélla que habilite la transición de una estructura de la dependencia a una de liberación y auto-determinación de los pueblos; se requiere de un bloque social con compromiso en esa liberación y auto-determinación para operar las prácticas político-institucionales transformadoras.

El poder de una teoría radica en su fuerza descriptiva y —si tiene esa potencia— en su capacidad anticipatorio de lo por venir.

Por tanto que es un compromiso del cientista social el logro del mayor rigor y consistencia epistemológica en los ensayos y propuestas que imbrican en los procesos de liberación y auto-determinación de los pueblos; en nuestro caso, de los pueblos de Latinoamérica y el Caribe.

A ese compromiso y pertenencia está destinado este ensayo de deconstrucción de la vigencia e imperatividad de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI en lo sucesivo), y de su instrumento de ejecución dominante, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI en lo sucesivo).

## 2 | Del orden jerárquico del derecho positivo

El orden jurídico —así lo enseñaba el Jefe de Escuela del positivismo jurídico, Han Kelsen— es el de un conjunto de normas con las características de un sistema; esto es, de una estructura jerárquica en el que la validez de

las normas inferiores del conjunto deben hallar su razón de legitimidad en su reglada derivación de normas de jerarquía superior.

Desde luego, Kelsen fracasó en su intento de dar un fundamento último, puro y positivo, a la validez del derecho. Preñada su concepción de un criterio de auto-satisfacción de sus postulados y conceptos, tras dejar fuera el concepto de poder, por su impureza para una teoría normativa, se convirtió, a través de la *gründnorm*, o norma fundamental, como supuesto último y basal de la validez del derecho, en el arquitecto profano del más ficcional dispositivo de esquivar de la inmanencia del poder en la teoría del derecho.

No obstante, y como el mismo Kelsen admitiera, él no inventó nada en la teoría del derecho; simplemente sistematizó más de doscientos años de positivismo jurídico. De allí la enorme eficacia descriptiva de su teoría que, con adeptos y críticos, dominó el pensamiento jurídico del siglo XX.

Y es por esa profunda tarea de sistematización de la dogmática jurídica que habremos de adoptar sus aportes, de la nomodinámica, sobre el concepto de validez en el derecho, porque no sólo que son la sistematización más rigurosa del orden jurídico existente, sino porque habré de emplear ese rigor para el desmontaje de la pretensión de validez de los TBI.

Puede parecer paradójal —no lo es, anticipo— que se adopten las aportaciones teóricas del jus-filósofo más influyente del siglo XX, para la deconstrucción de los TBI, siendo que Kelsen fue el gran sistematizador del pensamiento jurídico elaborado (para ponerle una fecha, por arbitraria que sea), desde la formulación del Código Civil Francés, o napoleónico, en el que se inspiraron y siguieron su huella, los códigos civiles de los países de Latinoamérica y el Caribe.

Lo paradójal es que los TBI y el CIADI han sido contruidos e impuestos, a espaldas —como contracara— de ese orden positivo nacido y dogmatizado en los países centrales europeos, quebrantando, por tanto, el orden jurídico y la dogmática que desarrollaron e impulsaron durante más de doscientos años.

De modo que lo transformador, lo revolucionario si es que cabe una expresión tan extrema y elevada, es rescatar esa normativa y dogmática bajo

la que creció el capitalismo desarrollado, para deconstruir, en la teoría del derecho y en las prácticas jurisdiccionales, al instrumento dilecto de dominación del capitalismo desarrollado: los TBI y su órgano de poder, el CIADI.

Paso a describir la estructura jerárquica del orden jurídico.

La normativa superior reside, incuestionablemente, en el derecho internacional de los tratados.

Ese derecho supra-nacional se ha establecido, por el consenso de las naciones, configurando un conjunto normativo, que tras la ratificación e incorporación por los respectivos Estados nacionales, inviste a sus disposiciones como contenidos a los que deben someterse las autoridades nacionales que operaron su ratificación e incorporación.

Por esa jerarquía normativa, los tratados internacionales establecen contenidos indisponibles por las respectivas autoridades nacionales; deben cumplimentar sus disposiciones y acatar las resoluciones que dicten los organismos jurisdiccionales previstos en los Protocolos Adicionales de dichos tratados internacionales.

Ahora bien, definamos el interrogante: ¿Todos los tratados internacionales tienen el mismo rango?; ¿Invisten igual jerarquía, vgr. el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (1966/76), que los TBI?

La respuesta que doy a estos interrogantes es categórica y, aguardo, fundada: no.

Los pactos internacionales, como el invocado, son las normas más generales y superiores, por tanto, del derecho internacional; los TBI son normas particulares del derecho internacional y su validez depende de su concordancia con las disposiciones de las normas generales del derecho internacional.

La invocación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966/76) no es casual ni arbitraria. Es la norma superior del orden jurídico internacional en todo cuanto concierne a los derechos económicos, sociales y culturales, de los individuos y de los pueblos.

La cláusula rectora de este Pacto se enuncia en su artículo 1:

“1: Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2: Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3: Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el derecho de libre determinación y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas”.

A esa normativa deben corresponderse, en relación bi-unívoca, los TBI, y si el cotejo acredita un absoluto divorcio, falta de correspondencia, entre lo establecido por la norma superior, el Pacto Internacional, versus las disposiciones de la norma inferior, el TBI, no puede sino concluirse en la invalidez de las normas particulares, los TBI.

Anticipo que no existe contradicción alguna entre las disposiciones del Pacto Internacional y la normativa de los Códigos Latinoamericanos y del Caribe; bien por el contrario, estos Códigos han resultado, como veremos, un ejercicio de anticipación de los derechos de los pueblos sobre sus recursos y riquezas naturales. Desde luego no es que pretenda adjudicarle a los autores del Código Civil Francés haber tenido la visión del futuro Pacto Internacional, sino que al delinear en forma consecuente el derecho del capitalismo desarrollado, anticipándose a las formas mercantilistas dominantes al tiempo de su imposición, no sólo aseguraron la permanencia normativa de sus disposiciones, sino que han brindado un magnífico instrumental normativo a los pueblos para que reivindiquen y ejerciten su soberanía en materia de ley y jurisdicción aplicables en las relaciones jurídicas internacionales.

Pero, como señalé al principio de este ensayo, ese arsenal normativo debe ser apropiado y ejercitado en las propuestas político-institucionales, para invalidar a los TBI, y esa apropiación/ejercicio requiere de un bloque social comprometido con el recupero de su derecho a la liberación y auto-determinación, como individuos y como pueblo. Sin esa incorporación e instrumentación en prácticas político-institucionales, la impugnación de invalidez de los TBI carece de sentido y función social, para convertirse en un mero ejercicio argumental.

No es ocioso recordar que Karel Vasak, primer Director de Derechos Humanos de la UNESCO y recopilador, tanto de las dimensiones internacionales de los derechos humanos como de los fundamentos filosóficos de esos derechos, definió al derecho de auto-determinación de los pueblos como equivalente al derecho a la vida para los individuos.

Si vamos a existir como pueblos, si vamos a tener vida como tales, es menester ejercitar los derechos de la liberación y la auto-determinación.

Y —tengamos la firme convicción— no hay ningún derecho superior al de la existencia, como individuos y como pueblo.

No se trata de una formulación voluntarista e impregnada de metafísica jus-naturalista; bien por el contrario, nos estamos refiriendo a una norma positiva superior del derecho internacional, que comprende a todas las naciones y todos los pueblos.

Concluyo este punto del ensayo, referido a la estructura jerárquica del orden positivo, afirmando que toda interpretación, toda exégesis de normas y de obrares conforme a derecho, tendrá su vértice final de validación en la correspondencia con la señalada normativa superior del orden jurídico internacional.

### 3 | Sobre la validez del derecho

Enseñaba Kelsen: la validez es el ser del derecho, su imperatividad, su fuerza ejecutoria.

Para que una norma inferior sea válida, debe satisfacer tres requisitos: a) emanar de un órgano competente; b) conforme un procedimiento reglado; c) un contenido adecuado o razonable.

La dogmática jurídica ha unido los dos primeros requisitos (órgano y procedimiento), bajo la nominación de “principio de legalidad”, reservando para el tercer requisito (correspondencia con la normativa superior), el “principio de razonabilidad”.

Interrogar sobre la validez de una norma, por tanto, remite al examen de satisfacción de los requisitos de validez; esto es, su legalidad y razonabilidad.

### 3.1 | Del control de legalidad

El examen de la legalidad debe determinar si la norma inferior ha sido adoptada por autoridad competente y conforme el procedimiento establecido en la normativa superior.

Es fundamental para este examen tener en cuenta las recientes incorporaciones constitucionales operadas en los países del continente (Latinoamérica y el Caribe), que determinan la nulidad total, absoluta e insanable tanto del acto de usurpación del poder político como de los actos y normativas dispuestas desde el ejercicio usurpativo del poder.

Y ahora, estas incorporaciones constitucionales se han visto ampliadas en su fuente y ámbito de validez, al ser receptadas como normas y principios del derecho positivo regional, tanto en el MERCOSUR como en la UNASUR.

Se trata de un cambio de signo en la ideología jurídica. Al paradigma positivista, fundado en la eficacia de los mandatos del usurpante, le sustituye un nuevo paradigma en el que la validez del derecho se corresponde con el respeto a la voluntad político-institucional de sus pueblos, únicos sujetos de derecho competentes para decidir las transformaciones sociales y conferir el mandato a sus representantes.

Un apotegma se deriva de este cambio de paradigma: el derecho sólo se crea y sólo se aplica desde el derecho.

Ya no hay principio de reconocimiento en el derecho internacional que pueda apartarse del mandato emanado de la conciencia jurídica de nuestros pueblos. Se sostendrá a los gobiernos legítimos emanados de la voluntad popular y no se reconocerá ni aceptará la usurpación como fuente de validez, ni de la autoridad usurpante ni de sus mandatos.

De este cambio de paradigma jurídico se derivan obligaciones insoslayables para el intérprete del derecho.

Su primer requisito es el de configurar la competencia constitucional de la autoridad que haya suscripto el respectivo TBI. Hablar de autoridad es, también, hablar de procedimiento. Por tanto, que se trata de examinar, previo a todo otro cotejo, si la autoridad que suscribió el TBI estaba constitucionalmente facultada y si siguió los procedimientos constitucionalmente reglados para la suscripción de un tratado internacional.

Como todo lo que refiere al control de legalidad, la determinación de la insatisfacción del requisito de competencia constitucional y del debido procedimiento, también constitucionalmente reglado, aparece, en caso de insatisfacción de dichos recaudos, la nulidad, total, absoluta, manifiesta e insanable del acto o disposición que hubiere implementado el TBI.

Si este fuere el caso —incompetencia del órgano y consecuente apartamiento del debido procedimiento constitucional para la adopción del TBI—, no es menester siquiera avanzar en el control de razonabilidad de las disposiciones del TBI, porque su pretensión de validez ha sido fulminada por el control de legalidad.

Como toda nulidad total, absoluta, manifiesta e insanable, es insusceptible de confirmación, ratificación o acto de subsanamiento alguno, aunque esa disposición de pretense subsanamiento provenga de autoridad legítima y con competencia constitucional.

Porque lo que es nulo, de nulidad total, absoluta, manifiesta e insanable, no puede “ser” ni “existir” para el derecho.

Señalaba Kelsen que la nulidad siempre es de grado, porque requiere, en todo supuesto, de una autoridad competente que así lo declare y que hasta tanto no opere la decisión del órgano que invalide el acto de creación normativa, la misma seguirá vigente como si fuere derecho.

Desde luego esta afirmación se corresponde con el paradigma positivista en el que la eficacia de los mandatos, que fueren obedecidos aunque emanaren de un usurpante, otorgaba validez a estos actos de creación normativa.

El final de este paradigma, operado en dispositivos constitucionales y en normas del derecho regional de Latinoamérica y el Caribe, impone también adoptar el apotegma que requiere legitimidad de origen para la autoridad que se pretenda tal. Si no se es autoridad legítima en el derecho, los actos de creación normativa no tienen otro destino que el de su descalificación, y nada puede mejorar o recuperar aquello que no es, que no existe, para el derecho; lleve el tiempo que lleve y el esfuerzo social que demande en su consecución. Porque esa, y no otra, es la senda del derecho.

Cabe afirmar como necesario corolario de lo expuesto que la acción declarativa de nulidad es imprescriptible, porque el decurso temporal no puede sanear ni mejorar lo que no es para el derecho.

## 3.2 | Control de razonabilidad

Ahora examinaré el control de razonabilidad, tercer requisito de la validez de los actos de creación normativa.

En la dogmática y en las prácticas jurisdiccionales, el del control de razonabilidad es el que presenta aristas más difíciles.

De un lado, porque remite a la determinación de quién, o quiénes, tienen el facultamiento constitucional para ejercer el control de razonabilidad; por tanto, que la división de poderes es uno de los aspectos a considerar, y que conforme esa división de poderes los criterios de conveniencia y oportunidad de los respectivos actos es del resorte de quién tiene la competencia constitucional para su dictado.

Ingreso a la consideración de esta problemática.

### 3.2.1. Quien tiene la competencia constitucional para crear una norma, tiene igualmente competencia para anularla

El control de constitucionalidad de un acto se inicia con la actividad del órgano que tiene la competencia constitucional para crearlo. Es este órgano el que tiene la obligación a ejercer sus potestades dentro de los límites reglados por el sistema jurídico positivo, con vértice en la constitución nacional y en los tratados internacionales incorporados al sistema.



Si el ejercicio de ese control de constitucionalidad fracasa, lo que comporta un desvío de poder nulificable, tanto los órganos de contralor, judiciales, de auditoría o de control de gestión, en el ámbito de sus respectivas incumbencias, tienen el deber de investigar el acto sospechado. Incluso los particulares, habitantes de la nación, tienen, cuando menos, la capacidad para denunciar y poner en marcha los mecanismos jurisdiccionales y/o de contralor administrativo para el examen de validez del acto repugnado. Decir que sólo el Poder Judicial tiene la potestad de anular los actos de los otros poderes es una simplificación que opaca la comprensión respecto de otras instancias de contralor de los actos de creación normativa. Es más, en diversos Códigos de Ética de la abogacía, se establece como un deber ético de los abogados el ejercicio del control de constitucionalidad de los actos del poder, en salvaguarda de la supremacía de las respectivas constituciones.

Por tanto, que en todo proceso de creación normativa, sea en el campo del derecho público o del privado, quien tiene la capacidad para crear la norma, general o particular, es el primer obligado a controlar la validez o constitucionalidad de su acto de creación normativa, y ejercer la función de anularla si advierte que se ha procedido con desvío de poder y contra derecho.

De este orden de consideraciones se deriva que tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo tienen el deber y la potestad constitucional de anular sus propias disposiciones si advierten que las mismas o bien han sido creadas por una autoridad ilegítima que usurpó atribuciones constitucionales que sólo competen a los poderes regulares de gobierno, u obraron lesionando disposiciones de superior jerarquía normativa.

Se debe aquí aclarar que anular no es lo mismo que derogar. Se deroga aquello que es válido pero que por cambios de criterio respecto de su conveniencia u oportunidad convocan a su derogación. En cambio, se anula cuando el acto no pudo, no debió ser gestado porque desde el inicio estaba impregnado de ilicitud, por incompetencia de la pretensa autoridad que lo impuso, o porque se advierte que su contenido repugna la normativa superior.

### **3.2.2. La función judicial de control de constitucionalidad**

Es preclara la incumbencia constitucional de los poderes judiciales de todas las naciones para ejercer el control de validez de los actos emanados de los otros poderes.

No obstante la potestad incuestionable de los poderes judiciales para ejercer ese control de validez, una perniciosa ideología jurídica ha generado el dogma de las denominadas “cuestiones políticas no justiciables”.

Por más que los textos constitucionales no definan, ni nombren las cuestiones políticas no justiciables; extensos tramos de la dogmática jurídica han sido empleados en generar la imagen que estas construcciones ficticias realmente existen.

En su mayoría, las invocaciones de las cuestiones políticas no justiciables ha acompañado a los procesos de usurpación del poder político, donde administraciones judiciales puestas al servicio del usurpante, han amparado su falta de compromiso con la supremacía del orden constitucional y del derecho internacional, invocando que se trata de “cuestiones políticas no justiciables” y que si ingresaran a revisar las decisiones del usurpante estarían ejerciendo las incumbencias de éste.

Se pasa por alto, en esta ideología, que el usurpante no es autoridad y que por tanto no tiene incumbencias constitucionales y que, en su caso, si algo puede y debe hacer una administración de justicia, enfrentada a una situación de excepcionalidad institucional, ese algo es acrecentar el control de constitucionalidad y no arrojarlo por la borda bajo invocación de “cuestión política no justiciable”.

Habremos de ver que en materia de TBI, los poderes judiciales de los países comprometidos han sido —son— francamente renuentes a ejercer el contralor de validez de estos TBI, lo que acredita la escasa capacitación y compromiso de quienes integran las respectivas administraciones de justicia.

Igual reproche puede enderezarse contra el ministerio público (fiscalías), que parecieran no advertir anormalidades en estos contratos (TBI). E incluso en las propias oficinas jurídicas de los gobiernos (procuraciones generales del tesoro, etc.), las que no sólo que no han repugnado ni habilitado mecanismos de revisión de los TBI, sino que con injustificable docilidad frente al poder económico han “dictaminado” a favor de su existencia y pretendido convalidar las anomalías constitucionales; arquetípicamente, la resignación de la ley y jurisdicción nacional a favor de normativa y jurisdicción extranjera o supra-nacional.

De modo que debe realizarse un fuerte llamamiento a los integrantes del ministerio público fiscal, a las procuraciones del tesoro y oficinas de asesoramiento letrado de la administración pública, y muy especialmente a los jueces, para que ejerzan sus incumbencias constitucionales, sin ampararse en la doctrina ficcional de las “cuestiones políticas no judiciales”.

## 4 | De la invalidez de los TBI

Conforme el marco teórico del punto antecedente examinaré el tema de la validez o invalidez de los TBI.

### 4.1 | Del control de legalidad de los TBI

Este puede sintetizarse en el interrogante sobre qué validez puede otorgársele a un TBI suscripto por usurpantes del poder político.

La descalificación debe ser absoluta; quién no invista la calidad de autoridad legítima del Estado, conforme su respectiva constitución, no puede obligar al mismo.

Esta doctrina tiene varios antecedentes internacionales, prolijamente reseñados por un historiador y experto en el tema de la deuda externa de los países del Tercer Mundo.<sup>(2)</sup>

Debe destacarse, en este sentido, la XIV Enmienda de la Constitución de EEUU por la que se desconoció la validez y exigibilidad de los actos realizados por los gobiernos de los Estados secesionistas, descalificados como autoridades cuyos actos no podían obligar a la Confederación. Así repudiaron la deuda externa contraída por dichas autoridades usurpantes, decisión esta convalidada posteriormente por la Corte Suprema de Justicia de los EEUU

De nuestra parte, que ponemos especial énfasis en destacar que la invalidez de estos actos procede, más allá del destino de las deudas contraídas, por la nulidad ínsita en el obrar de toda autoridad usurpativa.

---

(2) OLMOS GAONA, ALEJANDRO, *La deuda odiosa; el valor de una doctrina jurídica como instrumento de solución*, Buenos Aires, Continente, 2005.

Tampoco es de admitirse el previsible contra-argumento que un Estado o empresa extranjera no puede ponerse a examinar los títulos de la autoridad nacional de otro país, que no es tema de su incumbencia definirlo como usurpante o como autoridad legítima. Por cierto, se trata de un argumento endeble y falso. La norma consuetudinaria del derecho internacional, conocida como principio de reconocimiento, atribuye al reconocimiento que hacen los otros estados la convalidación (validez) de las nuevas autoridades surgidas de un modo no previsto ni querido por el orden jurídico interno donde se produjo la alteración. Si ese principio de reconocimiento es ejercido —precisamente— “sin principios”, si se considera lo mismo a una autoridad emanada de la voluntad popular que al “gobierno” surgido de un golpe de Estado, pues entonces que soporte las consecuencias quien ha igualado la excepcionalidad institucional con el Estado de Derecho.

Igual ocurre en el campo del derecho privado; son conocidos los axiomas jurídicos que quien contrata con un ladrón, sabiendo o debiendo sospechar de su condición de tal, ninguna acción tiene en el derecho, que nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso que el que tiene, y que entre los otorgantes de un acto nulo ninguna acción tienen entre sí, para comprender que principios uniformes, receptados en el orden jurídico positivo, tanto en el campo del derecho público, como del privado, se erigen contra la pretensión de validez de actos jurídicos concertados sin justo título.

Por ello, que los actos de contratación de TBI realizados por usurpantes del poder político, son nulos de nulidad total, absoluta e insanable, que no pueden ser convalidados por autoridades legítimas sobrevinientes, siendo imprescriptible la acción de impugnación de estos actos, los que pueden ser anulados tanto por autoridad judicial como por los órganos con competencia constitucional para dictarlos bajo el Estado de Derecho.

## 4.2 | Del control de razonabilidad de los TBI

Bajo el presupuesto que el TBI haya “aprobado” el control de legalidad, debe ingresarse al examen del control de razonabilidad; esto es, al examen de las cláusulas habituales en estos TBI.

Habré de señalar los puntos más importantes de impugnación.

#### 4.2.1. Ley y jurisdicción aplicables

Es principio uniforme del derecho internacional privado que la ley y jurisdicción aplicables, tratándose de contratos internacionales, son la ley y jurisdicción del lugar en que se ejecuta la obligación principal; esto es, en materia de TBI, el país en el que se realiza la actividad productiva, sea de elaboración y comercialización de productos —mercancías— o de prestación de servicios.

Pese a esa uniformidad, y a que se trata de principios jurídicos que han tenido su origen en los países de Europa central, esa uniformidad es quebrantada en los TBI, disponiendo que la ley es el propio TBI, sin normativa alguna superior que condicione su validez —razonabilidad—, y la jurisdicción la del CIADI, creado a imagen y semejanza de los TBI, admitiendo como única normativa de sujeción para la resolución de los conflictos la del texto del TBI y su jurisprudencia interna, desechando toda normativa de impugnación de las previsiones de los TBI que surgen, ciertamente, del derecho internacional general, de las previsiones constitucionales de los respectivos países, y de las disposiciones, uniformes en esta materia, sobre ley y jurisdicción aplicable del derecho interno de cada país. Peor aún, previendo razonables impugnaciones en esta materia, no sólo que se impone la renuncia a su invocación por el Estado afectado, sino que resuelve, por anticipado, que tales planteos no serán acogidos.

Los Estados ingresan a los TBI resignando un tramo de su soberanía, la de la ley y jurisdicción de aplicación.

No es menos infamante que la entrega de partes del territorio nacional, o que la sujeción a dominación colonial de una parte de su territorio; en definitiva, que todas ellas son parte integrante del concepto de soberanía. En efecto, no hay Estado sin un orden jurídico; orden jurídico que fue constituido en consonancia con las instituciones del derecho. Cuando se formalizan los TBI, la exigencia del poder económico es que ese derecho, que es parte también del derecho nacional al que pertenece el ente contratante, sean arrojados por la borda para entregar maniatado al Estado que recibe la inversión.

Así como en los contratos de derecho privado; vgr. los mutuos con garantía hipotecaria, los instrumentos otorgados por los operadores del

derecho, de los acreedores, saturan los respectivos instrumentos con cláusulas en las que el tomador del mutuo renuncia a todo, cláusulas que los tribunales han declarado nulas, lesivas y abusivas, los TBI se encuentran atiborrados de cláusulas de igual jaez, sólo que por la circunstancia que esas cláusulas de aborrecimiento del derecho han sido suscriptas por los representantes de los Estados y a favor de quienes detentan el poder económico, guardan, los jueces silencio, miran para otro lado cuando se les propone el control de constitucionalidad, lo que habla a las claras sobre su falta de compromiso con el sistema jurídico y el concepto de soberanía.

Entiendo y sostengo que estas cláusulas de sumisión de la ley y jurisdicción de aplicación son nulas de nulidad total y absoluta, insusceptibles de ser convalidadas por tribunal y autoridad alguna, y causal suficiente y autónoma para tumbar la pretensión de validez del TBI en cuestión.

Ello, porque afectan al orden público constitucional que toda constitución establece. Vuelvo a decir que sería totalmente semejante a que por un TBI el Estado que recibe la inversión renuncia a parte de su territorio. No es menos gravosa la renuncia a la ley y jurisdicción de aplicación que la de la integridad territorial.

También debe decirse que la renuncia a la ley y jurisdicción no es para recibir una mejor legislación y una jurisdicción más competente, imparcial e idónea. Se renuncia para entregarse, someterse, a la “soberanía” del TBI, pautado como única ley aplicable y con el sacrificio de todo derecho que emerja del derecho internacional de los tratados, de las constituciones y de las normativas regulares de sus propios ordenamientos jurídicos. Consecuentes con su propia *gründnorm*, los jueces y árbitros del CIADI no aplican otra ley que no sea el propio TBI y su jurisprudencia interna acerca de los TBI.

Se trata, incuestionablemente, de un círculo —no de tiza ni caucasio (Bertold Brecht)— sino de castración institucional que se les impone a los Estados bajo la sola invocación de la palabra —mágica y suprema— de “inversión”.

¿Y qué es la inversión; qué debe entenderse por inversión?

#### 4.2.2. Sobre la inversión

A poco que se examinen los TBI se advierte que la inversión, en la mayoría de los casos, remite a una actividad productiva fundada en el empleo de los recursos y riquezas, no renovables, de los países que reciben la "inversión".

Esto es, que los países que reciben la supuesta inversión son los que aportan los recursos y riquezas naturales, en su mayoría no renovables, o de largo período para su recupero cuando son renovables, y el inversor lo único que aporta es el capital de inicio para movilizar esos recursos y riquezas naturales, que una vez convertidos en productos (mercancías) de consumo son distribuidos; una parte para el país donde se producen las mercancías, y la otra parte —generalmente mayor— se destina a la exportación, en beneficio exclusivo de quienes sólo aportaron el capital inicial de movilización de los factores productivos.

La inversión, entonces, se reduce al capital que se aporta al inicio de la actividad productiva, con créditos de organismos internacionales, capital que se renueva y reproduce con natural facilidad aprovechando de los recursos y riquezas naturales, no renovables, o de lento recupero, que son aportados por el Estado que recibe la "inversión".

Debe sostenerse, así lo propongo, que el empleo de recursos y riquezas naturales no renovables del país que recibe la "inversión", no puede considerarse inversión, porque en definitiva es emplear los recursos y riquezas naturales del otro, para una actividad productiva propia. Y eso no es una inversión, es una apropiación en provecho propio que perpetran las empresas y estados extranjeros.

#### 4.2.3. La transferencia de tecnología

La empresa inversora aporta su tecnología productiva. Y la cobra como tal (*royalties*, patentes, *know how*, transferencia de tecnología en general).

Al así obrar, las empresas extranjeras quebrantan otro principio general del derecho: la prohibición del contrato con uno mismo.

En efecto, la empresa extranjera aporta y cobra sus diversas licencias o patentes para aquello que va a producir y comercializar en el país que recibe

la "inversión". Casa central y sucursal. La misma empresa, más allá de la formal diferencia de personería jurídica. Por el empleo de esas licencias o patentes la sucursal efectúa pagos, que no son más que utilidades disfrutadas, que ni siquiera tributan por la actividad comercial que desarrollan, ya que las remesas operan y se contabilizan como gastos.

La empresa extranjera capta ganancias a través de la actividad productiva que desarrolla bajo el amparo del TBI, conforme el mercado que para sus productos implica la población del Estado que recibe la inversión. Cobra por la aplicación de sus patentes, y consume los recursos y riquezas naturales del país que recibe la "inversión", y para completar el círculo de castración del país colonizado, el TBI impone que la ley y la jurisdicción son las propias del TBI; esto es, las del "inversor".

Como se advierte, son varias las cláusulas de los TBI que imponen su anulación por la arbitrariedad absoluta, lesiva de la soberanía y del concepto de igualdad de los contratantes.

## 5 | Del CIADI a un órgano regional de cooperación y resolución de conflictos

El reproche de invalidez de los TBI debe conducir a la exclusión del CIADI como órgano jurisdiccional supra-nacional de arbitraje y resolución de conflictos para los países de Latinoamérica y el Caribe.

No se trata de "mejorar" o "democratizar" al CIADI. Es un tribunal intrínsecamente nulo, cual epifenómeno de los TBI a los que presta servicio.

Para justificar el aserto, realizaré un sumario examen de lo que establece el Reglamento CIADI y de cómo las prácticas de los distintos Tribunales CIADI han desvirtuado, totalmente, las disposiciones del Reglamento.

El art. 25 del Reglamento CIADI establece que su competencia jurisdiccional es la de las diferencias de naturaleza jurídica que surjan entre un Estado y el nacional contratante de otro Estado. Pese a la corrección de la estipulación del Reglamento, lo cierto es que los Tribunales CIADI que se integran para cada caso, tienen una conducta que podría calificarse como



“bipolar”. En efecto, cuando se introducen debates jurídicos concernientes a la normativa y dogmática de aplicación, el Tribunal CIADI se escuda, para no abordar el tema, en su condición de tribunal arbitral, lo que pareciera eximirle de adentrarse en debates sobre el derecho y la dogmática. Inversamente, cuando busca de afirmar su jurisdicción supranacional, no vacila en afirmar que puede disponer y hacer ejecutar sus decisiones, sea en medidas cautelares o en sentencias definitivas, a través de los tribunales nacionales de los Estados contratantes. Un “jano” bifronte, que se escuda en calidad de tribunal arbitral para eludir el derecho de aplicación; pero tribunal supra-nacional cuando de cumplir sus disposiciones se trata.

Otro corolario importante del art. 25 del Reglamento CIADI y que es donde se produce el trastocamiento más profundo del derecho y la dogmática, refiere a que los diferendos son entre partes contratantes, lo que es totalmente lógico y razonable. Pero, bien lo sabemos, la condición de “parte” o “parte contratante” ha sido desvirtuada por la jurisprudencia de los precedentes CIADI al admitir reclamos interpuestos no por la “parte” o “parte contratante” sino por los accionistas o socios de personas jurídicas contratantes, salteando su condición de parte, que es precisamente lo único que otorgaría legitimación activa para promover el reclamo. Es más, se dan casos, actualmente en trámite (SEMPRA c/ Gobierno Argentino), en que la empresa licenciataria ha renegociado (novado) su relación con el Estado argentino pero un socio minoritario, como es SEMPRA, se alza contra la decisión de los órganos de administración y dirección de la empresa licenciataria (CAMUZZI, en el caso), y acciona directamente contra el Estado argentino invocando, meramente, su condición de accionista. Este quiebre de la teoría de la personalidad jurídica y de la representación de las mismas es una ofensa a la racionalidad del discurso jurídico y de las prácticas jurisdiccionales. Del hecho que la compra de acciones sea entendida como “inversión” en los TBI, no se deriva que ello convierta a los accionistas en parte contratante; peor aún, que puedan pasar por sobre las decisiones de la empresa licenciataria y que es, técnicamente, la parte contratante.

Si el orden argumental contenido en los perversos precedentes CIADI fuera correcto, hipótesis que niego enfáticamente, también los ciudadanos del país contratante estarían procesalmente habilitados para recurrir, por sí, ante el Tribunal CIADI reclamando por incumplimientos contractuales de las empresas extranjeras. Ciertamente que si este fuera el caso, el

Tribunal CIADI le negaría legitimación activa a los ciudadanos en tanto que pretensos reclamantes, precisamente por no investir la condición de parte contratante ni de ejercer la representación del Estado contratante.

La cuestión es elemental, pueril cabría calificarla, pero es la doctrina de los precedentes jurisprudenciales de los Tribunales CIADI y a la que se aferran pese a reconocer, forzosamente, que se trata de una falacia composicional y que están tirando abajo el andamiaje de la dogmática jurídica en la que todos los operadores del derecho hemos sido formados.

La impostura se acrecienta cuando se examina cuál es la normativa de aplicación para resolver las diferencias jurídicas que constituyen la jurisdicción de los Tribunales CIADI. En efecto, el art. 42 del Reglamento CIADI ofrece una correcta categorización de la normativa de aplicación, en la que, bueno es ponerlo de relieve, los precedentes emanados de los Tribunales CIADI no son siquiera nombrados como fuente normativa de resolución de los conflictos. Pese a esa situación en el Reglamento CIADI, más del 90% de los fundamentos pretendidamente jurídicos de las sentencias de los Tribunales CIADI se basa en los precedentes de otros Tribunales. Así, la falacia composicional se repite indefinidamente como si fuere más importante preservar el error de derecho que corregirlo.

También —es necesario señalarlo— es ocioso todo planteo de impugnación de las resoluciones del CIADI, o que operando dentro de la lógica interna a este Tribunal pueda obtenerse una sentencia conforme a derecho. Cuando el tribunal en cuestión parte de una negación del derecho es contradictorio e ilusorio proponerle el respeto al derecho. Tampoco las resoluciones favorables en alguna escaramuza jurisdiccional pueden alentar expectativas de racionalidad jurisdiccional en este Tribunal.

Hay que sacarlo de su lógica propia, tanto mediante la anulación de los TBI como de la pretendida imperatividad de las sentencias del CIADI.

Para ello, el Estado afectado debe arbitrar los mecanismos nacionales de impugnación de los TBI y de la consecuente sujeción a la ley y la jurisdicción del CIADI.

De los laberintos, sostenía el poeta Leopoldo Marechal, sólo se sale por arriba, no sometiéndose a su intrincado, atrapante y tramposo diseño.

Los países de Latinoamérica y el Caribe sometidos a la dependencia de los TBI deben llevar a sus tribunales nacionales la revisión y anulación de los TBI, con la consecuente pérdida de jurisdicción e imperatividad para el CIADI.

Se trata de un impostergable acto de recuperación de su soberanía; tan importante como preservar la integridad de su territorio.

El planteo jurídico es sólido y tiene más respaldo dogmático y viabilidad que las acciones del derecho interno que han llevado a la fulminación de nulidad de las cláusulas abusivas de los contratos privados.

Pero, para ello, hay que apropiarse el instrumental jurídico, convertirse, mediante esa apropiación/empleo del discurso del derecho, en sujeto y no mero objeto del derecho.

Es un tramo, sustantivo, del ejercicio del derecho de auto-determinación y a la independencia económica, sustentado en esa "Carta Magna", el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966/76), y en las cláusulas constitucionales y del derecho interno de los países de Latinoamérica y el Caribe.

Conjuntamente con esa impugnación jurisdiccional deben sostener, los países de Latinoamérica y el Caribe, que ninguna sentencia condenatoria respecto de los mismos puede ser ejecutada en el territorio nacional sin el inexcusable *exequatur* de un tribunal nacional.

Esta es la senda trazada por las doctrinas de nuestros prestigiosos juristas (Calvo, Drago), que actuaron con saber y compromiso en defensa de la integridad económica y soberanía de los nacientes estados nacionales de Latinoamérica y el Caribe.

Y esa tarea de defensa de nuestra soberanía e integridad económica se ve, ahora, favorecida y sustentada por una normativa internacional que respalda la liberación y auto-determinación de los pueblos de nuestro continente.

Sólo resta —nada menos— que la decisión de nuestros Estados para elevarse a la condición de sujetos de derecho.

A ese compromiso está destinado este aporte.

Cuanto sigue está destinado al bosquejo de un órgano regional de cooperación y resolución de conflictos que, auguramos, funcionará y tendrá como ámbito territorial de su competencia a la UNASUR.

## 6 | De la creación de un órgano regional de cooperación y resolución de conflictos para los países de Latinoamérica y el Caribe

Siguiendo los lineamientos y resoluciones adoptados en la Cumbre Latinoamericana, realizada en Quito, Ecuador (27-29/09/2009), proponemos el siguiente esquema organizativo:

### 6.1 | Ámbito de validez territorial

Se propone que sea el de la UNASUR y todo otro país integrante de la región (Latinoamérica y el Caribe), que resuelva adherir e integrar el órgano regional.

### 6.2 | Incumbencias

Se definen dos áreas de incumbencias:

1. La formulación de dictámenes y/o resoluciones sobre temas que les sean sometidos por los gobiernos nacionales de los países integrantes, o por organizaciones sociales representativas que desempeñen su actividad en el territorio de un país miembro.

Dichos dictámenes y resoluciones abarcarán los siguientes temas:

- Examen de validez y auditoría de contralor de las deudas públicas (externas e internas) de los países miembros, sobre las siguientes bases:
  - a. Control de competencia constitucional de la autoridad que contrajo el empréstito.
  - b. Control sobre la legitimidad de los procedimientos seguidos por la autoridad que contrajo el empréstito.

- c. Control de razonabilidad sobre el empréstito, lo que abarca el objeto del proyecto, la capacidad de repago del país que contrajo el empréstito, que el mismo se corresponda con incumbencias constitucionales del estado respectivo, que atienda al desarrollo humano y social sustentable, que las condiciones de pago sean equitativos conforme el mercado internacional de créditos, que se haya seguido una auditoria seria sobre el destino de los fondos.
  - Examen de validez y auditoría de contralor de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) suscriptos por el estado miembro, sobre las siguientes bases (ídem, incisos a), b) y c) del acápite anterior), más:
    - d. Resguardo de la soberanía legislativa y jurisdiccional del país que suscribió el TBI, sea por su sujeción a la ley y jurisdicción nacionales, o por la aceptación de la competencia del organismo regional que prevé esta comunicación.
  - Todo tema que refiera al comercio y las relaciones bilaterales entre los países miembros.
2. La resolución de controversias que comprendan a dos países miembros, o a un país miembro con otro país ajeno al ámbito de validez territorial del órgano, pero que haya aceptado la competencia del mismo para la resolución de conflictos con el país miembro.

Las controversias comprenderán las siguientes áreas temáticas:

- Toda controversia que se derive de los temas comprendidos en el acápite 2.1 de esta propuesta, a iniciativa del país miembro, de las organizaciones sociales representativas, o por derivación del dictamen o resolución emitida conforme las incumbencias del punto 2.1.
- En todos los casos, la resolución de la controversia, conforme lo determinen los organismos competentes que se definen en la presente, tiene fuerza ejecutoria como laudo arbitral, renunciando los países miembros a exigir el exequatur por ante la jurisdicción nacional.
- El incumplimiento de las sentencias ejecutorias que dicte la organización aparejará las sanciones que se determinen por la UNASUR.

## 6.3 | Órganos

Son órganos:

La Secretaría permanente, que tendrá las siguientes incumbencias:

- Recibir y dar trámite a los requerimientos de dictámenes y/o resoluciones conforme los puntos comprendidos en el acápite 2.1 del presente.

- Dar curso a las denuncias con pedido de pronunciamiento jurisdiccional vinculante, válidamente propuestas.
- Convocar a la Comisión Asesora que se define en el presente, asegurando el seguimiento del tema y la producción del dictamen y/o resolución en un término prudente que fije la Secretaría permanente.
- Comunicar a la o las partes interesadas el dictamen y/o resolución que se dicte.
- Publicar los dictámenes o resoluciones que se dicten.
- Disponer, en su caso, la elevación al Tribunal Arbitral, asegurando igualmente el seguimiento del tema y la producción de la sentencia ejecutoria y la efectividad de la misma.
- Convocar al Tribunal Arbitral con la asignación de la controversia.
- Asegurar la publicidad de las sentencias que dicte el Tribunal Arbitral.
- Verificar la ejecutoria de las sentencias dictadas por el Tribunal Arbitral.
- Comunicar a las autoridades de la UNASUR en caso de incumplimiento de las sentencias del Tribunal Arbitral.

## 6.4 | De la comisión asesora

Será integrada por cinco miembros de países no involucrados en el pedido de dictamen o resolución.

Los miembros serán sorteados de una lista de candidatos propuestos por los países miembros, atendiendo a sus antecedentes curriculares y compromiso con los objetivos de la organización.

Reunidos por la Secretaría permanente, procederán a la designación del Presidente de la Comisión Asesora, quien tendrá la facultad de desempate en caso que hubiere dictámenes o resoluciones diversas.

La competencia de la Comisión Asesora se agota con la producción del respectivo dictamen o resolución.

Podrán aconsejar la elevación del tema al Tribunal Arbitral cuando entiendan que se requiere de una actividad jurisdiccional.

## 6.5 | Del tribunal arbitral

Será integrado por cinco miembros de países no involucrados en el pedido de resolución arbitral.

Los miembros serán sorteados de la misma lista prevista en el acápite anterior.

Elegirán un presidente que podrá desempatar en caso necesario.

Emitirán su laudo arbitral, delegando en la Secretaría permanente el asegurar su ejecutoria.

## 6.6 | Normativa de aplicación

Son normas de aplicación para todas las incumbencias de los órganos:

- Los tratados, internacionales y regionales, de derechos humanos.
- Las resoluciones, normas y principios que adopte la UNASUR.
- La normativa interna de los países miembros.
- Los reglamentos y normas de procedimiento que se elaboren por la Secretaría permanente.

## 6.7 | Principios de interpretación

Serán principios rectores de interpretación, los siguientes:

- Favorecer el desarrollo humano y social sustentable de los pueblos de Latinoamérica y el Caribe.
- Afianzar su derecho a la autodeterminación y a la independencia económica.
- Resguardar la titularidad de los pueblos sobre sus recursos y riquezas naturales, en consonancia con el concepto de “bien vivir”.
- Atender a la preservación del medio ambiente y el equilibrio ecológico.
- Favorecer a la parte más vulnerable, para igualar las condiciones de existencia social de los pueblos de Latinoamérica y el Caribe.
- Fortalecer la soberanía regional.

# Acercas de la nulidad absoluta de los laudos arbitrales del CIADI y vías procesales para su impugnación<sup>(1)</sup>

por **ARÍSTIDES H. CORTI**<sup>(2)</sup>

Es de público y notorio la presión que EEUU está ejerciendo sobre la Argentina para que pague los laudos del tribunal arbitral del Banco Mundial —CIADI—, dictados por éste en las causas promovidas por Blue Ridge, cesionaria de CMS, accionista minoritario de Transportadora de Gas del Norte (caso ARB/01/8, monto de la condena u\$s133,02 millones, más intereses) y por Azurix Corp. del Estado de Delaware (EEUU),<sup>(3)</sup> accionista de la ex concesionaria del servicio de agua potable y cloacas de 71 ciudades .....

(1) Publicado en [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar), 3 de enero de 2012.

(2) Abogado y profesor de posgrado (Facultad de Derecho-UBA).

(3) Ver FARINA, JUAN M., *El Derecho Comercial en el Mundo Globalizado. Neoliberalismo. Inversiones extranjeras. Filiales. La República Argentina y el CIADI*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005. En especial, ver capítulo IX, puntualizando las múltiples irregularidades y vicios del caso "Azurix" que lo tornan absolutamente nulo en términos de nulidad absoluta. A más de ello, dicho al paso, debe advertirse que la sede de Azurix es, sugestivamente, una guarida fiscal. Al par de ello se observa encontrarse omitida del listado de países, dominios, jurisdicciones, territorios, Estados asociados o regímenes tributarios especiales de baja o nula tributación contenido en el art. 21, punto 7, del Dto. 1344/1998, reglamentario de la ley 20.628 de impuesto a las ganancias. Acerca de las guaridas fiscales ver NUN, JOSÉ "La desigualdad y los impuestos (I)", José Nun (dir.), en *Claves para todos*, Bs. As., Capital Intelectual, 2011, anexo 2 "Guaridas fiscales, mal de la época", p. 103 y ss.; NUN, JOSÉ, "La evasión impositiva y el flujo mundial de dinero no declarado. Guaridas fiscales, mal de la época", en diario *La Nación* 24/05/11; ver ARRABAL, PABLO, *Comercio internacional y paraísos fiscales*, Madrid, Ediciones



bonaerenses (caso ARB/01/12, monto de la condena u\$s165,2 millones más intereses). La presión del gobierno norteamericano se sustenta en los votos negativos, en disidencia, contra el otorgamiento de los préstamos gestionados por Argentina ante el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo y la expulsión de la Argentina de la lista de países con preferencias arancelarias.<sup>(4)</sup>

A los efectos de la efectivización de dichos pagos las firmas Blue Ridge y Azurix deberían iniciar —desde su perspectiva— los trámites establecidos por los arts. 499 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ejecución de sentencias de tribunales argentinos) sin ejecutarlos con arreglo a los arts. 517 y siguientes (ejecución de sentencias de tribunales extranjeros y laudos de tribunales arbitrales extranjeros) ya que, de estar a lo dispuesto por el art. 54 de la ley 24.353, de aprobación del convenio constitutivo del CIADI (presidencia Menem), sancionada el 28 de julio de 1994 y publicada en el Boletín Oficial el 02 de Septiembre de 1994, los laudos dictados por el CIADI corresponde sean ejecutados "... como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado ..." (es decir, un tribunal de Argentina). Cuadra aquí hacer la salvedad de que dicha equiparación supone que se trate de laudos que puedan ser calificados de válidos/regulares y no de nulos de nulidad absoluta como acontece con los que son motivo de la presente colaboración.

A lo que cabe agregar que dicha equiparación, salvado el anterior escollo, podría admitirse, a su vez, en la medida en que el Estado argentino haya sido condenado por actos o contratos de derecho privado pero no cuando se trate de actos o contratos de derecho público (administrativo), como sucede en los casos de los laudos bajo examen. Ídem tratándose de operaciones de crédito público. Ello así, ya que en estas especies de controversias la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales judiciales o arbitrales extranjeros o internacionales es inconstitucional. Así resulta de las cláusulas constitucionales argentinas (arts. 27, 31, 116 y 75, inc. 24, que

---

Pirámide SA, 1992; CHAVAGNEUX, CHRISTIAN y RONEN PALAN, *Los paraísos fiscales*, España, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2007.

(4) Ver PISANI SILVIA, en diario *La Nación*, suplemento Economía & Negocios, 04/12/11, p. 5; también, de la misma corresponsal, diario y suplemento, publicación del 09/10/10, p. 1.

sólo lo habilita, a partir de la reforma constitucional de 1994, en el marco de tratados de integración con Estados de Latinoamérica; ver también reserva efectuada por el Gobierno Argentino al art. 21 del Pacto de San José de Costa Rica). En igual sentido se ha expedido la CSJN en el caso rector "Compte c/ Ibarra" (16/11/1936, Fallos 176:218, jueces Sagarna, Linares, Nazar Anchorena y Terán y dictamen concordante del Procurador General Juan Álvarez, haciendo suyo el dictamen del ex Procurador General Matienzo, Fallos 138:62); ídem "Empresa de Navegación y Astilleros Bussio" (29/03/1967, Fallos 267:199, jueces Chute, Risolía, Cabral y Bidau) y "Cabrera, Washington Julio Efraín" (05/12/1983, Fallos 305:2151, jueces Rossi, Martínez Vivot y Gnecco, con dictamen concordante del Procurador General Mario Justo López, asignando primacía a la Constitución Nacional conforme art. 31 por sobre los tratados contemplados en el art. 27).<sup>(5)</sup> Tal es el caso del convenio constitutivo del CIADI y de los TBIs (tratados bilaterales de promoción recíproca de inversiones; para el caso de los laudos de que se trata el TBI con EEUU, suscripto en Washington el 14/11/1991 y aprobado por la ley 24.124, el 26/08/1992, también durante la gestión del Dr. Menem). No obsta a lo expuesto el art. 27, primera parte, de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en cuanto estipula que "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado" toda vez que, la segunda parte de dicho artículo prescribe que "esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46" y éste a su vez, en su apartado primero, estipula que "... El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una norma de derecho interno concerniente a su competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno ...", como sucede en el caso con los arts. 27, 31, 116 y 75, inc. 24, de la Constitución Nacional. En igual sentido se ha expedido la doctrina nacional en la materia (Carlos

(5) Ver Fallos 288:333 (sentencia del 02/05/1974, autos "Ford Motor Argentina SA", suscripta por Miguel Ángel Berçaitz, Agustín Díaz Bialek, Manuel Arauz Castex y Héctor Masnatta), en especial p. 340, considerando 13, haciendo aplicación de la jurisdicción de radicación de la actividad empresaria, con sustento en el entonces art. 100 (hoy 116) de la CN, verificándose "... relaciones jurídicas en las que se encuentra interesado el orden público e interés institucional de la Nación Argentina ... "

Calvo,<sup>(6)</sup> Joaquín V. González,<sup>(7)</sup> Arturo Sampay,<sup>(8)</sup> Eduardo Conesa,<sup>(9)</sup> Héctor Masnatta,<sup>(10)</sup> Alfredo Eric Calcagno y Eric Calcagno,<sup>(11)</sup> Carlos S. Fayt,<sup>(12)</sup> Guillermo Muñoz,<sup>(13)</sup> José Osvaldo Casás,<sup>(14)</sup> María Isabel Vázquez,<sup>(15)</sup> Liliana Costante y Arístides Corti).<sup>(16)</sup> Confrontar también el valioso el dictamen

(6) CALVO, CARLOS, *Derecho Internacional teórico-práctico de Europa y América*, D'Amyot y Durand et Pedone-Lauriel, París, 1968.

(7) GONZÁLES, JOAQUÍN V., *Obras Completas*, Universidad de La Plata, Bs. As., 1935, t. XI, p. 210.

(8) SAMPAY, ARTURO, "Realidad Económica", IADE, n°11, 1972, p. 72.

(9) CONESSA, EDUARDO, "Default y reestructuración de la deuda externa", en *Revista Jurídica La Ley* (cva.), Suplemento especial (rda.), noviembre 2003, p. 69 y ss., en especial pp. 78/79.

(10) MASNATTA, HÉCTOR, "Emergencia económica y recurso extraordinario", en *Revista Jurídica La Ley*, diciembre 2003, pp. 3/5, en especial pp. 13/14.

(11) CALCAGNO, ERIC, "Renunciar a la soberanía nacional es nulo", en diario *Página 12*, 21/02/04; CALCAGNO, ERIC, "El CIADI resulta inconstitucional", en diario *Clarín*, 22/03/05 y CALCAGNO, ERIC, "Tratados de inversiones y CALCAGNO, ERIC, CIADI. Renunciar soberanía es inconstitucional", en *Le Monde Diplomatique*, junio 2005, p. 10.

(12) FAYT, CARLOS, *La Constitución Nacional y los Tribunales Internacionales de Arbitraje*, Bs. As., La Ley, 2007, pp. 105 y ss.

(13) MUÑOZ, GUILLERMO, "El arbitraje de los contratos internacionales celebrados por el estado", en *Actualidad en el derecho público*, Bs. As., Ad-Hoc., mayo/agosto 2009.

(14) CASÁS, JOSÉ O., "Breves reflexiones —a raíz de una sentencia— sobre el arbitraje internacional y el orden público nacional", en *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, 23/11/04, p. 25 y ss., y CASÁS, JOSÉ O., *Los mecanismos alternativos de resolución de controversias tributarias*, Bs. As., Ad-Hoc, 2003, pp. 299/300.

(15) VÁZQUEZ, MARÍA I., "La prórroga de jurisdicción en el arbitraje internacional y el federalismo fiscal", en *Revista de Derecho Penal Tributario*, Centro Argentino de Estudios en lo Penal Tributario, año XIV, n° 13, pp. 69/97.

(16) COSTANTE, LILIANA y CORTI, ARÍSTIDES, "Extranjerización de funciones públicas indelegables", en *Revista Jurídica La Ley*, suplemento Actualidad, 16/03/2004; COSTANTE, LILIANA y CORTI, ARÍSTIDES "La nueva Corte impone la ley por encima de los arbitrajes", en diario *Ámbito Financiero*, 18/06/2004; COSTANTE, LILIANA y CORTI, ARÍSTIDES, "La soberanía y los tribunales arbitrales del CIADI", en *Revista Jurídica La Ley*, t. 2005—C: 1032; COSTANTE, LILIANA y CORTI, ARÍSTIDES, "Arbitraje, emergencia económica, soberanía y orden público constitucional", en *Revista del Colegio de Abogados de San Isidro*, n° 115, julio/agosto 2005, p. 38 y ss. COSTANTE, LILIANA y CORTI, ARÍSTIDES, "El CIADI. Acerca de los daños generados por la actividad financiera del estado cuando se infringen la Constitución y la Soberanía Nacional", en *Tesis 11/ n° 78*, agosto/septiembre 2005, pp. 12/14; COSTANTE, LILIANA, "Notas sobre prórroga de jurisdicción", en *Revista Jurídica La Ley*, t. 2004-F, 1138 y *Periódico Vas*, año IV, nros. 20, 21 y 22/2008. CORTI, ARÍSTIDES, "Sobre los abusos arbitrales", en diario *Página 12*, 10/01/05, p. 6; "Acerca de la inmunidad del estado frente a los tribunales arbitrales y judiciales externos (CIADI y otros)", en *Realidad Económica*, n° 211, abril/mayo 2005, pp. 96/102 y BIDART CAMPOS, GERMÁN J. y RISSO, GUIDO (coord.), *Los derechos humanos del siglo XXI. La revolución inconclusa*, Ediar, 2005, pp. 147/153.

del ex Procurador del Tesoro de la Nación (durante la presidencia C ampora), Dr. Enrique Bacigalupo, del 25/6/1973, Colección de Dictámenes de la Procuración, Tomo 126:382 y ss. Asimismo, se han expedido sosteniendo la inconstitucionalidad de la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales extranjeros y del CIADI, la Federación Argentina de Colegio de Abogados (Declaración del 18/06/2005), de la Asociación de Abogados de Buenos Aires (Declaración del 12/04/2005), del Consejo de Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades Públicas (Declaración del 20/05/05), de los profesores titulares de las cátedras de Finanzas y Derecho Tributario de la Facultad de Derecho UBA (Declaración del 08/11/2004) y de la Asociación Americana de Juristas en la XIII Conferencia Internacional celebrada del 11 al 14/11/2003 en dicha Facultad acerca de "Justicia Social, Democracia y Paz. Los Juristas y sus responsabilidades en su defensa y promoción".

En tales condiciones, se torna evidente que tanto los procesos arbitrales como los laudos definitivos dictados por el CIADI cuyo cumplimiento pretende el gobierno de EEUU a través de las presiones descritas en el primer párrafo de esta nota, son nulos de nulidad absoluta por infringir normas constitucionales de orden público —por ende imperativas, no disponibles por los poderes constituidos— que impiden ceder un atributo de la soberanía cual es la función jurisdiccional de los tribunales federales argentinos, no tratándose de cuestiones encuadrables en el ámbito de los delitos de lesa humanidad, en cuyo caso la jurisdicción de los tribunales extranjeros puede válidamente operar de mediar defección de los argentinos. Tampoco se verifica en el caso prórroga de jurisdicción en favor de organizaciones supra-estatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos en el marco de tratados de integración con Estados de Latinoamérica (MERCOSUR, UNASUR, CELAC), con arreglo al art. 75, inc. 24, CN.

Así las cosas, y frente a dicha nulidad de orden público (ver también argumentativamente art. 29, CN; ley 19.549, arts. 7, 14 y 17; Código Civil, arts. 18, 19, 21, 844, 1047 y 1058 *bis*) cabe entrar a examinar las vías judiciales susceptibles de ser utilizadas por el Estado argentino para neutralizar las pretensiones de cobro de dichos laudos del CIADI. Ellas son, concurrentemente, las siguientes:

- Interponiendo acción judicial de nulidad de los laudos arbitrales de mención ante los tribunales en lo contencioso administrativo federal, demandando a

Blue Ridge y Azurix, con sustento en la nulidad absoluta e insanable y por tanto no renunciable ni imprescriptible,<sup>(17)</sup> así como de los procedimientos en los que fueron dictados, con fundamento en las razones expuestas en precedencia. No obsta a dicha acción judicial la circunstancia de esgrimirse por las demandadas que dichos laudos se encuentran pasados en autoridad de cosa juzgada, a poco que se advierta su carácter fraudulento en términos de fraude institucional, conforme doctrina fijada por la CSJN en el precedente “María Estela Martínez de Perón”, Fallos: 298:736, votos concurrentes del juez Horacio H. Heredia “debe comenzarse por destacar que para que un magistrado judicial pueda dictar una sentencia es presupuesto esencial que posea jurisdicción; es decir, la potestad de juzgar ...” (p. 752); del juez Abelardo F. Rossi: “... en la sentencia de que aquí se trata, el juez actuó (...) con falta de jurisdicción, entendida ésta como la potestad de juzgar y decidir emanada de la Constitución (...) No se trata aquí, entonces, del problema de un proceso en el que se podría haber incurrido en ‘fraude procesal’ (doctrina de Fallos: 254:320; 278:85; 279:54), sino de una sentencia viciada en su raíz —e inexistente como tal— ‘por fraude institucional’, por haber sido dictada por quien no era el ‘juez natural’ de la entonces Presidente de la Nación, ni tenía autoridad para juzgarla; y ello, no por simple falta de competencia en razón de la persona o la materia, según la ley, sino por estar el juez desprovisto de aquella potestad jurisdiccional —requisito esencial para juzgar válidamente en derecho— por virtud de la propia Constitución Nacional” (p. 759) y del conjuer Héctor P. Lanfranco, al sostener —con cita del precedente de Fallos 279:54, siguiendo a Carnelutti—, que “... es verdad que la autoridad de la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales en que se asienta la seguridad jurídica, pero no es menos cierto que la institución de aquélla supone la existencia de un juicio regular, fallado libremente por los jueces, pues no puede convertirse en inmutable una decisión que derive de un proceso no dotado de ciertas elementales garantías de justicia ...”; transcribiendo igualmente a Colombo cuando dice “*respecto de la cosa juzgada, que ella no puede ser obstáculo cuando ha existido una desnaturalización de la función jurisdiccional*”. Concluyendo que el pronunciamiento en crisis “... no reviste los caracteres de una sentencia válida; por el contrario, se trata de un acto nulo, del cual no pueden desprenderse los efectos jurídicos de la cosa juzgada ...” (pp. 765/7).

(17) Ver BELLUSCIO, AUGUSTO (dir.) y ZANNONI, EDUARDO (coord.) *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*, Bs.As., Astrea, 2001, t. 4, p. 718 y nota 28, refiriendo que “La última parte del precepto en examen (por el art. 1047), estatuye que la ‘nulidad absoluta no es susceptible de confirmación’, con fundamento más que sobrado, pues al resguardarse los intereses colectivo a través de la sanción, no podrían las partes pretender sanear el acto inválido (...) Esto implica que la acción de nulidad no es renunciable ...”, —con cita de Buteler Cáceres, Llerena y Arauz Castex—, y que, a su vez, dicha acción es imprescriptible, ya que “De lo contrario, se vendría a admitir una renuncia tácita por el transcurso del tiempo unido a la inactividad, o bien una confirmación de ese tipo con violación de la solución negativa expresa del art. 1047 *in fine* ...”, con cita de Llerena, Segovia, Boffi Boggero, Borda, Llambías y Arauz Castex; Ver SALAS, ACDEEL, *Código Civil Anotado*, Depalma, 1999, t. I, p. 520, pto. 4 y nota 1.

En el marco de dicha acción de nulidad, el Estado Nacional debería solicitar una medida cautelar suspensiva de los efectos de los laudos del CIADI con arreglo a la doctrina de Fallos: 250:154; 251:336; 307:1702; 314:695; 326:4967; ídem sentencia cautelar del 27/09/04 del juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal n° 3 de la Capital Federal, autos "Entidad Binacional Yaciretá c/Eriday y otros"; con fijación de astreintes tendientes a asegurar el acatamiento de las demandadas, ver sentencia del 18/04/05 en dicha causa, ésta dictada por el Juzgado n° 1 del mismo fuero.<sup>(18)</sup>

- Articulando en el proceso de ejecución de los laudos arbitrales excepción de inhabilidad de título por nulidad e inconstitucionalidad de los mismos, con sustento en que: a) la nulidad absoluta de un acto jurídicamente inexistente o nulo de nulidad absoluta puede articularse por vía de excepción (art. 1058 bis Código Civil); b) si bien la nulidad no figura enumerada en las excepciones previstas en el art. 506 CPCCN dicha enumeración no es taxativa,<sup>(19)</sup> y c) si también es cierto que las excepciones deberían fundarse en hechos posteriores a la sentencia o laudo (art. 107) por lo que, regularmente, la excepción de cosa juzgada resulta ajena al ámbito de las defensas oponibles, en los casos de que se trata la cosa juzgada es inexistente o nula de nulidad absoluta por verificarse un fraude institucional (*supra* I), que la Constitución Nacional no autoriza ni consiente. Es que estamos ante uno de los mecanismos de despojo/saqueo de los países centrales y sus corporaciones transnacionales en pugna con el desarrollo autónomo de los países periféricos/dependientes. Lo dicho en punto a las vías procesales no es excluyente de otras, como la legislativa, dirigida al dictado de leyes de nulidad de los TBIs, en cuanto éstos incluyen cláusulas de prórroga de jurisdicción inconstitucionales, pretenden adjudicar igualdad de derechos a las corporaciones transnacionales equiparándolas a las empresas nacionales no obstante la desigualdad material, de condiciones y resultados de unas y otras, o cuando admiten una irrestricta remisión de utilidades de las filiales/sucursales a sus matrices de origen convirtiendo a nuestros países, calificados arbitrariamente de importadores de capitales, en verdaderos exportadores de sus ingresos y riquezas nacionales.<sup>(20)</sup>

(18) CORTI, ARÍSTIDES H., "La aplicación de 'astreintes' a un contratista del Estado por desobedecer una medida cautelar suspensiva de un proceso arbitral", en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., t. 2005-C:651.

(19) Ver FENOCHIETTO, CARLOS E., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado, Anotado y Concordado con los Códigos Provinciales", Bs. As., Astrea, 2da. ed. actualizada y ampliada, 2011, t. 2, pp. 795 y ss. y doctrina —Fassi, Colombo, Palacio— y jurisprudencia allí citadas.

(20) El Premio Nobel de Economía Joseph Stiglitz, al ser consultado acerca de "¿En qué medida los tratados bilaterales de inversión que firmó Argentina reducen el margen de acción para regular a las multinacionales?" contestó: "Muchas acciones que se pueden tomar en términos de regulación pueden terminar en demandas, argumentando que se introdujeron cambios en los términos del contrato. Hay que tratar de salir de esos acuerdos y además pelear en las cortes. La política económica no debe ser dictada por esos convenios". LUKIN, TOMÁS y LEWKOWICZ, JAMIER

“Diálogo con Joseph Stiglitz sobre la experiencia Argentina”, en diario *Página 12*, 09/12/11, pp. 2/3. Es de destacar que “Brasil, por ejemplo, firmó 14 TBI, pero ninguno de ellos está en vigencia”. Ver ECHAIDE, JAMER y GHIOTTO, LUCIANA, “Qué es libre comercio. Entre mitos y realidades”, en José Nun (dir.), *Claves para todos*, 1ra. ed., Bs. As., Capital Intelectual, 2008, pp. 74/75. A ello cabe agregar que en la cumbre del ALBA realizada en Venezuela en abril del 2007, Evo Morales hizo el siguiente anuncio (Ver diario *Página 12*, 30/04/07): “Los Estados parte del ALBA acordaron retirarse y denunciar de manera conjunta la convención del CIADI, garantizando el derecho soberano de los pueblos a regular la inversión extranjera en su territorio”. El mandatario boliviano explicó que: “(...) la decisión se tomó porque algunas empresas extranjeras que no cumplen con las leyes bolivianas han decidido recurrir al CIADI para que les sirva de protección frente a los legítimos derechos de Bolivia. Morales explicó que una revisión de las decisiones del CIADI, que está vinculado al Banco Mundial, muestra que ha sentenciado en contra de los países y a favor de las empresas, incluso cuando son transgresoras de las leyes, salvo en un par de casos que falló a favor de EEUU”. La nota del Gobierno de Bolivia, enviada al Presidente del Banco Mundial notificando formalmente la denuncia del Tratado de Washington constitutivo del CIADI lleva fecha 01/05/07 (Ver Declaración de la Asociación Americana de Juristas de fecha 19/05/07). En el caso de Ecuador, en el 2009 el presidente Correa planteó a la Asamblea la terminación de tratados de inversiones suscriptos con 13 países, entre ellos, los del Reino Unido, Alemania, EEUU, Canadá, Argentina, Chile y Venezuela, con base en la disposición de la Constitución vigente desde 2008 que prohíbe celebrar tratados internacionales “...en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia ...” (art. 422). El 14/09/10, su Asamblea Nacional resolvió aprobar la denuncia o terminación bilateral de los tratados de este tipo que Ecuador suscribió con el Reino Unido y Alemania, en 1994 y 1996 respectivamente. Por su parte, la Argentina en el instrumento de ratificación —de fecha 14/08/84— del Pacto de San José de Costa Rica, efectuó la siguiente reserva: “El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un tribunal internacional cuestiones inherentes a la política económica del gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de ‘utilidad pública’ e ‘interés social’, y ni lo que éstos entiendan por ‘indemnización justa’”. El art. 15 de la resolución 35615/2011 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, aprobatoria del marco regulatorio del reaseguro, prescribe que: “En todos los contratos de reaseguro que se celebren de acuerdo a lo establecido en la presente resolución deberá establecerse la aplicación de la legislación argentina y someterse cualquier conflicto a los tribunales nacionales, quedando prohibida la prórroga de jurisdicción a tribunales extranjeros”. El PEN en el 2011 envió a la Cámara de Diputados el proyecto de la ley de tierras estableciendo que la adquisición de tierras no podrá considerarse inversión a los efectos de excluirlas del amparo de los TBIs. El mensaje señala que: “Se procurará efectivizar el derecho irrenunciable del gobierno nacional al ejercicio de su soberanía y la preservación de la titularidad de los pueblos sobre sus recursos y riquezas naturales” (ver diario *Página 12*, 14/06/11). Es que como bien ha señalado FARINA, JUAN, op. cit., “es una dependencia del B.M. con sede en Washington para una mejor tutela de las corporaciones internacionales bajo la ficción de un laudo arbitral” (p.107) y respecto de los TIBs que “el ‘estado receptor’ —en nuestro caso la República Argentina— se convierte en una colonia al servicio de los titulares de inversiones extranjeras” (p. 117).

*Addenda:* el referido proyecto de ley fue sancionado el 22/12/11 y publicado en el Boletín Oficial el 28/12/11 (Ver también *Revista de Derecho Público*, año I, n° I, pp. 301/306). Su artículo 11 establece que: “A los fines de esta ley y atendiendo a los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) suscriptos por la República Argentina y que se encuentren vigentes a la fecha de entrada en vigor de esta ley, no se entenderá como inversión la adquisición de tierras rurales, por tratarse de un recurso natural no renovable que aporta el país receptor”.

# Apostillas a la problemática de la prórroga de jurisdicción en tribunales extranjeros o arbitrales en materia de deuda soberana

por FACUNDO M. ARAUJO<sup>(1)</sup> y MARÍA CAROLINA TORRES<sup>(2)</sup>

*“Aunque habitualmente pensamos que el imperio de la ley fue concebido para proteger a los débiles contra los fuertes, y a los ciudadanos corrientes contra los privilegiados, los ricos utilizan su poder político para condicionar el imperio de la ley a fin de que proporcione un marco donde ellos puedan explotar a los demás”.* **Joseph E. Stiglitz**<sup>(3)</sup>

*“Todos nuestros problemas no se resuelven con tecnicismos. La cuestión es saber qué ruta elegimos. La de la Nación*

.....

(1) Abogado (UBA). Docente de Finanzas Públicas y Derecho Tributario (UBA). Miembro de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales (AAEF) y del Colegio de Magistrados y Funcionarios de San Isidro. Autor de artículos en libros y revistas especializadas.

(2) Abogada (UBA) con especialización en Derecho Tributario y Derecho Penal Tributario. Docente (Facultad de Derecho, UBA). Miembro de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Ex Prosecretaria del Juzgado Nacional en lo Penal Tributario N° 3 y del Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 3. Actualmente, se desempeña como Prosecretaria de la Unidad Fiscal e Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando (UFITCO). Autora de artículos en materia tributaria y penal tributaria.

(3) STIGLITZ, JOSEPH E., *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*, Bs. As., Taurus, 2012, pp. 250/251.



*o la del coloniaje, la de la grandeza o la de la dependencia. A cada una le corresponde una técnica, pero ninguna sirve si el camino es equivocado". Arturo Jauretche<sup>(4)</sup>*

## I | Introducción

El presente trabajo tiene por objeto pasar revista de la problemática que genera la prórroga de jurisdicción en órganos foráneos —ya sea pertenecientes a un sistema judicial extranjero o bien a tribunales arbitrales internacionales—, en materia de reestructuración de la deuda soberana argentina. Tangencialmente, haremos mención a otros supuestos en donde los criterios aquí desarrollados son extensibles, tal como ocurre en materia de derecho tributario, seguridad social, medio ambiente,<sup>(5)</sup> contratos administrativos sobre servicios públicos o, incluso, sobre leyes o actos administrativos dictados como consecuencia de emergencias económicas.

Adentrándonos a las cuestiones bajo estudio, la llamada sociedad global es el escenario donde el concepto tradicional de soberanía se desdibuja. El comercio internacional, la transferencia de tecnologías y servicios, la concentración de riqueza, los flujos financieros masivos transnacionales y la expansión de las inversiones extranjeras directas son algunas de las circunstancias en que tal realidad se manifiesta.

Inexorablemente, bajo este nuevo paradigma surgen disputas y tensiones entre los grupos de poder. Algunas se manifiestan de forma notoriamente violenta, como puede ejemplificarse con las últimas guerras y actos de terrorismo. Otras, enmascaran sus estrategias de dominación bajo un ropaje de **paralegalidad** y se enquistan —a través de imponentes operaciones de *lobby*— en los ordenamientos jurídicos de los Estados.

En estas circunstancias, rapaces grupos económicos invierten en la deuda pública de aquellos países en situación de crisis económica extrema, quienes, al necesitar liquidez con desesperación, se someten a abusivas

---

(4) JAURETCHE, ARTURO, *Política y economía*, 2da. ed. Bs. As., Peña Lillo, 1984, p. 35.

(5) FLAH, LILY y SMAYEVSKI, MIRIAM, "El arbitraje internacional y el medio ambiente", en *Sistema Argentino de Información Jurídica* (INFOJUS). Ver texto en: [www.infojus.gov.ar/index.php?kk\\_seccion=documento&registro=DOCTRINA&docid=CA930164](http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento&registro=DOCTRINA&docid=CA930164).

condiciones. Así, las naciones en conflicto les procuran escenarios de rentabilidad exorbitante, como también cambios en sus respectivas legislaciones internas.

La prórroga de jurisdicción a foros judiciales extranjeros y a tribunales arbitrales internacionales se inserta en el plano descrito como un requerimiento fundamental del capital especulativo.<sup>(6)</sup>

## 2 | Demanda del Estado ante foros extranjeros

### 2.1 |

Desde un plano jurídico, la primera cuestión reside en determinar si un Estado puede ser demandado ante los tribunales de otro.

Históricamente, por el principio *par in parem non habet imperium*, se aplicó el principio de inmunidad soberana absoluta:<sup>(7)</sup> el Estado sólo podía ser juzgado en los tribunales propios de su organización jurisdiccional doméstica.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, los Estados gradualmente reemplazaron el principio de inmunidad absoluta en pos de la doctrina de la inmunidad restringida —también llamada de inmunidad relativa—. Ella distingue entre actos *jure imperii* —considerados como actos soberanos por lo que gozan de la inmunidad— y actos *jure gestionis* —considerados como actos privados y por lo tanto, ayunos del privilegio—.

La Argentina, a través del decreto-ley 1285/PEN/1958,<sup>(8)</sup> condiciona la admisibilidad de la acción contra un Estado extranjero a la conformidad de aquel país para ser sometido a juicio.<sup>(9)</sup> Por su parte, la Corte

.....

(6) CÁMPORA, MARIO (H), "Notas sobre la jurisdicción de los Tribunales de Nueva York en operaciones de Crédito Público de la República Argentina", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, ediciones especiales, (304), 89, Bs. As., 2005.

(7) CSJN, Fallos, 79:124, 123:58, 125:40, 135:259 y 178:173; entre otros.

(8) BO N° 18.581 del 07/02/1958.

(9) El art. 24 del decreto-ley 1285/PEN/1958 sienta que "...La Corte Suprema de Justicia conocerá: 1°) Originaria y exclusivamente, en todos los asuntos que versen entre dos (2) o más

Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) adoptó la teoría restringida a partir del caso “Manauta, Juan José y otros c/Embajada de la Federación Rusa s/daños y perjuicios”,<sup>(10)</sup> estableciendo el desdoblamiento entre actos de gestión y actos soberanos; situación que, bajo la ley 24.488,<sup>(11)</sup> queda positivamente reglada<sup>(12)</sup> —sin derogar los requisitos del viejo decreto—ley 1258/PEN/1958—. <sup>(13)</sup>

provincias y los civiles entre una (1) provincia y algún vecino o vecinos de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros; de aquellos que versen entre una (1) provincia y un (1) Estado extranjero; de las causas concernientes a embajadores u otros ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la legación y a los individuos de su familia, del modo que una corte de justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes; y de las causas que versen sobre privilegios y exenciones de los cónsules extranjeros en su carácter público. No se dará curso a la demanda contra un (1) Estado extranjero; sin requerir previamente de su representante diplomático, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, la conformidad de aquel país para ser sometido a juicio. Sin embargo, el Poder Ejecutivo puede declarar con respecto a un (1) país determinado la falta de reciprocidad a los efectos consignados en esta disposición, por decreto debidamente fundado. En este caso, el Estado extranjero, con respecto al cual se ha hecho tal declaración, queda sometido a la jurisdicción argentina. Si la declaración del Poder Ejecutivo limita la falta de reciprocidad a determinados aspectos, la sumisión del país extranjero a la jurisdicción argentina se limitará también a los mismos aspectos. El Poder Ejecutivo declarará el establecimiento de la reciprocidad, cuando el país extranjero modificase sus normas al efecto...” (el resaltado es propio).

(10) CSJN, Fallos 317:1880.

(11) BO N° 28.173 del 28/06/1995.

(12) Es en este sentido que “...los Estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos: a) Cuando consientan expresamente a través de un tratado internacional, de un contrato escrito o de una declaración en un caso determinado, que los tribunales argentinos ejerzan jurisdicción sobre ellos; b) Cuando fuere objeto de una reconvencción directamente ligada a la demanda principal que el Estado extranjero hubiere iniciado; c) Cuando la demanda versare sobre una actividad comercial o industrial llevada a cabo por el Estado extranjero y la jurisdicción de los tribunales argentinos surgiere del contrato invocado o del derecho internacional; d) Cuando fueren demandados por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o residentes en el país, derivadas de contratos celebrados en la República Argentina o en el exterior y que causaren efectos en el territorio nacional; e) Cuando fueren demandados por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio; f) **Cuando se tratare de acciones sobre bienes inmuebles que se encuentren en territorio nacional**; g) Cuando se tratare de acciones basadas en la calidad del Estado extranjero como heredero o legatario de bienes que se encuentren en el territorio nacional; h) Cuando, habiendo acordado por escrito someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, pretendiere invocar la inmunidad de jurisdicción de los tribunales argentinos en un procedimiento relativo a la validez o la interpretación del convenio arbitral, del procedimiento arbitral o referida a la anulación del laudo, a menos que el convenio arbitral disponga lo contrario...” (art. 2 de la ley 24.488; el resaltado es propio).

(13) CSJN, Fallos 328:2322.

Corresponde dejar en claro que actualmente, la mayoría de las Naciones, adoptan la teoría restringida,<sup>(14)</sup> admitiendo la prórroga de jurisdicción únicamente para los actos *jure gestionis*.<sup>(15)</sup>

Sin embargo, Argentina fue demandada en reiteradas oportunidades en materia de actos que, a nuestro entender, estaban vinculados con la soberanía. Verbigracia de lo expuesto, la Corte Suprema de los Estados Unidos en el *leading case* "Argentina vs. Weltover"<sup>(16)</sup> calificó —desacertadamente— la reprogramación de la deuda externa argentina como un acto de gestión<sup>(17)</sup> y, por lo tanto, desprotegida de

(14) Tal tesis fue receptada, entre otros países, por Suiza —mediante la Convención Europea sobre Inmunidad del Estado de 1972—, Reino Unido —a través de la *State Immunity Act* de 1978— y EEUU —fue incluida por la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) de 1976—.

(15) Albanese indica que "...uno de los primeros casos en el que fue aplicada la excepción de las actividades comerciales, fue el asunto 'The Charkieh' (Reino Unido, *The Law Reports*, High Court of Admiralty and Ecclesiastical Courts, vol IV -1875); en esa oportunidad, dijo el tribunal 'No hay ningún principio de derecho internacional, ningún caso fallado, ni ninguna doctrina de juristas que haya ido hasta autorizar a un príncipe soberano a asumir el carácter de comerciante cuando lo haga en beneficio propio; y cuando contrae una obligación con un particular, a quitarse el disfraz, si se le permite la expresión, y aparecer como soberano, invocando en beneficio propio y en perjuicio del particular, por primera vez, todos los atributos de su carácter soberano". Ver ALBANESE, SUSANA; "La aplicación de la teoría restringida de la inmunidad de jurisdicción. Comentario Breve", en revista *El Derecho*, Buenos Aires, pp.181/391.

(16) United States Supreme Court, "Republic of Argentina and Banco Central de la República Argentina, petitioners vs. Weltover, INC., ET AL.", N° 91-763, 12/06/1992, 504 U.S. 607 (1992). También publicado en la página de internet de FindLaw, Thomson Reuters: <http://laws.findlaw.com/us/504/607.html>

(17) En efecto, ha sentado que "...when a foreign government acts, not as regulator of a market, but in the manner of a private player within it, the foreign sovereign's actions are 'commercial' within the meaning of the FSIA. Moreover, because the Act provides that the commercial character of an act is to be determined by reference to its 'nature', rather than its 'purpose', (...) the question is not whether the foreign government is acting with a profit motive, or instead with the aim of fulfilling uniquely sovereign objectives. Rather, the issue is whether the particular actions that the foreign state performs (whatever the motive behind them) are the type of actions by which a private party engages in 'trade and traffic or commerce,' (...) Thus, a foreign government's issuance of regulations limiting foreign currency exchange is a sovereign activity, because such authoritative control of commerce cannot be exercised by a private party; whereas a contract to buy army boots or even bullets is a 'commercial' activity, because private companies can similarly use sales contracts (...) to acquire goods (...) The commercial character of the Bonods is confirmed by the fact that they are in almost all respects garden-variety debt instruments: They may be held by private parties; they are negotiable, and may be traded on the international market (except in Argentina); and they promise a future stream of cash income. We recognize that, prior to the enactment of the FSIA, there was authority suggesting that the issuance of public debt instruments did not constitute a commercial activity. *Victory Transport*, 336 F.2d, at 360

toda inmunidad. Debe considerarse que tal precedente responde a una situación de hecho semejante a la analizada por el Tribunal Cimero Argentino en “Brunicardi, Adriano C. c/ Estado Nacional (BCRA)”<sup>(18)</sup> sin perjuicio de lo cual, allí fue juzgada la refinanciación de la deuda<sup>(19)</sup> como un empréstito público erigido en torno al poder soberano estatal; es decir, un acto *jure imperii*.<sup>(20)</sup>

Es de señalar también el criterio sostenido por la Corte Suprema di Cassazione italiana, quien en “Borri c/ Argentina”<sup>(21)</sup> entendió que la

.....  
*(dicta). There is, however, nothing distinctive about the state's assumption of debt (other than perhaps its purpose) that would cause it always to be classified as jure imperii, and in this regard it is significant that Victory Transport expressed confusion as to whether the "nature" or the 'purpose' of a transaction was controlling in determining commerciality, id., at 359-360. Because the FSIA has now clearly established that the 'nature' governs, we perceive no basis for concluding that the issuance of debt should be treated as categorically different from other activities of foreign states' (United States Supreme Court, "Republic of Argentina and Banco Central de la República Argentina, petitioners vs. Weltover, INC., ET AL.", N° 91-763, 12/06/1992, 504 U.S. 607 (1992); el resaltado es propio).*

(18) CSJN, Fallos 319:2886.

(19) Las cuestiones debatidas en tal sentencia encuentran sustento fáctico en que el decreto 772/PEN/1986 —y sus resoluciones ccds.— modificaron unilateralmente las condiciones de pago de los títulos públicos “Bonods” establecidas inicialmente en el decreto 1334/PEN/1982, en el marco de la ley 11.672 —T.M. por la ley 16.911—.

(20) En efecto, el Alto Tribunal consideró que “...las partes están contestes en que, ante la imposibilidad de hacer frente a los seguros de cambio contratados por deudores privados con el Banco Central de la República Argentina para cumplir con las obligaciones emergentes de préstamos financieros con acreedores externos —régimen de las comunicaciones “A” 31; “A” 54; “A” 61; “A” 76 y “A” 137— el Poder Ejecutivo Nacional autorizó al Banco Central a emitir bonos nominativos en dólares estadounidenses, en las condiciones establecidas en el decreto 1334 del 26 de noviembre de 1982 (BO del 03/12/1982). Esta decisión comportó, en lo esencial, la cancelación del crédito original y la creación sustitutiva de un empréstito público a cargo del Estado Nacional, pagadero en el extranjero, transmisible por cesión con las limitaciones expresamente contenidas en el decreto de creación. Con el propósito de mejorar el perfil de la deuda financiera externa privada, el Estado Nacional la transformó en deuda externa pública y difirió su pago a períodos futuros. Este acto constituyó una emanación de la soberanía nacional, más allá de los términos con que fue anunciado a los acreedores extranjeros, a quienes se les impuso sin que su consentimiento jugara un papel relevante (...) En este orden de ideas cabe afirmar que se trató de una modalidad de empréstito que es emanación del Estado soberano y que se halla comprendido en el concepto genérico de fondos del Tesoro Nacional, a saber: ‘los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional’ (art. 4 de la Constitución Nacional)” (CSJN, Fallos 319:2886).

(21) Corte Suprema di Cassazione, “Borri Loca vs. Repubblica Argentina”, 27/05/2005. Ver texto en: [http://www.geneva-academy.ch/RULAC/pdf\\_state/Borri-v-Argentina.pdf](http://www.geneva-academy.ch/RULAC/pdf_state/Borri-v-Argentina.pdf)

reprogramación de la deuda pública es un acto soberano y, por tanto, amparado por la inmunidad.

También cabe mencionar al conocido caso “Elliott vs. Perú”. Elliott Associates era acreedora de la República de Perú —en tiempos de crisis económica— en razón de un préstamo otorgado al Banco Popular de Perú garantizado por el Estado. La inversión para la empresa implicó 11 millones mientras que los bonos que adquirió, en consecuencia, tenían el valor nominal de 20 millones. Vencido el préstamo, y sin haber sido cancelado, Elliott Associates inicia acciones judiciales con la finalidad de obtener el cobro compulsivo de las sumas de dinero —en su estricto valor nominal—. Como el préstamo se regía por las leyes y tribunales del Estado de Nueva York, el Juez *a quo* desestimó formalmente la pretensión, toda vez que entendió que Elliott adquirió el crédito con el único propósito de demandar a los deudores, lo que está prohibido por las normas de allí.<sup>(22)</sup> Apelada la sentencia, el Superior invierte el decisorio. Para así resolver, la Cámara sostuvo —con gran cinismo— que la recurrente no adquiere el crédito con la idea de pleitear, sino que es circunstancial y contingente al incumplimiento de pago en término.<sup>(23)</sup>

El fallo precitado es de suma importancia, toda vez que perfiló un camino que siguieron las empresas dedicadas a operar sobre *vulture funds* y *hedge funds*. Ellas compran deuda soberana a situaciones límite, a una ínfima parte de su valor nominal, especulando obtener judicialmente —tras la impotencia del *solvens*—<sup>(24)</sup> el 100% del monto implicado. En definitiva, toda la operatoria persigue un derecho inminentemente litigioso de gran rentabilidad.

.....

(22) United States District Court for the Southern District of New York, “Elliott Associates, L.P. vs. Banco de la Nación and the Republic of Perú”, 06/08/1998, ver texto en la página de internet Find a case: [http://ny.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19980806\\_0000406.SNY.htm/qx](http://ny.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19980806_0000406.SNY.htm/qx)

(23) United States Court of Appeals for the Second Circuit, “Elliott Associates, L.P. vs. Banco de la Nación and the Republic of Perú”, N° 98-9268, N° 98-9319, N° 20/10/1999; en la página de internet de la organización Public Resource: <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/194/194.F3d.363.98-9268.98-9319.1998.html>

(24) Son evidentes signos de ella, el *default*, el diferimiento y la reestructuración de la deuda.

En este contexto, se destaca que tanto Elliott Associates, Elliott International Limited, Elliott Management Corporation como sus controladas —vgr. NML Capital Limited— han comprado —directa o indirectamente— deuda pública argentina durante la crisis del año 2001 a precio vil. De allí, la gran cantidad de juicios que le iniciaron al Banco de la Nación Argentina y al Estado Nacional Argentino ante determinados diferimientos de pago y reestructuraciones.<sup>(25)</sup> Valga la pena resaltar que igual operatoria tuvieron las empresas de Kenneth Dart, quienes invirtieron entonces en la deuda argentina y recientemente en la española y griega.

Evidentemente, se trata de empresas cuyo objeto comercial linda con la estafa, se alimenta de las naciones en crisis<sup>(26)</sup> y prospera en razón de la desesperación de los pueblos.<sup>(27)</sup>

## 2.2 |

Con relación a los Tribunales Arbitrales Internacionales, en términos genéricos y si los respectivos sistemas constitucionales estadales lo permiten, puede pactarse el sometimiento de los Estados parte a su “jurisdicción” en forma voluntaria. Los más conocidos en los cuales se tratan disputas entre Estados nacionales e inversores privados son: a) “International Centre for Settlement of Investment Disputes” (ICSID) —o, en español, “Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Controversias Relativas a Inversiones” (más conocido como CIADI)—; b) “International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce”<sup>(28)</sup> (Corte Internacional de Arbitraje de la Cá-

---

(25) Recuérdese, por ejemplo, que por la resolución N° 73/MECON/2002 (BO 29.888 del 30/04/2002; *Adla*, LXII-C, 3041) se encaminó un proceso de reprogramación —diferimiento— de ciertas obligaciones y pago de la deuda pública, bajo el carril del art. 5 de la ley 24.156 (BO 27.503 del 29/10/1992, *Adla*, LII-D, 4002) y del art. 6 de la ley n° 25.565 (BO 29.863 del 21/03/2002, *Adla*, LXII-B, 1612).

(26) Lo que es asimilable a un estado de necesidad.

(27) Es indiscutible que —vía impositiva— los contribuyentes soportan el peso de la deuda pública.

(28) Cuya página de internet puede consultarse en el sitio: <http://www.iccwbo.org/court/arbitration>

para de Comercio Internacional y c) "United Nations Commission for the Unification of International Trade Law" (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), comúnmente llamada por su sigla "UNCITRAL".<sup>(29)</sup>

Cabe destacar que los *holdouts* —a mediados del 2006— hicieron un nuevo giro en sus reclamos a través de la estructura del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante Centro o CIADI). Nos referimos al caso "Abaclat (and others) vs. The Argentine Republic".<sup>(30)</sup>

El 14 de septiembre de 2006, un grupo de tenedores de bonos de deuda pública argentina promovió ante el CIADI, bajo la modalidad de acción de clase, una petición a fin de obtener compensaciones por una modificación unilateral de las condiciones de pago —leyes de emergencia y reestructuración de la deuda soberana—, lo que supuestamente concebían como una transgresión al Tratado de Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre Argentina e Italia.<sup>(31)</sup> El 4 de agosto de 2011, los árbitros —mayoritariamente— se declararon competentes asimilando los títulos de la deuda a una inversión en los términos del art. 25 del Convenio del CIADI.<sup>(32)</sup>

Esta es la primera acción colectiva en la historia del CIADI y su objeto recae sobre la deuda soberana argentina.

.....

(29) La página de internet de la UNCITRAL puede consultarse en el sitio: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html>

(30) Caso "Abaclat (and others) vs. The Argentine Republic" (CIADI n° ARB/07/5), anteriormente conocido como "Giovanna A. Beccara y otros vs. The Argentine Republic").

(31) BEESS, JESSICA, "Sovereign Debt Restructuring and Mass Claims Arbitration before the ICSID, The Abaclat Case", en *Harvard International Law Journal*, v. 53, n° 2, Danvers, Clearance Center, 2012, p. 505; también publicado en la página de internet de la revista: <http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2010/05/HLI206.pdf>

(32) Asimismo han prejuzgado en dicho interlocutorio en tanto expusieron que "La Ley de Emergencia surtió el efecto de modificar unilateralmente las obligaciones de pago de Argentina...", agregando que Argentina "...no ha invocado ninguna disposición contractual ni legal que la excusara de sus cumplimientos contractuales frente a las Demandantes. De hecho, basa y justifica su incumplimiento en su situación de insolvencia la cual nada tiene que ver con determinado contrato". Cabe aclarar que dicho auto es inapelable dentro de la propia normativa convencional.



## 3 | Plataforma normativa nacional

### 3.1 | Sustento legal

#### 3.1.1.

El 22 de agosto de 1994 se promulgó la ley 24.353,<sup>(33)</sup> por la cual se aprobó el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, adoptada en Washington (EEUU) el 18 de marzo de 1965. El Convenio fue redactado por los Directores Ejecutivos del entonces Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, ahora conocido como Banco Mundial.

Por aquel tratado, Argentina incorporó al régimen legal la transferencia de la jurisdicción nacional a favor del tribunal arbitral internacional CIADI.<sup>(34)</sup>

Tal organismo del Banco Mundial proclama que tiene por finalidad solucionar disputas entre Estados y naciones de otros países, facilitando la conciliación y el arbitraje internacional en materia de tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones —en adelante, los TBIs—;<sup>(35)</sup> o sea, tratados de inversión extranjera directa.

Históricamente, fueron suscriptos en su mayoría en la década del '90, con EEUU, Alemania, Gran Bretaña, Francia e Italia, entre otros.<sup>(36)</sup>

.....

(33) BO N° 27.967 del 02/09/1994; *Adla*, LIV-C, 2861.

(34) La página de internet del CIADI puede consultarse en el sitio: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

(35) Haciendo clara alusión al término “*bilateral investment treaty*”.

(36) Algunos de ellos son los suscriptos con: República de la India —firmado el 20/08/1999, ley aprobatoria 25.540 (BO N° 29.816 del 15/01/2002)—; Nueva Zelandia —firmado el 27/08/1999, ley aprobatoria 25.539 (BO N° 29.816 del 15/01/2002)—; Tailandia —firmado el 18/02/2000, ley aprobatoria 25.532 (BO n° 29.814 del 11/01/2002)—; Federación Rusa —firmado el 25/06/1998, ley aprobatoria 25.353 (BO N° 29.529 del 20/11/2000)—; República de Sudáfrica —firmado el 23/07/98, ley aprobatoria n° 25.352 (BO N° 29.543 del 11/12/2000)—; Nicaragua —firmado el 10/08/1998, ley aprobatoria 25.351/00 (BO N° 29.541 del 06/12/2000); Guatemala —firmado el 21/04/1998, ley aprobatoria 25.350 (BO N° 29.541 del 06/12/2000); Costa Rica —firmado el 21/05/1997, ley aprobatoria 25.139 (BO N° 29.231 del 16/09/1999)—;

Los TBIs:

“...contienen previsiones de distinta índole. Ellos se refieren, en general, al alcance de la aplicación del tratado (delimitación de las inversiones a ser protegidas, definición de nacionales y sociedades, ámbito de aplicación territorial y duración de los efectos de los tratados); patrones generales de tratamiento (el trato justo y equitativo, el trato nacional, el tratamiento de nación más favorecida); patrones de tratamiento específicos; las reglas en materia de transferencia de moneda (repatriación de capital y ganancias) o compensación de daños causados por conflictos armados, revoluciones o emergencias nacionales, así como las condiciones de desposesión y compensación y la resolución de controversias...”.<sup>(37)</sup>

### 3.1.2.

Por otra parte, cuadra recordar que la ley 21.382<sup>(38)</sup> —la “Ley de Inversiones Extranjeras”— instaló como directriz que “... los inversores extranjeros que inviertan capitales en el país (...) destinados a la promoción de actividades de índole económica, o a la ampliación o perfeccionamiento de las existentes, tendrán los mismos derechos y obligaciones que la Constitución y las leyes acuerdan a los inversores nacionales”.

.....

El Salvador —firmado el 09/05/1996, ley aprobatoria 25.023 (BO N° 29.007 del 23/10/1998)—; México —firmado el 13/11/1996, ley aprobatoria 24.972 (BO N° 28.924 del 25/06/1998)—; Panamá —firmado el 10/05/1996, ley aprobatoria 24.971 (BO N° 24.971 del 25/06/1998)—; Israel —firmado el 23/07/1995, ley aprobatoria 24.771 (BO N° 28.263 del 10/04/1997)—; Perú —firmado el 10/11/1994, ley aprobatoria 24.680 (BO N° 28.475 del 10/09/1996)—; Portugal —firmado el 06/10/1994, ley aprobatoria 24.593 (BO N° 28.289 del 12/12/1995)—; Venezuela\_ la —firmado el 16/11/1993, ley aprobatoria: 24.457 (BO N° 28.100 del 10/03/1995)—; Gran Bretaña e Irlanda del Norte —firmado el 11/12/1990, ley aprobatoria 24.184 (BO N° 27.526 del 01/12/1992)—; EEUU —firmado el 14/11/1991, ley aprobatoria 24.124 (BO N° 25/09/1992), nota modificatoria del tratado aprobada por ley 24.356 (BO N° 27.973 del 12/09/1994)—; e Italia —firmado el 22/05/1990, ley aprobatoria 24.122 (BO N° 27.480 del 25/09/1992)—; etc.

(37) TAWIL, GUIDO SANTIAGO, “Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional”, en *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, LL. 2000-D, 1106. En el mismo sentido, BOMCHIL, MÁXIMO, “El nuevo régimen de inversiones extranjeras”, en *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, LL. 1994-A, 732.

(38) BO N° 21.382 del 08/09/1993.

### 3.1.3.

Por su parte, la ley 24.156,<sup>(39)</sup> más conocida como la “Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control” (en adelante, simplemente la LAF) regula el sistema de crédito público; entendiéndose por tal “...la capacidad que tiene el Estado de endeudarse con el objeto de captar medios de financiamiento para realizar inversiones reproductivas, para atender casos de evidente necesidad nacional, para reestructurar su organización o para refinanciar sus pasivos, incluyendo los intereses respectivos”.<sup>(40)</sup> Como consecuencia de ello, la deuda pública es el endeudamiento resultante de las operaciones de crédito público.<sup>(41)</sup>

El marco legal de la precitada ley —entre otras normas—<sup>(42)</sup> se reglamenta por el decreto 1344/PEN/2007<sup>(43)</sup> y la resolución N° 404/MECON/SH/1999.<sup>(44)</sup>

.....  
(39) BO N° 27.503 del 29/10/1992.

(40) Ver art. 56 de la LAF.

(41) Por su parte, el art. 57 de la citada ley prevé que: “El endeudamiento que resulte de las operaciones de crédito público se denominará deuda pública y puede originarse en: a) La emisión y colocación de títulos, bonos u obligaciones de largo y mediano plazo, constitutivos de un empréstito. b) La emisión y colocación de Letras del Tesoro cuyo vencimiento supere el ejercicio financiero. c) La contratación de préstamos. d) La contratación de obras, servicios o adquisiciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de más de UN (1) ejercicio financiero posterior al vigente; siempre y cuando los conceptos que se financien se hayan devengado anteriormente. e) El otorgamiento de avales, fianzas y garantías, cuyo vencimiento supere el período del ejercicio financiero. f) La consolidación, conversión y renegociación de otras deudas”.

(42) El Régimen de Crédito Público se encuentra regulado, a su vez, por la siguientes normas: a) ley 11.672, Complementaria Permanente de Presupuesto (t.o. 2005) art. 40 y su decreto 110/2005; b) ley 25.152 (BO N° 29.234 del 21/09/1999); c) ley 25.917, Régimen General de Responsabilidad Fiscal —Capítulo V: “Endeudamiento y Otros puntos”— (BO N° 30.470 del 25/09/2004); d) decreto 1731/PEN/2004, Reglamento del Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal (BO N° 30.544 del 09/12/2004); e) ley 26.546, Presupuesto General de la Administración Nacional Ejercicio 2010 (BO N° 31.790 del 27/11/2009); f) Decreto 2054/PEN/2010, Presupuesto Administración Nacional Ejercicio 2010 (BO N° 32.058 del 29/12/2010) y g) ley 26.530, Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal (BO N° 31.187 del 24/11/2009).

(43) BO N° 31.254 del 05/10/2007.

.....  
(44) BO N° 29.207 del 12/08/1999.

Por otra parte, cada uno de los títulos de deuda pública argentina tiene un régimen normativo propio;<sup>(45)</sup> y es en ellos donde suele establecerse su fecha de emisión y vencimiento, moneda de pago, forma de amortización, sistema y razón del interés, forma de negociación y colocación, etc.

Sobre la reestructuración de la deuda pública pueden citarse —entre otras— a la leyes 25.561,<sup>(46)</sup> 25.565<sup>(47)</sup> y 25.725,<sup>(48)</sup> así como también aquellos preceptos mediante los cuales se instrumentaron las propuestas de canje llevadas a cabo por el Estado Nacional vgr. leyes 26.017<sup>(49)</sup> y 26.547;<sup>(50)</sup> con sus decretos 1735/PEN/2004<sup>(51)</sup> y 603/PEN/2010;<sup>(52)</sup> respectivamente.

.....

(45) Entre otras, el cuerpo normativo de los bonos y títulos de la deuda de próximo vencimiento está formado principalmente por los a) Decretos 1.735/PEN/2004 (BO N° 30.545 del 10/12/2004), 563/PEN/2010 (BO N° 31.893 del 29/04/2010), 905/PEN/2002 (BO N° 29.911 del 01/06/2002), 1.836/PEN/2002 (BO N° 29.985 del 17/09/2002), 1.873/PEN/2002 (BO N° 29.990 del 24/09/2002), 1.646/PEN/2001 (BO N° 29.795 del 13/12/2001) y 1.116/PEN/2000 (BO N° 29.537 del 30/11/2000); las b) Resoluciones ministeriales n° 81/MECON/2002 (BO N° 29.920 del 13/06/2002), 92/MECON/2002 (BO N° 29.922 del 18/06/2002), 138/MECON/2003 (BO N° 30.109 del 13/03/2003), 236/MECO N/2003 (BO N° 30.124 del 04/04/2003), 561/MECON/2005 (BO N° 30.759 del 14/10/2005), 170/MECON/2005 (BO N° 30.622 del 31/03/2005), 378/MECON/2004 (BO N° 30.415 del 04/06/2004), 20/MECON/2005 (BO N° 30.570 del 14/01/2005), 638/MECON/2002 (BO N° 30032 del 22/11/2002), 15/MECON/2010 (BO N° 31.825 del 20/01/2010), 50/MECON/2002 (BO N° 31.825 del 20/01/2010), 365/MECON/2003 (BO N° 30.154 del 21/05/2003); y las c) Resoluciones conjuntas n° 240/MECON/SH/2005 y 85/MECON/SF/2005 (BO N° 30.741 del 19/09/2005), 230/MECON/SH/2006 y 64/MECON/SF/2006 (BO N° 30.985 del 07/09/2006), 100/MECON/SH/2007 y 24/MECON/SF/2007 (BO N° 31.132 del 11/04/2007), 205/MECON/SH/2007 y 34/MECON/SF/2007 (BO N° 31.170 del 06/06/2007), 61/MECON/SH/2008 y 17/MECON/SF/2008 (BO N° 31.374 del 31/03/2008), 08/MECON/SH/2009 y 05/MECON/SF/2009 (BO N° 31.585 del 02/02/2009), 216/MECON/SH/2009 y 57/MECON/SF/2009 (BO N° 31.728 del 02/09/2009), y 48/MECON/SH/2009 y 18/MECON/SH/2009 (BO N° 31.649 del 08/05/2009).

(46) BO N° 29.810 del 07/01/2002.

(47) BO N° 29.863 del 21/03/2002.

(48) BO N° 30.065 del 10/01/2003.

(49) BO N° 30.509 del 11/02/2005.

(50) BO N° 31.798 del 10/12/2009.

(51) BO N° 30.545 del 10/12/2004.

(52) BO N° 31.896 del 10/05/2010.

## 3.2 | Sustento normativo supralegal pero infraconstitucional

Estructuralmente, el bloque convencional utilizado por el Comité se constituye sobre las propias cláusulas del BIT y por el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados” (en adelante, el “Convenio”). A su vez, se complementan las disposiciones del Convenio mediante el reglamento y las reglas,<sup>(53)</sup> adoptadas por el Consejo Administrativo del CIADI.<sup>(54)</sup>

Con relación al tema que nos ocupa, el inc. 1 del art. 25 del Convenio indica que:

“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.

Las excepciones a la prórroga de jurisdicción son decididas por el propio tribunal arbitral, previo al tratamiento del fondo de la cuestión, quien habitualmente suele declarar que el CIADI posee “jurisdicción” y su tribunal posee competencia para entender en el caso llevado a su conocimiento.<sup>(55)</sup> Según las reglas de procedimiento del Convenio, tal decisión es irrecurrible.

.....

(53) El bloque de convencionalidad está formado principalmente por: a) el Reglamento Administrativo y Financiero; b) las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje; c) las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación, y d) las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje. Tal bloque es hermético y excluye cualquier otra normativa ajena al mismo.

(54) Ver apartados “a”, “b” y “c” del inc. 1 del art. 6 del Convenio.

(55) Vgr. las siguientes decisiones sobre jurisdicción: a) “Hochtief AG vs. Argentina” (caso CIADI n° ARB/07/31, decisión del 24/10/2011); b) “Lanco International, Inc. vs. Argentina” (caso CIADI n° ARB/97/6, decisión del 8/12/1998); c) “Sempra Energy International vs. Argentina” (caso CIADI n° ARB/02/16, decisión del 11/05/2005) y d) “El Paso Energy International Company vs. Argentina” (caso CIADI n° ARB/03/15, decisión del 27/04/2006); entre muchas otras.

.....

Los principales requisitos de admisibilidad de la pretensión para que sea dirimida en el CIADI son: a) que la cuestión debatida debe versar únicamente sobre derecho —descartando pleitos de naturaleza técnica—;<sup>(56)</sup> b) sea una disputa que surja directamente de una inversión;<sup>(57)</sup> c) la parte no estatal involucrada en la disputa sea un nacional de otro Estado contratante a la Convención; d) que se verifique el consentimiento por parte de los dos Estados contratantes por el cual se vinculan a la Convención<sup>(58)</sup> y el consentimiento por escrito del inversionista y del Estado receptor para someter la disputa ante el CIADI.

Ilustramos el asunto con el caso “Fedax vs. República de Venezuela”, en donde se resolvió —arbitrariamente— que unos pagarés cedidos a Fedax y librados por la República de Venezuela,<sup>(59)</sup> importan un contrato de préstamo y pueden ser considerados como una inversión amparada dentro de la jurisdicción del tribunal arbitral.<sup>(60)</sup>

En lo concerniente a la resolución que decide sobre el fondo de la cuestión, el Convenio prevé un sistema recursivo propio. Así, se puede pedir su: a) aclaración (ante divergencias interpretativas entre las partes sobre el sentido o alcance del laudo), b) revisión (en razón del hal-

(56) Ver GARCÍA-BOLÍVAR, OMAR E., “La jurisdicción del Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI)”, en la página de internet del sistema Servilex: [http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/articulo\\_ciadi.php#4](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/articulo_ciadi.php#4).

(57) En el laudo “Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (CSOB) c/ República Eslovaca” (caso CIADI n° ARB/97/4, decisión del 24/05/1999) se resolvió que “es aparente que el término “directo” está referido en este Artículo a la “disputa” y no a la inversión. Entonces se sigue que la jurisdicción puede existir aún con respecto a inversiones que no sean directas, siempre y cuando la disputa surja directamente de esa transacción”.

(58) Alguna doctrina sostiene que “...entre los modos más utilizados a fin de prestar el consentimiento para el caso particular pueden señalarse: i) acuerdos para someter a conciliación o arbitraje una disputa existente; ii) contratos de inversión, con relación a las controversias que pudieran surgir de sus términos; iii) legislación que ofrezca a los inversores la posibilidad de solucionar disputas relativas a tales inversiones —generalmente se trata de leyes de promoción de inversiones—; y iv) tratados bilaterales o multilaterales de inversión que habiliten esta opción para las partes” (VERBIC, FRANCISCO, “El CIADI y la situación de la República Argentina ante sus tribunales”, editorial AbeledoPerrot Online, Bs. As., Lexis N° 0003/014073 o 0003/014076, 2008).

(59) En ejercicio de sus operaciones de crédito público, con fines de financiar obras productivas, atender a las necesidades de interés nacional y cubrir las necesidades transitorias del tesoro.

(60) Caso, “Fedax N.V. vs. República de Venezuela” (CIADI n° ARB/96/3).

lazgo de algún hecho que hubiera podido influir en el laudo, el que era desconocido por el tribunal y por la parte que impetra la revisión), o c) anulación (si se verifica que el tribunal se hubiere constituido incorrectamente, o que se hubiere extralimitado en sus facultades, o que hubiere habido corrupción de algún miembro, o por vicios de procedimiento, o falta de motivación en las disposiciones).

Respecto de la ejecución de sus laudos, el principio general se efectúa conforme *lex fori*.

A su vez, el Convenio dispone que las obligaciones pecuniarias impuestas por el Tribunal Arbitral deben considerarse como si provinieran de sus jueces naturales domésticos.<sup>(61)</sup> En otras palabras, sienta como principio que "...salvo que un laudo del CIADI se reformule o se anule conforme a los procedimientos internos del CIADI, los estados contratantes deben reconocerlo y ejecutarlo tal como si se tratara de una sentencia definitiva de sus propios tribunales nacionales".<sup>(62)</sup>

No obstante, a fin de materializar la ejecución, la propia normativa CIADI reenvía a la ley doméstica, pues "...el laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda".<sup>(63)</sup> Más aún, deja expresamente a salvo a la normativa nacional sobre inmunidad de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero.<sup>(64)</sup>

## 3.3 | Bloque normativo constitucional

### 3.3.1.

Resulta de particular importancia recordar que la norma fundamental argentina edifica las atribuciones del Poder Judicial Federal.

---

(61) Ver inc. 1, del art. 54 del Convenio.

(62) REDFERN, ALAN; HUNTER, MARTIN; BLACKABY, NIGE *et al.*, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4ta. ed., Bs. As., La Ley, 2007, p. 626.

(63) Ver inc. 3 del art. 54 del Convenio.

(64) Ver art. 55 del Convenio.

Es así que:

“...corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”.<sup>(65)</sup> Tal como surge de la norma, el poder de *iurisdictio* es indelegable en razón de la materia.

### 3.3.2.

Haciendo referencia a aquellos tratados con las naciones extranjeras, nuestra Constitución Nacional (en adelante “CN”) indica que: “El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados”, en la medida en que éstos “estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.<sup>(66)</sup>

Como se ve, los TBIs tienen jerarquía superior a las leyes pero inferior a la propia Constitución y a los tratados de Derechos Humanos referidos en el segundo párrafo del inc. 22 del art. 75 CN.

### 3.3.3.

Con relación a las operaciones de crédito público, es facultad exclusiva del Congreso “Contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación”<sup>(67)</sup> y “Arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación”.<sup>(68)</sup> Ello es concordante con lo sentado en el art. 4 en cuanto:

.....  
(65) Ver art. 116 CN.

(66) Ver art. 27 CN.

(67) Ver inc. 4 del art. 75 CN.

(68) Ver inc. 7 del art. 75 CN.



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

## 4 | Análisis de la cuestión

Liminarmente corresponde determinar la naturaleza que asignamos a las operaciones de crédito público.

Tal como hemos expuesto, conviven dos tesis que le asignan diverso carácter a los empréstitos públicos. Una que los juzga como actos *iure gestionis* —basada en la noción de libre mercado y contrato de mutuo— y otra ligada con el principio de soberanía nacional, que los encuentra con el carácter de *iure imperii*. Nosotros participamos de esta última posición, en tanto creemos que está en juego el orden público constitucional.<sup>(69)</sup>

En igual sentido, la LAF, bajo su Título III, reglamenta las finalidades por las cuales puede contraerse empréstitos públicos, circunscribiéndolas a la realización de inversiones productivas, refinanciación de pasivos o casos de evidente necesidad nacional. Tales fines no son más que una manifestación de aquella máxima del preámbulo que dice “...promover el bienestar general”; lo cual, sin lugar a dudas, es un propósito público.

En la misma línea argumental, Carlos M. Giuliani Founrouge da cuenta de reconocidos juristas que consideran a los empréstitos públicos como actos de Derecho Público ligados a la soberanía.<sup>(70)</sup>

---

(69) Ver arts. 27, 29, 31, 75 incs. 4 y 7, 116 y cc. de la Carta Magna.

(70) Por ejemplo, Luis María Drago, Jèze, Trotabas, Duverger, Ingrosso, Saenz de Bujanda, Sayagués Lazo, Fiorini, Bielsa, De Juano, Ahumada, Wuarin, Kaufman, Freund, Fischer Williams, Schoo, Waline, Laubadère y Zanobini. Para más información, ver: GIULIANI FONROUGE,

Establecida la naturaleza jurídica de las operaciones de crédito público, resta determinar si una prórroga de jurisdicción a favor de un tribunal arbitral internacional —como el CIADI— puede ser viable bajo nuestro sistema constitucional.

Primeramente, vemos que la norma que adopta la Convención tiene **jerarquía legal** —ley 24.353—. Por su parte, los tratados de integración económica, los TBIs y la Convención misma tienen jerarquía superior a las leyes de la Nación, pero inferior a la Constitución Nacional.<sup>(71)</sup>

La CSJN ha variado su criterio en torno al rango de prelación correspondiente a los tratados. Así, en pleno auge neoliberal, en el *leading case* “Fibraca Constructora SCA c/ Comisión Técnica Mixta Salto Grande” ha dicho que:

“... la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 05/12/1972 y en vigor desde el 27/01/1980— es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que en su art. 27 dispone: ‘Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado’. La necesaria aplicación de este artículo impone a los órganos del Estado Argentino —**una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales— asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria**”.<sup>(72)</sup>

Es decir, si bien prioriza a una norma de un tratado por sobre el régimen doméstico, lo hace bajo la condición de que estén asegurados los principios de derecho público constitucional.

CARLOS M.; NAVARRINE, SUSANA C. y ASOREY, RUBÉN O., *Derecho Financiero*, t. II, 9na. ed., Bs. As., La Ley, 2004, t. pp. 973/978.

A su vez, Eduardo A. Zalduendo se expresó en el mismo sentido. Para mayor información: ZALDUENDO, EDUARDO, *La deuda externa*, Bs. As., Depalma, 1998, p. 14 y ss.

(71) Conforme el art. 27 y el párr. 1 del inc. 22 del art. 75 CN. Ver BARBOZA, JULIO *Derecho Internacional Público*, Bs. As, Zavalía, 2001, p. 79.

(72) CSJN, Fallos 316:1669. El resaltado nos pertenece.

Siguiendo tal línea de argumentación, como la facultad de jurisdicción en materia federal se encuentra reservada a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a los tribunales inferiores de la Nación,<sup>(73)</sup> y toda vez que es improrrogable tal prerrogativa,<sup>(74)</sup> estimamos que sobreviene inconstitucional toda normativa foránea que disponga un sistema de delegación de facultades jurisdiccionales incompatible con el bloque federal formado por los arts. 27, 116 y 75 incs. 4, 5, 7, 8, 19, 22 —primer párrafo— y 23 de la Carta Magna. Sostener lo contrario es desconocer el sistema jerárquico de prelación normativa.

Lo propio ocurre en razón de la persona pues, mientras que el Estado Nacional sea parte, se activa el régimen del art. 116 CN —cuya jurisdicción y competencia pertenece al Poder Judicial de la República Argentina—.

Más aún, en el *leading case* “Compte c/ Ibarra”,<sup>(75)</sup> nuestro máximo tribunal —compartiendo los principios de Derecho Público consagrados por la Corte de Casación del Reino de Italia— entendió que “...las cláusulas de contrato que anulan la competencia de los tribunales italianos son nulas como contrarias al orden público de que participa la organización de la jurisdicción y como contrarias a la soberanía del Estado a quienes esas cláusulas deniegan uno de sus atributos esenciales”. Igual tesis tiene Enrique Bacigalupo.<sup>(76)</sup>

Es de especial interés recordar que José Nicolás Matienzo propugnaba la doctrina por la cual el principio de la soberanía nacional impone la imposibilidad de transferir jurisdicción argentina a tribunales o árbitros extranjeros por convenciones particulares y/o pactos internacionales.<sup>(77)</sup>

Sobre el particular, Arturo Enrique Sampay ha considerado que:

.....

(73) Ver art. 116 CN.

(74) Máxime cuando la jurisdicción es un atributo de la soberanía.

(75) CSJN, “Compte y Cía. Soc. c/Ibarra y Cía. Soc.”, 16/11/1936, Fallos 176:218.

(76) PTN, “Dictámenes” 125:382.

(77) Dictamen del Procurador General *in re* CSJN “Montepagano Esteban”, 21/05/1923, Fallos 138:62; publicado en MATIENZO, JOSÉ NICOLÁS, *Cuestiones de Derecho Público Argentino*, Bs. As., Abeledo, 1925, t. I, p. 473.

“...los países dominantes, inversores de escasos capitales suyos, pero apropiadores en gran escala de recursos naturales y financieros masivos, imponen a los países dominados una administración de justicia ad hoc: las controversias de intereses en los que son partes deben ser dilucidadas en los tribunales del exterior que ellos determinan; sin eufemismo hablando: ante sus jueces. Como es de observar, se trata de una fibra más de las que componen la coyunda con que atan a su yugo a los países dependientes”.<sup>(78)</sup>

En consonancia con ello:

“... la Carta Magna argentina consagra el principio de supremacía constitucional (art. 31) y prohíbe: a) la concesión al Ejecutivo nacional de facultades extraordinarias, la suma del poder público u otorgar sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos quede a merced de gobiernos o persona alguna (art. 29); b) la delegación legislativa, salvo únicamente al Ejecutivo nacional en materias determinadas de administración o de emergencia pública con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca (art. 76); c) firmar tratados con potencias extranjeras que no estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución (art. 27) que a su vez reenvía al art. 116, sobre jurisdicción exclusiva y excluyente del Poder Judicial de la Nación en cuestiones de derecho federal y d) delegar competencias y jurisdicción salvo a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad en el marco de tratados de integración con Estados de Latinoamérica y en el caso de tratados con otros Estados, mediante dos votaciones sucesivas del Congreso (art. 75, inc. 24)”.<sup>(79)</sup>

---

(78) SAMPAY, ARTURO E., “Editorial”, en revista *Realidad Económica*, n° 11, Bs. As., Instituto Argentino para el Desarrollo Económico (IADE), 1972, p. 72.

(79) CORTI, ARÍSTIDES H. y COSTANTE, LILIANA B.; “La soberanía y los tribunales arbitrales del CIADI”, Bs. As., La Ley, LL. 2005-C, 1032.

Opinión compartida por eximios juristas de la talla de Germán J. Bidart Campos,<sup>(80)</sup> José Osvaldo Casás,<sup>(81)</sup> Eduardo S. Barcesat,<sup>(82)</sup> Eduardo Conesa,<sup>(83)</sup> Guillermo A. Muñoz,<sup>(84)</sup> Alfredo Calcagno, Eric Calcagno,<sup>(85)</sup> Liliانا B. Costante<sup>(86)</sup> y Arístides Horacio M. Corti, entre otros.

A mayor abundamiento, asociaciones de abogados y de Derechos Humanos —como la Asociación de Abogados de Buenos Aires—,<sup>(87)</sup> la Federación Argentina de Colegio de Abogados<sup>(88)</sup> y la Asamblea Permanente por

.....

(80) En efecto, "...cuando la causa en que es parte nuestro estado es una de las que, por razón de la materia, el art. 116 engloba con la palabra 'todas' para adjudicarlas a la jurisdicción de los tribunales federales, la jurisdicción argentina es improrrogable (causas regidas por derecho federal: constitución, leyes y tratados)", en BIDART CAMPOS, GERMÁN J.; "Manual de la Constitución Reformada", 2da. reimpresión, Bs. As., Ediar, 2001, Tomo III p. 477. En igual sentido, BIDART CAMPOS, GERMÁN J.; "El control constitucional y el arbitraje", "Suplemento de Derecho Constitucional", Bs. As., La Ley, 2004, ejemplar del 17/08/2004.

(81) CASÁS, JOSÉ O., "Breves reflexiones —a raíz de una sentencia— sobre el arbitraje internacional y el orden público constitucional", Bs. As., La Ley, 2005, LL. 2005-A, 11.

(82) BARCESAT, EDUARDO S., "Del derecho de autodeterminación e independencia económica. Examen sobre la validez de los TBI y el CIADI", 5/09/2011, en la página de internet del Sistema Argentino de Información Jurídica (INFOJUS), consultado el 04/11/2012, el sitio: [http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk\\_seccion=documento&registro=DOCTRINA&docid=CF110117](http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento&registro=DOCTRINA&docid=CF110117)

[http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk\\_seccion=documento&registro=DOCTRINA&docid=CF110117](http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento&registro=DOCTRINA&docid=CF110117)

(83) CONESA, EDUARDO, "Argentina: cómo convivir con el default?, Suplemento Especial "Default y restructuración de la deuda externa", Bs. As, La Ley, 2003, p. 69 y ss.

(84) MUÑOZ, GUILLERMO A., "El arbitraje en los contratos internacionales celebrados por el estado", en revista *Actualidad en derecho público*, mayo/agosto, 1999, Bs. As., Ad-Hoc, p. 92.

(85) CALCAGNO, ALFREDO E. y CALCAGNO, ERIC, "El CIADI resulta inconstitucional", en diario *Clarín*, Bs. As., 2005 (ejemplar del 22/03/2005), publicado también en su página de internet: <http://edant.clarin.com/diario/2005/03/22/opinion/o-943073.htm>.

(86) CORTI, ARÍSTIDES H. y COSTANTE, LILIANA B., "Extranjerización de funciones públicas indelegables", LL "Actualidad", ejemplar del 16/03/2004; COSTANTE, LILIANA B., "Notas sobre prórroga de jurisdicción", Bs. As., La Ley, LL. 2004-F, 1138; COSTANTE, LILIANA B., "Algunas notas más sobre prórroga de jurisdicción", Bs. As., La Ley, 2004, ejemplar del 30/09/2004, p. 3; y COSTANTE, LILIANA B., "Soberanía nacional vs. CIADI: ¿estados o mercados?", año n° 1, revista n° 2, Bs. As., Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012, p. 59.

(87) Asociación de Abogados de Buenos Aires (AABA), "Declaración del 02/12/2011", en su página de internet: <http://www.aaba.org.ar/noticia/respecto-de-la-ejecutoriedad-de-los-laudos-finales-del-ciadi>, Bs. As.

(88) Federación Argentina de Colegio de Abogados (FACA), "Declaración institucional", Bs. As., 18/06/2005.

.....

los Derechos Humanos<sup>(89)</sup> se han pronunciado en contra de la prórroga de jurisdicción a tribunales arbitrales internacionales.

Adviértase que nosotros participamos de la postura por la cual los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y los Tratados Bilaterales de Inversión se encuentran reglados por los arts. 27 y 75, inc. 22, primer párrafo de la Constitución Nacional.<sup>(90)</sup>

Bajo este esquema, no corresponde ampararlos bajo el inc. 24 del art. 75 CN, toda vez que resultan tratados comunes; los que —como acertadamente ha señalado Fayt— carecen de una plataforma constitucional suficiente para prorrogar jurisdicción.<sup>(91)</sup>

Para el hipotético caso de no compartir nuestro enfoque, cabe poner de manifiesto que la misma conclusión se llegaría a través de un estudio encaminado bajo el inc. 24 del art. 75 CN; puesto que, de aplicarlo, la ley 24.353 sería material y formalmente nula.

.....

(89) Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), "Comunicado del 18/05/2005", en su página de internet: <http://www.apdhlaplata.org.ar/prensa/comu/comu68.htm>. Bs. As.

(90) Al respecto, Carlos Fayt afirma que: "...se pueden vislumbrar dos variables de delegación de la jurisdicción nacional a organizaciones de carácter supraestatal. Una primera hipótesis está dada de manera explícita en la previsión del inc. 24, con referencia a los tratados de integración. En dicha norma el constituyente previó expresamente la posibilidad de la delegación de competencias y jurisdicción, en condiciones de reciprocidad e igualdad, a organizaciones supraestatales en el marco de tratados de integración con Estados de Latinoamérica y con otros tratados ajenos a ésta. Para arribar a la misma se ha exigido constitucionalmente doble votación en el Congreso. Otra variable es la prevista en el inc. 22 del artículo citado, donde al otorgar jerarquía constitucional a algunos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, indirectamente se convalidan las delegaciones a favor de la jurisdiccional transnacional estatuidas en ellos. Habilitados estos dos supuestos extremos, no se ha mencionado la posibilidad de existencia de delegación de jurisdicción en los tratados genéricos mencionados en el primer párrafo del inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, entre los que se encuentran... los tratados bilaterales de inversión [...]. Es decir, fuera del marco de los supuestos de instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, solo es posible la delegación de jurisdicción en los casos y con el procedimiento estatuido por el art. 75 inc. 24 de nuestra Constitución, ello conllevaría a apreciar como inválida toda delegación de jurisdicción normada a través de los Tratados Bilaterales de inversión". Ver FAYT, CARLOS S. "La Constitución Nacional y los Tribunales Internacionales de Arbitraje. CIADI, CNUDMI, Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y Cámara de arbitraje de Estocolmo", 1ra. ed., Bs. As., La Ley, 2004, pp.107/108.

(91) Ídem.

Como la CN condiciona la incorporación de tratados de integración económica de Estados distintos a los latinoamericanos a un trámite específico —la aprobación por mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso de la Nación después de ciento veinte días del acto declarativo—, y en consideración que tales recaudos no fueron observados por esa norma,<sup>(92)</sup> la ley que incorpora al CIADI tendría una anomalía congénita que la tornaría nula de nulidad absoluta.

Otra razón que se dirige a la misma conclusión radica en el sistema normativo de la “Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969”<sup>(93)</sup> que es aplicable sobre el bloque convencional CIADI.

La citada Convención, en su art. 27 prevé que si bien “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...) ésta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46”.

Por su parte, el art. 46 establece:

“El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una norma de derecho interno concerniente a su competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, **a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno**”.<sup>(94)</sup>

Dado ello, y como por las razones expuestas el Convenio se contraviene con el plexo constitucional —una norma fundamental en los términos del Tratado de Viena—, se encuentra viciado todo consentimiento que se

---

(92) Como hemos expuesto, Argentina adhirió al Convenio por la ley 24.353, promulgada por el decreto 1432/PEN/1994 (BO N° 27.967 del 02/09/1994). Por otra parte, el 22 de agosto de 1994 se sancionó la reformada Constitución Nacional, que entró en vigencia el 24 de agosto de 1994. Es así que el inc. 24 del art. 75 CN era operativo antes de que aquella ley se publicara; sobreviniéndole así exigibles las formalidades constitucionales.

(93) Suscripta el 23 de mayo de 1969, firmada por Argentina en igual fecha y aprobada por ley 19.865.

(94) El resaltado nos pertenece.

pudo haber interpretado en pos de la adopción y sujeción al Convenio y a favor de renunciar a la jurisdicción doméstica.

Otro fundamento a favor de tal inconstitucionalidad surge de la reserva efectuada por Argentina al momento de efectuar la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, "CADH"),<sup>(95)</sup> recibida por la Secretaría General de la OEA. Esa norma prevé en su art. 21 que "[e]l Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un tribunal internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los Tribunales nacionales determinen como causas de 'utilidad pública' e 'interés social', ni lo que éstos entiendan por 'indemnización justa'".

Dicha reserva fue efectuada y tramitada con arreglo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y cuenta con jerarquía constitucional.<sup>(96)</sup>

Más aún, debe tenerse presente que la prórroga de jurisdicción implica otorgar otro privilegio a la parte más fuerte del conflicto. La situación se agrava cuando reflexionamos que los recursos estatales no son ilimitados, que los montos implicados en los reclamos por deuda pública absorben una parte significativa del PBI nacional y que los actores se dedican a explotar a los Estados en momentos de crisis.

Corresponde destacar que las operaciones de crédito público son de carácter excepcional, pues permiten la transferencia de recursos de un sector —generalmente aquél sobre el cual incide la carga de los tributos— a otros distintos —quienes, con el paso del tiempo, recuperan el capital junto con la renta devengada—.

Entonces, ¿hay que privilegiar los intereses del capital especulativo mundialmente concentrado en pocas personas por sobre las necesidades básicas insatisfechas de cierta parte del pueblo argentino que carga —vía impuestos— el peso de la deuda?

---

(95) El denominado Pacto de San José de Costa Rica; Adla, XLIV-B, 1250; aprobado por ley 23.054 (BO N° 25.394 del 27/03/1984).

(96) Conf. segundo párrafo del inc. 22 del art. 75 CN.



Evidentemente, si creemos que el derecho es una herramienta de nivelación social y que el más débil en el pleito debe ser objeto de preferente protección de derecho, la respuesta es adversa.<sup>(97)</sup>

En efecto, la solución a tal pregunta se estructura por una triple vía. Por un lado, sobre el derecho natural y demás pautas de interpretación axiológica;<sup>(98)</sup> por otro, sobre los carriles constitucionales —que imprimen un orden específico en la asignación del gasto público—<sup>(99)</sup> y finalmente sobre el derecho internacional, pues el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales impone directrices —operativas— sobre la aplicación de los ingresos públicos, ya que por él Argentina:

.....

(97) Si bien recientemente el premio Nobel de economía, Joseph Stiglitz, llega a la conclusión de que el 1% de la población mundial tiene lo que el 99% necesita, valiéndose para ello de mercados ineficientes, abuso de plataformas legales y políticas globales; el jurista argentino Corti ya entrevía hace años la tendencia y las explicaba desde "... el derecho internacional globalizado que pretenden imponer los países centrales en las relaciones económicas [...que] confirma las investigaciones, por ejemplo de la CEPAL (Prebisch, Teotonio dos Santos) sobre la teoría de la dependencia, [y] el modelo del intercambio desigual (Samir Amín)". En CORTI, ARÍSTIDES H., "Acerca de la Inmunidad del Estado frente a los Tribunales Arbitrales y Judiciales externos (CIADI y otros)", Bs. As., en la página de internet del Sistema Argentino de Información Jurídica (INFOJUS). [http://www1.infojus.gov.ar/doctrina/dacf110062-corti-acerca\\_inmunidad\\_estado\\_frente.htm?28](http://www1.infojus.gov.ar/doctrina/dacf110062-corti-acerca_inmunidad_estado_frente.htm?28), Bs. As., 2005. En el mismo sentido, MARTINEZ DE SUCRE, VIRGILIO y CORTI, ARÍSTIDES H., *Multinacionales y Derecho*, Bs. As., Ediciones de la Flor, Colección Cuestionario, 1976, pp. 183/186.

(98) En esta línea, "...la interdependencia, cada vez más estrecha, y su progresiva universalización hacen que el bien común —esto es, el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección— se universalice cada vez más, e implique por ello derechos y obligaciones que miran a todo el género humano. Todo grupo social debe tener en cuenta las necesidades y las legítimas aspiraciones de los demás grupos; más aún, debe tener muy en cuenta el bien común de toda la familia humana..." (Ver IGLESIA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA, Concilio Vaticano II, "Gaudium et spes", aprobado el 07/12/1965 por el papa Pablo VI; art. 26).

(99) Como sabemos, todo el sistema normativo encuentra su pináculo en la Constitución Nacional, la que proyecta su plan económico y financiero sobre las normas de inferior jerarquía. De ahí que la actividad financiera del Estado debe estar encaminada a efectivizar los derechos y las instituciones constitucionales a través de la obtención de recursos y realización de erogaciones. En este proceso, toda arbitrariedad e ilegalidad en los actos de la administración y, en especial, de la hacienda pública, deben quedar neutralizados y privados de cualquier efecto antijurídico en cuanto se opongan a su cuerpo. Bajo estas circunstancias, comprometer una partida presupuestaria encaminada a solventar medidas de acción para garantizar un derecho humano —vgr. salud, vivienda, etc.— deviene en inconstitucional. El máximo exponente de la teoría finalista en el derecho presupuestario es Horacio Guillermo Corti; a quien nos remitimos —brevitatis causae—. Al respecto, ver CORTI, HORACIO G., *Derecho constitucional presupuestario*, 1ra. ed., Bs. As., Lexis Nexis Argentina SA, 2007, y CORTI, HORACIO G., *Derecho financiero*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997.

.....

“...se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados (...) la plena efectividad de los derechos [allí] reconocidos”.<sup>(100)</sup>

Es menester resaltar que, dentro del propio sistema del derecho internacional, los tratados de Derechos Humanos también tienen preeminencia sobre los TBIs.<sup>(101)</sup>

A lo dicho, se suma que la Organización de Naciones Unidas reconoce:

“...la plena soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales y todas sus actividades económicas. Con el fin de salvaguardar estos recursos, cada Estado tiene derecho a ejercer un control efectivo sobre los mismos y su explotación con medios ajustados a su propia situación, incluido el derecho a la nacionalización o transferencia de la propiedad a sus nacionales, siendo este derecho una expresión de la plena y permanente la soberanía del Estado. Ningún Estado podrá ser objeto de política económica, o cualquier otro tipo de coacción para impedir el libre y pleno ejercicio de este derecho inalienable”.<sup>(102)</sup>

Desde una perspectiva de política nacional, nuestro punto de vista es compatible con las doctrinas “Drago” y “Calvo”.

La primera de ellas proscribe el uso de la fuerza militar a fin ejecutar la deuda pública de un país americano.<sup>(103)</sup>

.....

(100) Ver inc. 1 del art. 2 del PIDESC. Ahondando en ello, los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto sientan que: “...en la utilización de los recursos disponibles, se dará la debida prioridad a la efectividad de los derechos previstos en el Pacto, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar a todos la satisfacción de sus necesidades de subsistencia y la prestación de servicios esenciales”.

(101) Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, 29/03/2006, considerando 140.

(102) Ver inc. “e” del art. 4 de la “Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional” de la Asamblea General de la ONU, A/RES/S-6/3201, 01/05/1974.

(103) Esta doctrina encuentra basamento en la carta que el entonces canciller Luis María Drago envió al embajador argentino en los Estados Unidos Martín García Merou para que éste la presentara al gobierno norteamericano ante el ataque bélico a Venezuela por Reino

Por otro lado, la doctrina Calvo veda las intervenciones de un Estado en los asuntos de otro bajo el pretexto de daños —conjeturales o reales— ocasionados a los ciudadanos del primero. En tal sentido, el extranjero que reclama su indemnización puede usar los remedios que le proporciona la jurisdicción local (jueces naturales) pero no exigir amparo diplomático, ya que ello constituiría un indebido privilegio por sobre los derechos de los propios nacionales.<sup>(104)</sup>

Siguiendo ambas doctrinas, sostenemos que las operaciones de crédito público son actos *iure imperii*, íntimamente vinculadas con el principio de soberanía y, por lo tanto, comprendidas dentro de la inmunidad de jurisdicción la que es irrenunciable por ser de orden público.

Por lo dicho, creemos que retomar la doctrina Calvo es un deber nacional.

Finalmente, otras cuestiones que objetamos en torno al CIADI se afincan en que: a) es antisistémico,<sup>(105)</sup> ya que al carecer de órgano común que unifique su “jurisprudencia”, los laudos muchas veces se tornan contradictorios entre sí;<sup>(106)</sup> b) el propio tribunal arbitral resuelve sobre su competencia sin

Unido, Alemania e Italia. De ella puede leerse que “... el capitalista que suministra su dinero a un Estado extranjero, tiene siempre en cuenta cuáles son los recursos del país en que va a actuar y la mayor o menor probabilidad de que los compromisos contraídos se cumplan sin tropiezo (...) No es ésta de ninguna manera la defensa de la mala fe, del desorden y de la insolvencia deliberada y voluntaria. Es simplemente amparar el decoro de la entidad pública internacional que no puede ser arrastrada así a la guerra, con perjuicio de los altos fines que determinan la existencia y la libertad de las naciones. El reconocimiento de la deuda pública, la obligación definida de pagarla no es, por otra parte, una declaración sin valor porque el cobro no pueda llevarse a la práctica por el camino de la violencia. El Estado persiste en su capacidad de tal, y más tarde o más temprano las situaciones oscuras se resuelven, crecen los recursos, las aspiraciones comunes de equidad y de justicia prevalecen y se satisfacen los más retardados compromisos (...) El cobro militar de los empréstitos supone la ocupación territorial para hacerlo efectivo, y la ocupación territorial significa la supresión o subordinación de los gobiernos locales en los países a que se extiende... Tal situación aparece contrariando visiblemente los principios muchas veces proclamados por las naciones de América y muy particularmente la doctrina de Monroe...” (DRAGO, LUIS MARÍA, “Carta a Merou”, 29/12/1902).

(104) CALVO, CARLOS, *Derecho Internacional teórico-práctico de Europa y América*, París, D’Amyot Libraire Diplomatique/ Durand et Pedone-Lauriel, 1868, t. I.

(105) ROSATTI, HORACIO, “Las dificultades del régimen arbitral CIADI, según la experiencia argentina”, en Reiriz, M. Graciela (coord.), *Revista Jurídica de Buenos Aires, Derecho Administrativo y aportes para el rediseño institucional de la república*, Bs. As., LexisNexis Argentina/Departamento de publicaciones de la Universidad de Buenos Aires, 2004, pp. 335/340.

(106) Al ser antisistémico, no es un mecanismo apto para generar confianza ni estabilidad jurídica a todos los sujetos intervinientes en el Convenio.

posibilidad de recurrir tal decisión; c) no es requisito de habilitación de la instancia arbitral que se hayan agotado todos los recursos de la jurisdicción interna; d) puede ocurrir que los árbitros y/o conciliadores designados en algún caso carezcan de la independencia suficiente para ser imparciales; especialmente si los abogados representantes de las corporaciones multinacionales demandantes<sup>(107)</sup> —y/o de sus controlantes, controladas o vinculadas— son también árbitros y/o conciliadores en el mismo CIADI;<sup>(108)</sup> e) el Centro no es democrático ni representativo, ya que despoja a una nación parte del Convenio de establecer sus propias decisiones soberanas; f) promueve inequidad entre inversores extranjeros amparados en algún BIT de los propios inversores nacionales de un Estado,<sup>(109)</sup> y g) a veces la vía arbitral es irrazonablemente lenta<sup>(110)</sup> y sus procesos poco transparentes.

En suma, estimamos que el CIADI no es un medio viable desde la perspectiva constitucional para resolver ningún tipo de disputa legal, máxime si aquél pretende resolver cuestiones de estricta soberanía las que competen a la jurisdicción federal de nuestros tribunales.

Sin embargo, corresponde indicar que otra parte de la doctrina —que no hacemos nuestra— sostiene que tanto la suscripción de los TBIs como del Convenio CIADI obedecen al movimiento de globalización y transnacionalización de las relaciones jurídicas y comerciales, y tienden así a

(107) VERBITSKY, HORACIO, “¿Qué te puedo cobrar? Los estudios de la dictadura que litigan contra la Argentina”, en diario *Página 12*, Bs. As., ejemplar del 15/03/2009. También publicado en su página de internet: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-121584-2009-03-15.html>.

(108) Sostenemos ello atento a la práctica jurídica y pese a la declaración de imparcialidad contenida en el art. 21 del “Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial acerca del Convenio”.

(109) Lo cual es constitucionalmente reprochable por ser contrario al principio de igualdad, contenido en el art. 16 de la Constitución de la Nación Argentina y en tratados de derechos humanos de igual jerarquía.

(110) La causa “El Paso Energy International Company” (CASO ARB CIADI n° 03/15) fue iniciada el 06/06/2003 y recién tuvo un laudo fondal enviado a las Partes con fecha 31/10/2011. Ello es luego de transcurridos más de ocho años de proceso, lo cual es un claro ejemplo de la ineficiencia y lentitud de dicho tribunal arbitral. En este caso se condenó a Argentina por un monto de US\$43,03 millones, más intereses compuestos semestralmente a la tasa LIBOR más 2% desde el 1 de enero de 2002 hasta la fecha de cancelación total. Cabe preguntarse a quién resulta funcional una excesiva demora bajo un régimen de actualización con anatocismo y sobre quién recae, finalmente, los costos de transacción.

efectivizar un nuevo orden económico mundial. Indican que el carácter heterónomo y obligatorio del laudo surge: a) de la máxima latina *pacta sunt servanda*,<sup>(111)</sup> que se positiviza, por ejemplo, en los arts. 25 y 26 del Convenio en cuanto requiere el consentimiento como requisito de admisibilidad; b) de la doctrina de los actos propios —*venire contra proprium factum non valet*— y c) de los arts. 53 y 54 del Convenio. Asimismo postulan que los laudos arbitrales son irrevisables por la justicia doméstica y que su incumplimiento genera el deber de indemnizar por responsabilidad del Estado.

Con pequeños matices, adhieren a tales ideas Alfredo G. Bullard,<sup>(112)</sup> Roberto Dromi,<sup>(113)</sup> Guido Santiago Tawil,<sup>(114)</sup> Mariano F. Grondona,<sup>(115)</sup> Julio César Rivera (h.),<sup>(116)</sup> José A. Martínez de Hoz (h.),<sup>(117)</sup> Charity L. Goodman,<sup>(118)</sup>

---

(111) La frase latina significa que “los pactos deben ser cumplidos”.

(112) BULLARD G., ALFREDO, “Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos”, en Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Ysern (dirs.), *La contratación pública*, 1ra. ed., 2006, editorial Hammurabi, Bs. As., t. 2, pp. 1191/1242.

(113) DROMI, ROBERTO, “Derecho Administrativo”, 11ma. edición, Bs. As., Ciudad Argentina/e Hispania Libros, 2006, pp. 578/581.

(114) TAWIL, GUIDO SANTIAGO, “Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional”, *La Ley*, 2000, Bs. As., LL. 2000-D, 1106 y TAWIL, GUIDO, SANTIAGO, “El estado y el arbitraje, primera aproximación”, ediciones especiales, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP)*, Bs. As., 2007, RAP (350), 157.

(115) GRONDONA, MARIANO F., *El funcionamiento de los tratados de inversión*, *La Ley*, 2003, Bs. As., LL. 2003-E, 1204.

(116) RIVERA (H.), JULIO CÉSAR, “Interferencias judiciales en el arbitraje”, editorial *La Ley*, 2006, Bs. As., LL. 2006-F, 1462 y RIVERA (H.), JULIO C., “El arbitraje en la Argentina”, paper del ‘Estudio Jurídico Rivera’, 2005, Bs. As., publicado en su página de internet, consultado el 04/11/2012, EL SITIO: [http://www.rivera.com.ar/es/assets/Uploads/Publicaciones/Rivera\\_El%20arbitraje%20en%20Argentina2.pdf](http://www.rivera.com.ar/es/assets/Uploads/Publicaciones/Rivera_El%20arbitraje%20en%20Argentina2.pdf)

(117) MARTÍNEZ DE HOZ, JOSÉ A. y MACCHIA, VALERIA, “La reciente doctrina de la Corte Suprema en los fallos Cartellone y Bear Services y los Laudos del CIADI”, editorial *Información Jurídica*, 2005, Bs. As., IJ-XXV-919.

(118) GOODMAN, CHARITY L., “Uncharted Waters: Financial Crisis and Enforcement of ICSID Awards in Argentina”, 28 U. PA. J. INT’L ECON. L. 449, 452 (2007); también publicado en la página de internet del ‘Journal of International Law’, vol. n° 28, 2009, University of Pennsylvania Law School, Filadelfia, EEUU, consultado el 04/11/2012, sitio: [http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume28/issue2/Goodman28U.Pa.J.Int’LEcon.L.449\(2007\).pdf](http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume28/issue2/Goodman28U.Pa.J.Int’LEcon.L.449(2007).pdf)

Alberto B. Bianchi,<sup>(119)</sup> Agustín Gordillo,<sup>(120)</sup> Alberto R. Dalla Vía,<sup>(121)</sup> María Inés Corrá,<sup>(122)</sup> María Carolina Graciarena,<sup>(123)</sup> Francisco Verbic<sup>(124)</sup> y Pablo Raúl Mariani.<sup>(125)</sup>

No obstante ello, habiendo considerado las aristas más importantes del tema bajo estudio, concluimos que es inconstitucional la prórroga de jurisdicción en órganos foráneos en materia de actos o contratos administrativos relativo a actividades esenciales del Estado —como los servicios públicos—, en lo tocante con cualquier recurso del Estado —originarios o derivados— y en lo particular, en materia de reestructuraciones de la deuda pública argentina. Adviértase que no se trata de meros problemas de naturaleza comercial, sino que tienen naturaleza pública y comprometen facultades *ius imperium* del Estado.

.....  
(119) BIANCHI, ALBERTO B., "El Estado Nacional ante el arbitraje", Bs. As., La Ley, 2005, ejemplar del 13/04/2005, p. 1.

(120) Con relación a los laudos arbitrales del CIADI, Gordillo ha sostenido que "...al comienzo existía en nuestro país la creencia de que para ejecutarlos era necesario recurrir a los tribunales internos de cada país, pero ya los tribunales arbitrales reiteraron que estas sentencias son ejecutables ante la jurisdicción de cualquiera de los países miembros. Ciertamente es respetable la posición oficial argentina de sostener que la ejecución debe pedirse aquí, pero ello no es de por sí suficiente argumento para no ejecutar voluntariamente el fallo si el país se comprometió a hacerlo, ni para resistir eficazmente las múltiples presiones que se nos harán para que acatemos la jurisdicción que elija el acreedor para hacer efectivo el cumplimiento del laudo. Podremos negociar, sin duda, y ciertamente lo haremos, pero lo que no podemos hacer es desconocer olímpicamente los laudos". Ver GORDILLO, AGUSTÍN, "Hacia la unidad del orden jurídico mundial", en *Res Publica Argentina*, Bs. As., n° 2009 – 1, 2009, pp. 60/61.

(121) DALLA VÍA, ALBERTO R., *Derecho Constitucional Económico*, 2da. ed., Bs. As., Lexis Nexis, 2006, p. 684.

(122) CORRÁ, MARÍA INÉS, "La responsabilidad estatal derivada del incumplimiento de las sentencias o laudos arbitrales internacionales contra el Estado. Primera aproximación", en *Revista de la Administración Pública (RAP)*, Bs. As., 2008. También publicada en la página de internet de la empresa "M. & M. Bomchil abogados". Ver texto en: <http://www.bomchil.com/publicacion.aspx?PublicacionID=668>.

(123) GRACIARENA, MARÍA CAROLINA, *La inmunidad de ejecución del estado frente a los laudos del CIADI*, 1ra. ed., Bs. As., Lexis Nexis, 2006.

(124) VERBIC, FRANCISCO, "El CIADI y la situación de la República Argentina ante sus tribunales", Bs. As., Abeledo-Perrot Online, 2008, Lexis N° 0003/014073 ó 0003/014076.

(125) MARIANI, PABLO R., "Las inversiones extranjeras, el arbitraje internacional y las demandas contra el estado argentino", *Estudio Jurídico "Mariani Abogados"*, Bs. As., publicado en su página de internet, consultado el 04/11/2012: [www.mariani-abogados.com.ar/documentos/9/Inversiones.doc](http://www.mariani-abogados.com.ar/documentos/9/Inversiones.doc).

## 5 | Consideraciones sobre la inmunidad de ejecución

Una vez que los acreedores son beneficiados con una sentencia o laudo a su favor, la problemática adquiere un nuevo escenario; la ejecución puede ser impetrada tanto en el país condenado, como en el extranjero.

A su vez, la inmunidad de ejecución implica que un Estado no puede ser pasible de medidas de ejecución ante los tribunales de otros Estados.

En este estado, cabe tener presente al *leading case* “Blasson c/Embajada de la República Eslovaca”, por el cual nuestro Alto Tribunal —reconociendo la separación entre inmunidad de ejecución e inmunidad de jurisdicción— sentó que “...las medidas ejecutorias contra bienes de un estado extranjero, que implican el empleo de la fuerza pública del Estado del foro, afectan gravemente la soberanía e independencia del estado extranjero, por lo que no cabe, sin más, extender las soluciones sobre inmunidad de jurisdicción a los casos de inmunidad de ejecución”.<sup>(126)</sup>

En atención a las consideraciones que hemos desplegado en apartados anteriores, haremos algunas explicaciones generales.

Desde nuestra postura, creemos que todo laudo realizado en materia de operaciones de crédito público es nulo de nulidad absoluta. Lo propio ocurre con las sentencias de organismos judiciales foráneos sobre deuda pública argentina. Ningún efecto pueden causar y, por lo tanto, es impropio equipararlas a sentencias judiciales firmadas por nuestros tribunales ordinarios. A su vez, al revestir esta palmaria nulidad, tampoco deben ser consideradas título hábil para erigir el andamiaje del cobro compulsivo por medio de la ejecución forzada.

Siguiendo esta línea de argumentación y, en palabras de Linares Quintana:

“La Constitución Argentina es categórica al respecto, en cuanto, en su art. 31 establece su supremacía sobre las leyes de la

---

(126) CSJN, “Blasson, Beatriz Lucrecia Graciela c/Embajada de la República Eslovaca”, 06/10/1999, Fallos 322:2399.

nación que en su consecuencia se dicten por el congreso y los tratados con las potencias extranjeras y en su art. 27 se refiere a los tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución. Y nuestra ley fundamental de manera alguna posibilita tales transferencias de competencias, que de ser consagradas por tratados, darán lugar a que éstos sean declarados inconstitucionales por el poder judicial en los casos particulares que se susciten".<sup>(127)</sup>

## 5.1 | Ejecución dentro de la jurisdicción argentina

### 5.1.1.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante CPCCN), prevé en el libro tercero, título I, capítulo II un procedimiento especial por el que deben concurrir una serie de elementos para la ejecución de sentencias extranjeras. A saber: a) que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado, emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional; b) que la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia hubiese sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa; c) que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional; d) que la sentencia no afecte los principios de orden público del derecho argentino, y e) que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada por un tribunal argentino.

Según el art. 519 CPCCN: "Cuando en juicio se invocare la autoridad de una sentencia extranjera, ésta sólo tendrá eficacia si reúne los requisitos".

Destacamos que en la causa "Crostelli Fernando y otros",<sup>(128)</sup> la sala II de la Cámara del fuero en lo Contencioso Administrativo Federal rechazó el

(127) LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 3ra. ed., Bs. As., Plus Ultra, 1981, t. II, pp. 582/583.

(128) CNACAF, Sala II, "Crostelli Fernando y otros c/EN M° Economía arts. 517/518 CPCC EXEQUATUR (BNNY) s/ varios", 20/12/2011, editorial 'elDial.com', ref.: AA73A0.



exequátur desestimando el pedido de reconocimiento de la resolución del 19 de noviembre de 2007 del juez Thomas P. Griesa del Distrito Sur de Nueva York por la que se condenó a la República Argentina al pago de títulos vencidos de deuda pública argentina. Dicha sala fundó su decisión en que "... la razón que obsta a la procedencia de la acción es que la sentencia dictada por tribunales extranjeros afecta principios de orden público del derecho argentino..." así como en la expresa previsión legal establecida en el inc. 4 del art. 517 de la ley adjetiva. Desde esta perspectiva, la sala agregó que: "... constituye a la vez un reflejo del principio del derecho de gentes en materia de suspensión total o parcial del pago de servicios de la deuda —en caso de existir necesidades y situaciones extremas impostergables—, y en función del cual ningún Estado puede ser compelido al cumplimiento de acuerdos que superen su capacidad de pago". Lo propio fue decidido en el precedente "Claren Corp." de la Sala V de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo.<sup>(129)</sup>

Evidentemente, en todos los casos tratados por este trabajo —ya sean sentencias de tribunales judiciales extranjeros o bien de entes arbitrales— en razón de la materia, siempre queda afectada la soberanía de la nación y el orden público.

De ello se sigue que al ser pronunciadas por autoridades incompetentes —toda vez que la prórroga de jurisdicción que se haya podido pactar fue nula de nulidad absoluta—<sup>(130)</sup> ningún efecto deben causar.

Además de lo expuesto, queríamos dejar sentado que si bien la ley 24.488 —trabajada en la primer parte— no distingue entre inmunidad de jurisdicción y de ejecución; la misma también es aplicable en esta última etapa.

### 5.1.2.

En lo tocante al arbitraje, el art. 519 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación sienta que los laudos pronunciados por tribunales

---

(129) CNACAF, Sala V, "Claren Corporation c/Estado Nacional - (arts. 517/518 CPCC EXEQUATUR) s/ varios" (Expte. n° 21.767/08), 30/12/2010, editorial 'elDial.com', ref.: AA68A4.

(130) Ver art. 116 C N.

arbitrales extranjeros podrán ser ejecutados siempre que: "1) Se cumplieren los recaudos del artículo 517, en lo pertinente y, en su caso, la prórroga de jurisdicción hubiese sido admisible en los términos del artículo 1" y "2) Las cuestiones que hayan constituido el objeto del compromiso no se encuentren excluidas del arbitraje conforme a lo establecido por el artículo 737".

Esto no ocurre en los casos estudiados por las razones ya expuestas y porque el orden público argentino no es materia transable en los términos de los arts. 737 del CPCCN y 844 del Código Civil de la Nación. Es más, tampoco la democracia ni la soberanía pueden ser cedibles ni transables ni objeto de convención alguna.<sup>(131)</sup>

Respecto del CIADI, para el caso de no compartir este punto al pensar que el sistema de la Convención es cerrado y autosuficiente —por lo que no podría invocarse válidamente las normas internas del país demandado—, traemos a la memoria que la Convención se subordina explícitamente a la ley doméstica para la ejecución de sus laudos.<sup>(132)</sup>

### 5.1.3.

Por otra parte, no se nos escapa que alguna doctrina considera que todo laudo es irrevisable una vez agotadas las vías recursivas que prevé y que hace cosa juzgada de la cuestión traída a su estudio.

Sin perjuicio de ello, nosotros planteamos exactamente lo contrario. Es decir, creemos que todos los laudos arbitrales de organismos internacionales en materia de empréstitos públicos y deuda pública argentina pueden —y deben— ser sujetos a control judicial amplio por ser inconstitucionales; a cuyo fin es aplicable tanto la acción de nulidad como el régimen recursivo ordinario y extraordinario.

Más aún, se agrega que la Corte Suprema de la Nación Argentina ha tomado un nuevo criterio admitiendo su posibilidad de revisión.

.....

(131) Ver arts. 842 a 849, 953, 1167 del Código Civil.

(132) Ver inc. 3 del art. 54 del Convenio.

En efecto, antiguamente resolvía que no procede el recurso extraordinario respecto de las decisiones de la jurisdicción arbitral libremente pactada,<sup>(133)</sup> por lo que:

“... no puede alegarse válidamente privación de justicia ya que existe una jurisdicción internacional aceptada por nuestro país y a la que las partes voluntariamente se sometieron y menos aún, pretender que [la] Corte, sobre la base de las argumentaciones desarrolladas por el recurrente, revise la decisión del Tribunal Arbitral pues ello entra en contradicción con el espíritu de la norma internacional que ambas partes acordaron”.<sup>(134)</sup>

Ahora bien, ese criterio paulatinamente fue superado. Así, en el caso “Color SA c/Max Factor Sucursal Argentina” mayoritariamente la CSJN desestimó el recurso extraordinario haciendo uso del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; sin perjuicio de lo cual, en disidencia parcial, el Antonio Boggiano abre la vía y en *obiter sienta*:

“... sin negar el respeto que merece la voluntad de las partes, [la] administración privada de justicia no es ajena a cierto control judicial, el cual no es susceptible de ser suprimido totalmente. Ello es así, en razón de una exigencia que surge de objetivos constitucionalmente asumidos, como el de ‘promover la justicia’, y también de las garantías de la defensa en juicio y de la propiedad y de la ejecutoriedad equivalente a la de una sentencia judicial que el Estado dispensa —cumplidos ciertos recaudos— a los laudos arbitrales”.<sup>(135)</sup>

El criterio actual se construye sobre una familia de fallos encabezado por “José Cartellone Construcciones Civiles SA c/Hidronor S.A”. En él, la CSJN revisó la línea jurisprudencial del período anterior, llegando a la conclusión de que “... la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y, en consecuencia, el laudo que dicten será

.....  
(133) CSJN, “Icer SA c/Molinos Florencia SA”, 26/10/1676, “Fallos” 296:230.

(134) CSJN, “Fibraca Constructora SCA c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, 07/07/1993, “Fallos” 316:1669.

(135) CSJN, “Color SA c/Max Factor Sucursal Argentina s/laudo arbitral s/pedido de nulidad del laudo”, 17/11/1994, “Fallos” 317:1527.

inapelable en esas condiciones, pero, en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable".<sup>(136)</sup>

A mayor abundamiento, en "Bear Service S.A. c/Cervecería Modelo SA de C.V." el Tribunal Címero —en *obiter dictum*— ha exteriorizado la "...subordinación arbitral al imperio jurisdiccional del Estado, pues es una norma internacionalmente reconocida que el tribunal arbitral pueda decidir las cuestiones suscitadas sobre su propia competencia, siendo revisables estas decisiones por el tribunal estatal competente".<sup>(137)</sup>

Desde un plano procesal, la doctrina del fallo "Cartellone" fue precisada en los autos "Cacchione, Ricardo Constantino c/Urbaser Argentina SA"<sup>(138)</sup> en cuanto indica que es procedente tanto la vía del recurso de aclaratoria como la del recurso de nulidad contra una decisión adoptada por un tribunal arbitral cuya jurisdicción para intervenir en tal controversia fue libremente convenida por las partes —pese a que hayan renunciado expresamente a interponer recursos judiciales—. No obstante, la CSJN condiciona su intervención a través de las vías del segundo párrafo del art. 760 del CPCCN a la concurrencia de los extremos previstos en el art. 14 de la ley 48.

Corresponde dejar en claro que si bien en estos precedentes no estaba en tela de juicio la inteligencia de un laudo del CIADI, en nada obsta a que la doctrina de ellos le sea aplicable.<sup>(139)</sup>

(136) CSJN, "José Cartellone Construcciones Civiles SA c/Hidroeléctrica Norpatagónica SA o Hidronor SA s/proceso de conocimiento", 01/06/2004, "Fallos" 327:1881.

(137) CSJN, "Recurso de hecho deducido por Carlos Alberto Lisola en la causa Bear Service SA c/Cervecería Modelo SA de CV", 05/04/2005, "Fallos" 328:776.

(138) CSJN, "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Cacchione, Ricardo Constantino c/Urbaser Argentina SA", 24/08/2006, "Fallos" 329:3399.

(139) A favor de la revisión de los laudos: a) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, "Arbitraje internacional y Derechos Humanos", en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., La Ley, 2004, ejemplar del 10/12/2004, p. 1; b) CAVANO, ROQUE J., La revisión de la validez de los laudos arbitrales ¿Irrenunciable o indisponible?, Bs. As., Abeledo Perrot Online, 2007, Lexis n° 0003/013154; c) SISELES, OSVALDO, La ejecución de laudos arbitrales extranjeros contra el Estado argentino, Bs. As., Abeledo Perrot Online, 2009, Lexis n° 0003/014333 y d) GUGLIELMINO, OSVALDO C., Los contratos administrativos y el arbitraje, Bs. As., La Ley, 2010, Sup. Adm. 2010 (agosto), 115. En contra: a) RIVERA, JULIO CÉSAR (H.), "Recursos contra el laudo arbitral", en *Jurisprudencia Argentina*, Bs. As., 2007, JA 2007-I-268; y b) HERZ, MARIANA, "La irrevisabilidad de los laudos arbitrales del CIADI por los jueces nacionales: la 'doctrina Rosatti' y 'los proyectos legislativos'", en *El Derecho*, Bs. As., ED., 2005214-799.

En definitiva, "...estimamos aceptable admitir la revisión del laudo cuando se altera el orden público porque las partes no pueden disponer en contra, además no se puede renunciar a una situación impensable como es dicha alteración".<sup>(140)</sup>

## 5.2 | Ejecución en jurisdicción foránea

Con relación al marco legal, no hay ninguna convención ni tratado internacional que regule mundialmente la inmunidad de ejecución.<sup>(141)</sup> Por tal razón, cabe analizar si es aplicable en el país donde se impetere la acción algún tratado bilateral o multilateral específico sobre la materia; o en su defecto, valerse directamente de la ley del foro.

Retomando lo fijado en párrafos anteriores, recordamos que en materia de orden público constitucional no es válida ninguna prórroga jurisdiccional, ni renuncia a inmunidad alguna. Ese es el caso de las cuestiones analizadas en el presente trabajo.

En un sentido general, cabe aclarar que una renuncia a una prórroga de jurisdicción no conlleva implícitamente una pérdida de las defensas y excepciones que pueda plantear el Estado al momento que le exijan el cumplimiento forzado de la sentencia o laudo condenatorio.

En materia arbitral, el Convenio expresamente prevé que el proceso de ejecución de un laudo contra un Estado parte puede llevarse a cabo en el propio país condenado como en cualquiera de los Estados que lo suscri-

.....

(140) ARAZI, ROLAND, "Arbitraje nacional e internacional", en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., La Ley, 2005-D, 1433.

(141) Sin perjuicio de ello, corresponde recordar que la mayoría de las naciones cuentan con una ley doméstica que regula el privilegio, como la *State Immunity Act* de 1978 en Reino Unido, la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) en EEUU, etc.; aunque no todas la reglamentan específicamente en su faz ejecutiva.

A modo expositivo —ya que debe analizarse concretamente la legislación de cada uno de los países en donde la República Argentina tenga bienes—, la mayoría de los Estados participan de la inmunidad restringida, por lo que no todos los bienes públicos en el extranjero pueden ser ejecutados, sino que únicamente pueden serlo en la medida que participen de actividades comerciales —como un particular—.

Por otra parte, existen tratados bilaterales y multilaterales, que pueden contener disposiciones aplicables, como el caso de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, etc.

bieron, a elección del acreedor. Tal situación puede dar lugar a múltiples juicios en paralelo —con jueces y legislaciones diferentes— para satisfacer una única deuda.

A su vez, hay determinados bienes no susceptibles de embargo ejecutivo.<sup>(142)</sup> Por ejemplo, no deben trabarse contra: a) bienes argentinos de misiones diplomáticas —incluyendo los inmuebles de la misión y demás bienes situados en su interior —vgr. su mobiliario—,<sup>(143)</sup> b) reservas del Banco Central de la República Argentina en el exterior,<sup>(144)</sup> ni sobre c) bienes esenciales para la función del Estado —como el Tango 01—,<sup>(145)</sup> la corbeta Espora o la fragata Libertad.

En un sentido adverso a lo que postulamos, el 11 de octubre de 2012, el Juez Richard Adjei Frimpong del *High Court of the Justice ACCRA* en lo Comercial de la República de Ghana, en la causa “NML Capital Limited vs. The Republic of Argentina”<sup>(146)</sup> mantuvo la medida cautelar impuesta por el *a quo*, el 2 de octubre de 2012, tendiente a restringir la partida de la Fragata Libertad —militar— del puerto de Tema, en relación a una deuda judicial dispuesta por el Juez Thomas Griesa del *Southern District of New York* del año 2008, con sentencia de ejecución dictada por la Suprema Corte de Reino Unido,<sup>(147)</sup> sobre un litigio que entonces versaba sobre

(142) Cabe traer a la memoria que según nuestra ley de fondo no son ejecutables los bienes de dominio público del estado ni los que están fuera del comercio (Ver arts. 2337 y 2340 del Código Civil argentino).

(143) Ver art. 22, inc. 3 de la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas y art. 34 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

(144) Vgr. en Estados Unidos así lo dispone la sección §1611 de la Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) de 1976. En igual sentido, SCOTT, HAL y WELLONS, PHILIP, *International Finance: Transactions, Policy, and Regulation*, 8° ed., EEUUFoundation Press, 2001, p. 1273..

(145) A fin de ilustrar esta cuestión, destacamos que dentro de la jurisdicción de EEUU el Tango 01 fue considerado por la Justicia Federal como un avión militar protegido por la inmunidad soberana bajo los términos de la FSIA. (U.S. District Court, Northern District of California, “Michele Colella and Denise Dussault vs. The Republic of Argentina”, 29/05/2007, F.Supp.2d, 2007 WL 1545204).

(146) High Court of the Justice ACCRA en lo Comercial de la República de Ghana; “NML Capital Limited vs. The Republic of Argentina”, 11/10/2012, suit n° RPC/343/12.

(147) UKSC, “NML Capital Limited (Appellant) vs. Republic of Argentina (Respondent)”, 06/06/2011, publicado en la página de internet de la Suprema Corte de Reino Unido: [http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC\\_2010\\_0040\\_Judgmentv2.pdf](http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC_2010_0040_Judgmentv2.pdf)

los bonos “Global Bonds CUSIP N° 040114FB1” y “Global Bonds CUSIP N° 040114GB0”, títulos que no fueron rescatados por las reestructuraciones de deuda que el país llevó a cabo durante los años 2005 y 2010.<sup>(148)</sup>

El monto implicado en la causa asciende a U\$S 284.184.632 en concepto de deuda por la sentencia norteamericana (capital), U\$S 91.784.681,30 correspondientes a intereses provisorios —hasta octubre de 2012—, a lo que debería adicionarse la suma de U\$S 49.071,03 diarios desde el 1 de octubre de 2012 hasta el efectivo cumplimiento; con un interés del 4,9% por año compuesto anualmente.

Respecto de la potestad jurisdiccional, el juez de la ex colonia señala que es competente para entender en el asunto. Ello, pese a que el Estado de Nueva York no está comprendido por la ley ghanesa como uno de los Estados al que le reconocen derechos recíprocos de ejecución de sentencias.<sup>(149)</sup> Llega a tal conclusión al equiparar —forzadamente—

.....

(148) Como contexto, cabe recordar que Argentina ya ha resistido varios intentos de ejecución por parte de esa empresa. Scott recuerda que “...the cases in which the United States and the Federal Reserve Bank of New York intervened, *NML Capital, Ltd. vs. The Republic of Argentina*, 06-0405 and 6-cv and *EM Ltd. vs. Argentina*, 06-0403-cv (Central Bank cases), arose out of the efforts of creditors (EM already had obtained a judgment against Argentina, while NML had pending legal claims) to attach \$105 million that the Central Bank of Argentina had on account with the Federal Reserve Bank of New York. The Republic of Argentina had required that the Central Bank use these funds as part of a repayment of more than \$9 billion of the Republic’s debt to the International Monetary Fund. The District Court vacated the attachment orders issued earlier by another federal judge, by a written order of January 24, 2006, but stayed the effect of its decision pending an appeal to the Second Circuit that is currently underway. The court held that the funds in the Central Bank account were the property of the Central Bank and that the Central Bank had not explicitly waived sovereign immunity as required by Section 1611 of the FSIA. If the funds were not being held for central bank purposes—if the Central Bank was just sheltering funds of the sovereign used for a commercial purpose—the funds could be attached under Section 1611 even without a waiver. The court appears to have ruled that the funds were being used for central bank purposes. The court further held that even if these were the funds of Argentina, they were not being used for a commercial activity, as required by FSIA section 1610(d), since repayment of an IMF loan was a “governmental financial activity and not a commercial activity”. (SCOTT, HAL; “Sovereign debt default: Cry for the United States, not Argentina”, working paper n° 140, Washington, DC, Washington Legal Foundation, 2006, p. 28; también disponible en la página de internet de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard: <http://www.law.harvard.edu/programs/about/pifs/research/publications/2scott.pdf>)

(149) En efecto, dicho Estado no está comprendido por la sección §81 del Act 459 de Ghana (Courts Act, 1993) toda vez que no está formalmente registrado en la “*Foreign Judgments and Maintenance Orders (Reciprocal Enforcement) Instrument*” (1993 LI 1575).

una sentencia a un contrato; el que —a su decir—, puede ser ejecutable como una acción residual del *common law*.

El punto de conexión entre la acción impetrada por los fondos buitres y la jurisdicción del tribunal se fijó en base a que la operación de la deuda pública importó un contrato civil de derecho común contemplado por la ley de Ghana,<sup>(150)</sup> el que expresamente prorrogaba competencia a tal tribunal; extremo que se sostenía sobre una documentación anexa —la “*Fiscal Agency Agreement*”— que decía —en lo pertinente— que la sentencia definitiva podría ser ejecutada en la jurisdicción del Estado de Nueva York, en la de Argentina y en “otras cortes” donde la República es o pueda ser sujeto de una demanda.<sup>(151)</sup>

Con relación a la inmunidad soberana, tal documento indicaba que Argentina se “comprometía irrevocablemente” a no invocarla; lo que fue interpretado por el Juez como una “renuncia” válida en los términos de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.<sup>(152)</sup> Cabe destacar que dicha Convención no fue ratificada por Ghana ni por Argentina.

.....

(150) Order 8, rule 3, subrule 1(m) de Ghana.

(151) En el fallo, el juez transcribió gran parte de esa documentación, la que dice “...*The Republic of Argentina has in the Fiscal Agency Agreement irrevocably submitted to the jurisdiction of any New York State or Federal Court sitting in the borough of Manhattan, the City of New York and the Courts of the Republic of Argentina (“the specified courts”) over any suit, action or proceeding against it or its properties assets or revenues with respect to the securities of this series or the fiscal Agency Agreement (“a Related Proceeding”) except with respect to any actions brought under the United States Federal security laws (...)* The Republic of Argentina agrees that a final non-appealable judgment in any such Related Proceeding (i.e. “Related Judgment”) shall be conclusive and binding upon it and may be enforced in any specified Court or in any other courts to the jurisdiction of which the Republic is or may be subject (“the other courts” by a suit upon such a judgment (...)) To the extent that the Republic or any of its revenues, assets or properties shall be entitled, in any jurisdiction in which any specified court is located, in which any related proceeding may at any time be brought against it or any of its revenues, assets or properties or in any jurisdiction in which any specified court or other court is located in which any suit action or proceedings may at any time be brought solely for the purpose of enforcing or executing any Related Judgment, to any immunity from suit from the jurisdiction of any such court, from set off from attachment prior to judgment, from attachment in aid of execution of judgment, from execution of a judgment or from any other legal or judicial process or remedy and to the extent that in any such jurisdiction there shall be attributed such and immunity, the Republic has irrevocably waived such immunity to the fullest extent permitted by the laws of such jurisdiction...”.

(152) Ver ONU, Asamblea General; “Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”, A/RES/59/38, 16/12/2004.



Asimismo, refuerza su razonamiento invocando la sentencia de la Suprema Corte de Reino Unido, la que —según expresa— hace cosa juzgada en su país.

Por otra parte, si bien se contempló que la ley norteamericana prohíbe ejecutar naves de guerra o equipo militar, Richard Adjei Frimpong encuentra que el caso a su conocimiento no se rige por tales leyes, sino por las de su país. En consecuencia, por analogía, aplicó un artículo de la ley ghanesa<sup>(153)</sup> que apunta a que la carga de “naves no comerciales” en “operaciones de salvataje” no es susceptible de embargo “sin el expreso consentimiento del dueño”. Al encuadrarla dentro del supuesto legal, entendió que: a) la Fragata Libertad no estaba protegida por el privilegio porque no hacía “operaciones de salvataje”, b) había “consentimiento del dueño” respecto de la medida solicitada —la que provenía de la *Fiscal Agency Agreement*—, y c) la inmunidad soberana es esencialmente disponible y renunciable.

Por todo lo expuesto, mantiene la medida sobre la fragata militar argentina, dando la opción de dar fianza suficiente para su levantamiento.<sup>(154)</sup>

Vizioli opina que:

“... Argentina enfrenta ahora la disyuntiva de apelar la medida cautelar por ante la Corte de Apelaciones, y, eventualmente, ante la Corte Suprema de Justicia de Ghana, negociar una salida extrajudicial que resulte en el desistimiento de la acción incoada por el Fondo de Inversión o una transacción judicial (aunque la confidencialidad del acuerdo en este caso trascendería públicamente), o requerir la solución del diferendo conforme los términos de tratados internacionales, probablemente al amparo de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”.<sup>(155)</sup>

---

(153) Sección 392 de la “*Shipping Act*” de Ghana.

(154) Es lamentable que dicho Juez omita considerar que la nave era militar, navegada incluso por marinos militares —lo que da otro indicio de una actividad no comercial—, que tiene gran valor histórico para el pueblo argentino, que es un bien esencial para la República y que hay numerosos antecedentes dentro del derecho internacional que dan cuenta de la inembargabilidad de equipos y naves militares. No cabe duda que su decisión desalienta las relaciones internacionales.

(155) VIZIOLI, Luis, “¡Liberen a la Fragata! (A propósito de la detención de la Fragata Libertad en Ghana)”, en *elDial.com*, ref.: DC197D.

Nosotros creemos que Argentina tiene fuertes argumentos para levantar la medida. A los expuestos a lo largo del presente texto, debe sumarse que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Éste, prevé en el art 28, inc. 2 que:

“El Estado ribereño no podrá tomar contra esos buques medidas de ejecución ni medidas cautelares en materia civil, salvo como consecuencia de obligaciones contraídas por dichos buques o de responsabilidades en que éstos hayan incurrido durante su paso por las aguas del Estado ribereño o con motivo de ese paso”.

Como la deuda ejecutada no está enlistada dentro de las excepciones previstas en tal cuerpo normativo, la medida judicial sobreviene violatoria de dicho bloque convencional. Máxime cuando la Convención deja a salvo a las inmunidades de los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales.<sup>(156)</sup> De ello se sigue que Argentina podría accionar ante la Corte Internacional de los Derechos del Mar.

Tampoco debería descartarse la vía recursiva interna, dejando a salvo que no se le reconoce jurisdicción.

Debemos poner de manifiesto que del “*Fiscal Agency Agreement*” no se desprende en términos concretos, ciertos e inequívocos que Argentina renuncia a su inmunidad de ejecución respecto de sus bienes militares.<sup>(157)</sup>

Así, tomando los principios de Derecho Internacional sentados en el caso “*Société Eurodif vs. République islamique d’Iran*”,<sup>(158)</sup> surge que la regla general es la inmunidad de los Estados, la que sólo puede ser desplazada por vía de excepción. En consecuencia, al regir una exégesis de máxima taxatividad, sostenemos que una mera interpretación antojadiza

.....

(156) Ver art. 32 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

(157) En efecto, del *Fiscal Agency Agreement* no surge alusión alguna sobre navíos militares —bienes inescindiblemente ligados con actividades soberanas nacionales—; por lo que no puede presumirse —sin caer en irracionalidad— que el Estado prestó consenso para su ejecución. Tal argumentación es contraria a la costumbre internacional, la que es fuente de derecho.

(158) Tribunal de Casación Francés, “*Société Eurodif vs. République islamique d’Iran*”, 14/03/1984.

y extensiva de dicha documentación no es suficiente para enervar el privilegio soberano.

Es menester tener presente que la Corte de Casación Francesa en “La société NML Capital Ltd. vs. La République Argentine”<sup>(159)</sup> sentó que los bienes —incluyendo las cuentas bancarias— de las misiones diplomáticas se encuentran amparados por una inmunidad de ejecución especial, cuya renuncia sólo puede ser probada mediante un desistimiento específico, expreso e inequívoco. Prolongando tal pensamiento, es razonable inferir que los bienes afectados a misiones militares también gozarían de inmunidad de ejecución especial.

Respecto de la Fragata Libertad en sí, debe ponderarse que: a) se trata de una nave de guerra —lo que descarta de lleno toda naturaleza comercial que quiera atribuírsele—; b) tiene una conexión significativa con el Estado argentino, en tanto es un bien militar, histórico y afectado a la enseñanza; c) el propósito del viaje era desplegar una actividad no comercial del Estado —la educación de guardiamarinas y suboficiales de la Armada Argentina—; d) la embarcación está afectada a tal función soberana desde el año 1962; e) rige sobre ella un ámbito legal de Derecho Público —lo que excluye la aplicación de la *lex mercatoria*—, y que f) en el derecho interno está excluida del comercio por ser un bien estatal de dominio público.

No queremos dejar de citar a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes,<sup>(160)</sup> la que si bien no ha sido ratificada por la República Argentina ni por la República de Ghana, corporiza principios elementales de Derecho Internacional. Incluso en su Preámbulo precisa que “... las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes constituyen un principio generalmente aceptado en el derecho internacional consuetudinario”.

Así, es del caso recordar que tal Convención veda las medidas de ejecución sobre bienes vinculados con funciones militares, o que forman parte del patrimonio cultural o de los archivos del Estado, o que revistan interés

---

(159) Tribunal de Casación Francés, Première chambre civile, “La société NML Capital Ltd. vs. La République Argentine”, 28/09/2011, Arrêt n° 867 (09-72.057).

(160) ONU, Asamblea General, “Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”, A/RES/59/38, 16/12/2004.

científico, cultural o histórico y que no estén destinados a ser puestos a la venta ni se hayan puesto a la venta.<sup>(161)</sup> Entre ellos, claro está, la Fragata Libertad.

A mayores elementos argumentales, tenemos presente que la Convención de Bruselas del 10 de abril de 1926<sup>(162)</sup> distingue entre barcos públicos destinados a prestar un servicio público y navíos públicos dedicados al comercio, estableciéndose la garantía de inmunidad a favor del Estado dueño de los primeros y admitiéndose su sometimiento a extraña jurisdicción en su calidad de propietario de los segundos. En esta línea hermenéutica, entendiendo que el tratado consagra costumbre internacional, un embargo ejecutivo sobre navíos militares no parece adaptarse a los principios generalmente aceptados por las naciones civilizadas. Lo mismo ocurre con la restricción de tránsito impuesta a la fragata Libertad por Richard Adjei Frimpong.

No queremos dejar de señalar que, el 3 de febrero del 2012, la Corte Internacional de Justicia en la causa "Alemania vs. Italia (Grecia interviniente)",<sup>(163)</sup> sentó que las operaciones de crédito público son actos *iure imperi* y que la demandada Alemania tenía derecho a invocar la inmunidad de jurisdicción toda vez que la costumbre internacional no contenía normas en el sentido contrario.

.....

(161) Tal normativa codifica que: "...cuando se requiera el consentimiento para la adopción de medidas coercitivas de conformidad con los artículos 18 y 19, el consentimiento para el ejercicio de jurisdicción en virtud del artículo 7 no implicará consentimiento para adoptar medidas coercitivas" (Conf. artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes). A su vez, el artículo siguiente especifica que "...No se considerarán bienes utilizados o destinados a ser utilizados específicamente por el Estado para fines que no sean un servicio público no comercial conforme a lo dispuesto en el apartado c) del artículo 19: a) los bienes, incluida cualquier cuenta bancaria, que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en el desempeño de las funciones de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales o sus delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales; b) los bienes de carácter militar o los que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares; c) los bienes del banco central o de otra autoridad monetaria del Estado; d) los bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado, o parte de sus archivos, y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta".

(162) Ratificada por ley 15.787 (BO N° 19.426 del 05/01/1961).

(163) CIJ, "Germany vs. Italy: Greece intervening", decisión del 03/02/2012, Ver texto en la página de internet de la Corte Internacional de Justicia: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=143&code=ai&p3=4>

Cabe destacar que la costumbre internacional es receptada expresamente mediante el inc. b) del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la que —como se dijo— es fuente del Derecho Internacional.

En recapitulación, los antecedentes normativos anteriormente citados permiten reafirmar nuestra posición, por la cual, la inmunidad de jurisdicción de un Estado es la directriz general y tiene la fuerza de una norma de derecho consuetudinario internacional imperativo —*ius cogens*—, ajustada al sistema del Derecho Internacional Público.

Por ello, y como la sentencia del Juez ghanés parte de un supuesto fáctico falso —toda vez que del “Fiscal Agency Agreement” no surge de manera expresa la renuncia a la inmunidad soberana respecto de naves militares—, su decisión sobreviene arbitraria en los términos de su propio fundamento.

Sin perjuicio de la estrategia legal de la Nación Argentina, la vía diplomática y la labor de Cancillería, en estos eventos, es fundamental.

## 6 | Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial unificado

Bajo el recorte impuesto por la temática abordada, exteriorizamos algunos reparos sobre el anteproyecto de “Ley de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial” que prevé en el capítulo 29 del Título IV la regulación del contrato de arbitraje.

Así, el art. 1651 de dicho cuerpo normativo dice: “...Controversias excluidas. No pueden ser sometidas a arbitraje las controversias que recaen sobre el estado civil, las cuestiones no patrimoniales de familia y la capacidad de las personas”.

Dicho esto, consideramos que la redacción del artículo debe excluir de forma explícita a determinadas relaciones jurídicas de derecho público, que por estar íntimamente asidas al poder de imperio del Estado, no corresponde que sean dirimidas por árbitros privados.<sup>(164)</sup> Para dejarlo en claro, nos referimos especialmente a aquéllas que versen sobre: a) deuda

.....

(164) En el mismo sentido, ver art. 2060 del Código Civil francés.

pública, b) ingresos originarios y derivados del Estado —especialmente lo atinente a tributos—, c) servicios públicos —cualquiera sea la forma que revista y su modalidad contractual—, d) seguridad social, e) medio ambiente y f) electoral, entre otras.<sup>(165)</sup>

Continuando con esta línea de razonamiento, creemos que el art. 1649 que dice: “Definición. Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”, debería decir: “...Definición. Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, en materia de derecho privado disponible”.

Respecto del art. 1650, que dice:

“El acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente o en un estatuto o reglamento. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”, creemos razonable agregar que toda cláusula compromisoria que verse sobre materias excluidas son nulas de nulidad absoluta.

Por otra parte, aunque no sea un proyecto de código de rito, no estaría demás agregar algún artículo que recoja el criterio de la CSJN en “José Cartellone Construcciones Civiles SA c/Hidronor S.A.” y sienta la amplia revisión judicial de los laudos.<sup>(166)</sup>

Finalmente, no debe pasarse por alto al inc. f del art. 2564 que consagra la validez de lo arbitrario por sobre todo sentido de justicia. En efecto, allí se dispone la prescripción anual de “la acción autónoma de revisión

.....

(165) Las que serán abordadas en trabajos posteriores.

(166) De acuerdo al art. 18 CN.

de la cosa juzgada";<sup>(167)</sup> la que por su naturaleza y gravedad, debería ser imprescriptible.<sup>(168)</sup>

## 7 | Consideraciones finales y conclusión

Como corolario, es preciso formular algunos señalamientos.

Hemos desarrollado nuestra posición crítica a todos los andamiajes jurídicos en que se sustentan las cláusulas de prórroga de jurisdicción ante entes administrativos u organismos judiciales foráneos en temas inescindibles con el poder soberano del Estado y, en especial, respecto de la deuda pública.

Hemos encontrado que el fin último de los sistemas de prórroga de jurisdicción previstos en los TBIs y Tratados de Protección Recíproca de Inversiones es la imposición de un juzgador *ex parte*; lo que, en las circunstancias descritas, luce como una situación injusta, abusiva y kafkiana que evidencia —una vez más— lo inconstitucional de dicho entramado jurídico.

A estas alturas, resulta de toda justicia que:

“...en un mundo sin un conjunto de herramientas legales para la insolvencia estatal, el foco exclusivo del CIADI en la protección

.....

(167) Se recuerda que la acción autónoma de revisión de la cosa juzgada prospera ante “a) Vicios formales: Son aquellos que pueden provenir del accionar de partes o de la actuación del Tribunal y que se refieren a los aspectos formales del proceso tales como: a’) aparición de documentos desconocidos al momento del dictado de la sentencia, o de pruebas que, valoradas y receptadas en el fallo, han sido posteriormente declaradas falsas en otro proceso y a”) todo artificio, astucia, maquinación o engaño, que se emplee con la finalidad de conseguir la ejecución de un acto. b) Vicios sustanciales: Son aquellos que pueden provenir del accionar de las partes o de la actuación del Tribunal y que derivan propiamente de la violación del debido proceso en alguna de sus etapas. c) El error judicial o error de derecho: Proviene exclusivamente del tribunal actuante y pueden consistir en la tergiversación de las citas doctrinarias o de la jurisprudencia invocada como base de sustentación argumental. d) La injusticia propiamente dicha: Se verifica en aquellos supuestos en donde si bien la decisión jurisdiccional cumple con los recaudos formales y sustanciales su aplicación genera una situación de extrema injusticia”. Ver GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “La acción de nulidad por cosa juzgada írrita. Aspectos formales y sustanciales”, en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., La Ley, 2006-B, 808..

.....

(168) HITTERS, JUAN C., *Revisión de la cosa juzgada*, Bs. As., Librería Editora Platense, 2001, p. 379.

del acreedor amenazaría la resolución de futuras crisis de deuda pública. Tal consecuencia va en contra de los intereses de la mayoría de los acreedores y también de la comunidad internacional considerada como un todo. Sólo la resolución balanceada de los intereses enfrentados de los tenedores de títulos de deuda y los países tomadores de deuda tendrá la posibilidad de ser mayoritariamente aceptada y mantener firmemente cerrada la tapa de esta caja de Pandora para las finanzas públicas".<sup>(169)</sup>

El poder judicial argentino, en tanto tercero imparcial, es quien debe resolver dichos conflictos.

En esta línea, creemos que el rumbo correcto de la política nacional debe ser retomar la doctrina Calvo.

Mientras tanto, es fundamental el dictado de leyes que fijen positivamente la nulidad de la ley 24.353, los TBIs y demás normas que dan curso a estos sistemas paralegales internacionales —o al menos en la medida de la prórroga de jurisdicción—, consignado que la situación se retrotraiga al momento previo a su vigencia.

Por otra parte, para dar un ámbito de seguridad al sistema judicial mientras operan estos cambios, creemos que sobreviene fundamental el inicio de acciones declarativas de certeza en el fuero Contencioso Administrativo Federal con el objeto de que se declare —en todas las Salas— la inconstitucionalidad de estas normas.

En un sentido singular y respecto de cada uno de los laudos ya dictados es preciso desconocerlos por nulos. En su caso, excepcionarse por inhabilidad de título por inexistencia manifiesta de deuda cada vez que sea perseguida su ejecución en la justicia doméstica. El basamento de la misma debe ser su palmaria y evidente inconstitucionalidad. A su vez, el Estado podría accionar por nulidad —dadas las razones expuestas anteriormente—.

---

(169) WAIBEL, MICHAEL, "Abriendo la caja de Pandora: los títulos de deuda pública en el arbitraje internacional", en *Res Publica Argentina*, Bs. As., n° 2011-1 y 2, 2012, p. 184.



Otro punto crucial es la difusión de estos problemas, tanto en los foros académicos,<sup>(170)</sup> dentro del Estado, como en el pueblo. Frente al poder del capital, debe erigirse la fuerza del consenso, de la Constitución y de la democracia.

Años atrás, Jauretche entrevistaba que la verdadera problemática argentina se describía por la teoría de la “dependencia”. Para sosegar sus efectos pueden usarse las herramientas técnico-jurídicas que proponemos u otras, pero nunca debe perderse de vista el camino de lo justo, que es uno y es el de la resistencia legal ante las leyes del coloniaje.<sup>(171)</sup>

---

.....

(170) En aras de resguardar la tutela judicial efectiva, y en pos de promover la conciencia cívica y el servicio al país, se ha expedido, por ejemplo, el Consejo de Decanos de Facultades de Derecho de Universidades Nacionales (Declaración del 20/05/2005). También lo han hecho los Profesores Titulares de Finanzas Públicas y Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires conjuntamente con el Director de la Carrera de Especialización de Derecho Tributario (Declaración del 08/11/2004, publicado en Facultad de Derecho (UBA), Oficina de Comunicaciones, “Derecho al día”, año III, n° 59, 18/11/2004).

(171) Al cierre de la presente nota, se dicta una nueva resolución que constituye una clara injerencia en la facultad soberana de componer las cuentas públicas nacionales. En los autos “NML Capital, Ltd. y Otros c/República de Argentina” se confirma parcialmente una sentencia del Juez Thomas Griesa en cuanto tiene por probado que los bonos en default en manos de la actora —quien rechazó las ofertas de canje del 2005 y 2006— fueron colocados en un rango de inferioridad al de los tenedores que entraron en dichos canjes; lo que entiende como una violación a la cláusula *pari passu*. El sustento fáctico para tal decisorio fueron unas declaraciones de funcionarios argentinos relativos a la no voluntad de pago de la deuda y a la vigencia de la ley cerrojo que prohíbe al Estado volver a negociar el pago de los bonos quedados al margen del canje. El fundamento jurídico se basó en que Argentina emitió nueva deuda de rango superior, quedando —de hecho— discriminados los holdouts. Fue confirmada parcialmente toda vez que el Superior declaró que el sistema de prorrateo de pago fijado por el a quo era oscuro, devolviéndole el expediente con algunas pautas para su modificación (United States Court of Appeals for the Second Circuit, “NML Capital, Ltd. y Otros c/República de Argentina”, suit n° 12-105[L], 26/10/2012).

Que quede bien claro: la justicia norteamericana fijó pautas de pago que modifican ambas reestructuraciones de deuda, las que sin lugar a dudas son actos soberanos. En consecuencia, el decisorio confirma una indebida intromisión norteamericana en los asuntos de gobierno inherentes al Estado argentino.

---

# Deuda, FMI y la Nueva Izquierda Latinoamericana

Un lugar para la autonomía<sup>(1)</sup>

por **LUCILA ROSSO**<sup>(2)</sup>

## I | Introducción

La coincidencia temporal de presidentes de similares características políticas en la región le da un color especial a la América Latina del comienzos de siglo XXI. Líderes provenientes de distintas extracciones de la izquierda, que han sido elegidos —y muchos ya reelectos— por la voluntad popular en gran parte de los países de América Latina. Estos gobiernos, asimismo, no sólo han coincidido en tiempo y modo de elección. Como veremos también han desarrollado una nueva estrategia de relación externa, que también marca este nuevo tiempo de la “izquierda latinoamericana”.<sup>(3)</sup>

(1) Trabajo elaborado con apoyo de la Beca Presidente Néstor Kirchner, 2011.

(2) Abogada por la Universidad de Buenos Aires y maestranda en Relaciones y Negociaciones Internacionales por FLACSO-Universidad de San Andrés.

(3) En el presente trabajo, por “izquierda” me referiré a aquella corriente ideológica que mantiene un fuerte compromiso en la búsqueda y consecución de mayores grados de igualdad, inclusión social y justicia, con una activa presencia del Estado como su principal responsable y promotor. Ver acápite 3.

El cambio de esta era no se limita a cuántos y quiénes son los que gobiernan los países sudamericanos, sino también en cómo lo hacen. A diferencia de lo ocurrido durante las últimas décadas del siglo XX, cuando candidatos que triunfaban electoralmente con una plataforma de izquierda, una vez en el poder implementaban políticas neoliberales,<sup>(4)</sup> las actuales victorias de la nueva izquierda latinoamericana han dado paso a un nuevo modelo político, en el que estos gobiernos ampliaron su rol a favor del desarrollo, la redistribución y el bienestar social.<sup>(5)</sup> En este siglo, estos gobiernos han logrado gobernar desde la izquierda.

Las condiciones que facilitaron esta diferencia exceden este trabajo y han sido exploradas por diversos autores.<sup>(6)</sup> En este debate existe consenso de que este siglo ha proporcionado un contexto macroeconómico favorable que redujo la necesidad de financiamiento externo de estas administraciones, permitió superávits fiscales y comerciales y el aumento de los niveles de reservas, todo lo cual, facilitó la realización de políticas de transferencia de recursos a los sectores más necesitados.

Sin embargo, ello no es suficiente para explicar por qué estos gobiernos tomaron la decisión política de destinar esa mayor cantidad de recursos —promovidos a partir de la disminución de las restricciones externas— a desplegar políticas para la reducción de las desigualdades sociales.

Como mencionan Etchemendy y Garay: "... la disponibilidad de recursos no dictamina el contenido de las políticas o las coaliciones que los gobiernos

(4) Por "neoliberalismo" haré alusión a las diferentes políticas que fueron ejecutadas por los gobiernos de América Latina, mayoritariamente durante la década de los '90, que involucraron la privatización del sector público, la desregulación del mercado, la apertura indiscriminada de las economías nacionales y la reducción de la función social del Estado.

(5) LEVITSKY, STEVEN y ROBERTS, KENNETH, "*Latin America's 'Left turn'. A framework for analysis*", en *The Resurgence of the Latin American Left*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2011; MURILLO, MARÍA V., OLIVEROS VIRGINIA y VAISHNAV MILAN, "Economic Constraints and Presidential Agency", en Steven Levitsky y Kennet Roberts (eds.), op. cit., julio 2011.

(6) RODRIGUEZ GARABITO, CÉSAR y BARRET, PATRICK, "¿La utopía revivida? Introducción al estudio de la nueva izquierda latinoamericana", César Rodríguez Garabito y Patrick Barret (eds.) en *La nueva izquierda en América Latina*, 2005; MURILLO M., OLIVEROS V. y VAISHNAV M. op. cit., KAUFMAN, ROBERT "*The Political Left, the Export Boom, and the Populist Temptation*", en Steven Levitsky y Kennet Roberts. (eds.), op. cit., 2011; MADRID, RAÚL; HUNTER, WENDY y WEYLAND, KURT, "*The policies and performance of the contestatory and moderate left*", Kurt Weyland, Raúl Madrid y Wendy Hunter. (eds) en *Leftist Governments in Latin America: Successes and Shortcomings*, Cambridge, julio 2010; Levitsky Steven y Roberts Kenneth, op. cit., 2011.

conforman".<sup>(7)</sup> Dichos recursos siempre podrían haber sido utilizados para financiar políticas orientadas a otros fines. Seguir el razonamiento contrario implicaría negar el lugar que la ideología ocupa en la acción política, una tesis que ha sido sostenida en décadas pasadas, precisamente por quienes fueron los promotores del neoliberalismo salvaje.

En este trabajo, nos concentraremos en el análisis de dos administraciones que integran esta nueva "oleada" de la izquierda en América Latina, Argentina y Brasil, a partir del análisis de las implicancias políticas de una medida concreta de ambos países, la cancelación anticipada de deuda con el Fondo Monetario Internacional (FMI).

En contraste con los gobiernos de tinte neoliberal que permanecieron en el poder durante la década del '90 —que postulaban al equilibrio fiscal por sobre el desarrollo nacional—, ambos gobiernos posicionaron la búsqueda del desarrollo autónomo como eje central de su plataforma política nacional e internacional, el cual no podía alcanzarse sin una intervención y presencia activa del Estado en el manejo de la economía y en el combate de las desigualdades sociales, postulado que desentona con el "Estado mínimo" que el neoliberalismo había implantado en ambos países sudamericanos.

Luego de una década signada por el Consenso de Washington y las estrechas relaciones con los Estados Unidos y el FMI, con sus negativos resultados para el bienestar social y el desarrollo de sus pueblos a la vista, ambos gobiernos anunciaron como componentes de su estrategia externa la afirmación de la soberanía nacional, la consolidación de la integración regional y la recuperación de los espacios de autonomía e independencia perdidos en el manejo de la política nacional, en particular, en materia económica, monetaria y fiscal.

Casi tres años después de su asunción, el 27 de diciembre de 2005, el gobierno de Luiz Inácio Lula da Silva pagó anticipadamente la deuda total que su país mantenía con el FMI, girando los U\$S 15.570 millones que adeudaba al organismo. Pocos días después, el 3 de enero de 2006, a pocos meses de cumplirse tres años en el poder, el entonces presidente

---

(7) ETCHEMENDY, SEBASTIÁN y GARAY, CANDELARIA A., *Left Populism in Comparative Perspective, 2003-2009*, en Steven Levitsky y Kennet Roberts (eds.) op. cit., julio 2011.

Néstor Kirchner concretaba la misma medida, cancelando por adelantado los U\$S 9.534 millones que el país adeudaba al FMI.

En ambos casos, las medidas fueron anunciadas como acciones para la recuperación de la autonomía e independencia nacionales, por dos gobiernos de la “nueva izquierda” regional, entre los cuales la literatura resalta importantes diferencias.<sup>(8)</sup>

Ello nos lleva a preguntarnos si este importante cambio en la política exterior de ambos Estados frente al organismo de crédito destaca características distintivas de la “nueva izquierda latinoamericana” y marca el “cambio de rumbo” en la región. ¿Por qué pagaron estos gobiernos? ¿Respecto de qué o de quién buscaban mayores márgenes de autonomía? ¿Es este un elemento gravitante en este nuevo proceso sudamericano?

Este análisis, entonces, nos permitirá esbozar algunas respuestas a estos interrogantes, otorgándonos en el proceso una nueva perspectiva para identificar características comunes y contribuir a una nueva clasificación de los gobiernos de izquierda latinoamericanos.

## 2 | La búsqueda de “autonomía” e “independencia”

### 2.1 | Argentina

La valoración y obtención de mayores márgenes de autonomía para el manejo de las políticas nacionales fue un elemento señalado con énfasis por el ex presidente argentino, Néstor Kirchner, durante el discurso de anuncio de la cancelación anticipada de deuda con el FMI.

“Se trata de un paso trascendental que nos permitirá mirar sin imposiciones, con autonomía y tranquilidad, sin urgencias impuestas, sin presiones indebidas la marcha de nuestro futuro.

---

(8) RODRIGUEZ GARABITO, CÉSAR y BARRET, PATRICK, op. cit., 2011; KAUFMAN, ROBERT, op. cit., 2011; LEVITSKY, STEVEN y ROBERTS, KENNETH, op. cit 2011, entre otros.

Un paso que con toda responsabilidad nos ayuda a construir un futuro más justo, inclusivo y equitativo, con una mayor flexibilidad en el diseño y la ejecución de la política económica, un paso que liberará recursos para afrontar con mejores herramientas la lucha por el crecimiento, el empleo y la inclusión social. Un paso que es ponerle fin a una época”.

Resaltando las consecuencias del constante estado de endeudamiento para la política nacional, el cambio que simbolizaba la medida también fue remarcado por el presidente, “[la deuda con el FMI] ha sido constante vehículo de intromisiones, porque está sujeta a revisiones periódicas y ha sido fuente de exigencias y más exigencias, que resultan contradictorias entre sí y opuestas al objetivo del crecimiento sustentable ...”, “Hoy podemos decir que cada vez que nos endeudábamos, no sólo nos debilitábamos ante el mundo, sino que fuimos perdiendo nuestra capacidad de resolver”.

Es caudalosa la bibliografía que describe la relación entre la Argentina y el FMI luego de que el país cayera en la peor crisis de su historia en el 2001 y que resulta imprescindible para entender la decisión que analizaremos. Las palabras del presidente Kirchner nos permiten identificar el inicio de una nueva relación entre Argentina y el organismo.

Desde su asunción, Kirchner priorizó determinados objetivos de su proyecto de gobierno ante los cuales no cedería por las presiones del FMI. Esta nueva actitud, aunque incorpora elementos de su antecesor Eduardo Duhalde, sería presentada por Kirchner como la nueva estrategia de negociación con el organismo de crédito.

Por su parte, luego de la crisis del 2001, el FMI cambió su actitud frente a la Argentina y adoptó una postura más dura e intransigente. A diferencia de lo ocurrido durante los años 90 —cuando las condicionalidades no cumplidas eran sistemáticamente perdonadas, posibilitando la nueva entrega de créditos—, el FMI condicionaba un nuevo acuerdo al cumplimiento previo de un “programa integral sustentable”, al tiempo que reducía notablemente la cantidad de financiamiento ofrecido al país. Sumado a ello, el Director Ejecutivo en ese momento, Horst Köhler, se había convertido en uno de los actores más resistentes a otorgar a la Argentina un nuevo préstamo.

El funcionario creía que el país debía pagar por las consecuencias de sus irresponsables acciones, las cuales lo llevaron a la crisis.<sup>(9)</sup>

Consciente de esta nueva situación, en su asunción Kirchner señaló que la posición del gobierno en la mesa de negociaciones con el FMI se endurecería y que el ritmo de pago de la deuda comenzaría a depender del nivel de crecimiento del país, dando prioridad al desarrollo económico y a la igualdad social.<sup>(10)</sup>

Este argumento se convirtió en el paradigma de la estrategia de desarrollo y de manejo de la deuda externa del nuevo gobierno, a través del cual se procuró mayores márgenes de negociación con el FMI. Así, Kirchner lo utilizó en sus primeras negociaciones por un acuerdo con el organismo y con él evitó fijar metas cuantitativas que constriñeran al gobierno nacional durante los últimos trimestres del acuerdo. Fue igualmente utilizado para postergar la definición sobre los temas más conflictivos de las negociaciones, resultando en una redacción final ambigua<sup>(11)</sup> que les permitió a ambas partes presentarse como “vencedoras” de la negociación.<sup>(12)</sup> Luego el gobierno volvió a utilizar el argumento en ocasión de las revisiones trimestrales del programa, cuando el FMI, a pesar de que reconocía que los objetivos macroeconómicos y fiscales de las primeras dos revisiones estaban sobre-satisfechos por la Argentina, sostenía que el gobierno no

(9) Esta particular posición de Köhler frente a la Argentina se corrobora de las entrevistas realizadas. Asimismo, puede verse un mayor desarrollo de la misma en TENEMBAUM, ERNESTO y LOSER, CLAUDIO, *Enemigos*, Bs. As., Grupo Editorial Norma, 2004.

(10) En su discurso de asunción ante el Parlamento argentino, Kirchner afirmó que no se volvería a recurrir al aumento del endeudamiento ni al pago de la deuda “... a costa del hambre y la exclusión de los argentinos, generando más pobreza y aumentando la conflictividad social. La inviabilidad de ese viejo modelo puede ser advertida hasta por los propios acreedores, que tienen que entender que sólo podrán cobrar si a la Argentina le va bien ...”, “Creciendo nuestra economía crecerá nuestra capacidad de pago”.

(11) Es necesario considerar también dos elementos que habían otorgado al Gobierno de Kirchner un mayor margen de maniobra. Por un lado, después del 11-S se había producido un cambio en la actitud de los EEUU frente a las negociaciones entre el FMI y la Argentina, ya no se involucraba activamente e intervenía sólo en los momentos críticos para destrabar las negociaciones (de hecho, en su primer entrevista con Kirchner, Bush lo alentó a “negociar firme” con el FMI). Segundo, debido a la gran magnitud de la deuda que Argentina mantenía con el organismo de crédito, cualquier decisión abrupta del gobierno argentino que se acercara al default con el organismo podía complicar la situación financiera del propio FMI.

(12) BEMBI, MARIELA y NEMIÑA, PABLO, *Neoliberalismo y desendeudamiento. La relación Argentina-FMI*. Colección Claves para todos, Bs. As., Capital Intelectual, 2007.

había cumplido con algunas reformas estructurales. En aquella oportunidad, Argentina argumentó que había cumplimentado las reformas comprometidas, pero de manera tal que no se afectara negativamente el crecimiento económico, la reducción de la pobreza y el empleo.

Ese debate mantuvo inestables las negociaciones con el FMI durante toda la vigencia del acuerdo, pero la situación se rispideció cuando el gobierno comenzó a percibir una mayor presión e intromisión del Fondo en asuntos que no eran parte de sus incumbencias formales.

En paralelo a la ejecución del programa, la Argentina se encontraba en pleno proceso de reestructuración de la deuda externa privada declarada en *default*. Si bien al inicio la política del FMI fue mantenerse apartado de este proceso, los acreedores privados externos comenzaron a presionar a sus gobiernos —que estaban representados en el directorio del organismo—, modificando la postura del Fondo. En la visión del gobierno, el canje de deuda era un asunto que involucraba únicamente al Estado y sus acreedores, con lo cual el FMI no tenía motivos para entrometerse. Este intento de intervención volvió al gobierno más intransigente y el FMI comenzó a posponer las revisiones del acuerdo como respuesta. Para evitar una superposición en las negociaciones y un posible entorpecimiento del canje de la deuda privada en *default*, el gobierno decidió suspender las tratativas con el FMI hasta que el canje estuviese finalizado.<sup>(13)</sup>

Así, la relación con el FMI osciló entre la confrontación y la mutua disuasión: el FMI objetó las políticas económicas postcrisis —inclusive el *default* con los tenedores de bonos privados— pero al mismo tiempo un posible *default* por parte de uno de sus tres mayores acreedores resultaba un gran riesgo para las finanzas del organismo. La administración de Kirchner, por su parte, luchaba por alcanzar independencia en las políticas pero temía un frente común entre el FMI y los tenedores privados de bonos.<sup>(14)</sup>

(13) Al llegar la tercera revisión del acuerdo en vigencia, en julio de 2004, argumentando que existían demoras respecto del cumplimiento de algunas reformas, el FMI decidió postergar su tratamiento y unificarla con la discusión de la cuarta revisión, en septiembre. Como ello terminaría superponiéndose con la apertura del canje de deuda con los acreedores privados, el gobierno decidió suspender las negociaciones hasta finalizada la reestructuración de la deuda, dejando unilateralmente interrumpido el acuerdo con el Fondo. En paralelo, el FMI aceptó el pedido argentino de postergar los vencimientos que operarían durante la vigencia del acuerdo.

(14) ETCHEMENDY, SEBASTIÁN y GARAY, CANDELARIA, op. cit.



Estas intromisiones eran lo que más molestaba al entonces presidente Kirchner. Según un funcionario de la segunda línea del Ministerio de Economía (ME) en ese momento:

“... lo que más conversábamos con el Presidente era el hecho de que el FMI no demandaba sólo en el tema de deuda, sino que lo hacía con muchos otros temas y el FMI es una institución muy fuerte, probablemente de las más fuertes de las internacionales”. Luego de la reestructuración de la deuda en *default*, “... lo que el FMI en ese momento estaba reclamando era una serie de asuntos distintos al dinero que le debíamos: que le pagara a los *hold outs* [del canje de deuda], al Club de Paris, que subiéramos las tarifas de los servicios públicos y que arregláramos una serie de contratos internacionales, entre otros. El FMI solicitaba toda esa variedad de medidas cuando sólo le corresponde hacerlo en relación con las asimetrías monetarias, el tipo de cambio y/o las condiciones de balanza de pagos o desbalances internos que te permiten que tus productos salgan más baratos. Eso es para lo que el FMI está, para que la gente comercie mejor. Pero como éramos deudores, podían ejercer presión sobre nosotros en todos esos temas. Así, directamente se fue al pago y eliminamos la presión. Eso fue lo que se logró pagando. Al no haber más deuda, no podían ejercer más presión y no nos podían pedir nada. Esa es la razón por la cual se le pagó, porque de no hacerlo hubiésemos mantenido una presión muy fuerte sobre un gobierno que quería trabajar en forma independiente”.

Claudio Loser, un ex funcionario de la institución crediticia, sostiene la misma opinión:

“... el FMI ataba a la Argentina principalmente en dos asuntos. Primero, porque insistía en que negociara —y de una determinada manera— la deuda con los acreedores privados, cosa que después Argentina hizo en sus propios términos. El otro asunto, era un tema de política fiscal, subsidios y tarifas de servicios públicos. Probablemente también con temas de política monetaria, que era muy expansiva y porque la inflación estaba empezando a crecer. El FMI en eso debe haberle resultado un

‘lastre’ al gobierno argentino, quién quería tener más libertad de acción sin tener que consultar al FMI”.

De hecho, finalizado el canje de deuda con los acreedores privados, las negociaciones nunca llegaron a restablecerse formalmente producto de la insistencia del FMI en poner sobre la mesa de negociación estos aspectos que el Gobierno consideraba centrales de su política económica y que, en consecuencia, no quería negociar. En definitiva, el acuerdo quedó unilateral y virtualmente suspendido.<sup>(15)</sup>

Como primera conclusión, entonces, podemos afirmar que la medida se orientó a ganar autonomía respecto de las intromisiones del FMI en el gobierno de la economía y el diseño de las restantes políticas nacionales.

En efecto, durante los años 90, a través de las condicionalidades impuestas a los países en vías de desarrollo para acceder a sus programas y líneas de crédito, el FMI supervisaba el cumplimiento de las líneas de reforma estructural. Mientras los Estados latinoamericanos adquirían y renovaban sus préstamos, incrementaban sus deudas externas y, a medida que el endeudamiento crecía, lo mismo ocurría con el poder de condicionamiento del organismo sobre las decisiones de los gobiernos en el ámbito de la política económica. Así, el respaldo del FMI operaba como un aval a los gobiernos ante los ojos de los mercados, volviéndose fundamental mantener fluidas relaciones con el organismo, lo cual se traducía en la aceptación de nuevas condicionalidades.

En palabras del funcionario del Ministerio de Economía entrevistado, “El FMI te propone estructuras que después no son sostenibles porque son .....

(15) En tanto, la Argentina continuaba con el pago escalonado de los vencimientos refinanciados y se daba inicio a lo que luego sería caratulado por el gobierno como una política de “desendeudamiento”, más que como una decisión programada, como una consecuencia aprovechada por el nuevo gobierno. Bembi y Nemiña señalan que: “... la progresiva cancelación de los créditos pendientes con el Fondo nunca había sido planteada por el gobierno como un fin en sí mismo, sino que, en realidad, era el resultado de la suspensión unilateral del acuerdo vigente, lo que obligaba a nuestro país a continuar cancelando sus créditos con el organismo sin recibir sus desembolsos. Esto implicaba que, lógicamente, el stock de deuda con dicho organismo comenzaría a reducirse de manera más acelerada. De este modo, la consecuencia de la suspensión del acuerdo era resignificada pocos meses después como un pilar central de la política económica nacional, por lo que un resultado colateral de una decisión se convertía en el objetivo central de la misma: lograr mayor autonomía en la definición de las políticas estatales en materia económica”. Ver BEMBI, MARIELA y NEMIÑA, PABLO, op. cit.

ideales y no necesariamente viables. ¿Hasta dónde el Estado tiene margen para decir que no? El Estado puede decir que no toda su vida, el margen está en cuánto quiere aislarse del mercado”.

Sin embargo, recordemos que al momento de la cancelación anticipada de deuda, la Argentina mantenía suspendido el acuerdo que tenía con el organismo y continuaba con el pago escalonado de los vencimientos refinanciados. En consecuencia, las revisiones trimestrales del FMI, fuentes de condicionamientos e intromisiones, no se realizaban al momento de la cancelación de la deuda.

Evidentemente, no se trataba sólo de ganar autonomía frente a las constantes presiones e intromisiones del FMI, que mayoritariamente eran vehiculizadas a través de las revisiones. Había algo más.

### 2.1.1. La autonomía para dar las señales

Afirmamos que durante las últimas dos décadas del siglo XX, el poder de condicionamiento del FMI en el ámbito de la política nacional aumentaba en paralelo a las deudas externas de los países que requerían de su asistencia. Asimismo, manifestamos que el respaldo del FMI operaba como un aval de los gobiernos ante los ojos de los mercados. Para mantener el visto bueno, entonces, era fundamental mantener fluidas relaciones con el organismo, aceptando sucesivamente sus condicionalidades.

Así, durante los años 90, los Estados en vías de desarrollo permitieron que fuese el FMI quien prioritariamente evaluara el grado de solvencia y estabilidad de sus economías. En otras palabras, era el FMI quien daba la “señal” hacia la comunidad internacional sobre la confiabilidad, salud y rumbo de las economías nacionales. Al rubricar un programa con el FMI, entonces, esa economía también recibía un “sello de aprobación”: era definida como economía confiable para invertir y para hacer negocios. Las acciones del Estado, entonces, no eran suficientes para evaluar el rumbo económico encaminado.

En este orden de ideas, la cancelación de deuda argentina también puede visualizarse como una medida orientada a recuperar la autonomía del Estado para enviar las señales de estabilidad, confiabilidad y salud de la economía nacional.

Existen dos elementos que sugieren que esta interpretación es plausible. En primer lugar, el anuncio presidencial de la medida estuvo inundado de referencias a los ejes claves del modelo económico del gobierno y sus auspiciosos resultados, entre los que se encontraba la misma cancelación anticipada de deuda. Desde el 2003 la situación económica y fiscal de la Argentina comenzó a mejorar significativamente, lo que le permitió, luego de una década de déficits y restricciones externas, contar con novedosos niveles de crecimiento económico y sucesivos superávits comerciales. Ello, le otorgó al país grados de fortaleza en el frente externo que redujeron la urgencia del financiamiento demandado al FMI. Asimismo, este favorable contexto económico provocó la acumulación de reservas internacionales que luego serían utilizadas, bien que en un porcentaje no significativo, para la cancelación anticipada de deuda.

En el anuncio, Kirchner sintetizó las políticas económicas escogidas que permitieron hacer sostenible ese contexto favorable,

“Podemos hacerlo [el pago anticipado] por la continuidad del notable esfuerzo en materia fiscal, que permite dar consistencia a sucesivos superávits, como por el dinamismo exportador creciente, que permite contar con superávit comercial que contribuya a la generación de un ambiente macroeconómico estable ...”, por los altos niveles de reservas acumuladas “... que hemos multiplicado más de tres veces, desde el mínimo de US\$ 8.250 millones, registrados a comienzo de 2003”.

El anuncio fue acompañado por una conferencia de prensa en la que la ministra de Economía y el presidente del Banco Central (BCRA) explicaron los detalles técnicos y las implicancias económicas de la medida, dándole transparencia a la señal y demostrando que no sólo era política, sino también económica.<sup>(16)</sup> Como afirmó el Presidente, esto reflejaba, solvencia y previsibilidad.

.....

(16) En línea con las implicancias políticas anunciadas por el presidente, la ministra de Economía destacó que la cancelación mejoraba “las perspectivas económicas, financieras y fiscales del país y tiene un valor simbólico porque la Argentina recupera la autonomía y la iniciativa para decidir las políticas que llevará adelante”. Asimismo, puntualizó los datos que demostraban la solidez macro de la economía (los superávits gemelos fiscal y comercial, la alta tasa de actividad, los niveles de gasto, entre otros). El presidente del BCRA, por su parte, se concentró en los detalles operativos de la concreción de la medida y ratificó la política de acumu-

En un contexto en el que el país se encontraba en un proceso de recuperación económica luego de una crisis sin precedentes y reestructurando su deuda externa —parte de la cual se mantenía en *default*—, la medida resultaba una muestra de solvencia y, con ello, que el rumbo económico que aún era percibido como de dudoso éxito por algunos sectores, era el correcto.

Un país que desde el 2003 había ignorado los consejos del FMI, llegando a suspender el programa que mantenía con el organismo —prescindiendo así de su aval frente a los mercados—, estaba en condiciones financieras de devolver lo que le había sido prestado. Argentina demostraba que podía “andar sola”, que tenía recursos y solidez para hacerlo y, con ello, exponía los desaciertos del FMI. Desde la perspectiva argentina, el organismo ya no resultaría un confiable aval y vocero de la estabilidad económica de los países del mundo.

El segundo elemento que permite sostener que la cancelación de deuda también se orientó a recuperar autonomía para “dar las señales”, surge de la actitud argentina frente a la intromisión del Fondo en las negociaciones por la reestructuración de la deuda privada en *default*.

Señalamos que a lo largo de todo el proceso de renegociación, Kirchner procuró mantener al FMI al margen de las negociaciones. Para el gobierno, el organismo no era un actor legítimo ya que este no era ni “deudor” ni “acreedor”. Asimismo señalamos que en un inicio el FMI respetó esta voluntad, aunque a medida que la propuesta oficial cobraba forma los acreedores presionaron exitosamente a sus gobiernos para que lograran que el FMI intermediara a favor de sus intereses logrando, entre otros beneficios, una quita menor. El conflicto se resolvió cuando el gobierno suspendió el acuerdo con el FMI para evitar superponer las negociaciones.

Se advierte aquí la firmeza del gobierno nacional en mantenerse como el único vocero ante los acreedores y el único garante de la solvencia de la economía argentina. El gobierno era el único que conocía con certeza el estado de la economía nacional y, por tanto, sólo él podía negociar confiablemente con sus acreedores.

.....  
lación de reservas del gobierno, destacando el efecto monetario neutro de la cancelación, a fin de eliminar cualquier sospecha de ajuste devaluatorio en el peso argentino.

Finalmente, es necesario considerar el impacto económico de la medida estudiada a fin de determinar si la cancelación anticipada fue una decisión fundada en el afán de obtener una ganancia económica para el país.

Para realizar el pago anticipado de deuda con el Fondo, el gobierno nacional dispuso la utilización de las reservas que excedían las afectadas al respaldo de la base monetaria —las “reservas de libre disponibilidad”—. Para ello, el Tesoro emitió una letra intransferible en dólares a 10 años por el total de la deuda —U\$S 9.530.110.689—, con una tasa de interés igual a la que devengaban las reservas internacionales, para entregar al BCRA como contraprestación de las reservas utilizadas por el gobierno nacional.<sup>(17)</sup>

En consecuencia, si bien se produjo una disminución de la exposición internacional de los pasivos argentinos, la deuda en valores nominales continuó siendo similar, pero en lugar de mantenerse endeudado con el FMI, el Tesoro argentino contrajo deuda con el BCRA aunque a plazos, moneda y tasas de interés más benignas. Asimismo, aún cuando con la cancelación anticipada el gobierno ahorró 842 millones de dólares en intereses, con posterioridad la Argentina realizó una serie de operaciones financieras en el mercado de capitales para recuperar las reservas utilizadas. En dichas transacciones, se aplicó una tasa de interés análoga a la que proporcionaba el FMI, lo cual implicó cierta pérdida económica para el país.

El funcionario del Ministerio de Economía entrevistado confirma lo expresado,

“... no podría decir si hicimos un buen o mal negocio. Si mirás los números matemáticos vas a advertir que la tasa de interés del mercado era más costosa para nosotros que la que nos aplicaba el FMI, es cierto. Pero la pregunta es, ¿cuándo voy al FMI qué otras cosas me demanda que hacen que su préstamo me salga más caro? Así que el costo de una deuda con el FMI es un costo que no se puede medir en números. En la práctica, le hubiese costado más al país mantener la deuda con el FMI. Fue una decisión política”.

(17) Así, el BCRA abonó DEG 6.655.729 millones, que se depositaron en dieciséis cuentas del FMI y tuvieron dos puntos de partida: a) DEG 3.656 millones desde la cuenta en el Banco de Acuerdos de Basilea; b) DEG 3.000 millones partieron desde la cuenta que la Argentina tenía en el FMI. Para más detalles ver BCRA 2006.

Ello nos permite desestimar el argumento de que la decisión de cancelar anticipadamente la deuda con el FMI se haya fundado —al menos prioritariamente— en la búsqueda de una ganancia económica y, al mismo tiempo, nos aporta evidencia para concluir que el desendeudamiento anticipado fue motivado, principalmente, por consideraciones de índole político.

En estos términos, es posible considerar que la decisión argentina de cancelar anticipadamente su deuda con el FMI se orientó a obtener mayor autonomía en dos sentidos: en la definición y manejo de las políticas nacionales así como en el envío de las señales de estabilidad, confiabilidad y salud de la economía nacional hacia el mundo. En este sentido, la cancelación anticipada de deuda también implicó una señal de solvencia. Frente a la crisis y consecuente *default* que había puesto en duda la seriedad y el compromiso del país en el manejo de la crisis y cancelación de sus deudas, anticipando el pago Kirchner demostraba que la recuperación era sustentable y el país solvente y con compromiso de pago.

## 2.2 | Brasil

El ejemplo brasileño presenta similitudes y diferencias. En el segundo semestre del año 2002, previo y durante la campaña electoral que llevaría a Lula da Silva a la presidencia, Brasil sufrió un fuerte ataque especulativo que generó la reducción de las líneas de financiamiento externo, el aumento del riesgo país y una fuerte depreciación del real. La inflación aumentó considerablemente y se produjo un rápido deterioro de las finanzas públicas: la deuda líquida del sector público ascendió al 51,3% del PBI y las reservas internacionales eran escasas, correspondiendo un 55% de ellas a un préstamo que el FMI había otorgado durante el gobierno antecesor a Lula, el de Fernando Henrique Cardoso.<sup>(18)</sup>

Ante este difícil contexto, el acuerdo que firmó Cardoso con el FMI incluyó una línea de financiamiento de refuerzo para hacer frente al ataque especulativo que se estaba viviendo —la *Supplemental Reserve Facility* (SRF)—, financiamiento que según el mismo FMI, fue el más grande que otorgó bajo esta modalidad.

(18) SADER, EMIR y GARCÍA, MARCO A., *Brasil, entre el pasado y el futuro*, Bs. As., Capital Intelectual, 2010.

En paralelo, Brasil se encontraba en medio de la campaña electoral que llevaría a Lula a la primera magistratura. Al mismo tiempo que el candidato de la izquierda crecía en las encuestas, también lo hacía la desconfianza del mundo financiero respecto del manejo económico que Lula pudiese hacer de llegar al gobierno. El Partido de los Trabajadores (PT), al que pertenece Lula, es históricamente crítico del FMI, las instituciones internacionales de crédito y la ortodoxia económica que estas imponen, lo cual era valorado negativamente por los mercados internacionales, quienes temían el inicio de una política económica “heterodoxa y populista”.

A raíz de ello, Lula tuvo que anticipar la política económica que llevaría adelante si llegaba al gobierno. En la “Carta al Pueblo Brasileño”,<sup>(19)</sup> sugirió que mantendría una política económica ortodoxa: “Realmente dirigida a la comunidad de inversores extranjeros y domésticos más que a los ciudadanos en general, la carta se compromete a mantener muchas de las políticas económicas de la era de Cardoso y a cumplir el acuerdo que Brasil previamente había cerrado con el FMI”.<sup>(20)</sup> Control de la inflación, superávit fiscal y el respeto a los contratos ya aprobados, según la Carta, eran la única manera de llevar a Brasil por la senda del crecimiento, la expansión de la industrialización, el aumento del consumo interno y la reducción de las desigualdades sociales generadas y pronunciadas por el neoliberalismo del anterior gobierno.

Finalmente, y a pesar de la desconfianza, Lula triunfó y aplicó una política económica de tinte ortodoxo que fue dando estabilidad a la economía brasileña, un hecho que fue reconocido y halagado por el mismo FMI en cada una de las revisiones del acuerdo. El establecimiento del control de la inflación como una prioridad, el mantenimiento de altas tasas de interés y la rigurosidad fiscal en general marcaron un compromiso fuerte con la reforma de mercado y la competitividad internacional. El gobierno incluso llegó a mantener niveles de superávit fiscal que excedían los objetivos convenidos en el acuerdo suscripto con el Fondo. Asimismo, el intenso

(19) *Carta ao povo brasileiro*, Luiz Inacio Lula da Silva, Declaración presentada el 22 de junho de 2002 durante la campaña a la presidencia.

(20) HUNTER, WENDY, *Brazil, The PT in Power*, en Steven Levitsky y Kennet Roberts. (eds.), op. cit.



crecimiento de la economía mundial provocó un aumento notable de las exportaciones que relajó el sector externo de la economía.<sup>(21)</sup>

A poco de cumplirse un año de la asunción —el 15 de diciembre de 2003—, con la economía estabilizándose y recuperando la confianza, el gobierno decidió extender y ampliar el acuerdo que mantenía con el FMI, aclarando que tal decisión se realizaba como parte de una estrategia de “salida” del apoyo financiero del FMI. Así, el acuerdo sería tratado como “preventivo”, es decir, el gobierno no utilizaría los recursos financieros que se le fueran otorgando, sino que éstos funcionarían como un reaseguro ante la posibilidad de nuevas crisis externas. En palabras del propio gobierno: “Debemos resaltar, no obstante, que no tenemos la intención de hacer ningún desembolso bajo este acuerdo y que la presente solicitud de extensión es parte de nuestra estrategia de retirarnos del apoyo del Fondo. La extensión propuesta proveerá de un seguro contra el impacto de cualquier deterioro en el ambiente externo”.<sup>(22)</sup>

Desde aquella oportunidad hasta la terminación del acuerdo —la décima y última revisión se produjo el 23 de marzo de 2005—, la relación del gobierno del presidente Lula con el FMI era presentada reiteradamente como de coincidencias y mutua colaboración. Las revisiones del acuerdo se fueron aprobando en tiempo y forma, y todas resaltaban la recuperación de la economía y el manejo acertado de las políticas públicas por parte de la Administración del PT. Las autoridades del FMI viajaron frecuentemente a Brasil, donde concretaron sucesivas entrevistas con el presidente y sus ministros, que se cristalizaban en halagadores comunicados oficiales destacando el avance de la economía brasileña y la confianza del organismo en el país sudamericano. Ello no ocurrió con la misma fluidez en el caso argentino.

Finalizado el acuerdo con el FMI y habiendo desistido el gobierno brasileño de renovar la asistencia financiera del Fondo, Lula realizó la primera cancelación anticipada de su deuda con el FMI y, el 14 de julio de 2005, le comunica al organismo que repagará los U\$S 5000 millones que el país

(21) BARBOSA, NELSON y PEREIRA DE SOUZA, JOSÉ A. “La inflexión del gobierno de Lula: política económica, crecimiento y distribución”, Emir Sander y Marco Aurelio García (eds.) en *Brasil, entre el pasado y el futuro Capital Intelectual*; HUNTER, WENDY, op. cit., 2011.

(22) FMI 2003b.

le debía en el marco de la SRF aprobada. Algunos meses después —el 13 de diciembre—, el gobierno anuncia públicamente la cancelación total y anticipada de los U\$S 15.570 millones que el país aún debía al FMI.

Al momento del anuncio, el mandatario brasileño manifestó que la medida le permitía a su gobierno tener independencia para delinear nuevas acciones y atender las necesidades sociales y productivas de Brasil. Según Lula, el pago “le da soberanía a Brasil y le permite caminar con sus propias piernas”. Asimismo manifestó que la cancelación anticipada le permitía a Brasil ahorrarse U\$S 900 millones en intereses, que serían destinados a inversiones en áreas de educación, salud e infraestructura.

Con lo dicho, ya se pueden delinear algunas similitudes y diferencias entre el caso de Brasil y el de su vecina, la Argentina. Ambos gobiernos anunciaron la medida como un gesto de soberanía e independencia que les permitía ganar autonomía. Sin embargo, en el caso de Brasil se advierte una relación mucho más fluida con el organismo, que en el caso argentino.

Paulatinamente, para el FMI Brasil se transformó en un ejemplo de lo que había que hacer en la nueva era.<sup>(23)</sup> La aprobación de las revisiones sin dilaciones, las frecuentes reuniones de las autoridades con el presidente y sus funcionarios, así como sus visitas a Brasil y las escasas condicionalidades impuestas al país latinoamericano para la extensión del acuerdo en el 2003, convalidan las diferentes relaciones entre Brasil y Argentina con el organismo. Podemos colegir que el FMI no resultaba un actor tan molesto e intrusivo para Brasil como lo era para la Argentina. Incluso, los frecuentes elogios del FMI a la economía brasileña alejaron cada vez más la posibilidad de un nuevo ataque de desconfianza.

Aunque la política ortodoxa desplegada por Brasil en el marco del acuerdo con el FMI limitaba el avance vigoroso en las políticas sociales comprometidas por Lula en su plataforma electoral<sup>(24)</sup> —inspirada en el ideario de izquierda del PT—, no se advierte con claridad la necesidad de evitar la intervención del FMI en la economía y, en consecuencia, buscar mayores

(23) Entre otros, en el Comunicado de Prensa del FMI que anuncia la extensión del acuerdo, el organismo afirmó que el desempeño brasileño “continuaba siendo ejemplar”. Ver: *Press Release* n° 03/217, 15 de diciembre de 2003.

(24) HUNTER, WENDY, op. cit., 2011.

márgenes de autonomía en este aspecto, a diferencia de lo que ocurrió en el caso argentino.

Considerando ello y que: a) Brasil al momento del pago anticipado estaba económicamente recuperado, al punto de no haber utilizado los recursos financieros que el FMI le había otorgado durante los últimos dos años, b) el acuerdo con el FMI se encontraba regularmente finalizado, c) que el gobierno había descartado solicitar un nuevo préstamo y d) que dicha declaración había sido recibida con cierto ánimo de gratificación y éxito por el propio FMI ¿Por qué Brasil pagó anticipadamente? ¿Respecto de qué o quiénes el gobierno ganaba autonomía e independencia?

Como en el caso argentino, existen dos posibles explicaciones a considerar. Durante los primeros dos años del gobierno de Lula, los sectores más cercanos al ala izquierda del PT se sentían defraudados por el rumbo económico que había tomado el gobierno. La ortodoxia y el ajuste en detrimento de las políticas sociales eran considerados un desvío de la ideología fundacional del Partido y de la plataforma electoral que llevó al PT al poder. Se acusaba al gobierno de continuar con el rumbo de su antecesor neoliberal, traicionando las promesas de cambio.

En palabras de un ex asesor de la Secretaría de Política Económica del Ministerio de Hacienda: “En los primeros tres años del gobierno de Lula da Silva, la visión neoliberal predominó en las acciones de política económica”.<sup>(25)</sup> Un destacado economista de la CEPAL también recuerda esta polémica:

“En aquel momento existía en Brasil un debate que confrontaba las dos visiones económicas existentes al interior del gobierno de Lula, ‘Crecimiento vs. Estabilidad’. La extensión del acuerdo que negoció con el FMI casi no tuvo condicionalidades por dos motivos. Primero, porque el gobierno estaba desplegando una política económica ortodoxa, afín al Fondo y, luego, porque el mercado ya estaba convencido que la economía iba bien y que el PT no iba a romper con el FMI. Al momento de cancelar anticipadamente la deuda, el sector externo estaba estable (aunque con bajo crecimiento), por lo cual la señal económica

---

(25) BARBOSA, NELSON y PEREIRA DE SOUZA, JOSÉ, op. cit., 2010.

ya estaba dada. Sin embargo, desde el 2002 aún era importante la desconfianza del PT. La medida, entonces, fue para el ámbito doméstico, en pocos meses había elecciones presidenciales en el país y esta era una medida que iba a ser visualizada con agrado por el PT y a sus socios”.

Desde esta perspectiva, la cancelación anticipada de la deuda de Brasil también resulta una medida fundada en razones políticas —como en el caso argentino— pero dirigida al ámbito doméstico, en donde no se trata principalmente de ganar autonomía frente a las presiones del FMI, sino de ratificar la orientación autonomista e independentista que es base ideológica del partido en el gobierno. Como destaca un importante especialista en los asuntos brasileños, “La medida incluye elementos políticos de la tradición ideológica del PT y su posición histórica respecto del FMI”.

Las acciones de Brasil frente al FMI a lo largo del gobierno de Lula nos permiten analizar con mayor profundidad a la medida.

Si no fue el único, Brasil probablemente haya sido uno de los pocos países deudores del Fondo que, sin necesitar sus recursos financieros, extendió y agrandó su programa de asistencia con el organismo, incluso manifestando que la decisión formaba parte de una estrategia para abandonar la asistencia financiera de la que supo ser una de las instituciones crediticias más influyentes del globo. Este hecho está lejos de ser sólo una anécdota de las relaciones con el organismo. Al dejar de hacer uso de los recursos otorgados, pero al mismo tiempo ampliar el acuerdo con el FMI, Brasil estaba emitiendo una clara señal de que la recuperación económica que estaba experimentando —que se consolidaría pocos años después—, no era el resultado del apoyo financiero del FMI, sino del exitoso manejo que de la economía estaba haciendo el propio gobierno. Al mismo tiempo, “endulzaba” al organismo permitiéndole participar del proceso de recuperación y manteniendo la relación en términos armoniosos y de colaboración.

Aquí aparecen nuevas coincidencias con el caso argentino. La cancelación anticipada de la deuda con el FMI fue la natural convalidación de una señal de autonomía e independencia que Brasil había comenzado a dar un tiempo atrás. Brasil no necesitaba del FMI para andar y desarrollarse —más bien podría pensarse que era el FMI quien necesitaba estar cerca

de la recuperación del gigante latinoamericano—. Desde el 2003, Brasil tenía crédito y acceso al financiamiento externo que no utilizaba, pero cancelando anticipadamente su deuda con el FMI, Brasil no dejó lugar a dudas de que podía proveerse por sí mismo de todos los recursos que necesitaba para desarrollarse.

En este sentido se expresa Claudio Loser:

“Brasil era visualizado por el FMI como país que había hecho las cosas muy bien. La cancelación, vista con agrado por el Fondo, fue una muestra de la vocación brasileña de consolidarse como el país más importante de América del Sur y como segundo en el continente después de los Estados Unidos (ahí existe una competencia con México, pero es otro tema). Lo cierto es que Brasil estaba en condiciones financieras muy razonables con lo cual quisieron demostrar que no necesitaban más del FMI. Fue una señal de proyección internacional e interna.”

A juzgar por la afirmación de Barbosa y Pereira de Souza, la estrategia brasileña resultó exitosa. La cancelación anticipada de deuda consolidó la autonomía pretendida por Brasil respecto de la asistencia del FMI y le otorgó margen para llevar a cabo su plataforma económico-social original:

“La mejora de las cuentas públicas y la reducción de la vulnerabilidad externa de Brasil permitieron su independencia en relación con los organismos de crédito. Fue fundamental en este proceso el pago de la deuda al FMI y la opción estratégica fundamental de apostar al crecimiento en vez de radicalizar la incierta propuesta de ajuste fiscal contractivo, basado en los cánones liberales, esto terminó siendo una opción convalidada por los resultados inmediatos”.<sup>(26)</sup>

¿Es “la autonomía” un elemento característico de la nueva izquierda latinoamericana?

Existe consenso acerca de que los nuevos gobiernos de la izquierda latinoamericana, aunque comparten su tendencia política, mantienen

---

(26) BARBOSA, NELSON y PEREIRA DE SOUZA, JOSÉ, op. cit., 2010.

diferencias con sus pares de décadas anteriores. La actual izquierda latinoamericana no postula como objetivo final la instauración del clásico modelo de gestión socialista del Estado o la dictadura del proletariado —tampoco el “socialismo del siglo XXI” de Hugo Chávez parece orientarse a tal fin—, la acción armada ya no es una opción en términos teóricos ni prácticos, mientras crece el compromiso democrático en la región. Los actuales gobiernos de la nueva izquierda han llegado al poder a través de elecciones democráticas y transparentes, incluso muchos de ellos han sido ratificados en el poder por la voluntad popular en elecciones con considerables márgenes de pluralismo.<sup>(27)</sup> El debate “revolución o reforma” se dejó a un lado para abrir espacio a uno más pragmático sobre las alternativas igualitarias al neoliberalismo de la década de los '90, en un nuevo contexto de economía mixta.<sup>(28)</sup>

Teniendo esto en cuenta y las distintas experiencias de izquierda que son actuales en la región (en relación con sus programas, su origen, su nivel de radicalismo frente al neoliberalismo, etc.), la literatura ha definido a la “Nueva Izquierda Latinoamericana” por su compromiso en la búsqueda y consecución de mayores grados de igualdad, inclusión social y justicia para los habitantes de la región.<sup>(29)</sup> Ello, cabe agregar, con una renovada presencia del Estado como su principal promotor. Aunque podemos advertir que el concepto de autonomía ha sido reiteradamente mencionado por los líderes de la nueva izquierda latinoamericana en sus discursos y medidas de gobierno, la teoría aún no ha reflexionado sobre el lugar que ella adquiere en este proceso. En tal sentido, es relevante pensar la autonomía como una posible estrategia de dichos gobiernos para la obtención de mayores grados de igualdad.

(27) Lula y Dilma Rouseff en Brasil, Cristina Kirchner en Argentina, José “Pepe” Mujica en Uruguay; y Hugo Chávez —frecuentemente tildado como un líder autoritario— se ha sometido a reiteradas elecciones democráticas, ratificadas el 07/10/12.

(28) LEVITSKY STEVEN y ROBERTS KENNETH, op. cit., 2011; RODRIGUEZ GARABITO, CÉSAR y BARRET, PATRICK, op. cit., 2005; DE SOUZA, SANTOS, BOAVENTURA, “Una izquierda con futuro”, en *La nueva izquierda en América Latina*, 2005; NATANSON, JOSÉ, *La Nueva Izquierda. Triunfos derrotas de los gobiernos de Argentina, Brasil, Bolivia, Venezuela, Chile, Uruguay y Ecuador*, Ed. Sudamericana, 2008; MURILLO, M. OLIVEROS, V. y VAISNAV, M. op. cit., 2011, entre otros.

(29) LEVITSKY STEVEN y ROBERTS KENNETH, op. cit., 2011; RODRIGUEZ GARABITO, CÉSAR y BARRET, PATRICK, op. cit., 2005; NATANSON, JOSÉ, op. cit., 2008.

En la era de globalización —o post globalización— resulta difícil pensar un país aislado del resto del mundo o inmune a las condicionalidades que este entorno puede imponerle su gobierno. No sólo hablamos de restricciones a la economía, sino también de aquellas que pueden modificar la distribución de poder relativo en el escenario internacional y, en tal sentido, de la asignación global de los recursos para asegurar el bienestar humano. En consecuencia, debemos pensar en cuál es la estrategia de estos gobiernos en relación con su ambiente externo.

Las nociones de imperialismo y dependencia —contracaras de la de soberanía y autonomía— han sido un tradicional estandarte de la cultura popular y política de izquierda para explicar la conformación de las relaciones de poder en el mundo. Es caudalosa la bibliografía que explica, analiza y critica el sometimiento que han vivido los países periféricos y de menor desarrollo por parte de las naciones centrales y más desarrolladas. Sin embargo, en el debate actual sobre la nueva izquierda latinoamericana, estas nociones no han sido olvidadas.

En este sentido, entonces, la autonomía de la nueva izquierda puede ser visualizada como la estrategia externa de estos gobiernos para la obtener mayor equilibrio respecto del poder mundial y, al mismo tiempo, para enlazar su actividad en el ámbito internacional con las desarrollada a nivel doméstico en aras de obtener —aquí también— mayores grados de igualdad. Autonomía también definiría, entonces, la relación que han establecido entre lo sistémico y lo doméstico. Mayor igualdad en el ámbito internacional para obtener mayor igualdad en el ámbito nacional. Así, la autonomía también se erige como una característica de la nueva izquierda latinoamericana, que retoma y hace realidad las viejas tradiciones antiimperialistas e independentistas de la izquierda tradicional.

Asimismo, los gobiernos de la nueva izquierda latinoamericana han incluido como parte de esta estrategia su asociación a fin de acumular poder relativo y lograr mayor paridad en el ámbito internacional. En ese sentido, la política exterior de estos gobiernos ha procurado fortalecer los espacios regionales de integración político-económica ya existentes como el MERCOSUR, conformando nuevos foros como la UNASUR, la CELAC y rechazando antiguos proyectos hegemónicos de asociación regional que pretendían perpetuar la dependencia y el subdesarrollo de la región sudamericana como el ALCA, símbolo de neoliberalismo a nivel internacional.

Así como son variados en orígenes, trayectorias y programas, tal como hemos visto en los acápite anteriores, es cierto que estos gobiernos también tienen sus matices en la búsqueda de su autonomía nacional. Sin embargo, lo expresado en este apartado nos permite comenzar a entender la autonomía como una cualidad de estos nuevos gobiernos de izquierda en su actividad internacional.

### 3 | Conclusiones

Al inicio de este trabajo nos propusimos identificar en qué medida la búsqueda de mayores márgenes de autonomía era un elemento que define los actuales procesos políticos de la izquierda latinoamericana. Asimismo, pretendimos explicar su significado tanto en el caso de Argentina como en el de Brasil.

Dejando de lado las particularidades de cada caso podemos concluir, que la autonomía puede presentarse como un elemento común a dichos gobiernos de la izquierda latinoamericana y que la misma se relaciona con la necesidad de decidir sin imposiciones ni condicionalidades externas el rumbo a seguir por el país.

En este orden de ideas, además, advertimos que la autonomía es un valor asociado tanto al ideario de la vieja izquierda latinoamericana —en la forma de antiimperialismo e independencia— como de la nueva izquierda y, en ese sentido, resulta una definición ajustada de la estrategia externa que estos gobiernos para establecido para avanzar en su compromiso con la obtención de mayores grados de igualdad y justicia social para su población.

A partir de esto, entonces, creemos que este trabajo puede hacer un aporte en la clasificación de los gobiernos de la nueva izquierda de la región. En este trabajo nos dedicamos a analizar los gobiernos de Argentina y Brasil, los cuales han sido ubicados en diferentes categorías de las distintas clasificaciones realizadas de la izquierda latinoamericana. Si bien algunos autores han intentado superar la clasificación binaria de la izquierda latinoamericana, Brasil aún suele representar la izquierda “moderada”, más próxima al “liberalismo social”, mientras que Argentina suele considerarse un caso más ambiguo, ubicado más cerca de la izquierda “radical” o



“antiliberal”.<sup>(30)</sup> En términos económicos, Brasil suele ser definido como “ortodoxo”, mientras que a la Argentina como integrando el grupo de países con un manejo más “heterodoxo” de la economía.<sup>(31)</sup> El hecho de que estos dos “disímiles” países arribaran a la misma decisión, casi en simultaneidad temporal, nos obliga a repensar estas categorizaciones a fin de lograr que las mismas nos ayuden a explicarlo, así como los fenómenos que nos quedan por venir.

---

---

(30) WEYLAND, KURT, op. cit., 2011; LEVITSKY STEVEN y ROBERTS KENNETH, op. cit., 2011-2011b; KAUFMAN, ROBERT, op. cit., 2011.

(31) LEVITSKY STEVEN y ROBERTS KENNETH, op. cit., 2011-2011b; KAUFMAN, ROBERT op. cit., 2011.

# Sobre el contenido y eficacia de la Constitución y su posible reforma

por LILIANA COSTANTE<sup>(1)</sup>

## I | Introducción

Decidida a encarar el compromiso de exponer sobre el tema de este trabajo, el primordial desafío que se presenta es el de evitar caer en el cómodo letargo intelectual amparado por el *magister dixit* como techo del conocimiento o eludir su íntima relación con categorías como “Poder”, “política”, “democracia”, “legitimidad” y con la formación del consenso. Lo contrario profundizaría confusiones que, por conocidas, las sabemos funcionales a interpretaciones antojadizas o distorsivas del impacto que tiene en la vida de los pueblos todo aquello que resulta de la confrontación entre idearios políticos o programas de gobierno basados en visiones (distintas, hasta opuestas) sobre el ser humano, la vida, la sociedad, el Estado.

A menos de 20 años de la última reforma constitucional, la sola posibilidad de abordar otro proceso de tal envergadura suscita reflexiones a favor y en contra no siempre ajustadas a lo que Lasalle definía como el “arte y .....

(1) Abogada. Se ha especializado en temas de derecho público. Docente en Teoría del Estado —Facultad de Derecho, UBA— y Directora de Investigación (DCT 1211 y DCT 1214 de la Secretaría de Investigaciones de esa misma unidad académica). Directora del Instituto de Teoría Política y Derecho Constitucional de la Asociación de Abogados de Buenos Aires; publicista en revistas jurídicas, de economía, y políticas. Participa en organizaciones sociales nacionales e internacionales consustanciadas con la defensa de los DDHH.

la sabiduría constitucionales”<sup>(2)</sup> —de los que la suscripta no se pretende iluminada poseedora—. De las consignas que he leído o escuchado para fundamentar las negativas rotundas a una nueva reforma constitucional, tomaré —como inicio del tratamiento del tema que nos convoca— las que aluden a que: 1) no están dadas las condiciones políticas; 2) no ha pasado el tiempo suficiente de maduración de la anterior reforma; 3) la posible incorporación de la reelección (en algunos casos especificada en la actual Presidenta de la Nación; en otros, en general) va contra la democracia y nos asimila a otros procesos constitucionales (emblemáticamente, el de Venezuela); 4) sin decirlo ni tal vez a discurrirlo jurídicamente, existiría algo así como un derecho adquirido a la no modificación del plexo normativo; 5) no hay nada en la Constitución vigente que merezca reforma.

Siempre es buen tiempo para la reflexión y el debate cuando éste se hace con apertura mental. Para el caso, así como la reforma de 1994 se sancionó en pleno auge del modelo neoliberal en Argentina, encuentro harto justificado el constatar, con honestidad intelectual, los alcances en la práctica jurídico-política de los cambios ordenados por la Constitución, con el firme propósito de hacer un aporte a la teoría democrática, para anclar aún más la normativa suprema frente a los fuertes vientos del pensamiento economicista que pretende hacer de aquella un elemento meramente decorativo o programático.

El abordaje de los cambios constitucionales no puede dejar de lado las actuales condiciones del mundo globalizado<sup>(3)</sup> que remiten necesariamente a revisar la teoría de la dependencia<sup>(4)</sup> —como manifestación de la relación asimétrica—; la existencia de un poder económico mundial afectando los poderes político-económicos nacionales periféricos<sup>(5)</sup> o emergentes; el

(2) LASALLE, FERDINAND, *¿Qué es la Constitución?*, Barcelona, Ariel Derecho, 2002, p. 102.

(3) Ver BECK, ULRICH, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, 1ra. ed., Barcelona, Paidós Estado y Sociedad, 1998; también ver BERCHOLC, JORGE O. (dir.), *El Estado y la Globalización*, Buenos Aires, EDIAR, 2008.

(4) DOS SANTOS, THEOTONIO, “La crisis de la teoría del desarrollo y el problema de la dependencia en América Latina”, en H. Bernstein (ed.), *Subdesarrollo y desarrollo*, Harmondsworth, Penguin, 1973, p. 76; Ídem, *La teoría de la dependencia. Balance y perspectivas*, 1ra. ed., Buenos Aires, Plaza & Janes, 2003.

(5) Para mayor información sobre el tema ver AMIN, SAMIR, *Más allá del capitalismo senil. Por un siglo XXI no norteamericano*, Buenos Aires, Paidós, 2003. Un debate que tiene vigencia:

concepto mismo de “emergente” según la aplicación que se haga del mismo; ídem respecto a la llamada “governabilidad”.<sup>(6)</sup> Dejo planteada la función legitimadora de la ideología tanto de los discursos y prácticas conservadoras como de la acción contrahegemónica en consonancia con la efectivización del sistema de derechos y garantías expuestos en el bloque federal de constitucionalidad vigente.

Elegí algunos autores para citar como bibliografía indicativa del marco teórico de la investigación sobre el tema.

Escribo, entonces, con la expectativa de que el esfuerzo puesto para que la constatación de estas realidades pueda dar buenos frutos —entre los que resultaría más que propicio el posible debate o intercambio de ideas sobre lo que aquí expongo—,<sup>(7)</sup> instándonos a nuevos interrogantes sobre lo que creíamos sabido —aún para confirmarlo— en la medida en que aprehendemos más de los eslabones que se articulan como causalidad eficiente del producto constitucional.

## 2 | Del contenido de algunas categorías ineludibles para saber de qué hablamos

La justificación del poder fue cambiando a través del tiempo. Desde la aplicación del garrote o del golpe dado (violencia directa), hasta las téc-

.....

HARDT, MICHAEL y NEGRI, ANTONIO, “Imperio”, 1ra. ed., Buenos Aires, Paidós Estado y Sociedad, 2002 y BORÓN, Atilio A., *Imperio e Imperialismo. Una lectura crítica de Michael Hardt y Antonio Negri*, Buenos Aires, CLACSO, 2002. También ARCEO, ENRIQUE, “ALCA. Neoliberalismo y Nuevo Pacto Colonial”, 2º ed., Buenos Aires, CTA — Instituto de Estudios y Formación, 2002.

(6) La sociedad postindustrial tiene características propias. La posmodernidad abrazada al neo?liberalismo hace decir a Habermas que el capitalismo tardío enfrenta una crisis de legitimación en la medida en que el Estado, cuyo carácter de clase se vuelve cada vez más transparente, es incapaz de mantener su legitimidad. La enunciación de algunas discrepancias entre autores sobre el tema merecería un trabajo específico que no es éste.

(7) Lo que aquí expongo es parte de lo desarrollado durante mis estudios doctorales y del desarrollo teórico llevado a cabo como integrante del equipo de investigación sobre “La revolución en el bicentenario”, bajo la dirección de la Dra. Beatriz Rajland. En 2010, tuve el gusto de ser invitada a disertar en el seminario sobre el tema que se llevó a cabo en la Universidad de la Sorbonne, París3. Ver RAJLAND, BEATRIZ y COTARELO, MARÍA CELIA (coord.), *La revolución en el bicentenario. Reflexiones sobre la emancipación, clases y grupos subalternos*, Buenos Aires, FISYP/CLACSO Libros, 2010.

nicas por las que no resulta necesaria la mayor fuerza física para poder dominar al otro. Con la complejización de las relaciones sociales, también el ejercicio del poder se complejizó y se juridizó. ¿Es lo mismo hablar de “Poder” y de “Dominación”?.<sup>(8)</sup>

## 2.1 | Del poder político. Del Estado

“La fuerza neutralizadora para contener o limitar el conflicto interno de la sociedad, fue el poder político (supremamente detentado por la institución llamada ‘estado’). Que tiene, entre otros, el instrumento jurídico: el derecho (...) El poder político es originariamente la institucionalización de la fuerza cultural-militar de una forma de organización social incapaz de reproducirse por el mero despliegue de su lógica económica”.<sup>(9)</sup>

Asume funciones tales como las de garantizar la prestación de sobretrabajo de las comunidades subalternas, lograr la legitimación de su dominación a través de distintos mecanismos, llevar adelante una actividad productiva y de servicios que le permitan mostrar que atiende al “interés general”, reprimir los intentos de resistencia social. Nótese que Capella refiere a una “fuerza neutralizadora”, que no es lo mismo que una “fuerza neutral”. Se constata que, históricamente, el Estado no ha sido neutral en la conflictiva que tiene de base. Tal como se ha conformado, no puede serlo. Está en la fuerza que tengan u obtengan los grupos sociales —configurados en partidos políticos o no configurados en forma partidaria— en presionar para inficionar las decisiones políticas en tal o cual sentido.<sup>(10)</sup>

(8) Algunos criterios que se han utilizado para definir “poder”: el de relación de mando y obediencia (Max Weber), el de la voluntad (Jellinek), el de la energía (Burdeau), el de la fuerza jurídica (Vedia y Mitre), como potencia ética o espiritual (tomismo), los abordajes de tipo “interpersonal”. En esta perspectiva psicosociológica, autores como Robert Dahl (Ver POULANTZAS, NICOS, *El poder político y clases sociales en el estado capitalista*, 25a. ed., Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 1990, p. 127, nota 12).

(9) CAPELLA, JUAN RAMÓN, *Fruta prohibida*, Valladolid, Editorial Trotta, 1997, p. 46.

(10) Para el caso de la constitución vigente, en el sentido de concretar la igualdad real de oportunidades y trato (en términos del art. 75, inc. 23 CN) del diseño del sistema democrático (arts. 36 y 38 CN), o en el de limitar la igualdad al concepto teórico liberal. En esto van los intereses económicos de cada una de las partes, con los fundamentos que esgriman al respecto..

No todo el poder se juridifica, esto es que actúa por el derecho. Pero todo el derecho es poder político. En ese sentido señalaba Locke, llamado “padre del liberalismo”:

“Considero, pues, que el poder político es el derecho de dictar leyes bajo pena de muerte y, en consecuencia, de dictar también otras bajo penas menos graves, a fin de regular y preservar la propiedad, y ampliar la fuerza de la comunidad en la ejecución de dichas leyes y en la defensa del Estado frente a injurias extranjeras. Y todo ello con la única intención de lograr el bien público”.<sup>(11)</sup>

Fayt señalaba que “... la posibilidad de resistir su coacción (la del poder político) no existe, de ahí que cualquiera sea su gradación o jerarquía se presente como irresistible”.<sup>(12)</sup> El poder político se puede “presentar” como irresistible, pero no lo es. Las estrategias estudiadas y aplicadas desde el poder o desde los grupos hegemónicos de turno para sostenerse en ese lugar tienen que ver con el convencimiento de aquéllos en que ese lugar es reversible y, por ende, la reversibilidad es lo posible en la medida de que sea exitosa la táctica. La resistencia pasiva puede transformarse en activa y llevar al cambio de roles.

El poderoso pretenderá que la dominación le sea lo más económica posible.<sup>(13)</sup> “Es un error habitual suponer que la fuerza puede dominar por sí sola, cuando la verdad es que nunca puede hacerlo. Esto es así porque, en contra de lo que dicen las mitologías religiosas, sólo se puede dominar a los vivos. Incluso cuando la desobediencia conduce a una muerte cierta, siempre se puede elegir entre la resistencia y la muerte, por un lado, y la obediencia y la vida, por otro”.<sup>(14)</sup>

(11) LOCKE, JOHN, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, p. 35.

(12) FAYT, CARLOS S., *Derecho Político*, Buenos Aires, Depalma, 1988, t. I, p. 237, cita y adhiere a la posición de Jellinek.

(13) “Las bayonetas sirven para todo menos para sentarse sobre ellas” dijo Teyllerand..

(14) THERBORN, GORAN, *La ideología del poder y el poder de la ideología*, 2da. ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Argentina Editores, 1989, p. 77. La literatura universal ha dado muestras de imprescindible lectura sobre el tema. Tres obras que anoto por haberme resultado de apoyo en la docencia de la Teoría del Estado son *Antígona*, de Sófocles, *Muertos sin sepultura*, de Jean-Paul Sartre y *El hombre en busca de su destino*, de Victor Frankel.

Hago mías las palabras de Franz Oppenheimer cuando señalaba todo lo que el Estado no es:<sup>(15)</sup>

“El estado no ha sido concebido por la ‘necesidad de la naturaleza’ como cree Platón, y no es un ‘producto como poder de la naturaleza’ como quiere Aristóteles. También es falso que se hubiera desarrollado por el instinto y la sociabilidad. El estado no es ‘un gobierno equitativo de muchas familias y de lo que les es común con poder soberano’ (Bodin); y no está tampoco constituido para poner fin a la guerra de los hombres contra los hombres, como han asegurado Hobbes y otros muchos después de él. El estado no es el resultado de un contrato social, como mucho tiempo antes de Rousseau han querido probar Grotius, Spinoza y Locke. ¿Qué es el Estado en sentido sociológico? El Estado es, por completo en cuanto a su origen, casi por completo en cuanto a su naturaleza durante las primeras etapas de su existencia, una organización social impuesta por un grupo vencedor a un grupo vencido, organización cuyo único fin es reglamentar el dominio del primero sobre el segundo defendiendo su autoridad contra las revueltas interiores y los ataques exteriores. Y ese dominio no ha tenido jamás otro fin que la explotación económica del vencido”.<sup>(16)</sup>

Desentrañar la realidad oculta bajo la hojarasca importa esfuerzo de atención y sinceridad con uno mismo para que el conocimiento se articule con la voluntad y la acción pertinente. Parto de la base que el concepto de poder tiene, como lugar de constitución, el campo de las prácticas de clase.<sup>(17)</sup>

(15) Una apostilla sobre la modalidad de discernimiento de “lo que es” a partir de constatar “lo que no es”: en el antiquísimo texto *Vijnana Vhairava tantra*, Shakti pregunta a su contraparte masculina (Shiva) sobre realidades trascendentes. La respuesta comienza con todo “lo que no es”.

(16) OPPENHEIMER, FRANZ, *L’Etat...*, citado por FAYT, CARLOS S., op. cit., t. I, p. 253, nota 7. Esto mismo, dicho en otras palabras, es la tesis materialista-histórica de Marx en la que plantea que el Estado es un instrumento de dominación de la clase dominante en un momento determinado de la historia. (Ver “El Estado y la revolución” de Lenin). En línea con la argumentación antedicha, la diferenciación entre “poder del Estado”, “poder en el Estado” y “poder del órgano” me resulta inadecuada, ver FAYT, CARLOS S. op. cit., p. 241. Ver CASSIRER, ERNST, *El mito del Estado*, 8va. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

(17) POULANTZAS, NICOS, op. cit., p. 117.

## 2.2 | Funcionamiento del poder institucionalizado hacia el interior de categorías sociohistóricas

“... la burguesía se transforma lentamente de orden en clase”.<sup>(18)</sup> Grupo local en un principio, que habita en los burgos y en las ciudades, con unos intereses y una influencia meramente locales, la burguesía va transformándose poco a poco en un grupo social con actividades e influjo de alcance nacional. Con el desarrollo de la producción mercantil, el nuevo papel de la moneda, la expansión colonial, el comercio internacional, etc., la burguesía, de ser una fracción particular de un orden feudal (el tercer estado), se convierte en otra cosa muy distinta.

“Fue para caracterizar este cambio que Marx introdujo la distinción entre clase ‘en sí’ y clase ‘para sí’. No obstante, aunque convertida en potencia nacional, durante mucho tiempo la burguesía permaneció subordinada a la nobleza, sin oponerle su cultura y sus valores, y sin reivindicar el poder político o la participación en el mismo. Según Marx, se comportaba aún como un orden, cuando era ya una clase ‘en sí’. Mucho tiempo después, en los siglos XVII y XVIII, la burguesía pasó de clase en sí a clase para sí, tomando conciencia de su nueva originalidad y reivindicando el ejercicio del poder”.<sup>(19)</sup>

El resultado político de la larga crisis de los siglos XIV y XV es la aparición en Occidente del Estado absolutista en el transcurso del siglo XVI en Francia, Inglaterra y España. Engels señala que fue el producto de un

.....

(18) O'DONNELL, GUILLERMO, “Desarrollos en la periferia. El aparato estatal en los países del tercer mundo y su relación con el cambio socioeconómico”, en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, vol. XXXII, n° 4, p. 813, nota 31, UNESCO, 1980 dicit: “Lenin define así las clases: ‘Clases son grandes grupos de población que difieren entre sí por el lugar que ocupan en un sistema de producción social históricamente determinado, por su relación (en la mayoría de los casos establecida y formulada en la legislación) con los medios de producción, por su papel en la organización social del trabajo, y, en consecuencia, por las dimensiones de la parte de riqueza social de que disponen y la manera de adquirirla. Las clases son grupos de población, uno de los cuales puede apropiarse del trabajo de otro debido a los diferentes lugares que ocupan en un determinado sistema de economía social’”. Ver “Un gran comienzo”, en *Obras escogidas*, vol. 29.

(19) GODELIER, MAURICE, p. 677.



equilibrio de clase entre la vieja nobleza feudal y la nueva burguesía urbana.<sup>(20)</sup> La burguesía aparece como “contrapeso de las noblezas en las monarquías feudales o absolutas y, en general, piedra angular de las grandes monarquías”.<sup>(21)</sup> El período de la dominación de la nobleza feudal había llegado a su fin. “El estado absolutista nunca fue un árbitro entre la aristocracia y la burguesía ni mucho menos, un instrumento de la naciente burguesía contra la aristocracia: fue el nuevo caparazón político de una nobleza amenazada”. Esto explica Anderson, desde el estudio de la relación de poder, en coincidencia con Althusser.<sup>(22)</sup> El poder se institucionaliza: se concentra, aparece la figura del ejército permanente, la policía, la burocracia, el clero y la magistratura, el derecho codificado, los comienzos del mercado unificado, el sistema nacional de impuestos —órganos creados con arreglo a un plan de división sistemática y jerárquica del trabajo— sirvieron a la naciente sociedad burguesa como un arma poderosa en sus luchas contra los resabios del sistema feudal que quedó anclado en la zona rural mientras las ciudades se “mercantilizaban”. No obstante, mientras el trabajo no se separó de las condiciones materiales de su existencia que lo transformaría en “fuerza de trabajo”, las relaciones de producción rurales continuaron siendo feudales. Lo cierto es que la clase económica y políticamente dominante en este período siguió siendo la aristocracia feudal, la cual sufre metamorfosis pero nunca es desalojada de su lugar de poder.

La burguesía queda institucionalizada —con las revoluciones burguesas— en su rol de clase dominante. El Estado liberal tiene su propia institucionalización: la división de poderes, el sufragio, la constitución, el principio de jerarquía de las leyes... Funcional y sostenedor de la libertad de mercados necesaria para el poder de turno como condición propia del capitalismo, el capital tiende a la expansión mientras que se concentra. El trabajador pasa a ser “asalariado”. Vende su fuerza de trabajo por un monto que estipula el que la compra: el dueño de la máquina. Basta con hacer una lectura de Siéyes, Montesquieu, Locke, Hamilton, Jefferson y Madison so-

(20) Tesis planteada por Marx y Engels. Ver ENGELS, F. “El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”, en K. Marx, y F. Engels, *Obras escogidas*, Madrid, Akal, 1975, vol. II.

(21) Anderson señala “la equívoca transición desde ‘contrapeso’ a ‘piedra angular’ planteada por Marx y Engels. Ver ANDERSON, PERRY, *El Estado absolutista*, 17a. ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores Argentina SA, 2002, p. 10.

(22) ANDERSON, PERRY, *ibid*, p. 12. Cita en el mismo sentido a Louis Althusser en la nota 9 de la página 13.

bre las características que va adoptando la institucionalización del Estado capitalista en torno a la cada vez más imbricada relación Estado-mercado. Tal vez el viraje más interesante de la relación político-económica entre capitalismo y democracia se haya dado con el segundo libro de Tocqueville sobre el novedoso régimen de América (Norteamérica):<sup>(23)</sup> las aguas que inicialmente mezclaban en lo teórico al capitalismo con la democracia, se separan. Frente a la tensión entre los principios de libertad e igualdad, la solución pasará por designar como "democracia liberal" al sistema que se ocupe prioritariamente del primero, y "democracia social" al que se ocupe prioritariamente del segundo. De hecho, los derechos políticos receptados legalmente resultaban de necesaria efectivización para la legitimación del poder de la burguesía en el marco de las nuevas condiciones políticas mundiales. La utilización de la máquina (elemento costoso por su adquisición y mantenimiento) requería que los obreros tuvieran una mínima calificación para el trabajo, por lo que la lecto escritura rudimentaria era indispensable. La posibilidad de acceso rápido al lugar de trabajo dio origen a un nuevo tipo urbano: el barrio fabril. Se expande la relación capital-trabajo-ganancia. Bien lo había dicho Locke:

"Y así como los diferentes grados de laboriosidad permitían que los hombres adquiriesen posesiones en proporciones diferentes, así también la invención del dinero les dio la oportunidad de seguir conservando dichas posesiones y de aumentarlas (...) Mas tan pronto como un hombre descubre que hay algo que tiene el uso y el valor del dinero en sus relaciones con sus vecinos, veremos que ese hombre empieza a aumentar sus posesiones".<sup>(24)</sup>

En el Estado liberal capitalista, el poder político institucionaliza los mecanismos necesarios para el aumento de la ganancia: existe la ley, que la promueve y protege; existen los órganos políticos elegidos por el voto con

.....

(23) "Esta sociedad nueva que he tratado de describir y que me propongo juzgar, acaba de nacer. El tiempo todavía no le ha dado su forma definitiva; la gran revolución que la produjo aún no ha acabado, y resulta casi imposible prever lo que desaparecerá con ella y lo que resultará de ella por los sucesos de nuestros días. El mundo que se levanta se halla todavía medio enterrado bajo los restos del mundo que se derrumba y, en medio de la inmensa confusión de los asuntos humanos, nadie puede decir qué quedará de las antiguas instituciones y costumbres y qué acabará por desaparecer". TOCQUEVILLE, ALEXIS DE, *La democracia en América*, Madrid, Alianza Editorial, 2004, t. II, p. 277.

(24) LOCKE, JOHN, op. cit., p. 73/74.

la pretensión de ser éste de “delegación”. Mientras la Antigüedad se manejaba con categorías reales (monarca, señor feudal, amo, siervo, jerarca eclesiástico), el Estado liberal funcional al modo de producción capitalista instala ficciones: somos libres e iguales y la burguesía como clase dominante va a velar por los intereses de los asalariados, el proletariado y el campesinado; va a representar sus intereses y el gobierno va a tener como mira el bien común, que es el menos común de los bienes, llegándose a enunciar con pretensión de seriedad intelectual que si las clases privilegiadas progresan en su bienestar, estas posibilidades se “derraman” hacia las clases menos favorecidas. Desde su tesis doctoral rechazada en 1899, Alfredo Palacios alertaba sobre la relación entre el progreso y la miseria:

“¡Crece el progreso material impulsado por la inteligencia y con espasmos de epiléptico le da un abrazo terrible el espectro de la miseria! Y el espíritu sobrecogido ante este connubio monstruoso se pregunta si son fenómenos concomitantes, la miseria y el progreso, o si el uno es el antecedente invariable, suficiente y necesario del otro. Los sociólogos han estudiado los hechos, han descubierto las causas que los determinan y han planteado las leyes que los rigen. El progreso consiste en la mayor complejidad de los órganos y en la especificación de las funciones. Es una evolución y como tal, según la fórmula de Spencer: una integración de materia acompañada de disipación de movimiento, durante cuyo proceso, la materia y el movimiento no disipado pasan de una homogeneidad indefinida e incoherente a una homogeneidad coherente y definida. A medida que se produce esa integración, no modificándose las condiciones en que actúa, se desarrolla una tendencia a la desigualdad, porque la especificación de las funciones hace fácil el acaparamiento de la riqueza y del poder por unos cuantos privilegiados. He ahí la causa real de la miseria”.<sup>(25)</sup>

Es cierto que podemos rastrear el origen de las ideas liberales en la etapa precapitalista, pero su concreción política se encuentra en las instituciones

(25) PALACIOS, ALFREDO, “La miseria en la República Argentina”, tesis para su doctorado presentada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA en 1899, rechazada. Para su reproducción textual ver VÍCTOR O. GARCÍA COSTA (ed.), *La miseria en la República Argentina*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1988, pp. 55/56.

surgidas de las revoluciones inglesa, francesa y norteamericana. Nacidas a fines del siglo XVII, adquieren su verdadera dimensión en el siglo XIX, que es cuando se forman los partidos liberales contemporáneos. El funcionamiento del poder político es abstencionista en cuanto no perturbe el mecanismo natural del mercado y éste produzca el equilibrio entre oferta y demanda. Si las manos del mercado son invisibles, el aparato represivo no lo es: visiblemente el poder político aparece reprimiendo los intentos de resistencia social. En este sentido es que afirma Duverger:

“En teoría el liberalismo político es el elemento fundamental de la ideología liberal; no es más que un medio de garantizar las libertades civiles y públicas, la igualdad, el pluralismo y la democracia. En la práctica, cuando ha habido necesidad de escoger entre los dos, los liberales han escogido a menudo el liberalismo económico. Han preferido la supresión de las libertades políticas a la supresión de la propiedad. La sangrienta represión de junio de 1848, en Francia, por el liberal Cavaignac, y la de mayo de 1871, por el liberal Thiers, ilustran bien esta elección, al igual que la adhesión actual de muchos liberales a los regímenes autoritarios antes que aceptar atentados contra la propiedad privada de los medios de producción”.<sup>(26)</sup>

Habíamos dicho que no todo el poder se juridiza, pero que todo el derecho es poder político. En ese orden de ideas se ha señalado correctamente que “... la práctica jurídica es la condición de reproducción de la forma de producción”.<sup>(27)</sup>

(26) DUVERGER, MAURICE, *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, Barcelona, Editorial Ariel, 1980, p. 203.

(27) CORTI, HORACIO G., *La guerra silenciosa*, Buenos Aires, EUDEBA, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho UBA, 2000, p. 275. Aquí el fundamento: “De acuerdo a la especificación germinal del derecho: práctica social específica en la que están expresados históricamente los conflictos, los acuerdos y las tensiones de los grupos sociales que actúan en una formación social determinada (DJ, 12). Indicación que adquiere relieve al ser complementada con la fórmula de Marí: el dispositivo del poder actúa como condición de reproducción de las formas de producción (Pfa, 239). Su conjunción permite un primer acercamiento a la palabra clave que enmarca al discurso jurídico: formación social. Ésta es entendida como la imbricación de una específica forma de producir y de reproducir esa forma. ¿Qué se producen? Bienes, objetos físicos. ¿Qué se reproduce? Una determinada forma de producir esos bienes. En virtud del reemplazo terminológico de dispositivo del poder por práctica jurídica, la fórmula precedente se enuncia: imbricación de una específica forma de producir y de reproducir esa forma mediante la práctica jurídica. La teoría crítica del derecho afirma: la práctica jurídica es la condición de reproducción de la forma de producción”.

## 3 | De la Constitución

### 3.1 | Función de la constitución escrita. Procesos constituyentes y momentos constituyentes

La definición más generalizada de Constitución, la que circula por espacios académicos, escolares y políticos, es la que la considera la norma fundamental de un Estado —sea escrita o no lo sea— porque regula lo que se entiende como el régimen básico de derechos y libertades de los individuos y organiza a los poderes e instituciones políticas. La Constitución, entonces, como norma jerárquicamente superior del orden jurídico al que todas las demás deben acatamiento, atraviesa el funcionamiento institucional en forma conteste.

Desde antiguo, la norma se escribe como reaseguro para el cumplimiento de lo acordado —pero, ¿entre quiénes?— o de lo conquistado. Se entendía que la escritura daba un carácter “de cierre” de una determinada relación de poder: nada menos de lo escrito y tampoco nada de más. En esos términos, la norma escrita consolidaba lo logrado previamente por vía de acuerdos (entre los pares) o por las armas. ¿De dónde procedía la aspiración —peculiar a los tiempos modernos— de elaborar Constituciones escritas? “Sólo puede provenir, evidentemente, de que en los factores reales de poder imperantes dentro del país se haya operado una transformación”.<sup>(28)</sup> Ésta, ligada a lo que entiende como esencia de la constitución de un país —o sea: la suma de los factores reales de poder que se expresan jurídicamente por escrito, transformándose en derecho— es decir en instituciones jurídicas de manera que quien atente contra ello, aparece atentando contra la ley y debe ser castigado. Lasalle —quien desarrolla sus tesis sobre la constitución en relación a un hecho clave de la historia de las revoluciones —como es la Revolución de 1848 en Francia— refiere la existencia y relación

(28) LASALLE, FERDINAND, op. cit., p. 102. Y a la pregunta que se formula Lasalle sobre cómo se hace esto para que siempre se privilegien los poderosos, la respuesta que ofrece es contundente: se hace uso de las argucias del poder, de verdaderas maniobras. Aconseja el autor que lo primero, en los momentos de cambio, es desarmar al adversario vencido, no escribir una constitución. Eso hicieron los servidores del rey para abortar la revolución de marzo de 1848. Porque “los servidores de los reyes no son retóricos como lo suelen ser los del pueblo. Son hombres prácticos.” (LASALLE, FERDINAND, ibid, p. 112). En correlación con la respuesta del autor que obra en esta nota, lo señalado por la escuela del pensamiento crítico a la que nos hemos referido. Sobre rupturas y modalidades para abortarlas, también la lectura del “Dieciocho Brumario” de Marx.

de dos Constituciones en un país. "... esa Constitución real y efectiva, formada por la suma de factores reales y efectivos que rigen en la sociedad y esa otra Constitución escrita a la que, para distinguirla de la primera, daremos el nombre de la **hoja de papel**...".<sup>(29)</sup> (énfasis del original).

La constitución escrita aparece como un avance —para ese momento—, en particular con las constituciones surgidas de los procesos revolucionarios burgueses en Norteamérica y en Francia. Y lo es, en la medida en que excede el marco de "orden-punición" para extenderse literariamente como "garantía normativa" del programa político por el cual se llevó a cabo el cambio revolucionario, o sea de los intereses que hegemonizan el proceso de cambio. Lisa y llanamente, se trata de la legalización del poder dominante.

Siendo el poder una relación social (una relación de clase, o sea que es un lugar de disputa), aunque —en definitiva— sea una la fuerza hegemónica, ocurre que —también como producto del conflicto y la lucha— las clases no hegemónicas pueden llegar a incluir reivindicaciones en una constitución escrita. Esto es propicio aunque insuficiente, en la medida en que no basta cambiar una constitución escrita si no se cambian —real y efectivamente— las relaciones de poder entre las fuerzas imperantes en el país. No obstante, aunque insuficiente, es útil como marco referencial de legitimación de luchas y reclamos posteriores. Con acertado énfasis, Lasalle argumenta: "Lo específico de los tiempos modernos —hay que fijarse bien en esto, y no olvidarlo, pues tiene mucha importancia—, no son las Constituciones reales y efectivas sino las Constituciones escritas, las hojas de papel".<sup>(30)</sup> Con la pasión puesta en describir la realidad, también enuncia; "El hacer una constitución escrita es lo de menos! En caso de urgencia se hace en 24hs. En cambio lo que resulta prioritario es desplazar los factores reales y efectivos de poder dentro del país ...".<sup>(31)</sup> De allí la importancia, para el debate que nos interesa, en cuanto a constatar, qué está expresando lo escrito en términos de dominación.<sup>(32)</sup> Los problemas

(29) Ibid, p. 98.

(30) Ibid, p. 99.

(31) Ibid, p. 112.

(32) En ese sentido, si lo contenido en una reforma resulta una paradoja o funcional al paradigma hegemónico de ese momento. Volveremos sobre esto, en este trabajo, al tratar la reforma constitucional en nuestro país.

constitucionales no son primariamente problemas de derecho, sino de poder. La verdadera constitución de un país —insistimos— sólo reside en la expresión de los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen. Pero como las cosas no son lineales, cuando de relaciones sociales se trata —como antes dijimos— es posible inficionar los intereses de esos factores reales y efectivos de poder, a través de la lucha y la conquista de posiciones por parte de las clases subalternas que sean receptadas por el poder político o que tengan, en éste, su expresión e iniciativa. El límite de tales reformas siempre va a venir de manos de la defensa de aquellos principios sobre los cuales se estructura el sistema socio-económico. La manipulación del conocimiento para la formación del consenso a través de la ingeniería política estratégicamente desarrollada por los grupos hegemónicos, logra que aquella defensa sea esgrimida inclusive por parte de sectores cuya situación de desigualdad o vulnerabilidad es producto de lo que ellos mismos defienden. De allí que la información y la cultura sean parte indiscutible e inescindible del campo de batalla en el que se dirime la contienda entre los distintos modelos de persona, de sociedad y de Estado que pugnan por tener preeminencia. De allí que coincidamos con Pagés en cuanto señala que:

“En último término, pues, la verdadera función de una Constitución es decidir qué normas regulan el uso de la fuerza; no necesariamente determinar cómo se hacen esas normas. Función que, además, no se verifica en su ejercicio más allá de los límites de espacio y tiempo ni fuera del círculo de destinatarios a los que, en virtud de su efectividad, pueda extenderse el poder coactivo así organizando, viniendo trazados aquellos límites y este círculo —o, si se prefiere, estando formalizado ese ámbito de eficacia— por las normas internacionales. La Constitución no es tanto (o no lo es necesariamente) una norma sobre la producción de normas, cuanto una norma sobre la aplicación de otras normas cuya existencia puede encontrar causa fuera de la Constitución; esto es, norma que decide qué normas organizan una fuerza previamente monopolizada”.<sup>(33)</sup>

(33) PAGÉS, JUAN LUIS, *Sistemas normativos, constitución y ordenamiento*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, pp. 5/6.

### 3.II | Decoloniaje e independencia. Nuevas institucionalidades: de las relaciones desiguales sobre la que se instalaron los procesos constitucionales en nuestra América. La Constitución nacional de 1853/60 como parte de tales procesos

En la primera década del siglo XIX, comienzan los procesos de ruptura de la relación de coloniaje, más precisamente con la corona española. En ellos, lejos de haber una homogeneidad, se confrontaron en la lucha y en la acción, proyectos opuestos, más liberales o más conservadores, en el marco de un contexto mundial de revoluciones burguesas. Vencieron en la disputa del poder los sectores afines a las oligarquías terratenientes que se convirtieron en los factores de poder reales y efectivos dominantes. Así, el modelo de construcción hegemónico representó sus intereses y estos territorios quedaron a sus expensas.<sup>(34)</sup>

No extraña entonces que la arquitectura institucional, y por ende, constitucional tuviera —no obstante la afirmación de soberanía— un carácter extranjerizante, copiando contenidos que no se adecuaban a las condiciones particulares de la estructura social mayoritaria de quienes habitaban estas tierras, sino que respondían al modelo hegemónico de los centros de poder europeos.

El conjunto de los grupos de estratos subalternos —se trate de indios, negros, mestizos, mulatos, zambos e incluso blancos— fueron sumidos en la exclusión y la desigualdad social, sujetos la mayoría, de una doble opresión, la de clase y la de la discriminación étnica. Apartados, sometidos por las elites, fueron literalmente despojados del ejercicio de su participación en la construcción histórica que tuvo su origen en la ruptura con el coloniaje externo y fueron sujetos de la colonialidad interna. Las clases subalternas fueron, entonces, invisibilizadas desde la legalidad impuesta. Nuestra América se había tornado indispensable al sistema-mundo capitalista, que fue paulatinamente hegemónico por

---

(34) Ver RAMA, CARLOS M., *Historia de América Latina*, Barcelona, Brughera, 1978.



los Estados Unidos de Norteamérica a partir de fines del siglo XIX y consolidado en el XX.<sup>(35)</sup>

Los resultados históricos de la ruptura con la corona de España en la primera decena del siglo XIX muestran, estrictamente, que la apropiación de la capacidad de autogobierno de estos territorios quedaron a expensas de oligarquías terratenientes, vencedoras en la disputa de poder que venían desarrollándose desde el siglo anterior entre sectores criollos.

Los procesos de ruptura de la relación de coloniaje implicaron la adhesión y participación activa de los criollos e inclusive de extranjeros consustanciados con la gesta que ponía en movimiento —en estas tierras— las ideas libertarias francesas y norteamericanas, y desplazaron la centralidad hegemónica de España para el mercado de bienes y la designación de autoridades.

El constitucionalismo escrito de los países americanos independizados de España estuvo tempranamente en la preocupación de los protagonistas del proceso anticolonial que buscaban de ese modo "... afirmar su personalidad soberana a través de un instrumento jurídico —la constitución— que articulase su voluntad de organizar racional y coherentemente, su vida política, siguiendo el doble ejemplo del espíritu codificador de la Revolución Francesa y de los creadores de los Estados Unidos de América con su constitución de Filadelfia".<sup>(36)</sup>

La desigualdad social y la exclusión de la participación de vastos sectores de la población —marginados unas veces u objeto de exterminio otras—<sup>(37)</sup> sobre la que se montó el elegido sistema liberal económico, se proyectó —en relación a aquéllos— sólo en un cambio: el del brazo ejecutor.

.....

(35) FURTADO, CELSO, *El poder económico: Estados Unidos y América Latina*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina SA, 1971.

(36) DUVERGER, MAURICE, op. cit, p. 581

(37) La diferencia, para el caso, se muestra entre las condiciones a las que quedó sometido el sector de trabajadores rurales con las condiciones por las que se aisló, desapropió y se llegó al exterminio de hombres, mujeres y niños descendientes de etnias originarias de estos territorios y de afrodescendientes. En el caso argentino, este último objetivo se llevó adelante en la eufemísticamente llamada "conquista del desierto" diseñada y ejecutada por el General Roca años después de la sanción de la Constitución liberal de 1853/60. La aprobación de la metodología de apropiación de tierras y sometimiento a servidumbre o esclavitud de sus poseedores sobrevivientes a las masacres fue dada por el Congreso Nacional de turno.

De lo que hemos planteado hasta ahora, cabe colegir que la constitución escrita es muestra de un tiempo de consolidación del poder gestado.

La revolución o las rupturas que entrañan profundos cambios señalan el momento de la “toma” efectiva del poder y la Constitución —en los términos expresados— deviene en la nueva institucionalización en la que quedan consolidadas las relaciones de fuerza habidas *a posteriori* de la revolución o la ruptura.

Ese tiempo de “consolidación” —y el previo hasta la “consolidación”— es un período en el que se debaten los nuevos actores políticos para la organización del estado-nación separado de la metrópoli, del Estado-Nación soberano sobre su territorio y quienes lo habitan. De allí que esa etapa de consolidación post-revolucionaria, que culmina con la legitimación constitucional, es el momento en el que se juegan los intereses de las clases dominantes, que derivarán en un tipo determinado y funcional de organización institucional.

La etapa de descolonización que siguió a la independencia importó avances y retrocesos en los reclamos de sectores postergados, por el espacio territorial y de identidad de los que se veían privados. En términos de elemento constitutivo, el ideal poblacional era la homogeneización en base a un modelo civilizatorio no originario de estas tierras. Se impone una modernidad al estilo de “la” modernidad, con una episteme y una cosmovisión que responden a un modelo hegemónico de conocimiento y estructuras de razonamiento derivados de los centros de poder de ultramar. Para el caso, los afro-americanos y los grupos originarios del territorio no fueron siquiera integrados al imaginario útil al modelo de conformación de los nuevos estados. Ya fuera desde la esclavitud o desde las modalidades de trabajo compulsivo a los que se los sometió, fueron elemento de reproducción de la producción o del descarte.

La lucha exitosa contra el coloniaje había sido apropiada por las elites criollas para adoptar la lógica de la colonialidad hacia el interior de los territorios. Lógica que fue naturalizada ideológicamente como “desarrollo” o “progreso” mientras dejaba sin amparo a millones de seres en grupos poblacionales, cuyas economías originarias y recursos naturales les venían siendo rapiñados por la corona española para luego ser objeto del mismo latrocinio, pero por la población criolla de ascendencia europea que asumió el papel de amo para con aquéllos y de serviles lacayos para con Gran

Bretaña y EEUU En esos términos, las clases poseedoras, las burguesías nacientes y las oligarquías territoriales atropellaron la historia cotidiana de los pueblos subalternos, bajo la advocación de una ilusoria modernidad que sólo era modernización. Así:

“... en las cuatro últimas décadas del siglo XIX las grandes naciones capitalistas evolucionan hacia el imperialismo, y esto modifica no sólo el capitalismo interno de esos países sino toda la estructura de la economía mundial, que por otra parte recién entonces se convierte en propiamente tal (...) La Argentina y algunos de los otros países más adelantados de América Latina incian su moderno desarrollo capitalista apenas cincuenta años más tarde que EEUU Pero, en esos cincuenta años, las mayores virtudes del capitalismo se han agotado y su maduración imperialista empezaba a poner en juego todas sus lacras, cerrando el camino hacia la civilización a la mayor parte de la humanidad” .<sup>(38)</sup>

## 4 | De las reformas habidas y por haber en la Constitución argentina. De cómo se manifiesta y se resuelve la siempre vigente contradicción entre las necesidades de operatoria del capital y la igualdad en el acceso al producto social

Basada en la experiencia de la desigualdad de base sostenida desde las etapas anteriores a las revoluciones burguesas y en lo postulado por teóricos como John Locke, Madison, Jefferson y Hamilton, la doctrina fue diseccionando la categoría “democracia”, complejizando desde el discurso la simpleza de la relación entre economía y política. Así queda separada la democracia como forma de gobierno de la democracia

---

(38) PEÑA, MILCIADES, *De Mitre a Roca. Consolidación de la oligarquía criolla*, 3ra. ed., Buenos Aires, Fichas, 1975, pp. 7/12.

como forma de organización o convivencia social. Desde posiciones funcionalistas, se utilizaron litros de tinta y tiempos de severa oratoria para abrochar dogmáticamente la democracia con el régimen de gobierno republicano y, ambos, con la defensa de la libertad de mercado indispensable para el mejor desarrollo de las dos modalidades en las que se manifiesta el capital: su expansión y su concentración. La lógica del capital podía adaptarse “a” y “con” las limitaciones de la república pero resultaba contrafáctica a la posibilidad de igualdad de base. Desde la concepción liberal minimalista, resultó decisiva no sólo la elección que se hizo priorizando la igualdad de ciudadanía con el derecho al voto a la igualdad de renta o ciudadanía social como el ejercicio del control social a través de la educación para lograr el consenso de los mayoritarios sectores desfavorecidos. Es útil reafirmar el indudable progreso que significó el éxito de la lucha contra los regímenes esclavistas y contra los feudales, monárquicos y absolutistas. Tan cierto como que, cada uno de ellos, en su momento cayeron —concomitantemente con tales luchas doctrinarias y armadas— por su propio agotamiento como modos de producción.

## 4.1 | Constitución nacional 1853/60

Los Convencionales constituyentes de 1853/60 redactaron una constitución a la medida de las ideas hegemónicas de la época. Nuestra Constitución —la Constitución de la Nación Argentina— fue liberal por elección de ese modelo, que nació y se desarrolló a espaldas de todos aquellos que quedaron anquilosados —sino aniquilados— en estadios de desarrollo económico y cultural bajo el sostenido desprecio del bloque dominante dividido en fracciones.<sup>(39)</sup>

El preámbulo de nuestra Constitución señalaba que sus objetivos la eran “para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”, pero el “nosotros” quedaba circunscripto a una parte de la población, mientras el resto era incluido en una bolsa de interrogantes rápidamente resueltos por vía de la pluma y la palabra. Cuando éstas no bastaron —o, por las

.....

(39) Ver fundado trabajo de LEWIN, BOLESLAO, *La insurrección de Túpac Amaru*, Buenos Aires, EUDEBA, Colección América, 1987.

dudas que no bastaran—, siempre se hizo uso del aparato represivo del Estado o de agencias o grupos que fueron el brazo ejecutor a través de la aplicación de la violencia directa. ¿Qué hacer con aquellos habitantes que no entendían de qué se trataba el tema del orden constitucional? ¿Qué, con aquellos que sí lo entendían y, por eso mismo, se le resistían? Ejemplo paradigmático es el conocido con el eufemismo infame de “la conquista del desierto”, concebida para “... extinguir a los indios y a los que queden con vida, arrojarlos más allá del Río Negro y el Neuquén ...” siendo esto “... el mejor sistema ...” para “... sumar las 50.000 leguas cuadradas de los campos más productivos del Universo ...”.<sup>(40)</sup> Lo patético de la justificación y de quienes la sostienen llega a nuestros días reproducido en la defensa o apañamiento de los crímenes de lesa humanidad ejecutados por la dictadura cívico-militar 1976/1983 y en todas aquellas formas de discriminación política y exclusión ilegítima de los sectores populares en el acceso al producto social y la represión de toda idea o movimiento siquiera esperanzador de liberación o emancipación.<sup>(41)</sup>

En ese orden de ideas, el dilema “civilización o barbarie” planteado por Sarmiento sigue teniendo vigencia a pesar del tiempo transcurrido y nos permite replantear a qué llamamos “civilización” y a qué “barbarie”, lo que resulta un punto de reflexión primordial. Peña dedica un capítulo entero al dilema sarmientino en su obra *Alberdi, Sarmiento, el 90*, remitiéndose a la situación de esa época. Señalaba Peña<sup>(42)</sup> la exasperación de Sarmiento contra Buenos Aires, a la que consideraba una “... provincia de

(40) Carta del Gral. Julio A. Roca al Ministro de Guerra Adolfo Alsina del 4 de Octubre de 1857 (documento V página 105 “Museo Roca” 1878/1879). Reproducido por Osvaldo Bayer en nota periodística “El general Roca: en nombre del progreso y la civilización” en el diario “Página 12” del 8/10/2005, según obra en “Historia de la economía argentina del siglo XX”, opúsculo 1, página 8, de la colección del mismo nombre publicado por “Página 12” dirigida por Alfredo Zaiat y coordinación académica de Mario Rapoport. La empresa fue ejecutada (este verbo expresa literalmente la acción desarrollada) entre septiembre de 1878 y 1880.

(41) Ver SÁNCHEZ VIAMONTE, CARLOS, *Revolución y doctrina de facto*, Buenos Aires, Claridad, 1946; BARCESAT, LOZADA, ZAMORANO y VIAGGIO, *La ideología de la seguridad nacional*, Buenos Aires, El Cid Editor, 1983. Reflexiones siempre vigentes en: GRÜNER, EDUARDO, *Las formas de la espada. Miserias de la teoría política de la violencia*, Buenos Aires, Colihue, 1997; ZIZEK, SLAVOJ, *Sobre la violencia. Seis reflexiones marginales*, 1ra. ed., Buenos Aires, Paidós, 2009.

(42) PEÑA, MILCIADES, *Alberdi, Sarmiento, el 90*, Buenos Aires, Fichas, 1973, p. 59.

estancieros satisfechos de la seguridad de sus ganados, de extranjeros indiferentes a todo lo que no sea estrujar al país ...".<sup>(43)</sup> Sarmiento no era ajeno a las calamidades que trajo la civilización europea en la conquista de estas tierras,<sup>(44)</sup> por lo que atacó también la política prolatifundista de Roca. Aunque —paradójica o paradigmáticamente— nada decía del genocidio perpetrado. Es que él no dejaba de reconocerse a sí mismo como miembro de una oligarquía docta. De allí su actitud despreciativa hacia las masas populares criollas.

En ese orden de ideas y prácticas, la civilización siempre ha integrado a quien le es funcional, manteniendo el anatema o la exclusión de otro, más riesgoso para la hegemonía. De los llamados "desaventajados" se ocupará el asistencialismo o la beneficencia como modalidad privada —laica o religiosa— o como práctica política. Cada una de ellas encubrió las causas de la desigualdad social, sosteniendo su reproducción cuando no fue ejercida como una muestra más de desprecio por los necesitados. Mientras que, en paralelo, a finales del siglo XIX, ante el pronóstico de Von Stein que alertaba sobre posibles revoluciones sociales en expansión desde tiempo atrás, se comienzan a aplicar desde la esfera gubernamental —el Canciller Bismark en Alemania— medidas de protección referidas a la seguridad social, que plantean una transformación conocida originaria del modelo llamado "Estado de Bienestar", el cual funcionó (tanto en su modelo originario como en el que posteriormente aplicó las medidas ideadas por John Maynard Keynes) en la medida en que lo renunciado por el capital en aras a una posible conciliación de clases le implicara menor riesgo que lo que podría perder en una revolución socio-política.

(43) PEÑA, MILCIADES, *ibid*, p. 61. Cuentan que, frente a un estanciero porteño que se oponía a la educación común en nombre de la muy aristocrática sociedad porteña, Sarmiento le contestó lacónico: "Sí, aristocracia con olor a bosta de vacas". Ver "Sarmiento Anecdótico", 310, citado por Peña (op. cit. p. 63). Quería un país industrializado, pero no cualquier país, sino que tuviera a EEUU de modelo —de cuyo partido republicano tenía la tentación de constituir uno en paralelo en la Argentina—. Ver "Cartas a Posse", año 1870, I, 283 citado por Peña (op. cit., p. 61).

(44) "El error fatal de la colonización española en la América del sur, la llaga profunda que ha condenado a las generaciones actuales a la movilidad y el atraso, viene de la manera de distribuir las tierras" (PEÑA, op. cit., p. 65).

## 4.2 | ¿Y la democracia?<sup>(45)</sup>

De las tres banderas de la Revolución Francesa de 1789 (libertad, igualdad y fraternidad), las burguesías triunfantes, ya en el poder, dejaron como furgón de cola romántico a la tercera y reinventaron el contenido de la segunda, en desmedro del despojado de los medios de producción. Así, los hombres y mujeres que arrastraban desde otrora miseria, hambre e ignorancia, pasaron a ser ciudadanos libres e iguales a aquellos otros que poseyeran —también desde otrora— riqueza y conocimientos, a los que se le sumaba, causalmente, la propiedad de los medios de producción. La desigualdad de base fue el punto de apoyo para estructurar un tipo de sistema de representación política. Su instrumento fue el voto censitario. En esos términos, no es que la democracia liberal burguesa no pudiera, ni en aquel momento ni a posteriori, lograr la igualación o emparejamiento de los desiguales de base por ineficiencia o corruptela de un gobierno determinado.<sup>(46)</sup> Por el contrario, es la desigualdad social consolidada lo que muestra su eficiencia. Las normas escritas en las que el poder de turno reconoce un derecho le han sido siempre arrancadas a partir de una relación de fuerza adversa para la clase dominante que, en no pocas oportunidades, las otorga como maniobra distractiva para ganar tiempo, espacio y reafirmarse. Como sucediera en 1215 con la Carta Magna —en la que los nobles y señores feudales le arrancan a Juan Sin Tierra la potestad de establecer tributos— pasando por las Constituciones habidas a posteriori de las Revoluciones burguesas, la fuerza triunfante dejó por escrito lo que había logrado en los hechos. En ese orden de ideas, la escritura asienta lo arrancado al poder, brindando la ilusión de una mayor seguridad de sostenimiento en el tiempo del logro obtenido y funciona, entonces, como muestra de la coherente desconfianza

(45) Ver datos, interpretación y opiniones entre BORÓN, Atilio A., *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO, 2004 y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadana y ciudadanos. Contribuciones para el debate*, Buenos Aires, Aguilar/Altea/Taurus/Alfaguara SA, 2004. Publicación independiente encargada por el PNUD a doctrinarios de distintas nacionalidades.

(46) PASQUINO, GIANFRANCO, *La democracia exigente*, Madrid, Alianza Editorial, 2000, pp. 79/80. Sobre el tema, ver COSTANTE, LILIANA B., "Corrompo, luego existo. La ¿nueva? lógica de la exclusión", en Héctor Sandler (coord.), *Corrupción. Una sociedad bajo sospecha*, Buenos Aires, Depto. de Publicaciones Facultad de Derecho/UBA, La ley, 1997 (publicación colectiva del Instituto de Investigaciones en Derecho y Ciencias Sociales "Ambrosio L. Gioja"); COSTANTE, LILIANA B., "Del discurso televisivo, del poder y la exclusión. La corona de la lata", en Campione, Rajland, Costante, Unzué, *Estado y Sociedad. Algunas reflexiones sobre la política en la Argentina actual*, Buenos Aires, EUDEBA, 1999.

entre las partes o intereses en disputa, mientras el derecho hace previsible los comportamientos del poder. Esta es la base de la estructuración del estado de Derecho. La lucha por la igualdad tomaría, entonces, dos formas o carriles: 1) la de las condiciones materiales de la existencia; 2) la del sufragio, en lo político. Ambas, históricamente, se llevaron a cabo tanto en el plano de las ideas como con reguero de sangre.

El sufragio universal terminó imponiéndose sólo cuando las burguesías en el poder consideraron que no ponía en riesgo sus intereses y se percataron —en la práctica— que la representatividad no da por resultado directo una elección de clase, que no necesariamente el voto del pobre se iba a orientar fatalmente contra la propiedad privada. Incluso la universalidad proclamada no fue tal, en la medida que las mujeres no fueron incorporadas a la vida política en términos de participación activa, no sólo en la militancia, sino en la posibilidad de elegir a sus candidatos para cargos públicos y ser elegidas como tales sino hasta mucho tiempo después. El sufragio universal —desde su variante excluyente de determinado género hasta la incluyente que en nuestro país cobraría con la ley de voto femenino de 1949— fue una conquista. En Argentina, hubo de pasar mucho tiempo para que se lograra la inclusión en un porcentual —Ley de cupo femenino— que hoy resulta anacrónico y difícil de sostener racionalmente.

En la historia de la organización nacional, la legitimidad de los poderes públicos, tuvo un punto de inflexión con la Ley Saenz Peña. En ese orden de ideas, la democracia —o según el texto constitucional desde 1853, la República— se concentró en tal régimen electoral, mientras la pugna intestina entre los grupos dominantes del momento por el manejo económico (control de la Aduana, exportaciones), marcaron la primera ruptura con la normativa suprema (modificación de la CN de 1853 antes de los diez años que ésta preveía). De las condiciones materiales de la existencia desiguales originadas antaño que se fueron reproduciendo o agigantando, nada decían los derechos civiles y políticos. Antes bien, tales condiciones siguieron siendo funcionales a la reproducción de la ideología dominante en la formación del consenso de las clases subalternas. Porque, en palabras de Duverger:

“... en teoría el liberalismo político es el elemento fundamental de la ideología liberal; no es más que un medio de garantizar las libertades civiles y públicas, la igualdad, el pluralismo y la



democracia. En la práctica, cuando ha habido necesidad de escoger entre los dos, los liberales han escogido a menudo el liberalismo económico. Han preferido la supresión de las libertades políticas a la supresión de la propiedad".<sup>(47)</sup>

La Constitución argentina 1853/60 no aludió a la construcción de una democracia como sistema de convivencia. No creo que lo hayan eludido porque les resultaba confuso el contenido del concepto, ni porque pudieran entender que república y democracia tenían el mismo contenido —de ser así, ¿por qué optar por uno y no por el otro?—. Ciertamente, políticamente, que optaron.

Nótese que fue en el campo de la teoría política que, posteriormente a Alexis de Tocqueville y en base a su diatriba en "La democracia en América",<sup>(48)</sup> se dividieron las aguas para adjetivar la democracia. Descartando la posibilidad de coexistencia equilibrada entre el valor "libertad" y el valor "igualdad" en el marco del modo de producción basado en el capital, se dirimió el conflicto adjudicando la denominación de "democracia liberal" a aquellas cuyas políticas tendieran a satisfacer las libertades públicas necesarias para el funcionamiento del sistema, y "democracia social" a la que propendiera a producir el cambio necesario para la convivencia en una sociedad basada en la igualdad de condiciones materiales de existencia.

### 4.3 | La necesidad histórica de optar por la reforma o la revolución

Dos guerras mundiales y la debacle económico-financiera producida en el mercado mundial en 1929, sumada al impacto que ya había producido la Revolución rusa al pensamiento y la praxis liberal provocaron la necesidad de realizar determinados cambios. La necesidad histórica de optar entre

---

(47) DUVERGER, MAURICE, op. cit, p. 203.

(48) Alexis de Tocqueville —aristócrata y diputado liberal francés— llevó a cabo su viaje por EEUU durante nueve meses del año 1831. Su primer volumen fue publicado en 1835 y el segundo en 1840. En este último profundiza su investigación sobre la influencia de la democracia sobre el movimiento intelectual, los sentimientos y las costumbres de los norteamericanos y generaliza una descripción del nuevo régimen.

reforma o revolución —planteada en 1850 por Lorenz Von Stein ante el temor de que las masas empobrecidas y desposeídas terminaran decidiendo por la segunda— se había proyectado al siglo XX, amplificada la desigualdad social por los efectos de la producción en masa a partir del taylorismo y el fordismo. Producción que no generaba su propia demanda —lo que demostraba la falacia de la ley de Say—. Mercado que no tenía manos invisibles que logaran su propio equilibrio —no obstante la tozuda afirmación liberal—.<sup>(49)</sup> El sistema necesitaba volver a legitimarse. Había que morigerar el conflicto reduciendo parcialmente la desigualdad social y reactivar la posibilidad de consumo a través de la distribución primaria y secundaria. Se convocó al Estado para que interviniera, para ordenar lo que el libre mercado había desordenado en lo económico. Y ambas partes del proceso productivo (capital y trabajo) obtuvieron beneficios que, en lo político, significaron la reconstitución de la legitimidad del Estado. El claro avance que significó, en lo jurídico, el llamado “Constitucionalismo social” —cuyo paradigma normativo es la Constitución de Weimar de 1919—<sup>(50)</sup> concatenado con la implementación de políticas intervencionistas anticíclicas del Estado, dieron por fruto un desarrollo económico sin precedentes. El período 1945-1970 fue llamado el de “los años gloriosos”; el pacto entre capital y trabajo sugerido por Keynes había dado sus frutos: el capital había aceptado bajar su tasa de ganancia (derechos laborales, legalización de la huelga, sindicatos y partidos incluidos) y el trabajo renunció a su opción política. El capital necesitaba consumidores. El trabajador se transformó en uno. La concreción de la lucha por la igualdad en las condiciones materiales de la existencia fue siendo desarticulada a favor de la movilidad social dentro de la dinámica de la representación política y de la lógica del mercado a partir de mecanismos persuasivos y disuasivos entre los que se encuentran las exitosas articulaciones a las que Gramsci denomina “revoluciones pasivas”, refiriéndose a ciertos períodos en que —a través de la intervención legislativa del Estado— se introducen “... modificaciones de relativo largo alcance en la estructura económica del país a los efectos de acentuar el elemento del ‘plan de producción’...”. Esto produce un estado de expectativa y esperanza en el que los despojados de su conciencia de sujeto histórico y desprovistos de lazos hacia lo

(49) Ver GALBRAITH, JOHN K., *Historia de la Economía*, Bs. As., Ariel Sociedad Económica, 1993.

(50) Latinoamérica tiene su epicentro del constitucionalismo social de esa época: la Constitución de México de 1917. Su diferencia de origen con la de Weimar reside en que aquélla surge del seno de una gesta revolucionaria triunfante.

vivido se entregan crédulos contra toda racionalidad que le demostrara tan desacertada ilusión. El filósofo reflexiona al respecto, tratando de interpretar el fenómeno del fascismo italiano (intervención legislativa del Estado y organización corporativa) diciendo que, en esas determinadas condiciones:

“...hay una revolución pasiva (...) Lo que resulta importante desde el punto de vista político e ideológico es que puede producir —y, de hecho, lo hace— un período de expectativa y esperanza, sobre todo en ciertos grupos sociales italianos como la gran masa de la pequeña burguesía rural y urbana. De esa forma, refuerza el sistema hegemónico”.<sup>(51)</sup>

Hacia 1943, nuestro país enfrentaba la necesidad de dar respuesta a los conflictos sociales y llevar adelante un programa de industrialización y modernización conforme a la situación global. Había que resolver lo que Perón llama “el problema de la agitación de las masas”,<sup>(52)</sup> disciplinarlas y organizarlas al mismo tiempo que desarrollar el proceso de industrialización del país, ampliar el mercado interno con una política redistributiva de ingresos destinada a aumentar la demanda, transformando las masas trabajadoras en consumidoras. Todo esto además de evitar o repeler —según el caso— la penetración ideológica de la izquierda. Tal como fue dicho, el consumo de la industria nacional dio por resultado un notable mejoramiento de las condiciones de vida y una reducción sustancial de la desigualdad social. El avance de un movimiento social de base obrera se va conformando a la sombra de las políticas implementadas por Perón desde la Secretaría de Trabajo y, más tarde, desde su presidencia de la Nación por voto popular. Esta proyección del desarrollo de las fuerzas productivas a la época en que venimos hablando tuvo, en nuestro país, el emblema del peronismo, considerado como un modelo de los llamados “populismos”.<sup>(53)</sup>

(51) Citado por GÖRAN THERBORN, “Las nuevas cuestiones de la subjetividad”, en Zizek, Slavoj (comp.), *Ideología. Un mapa de la cuestión*, 1ra. ed. en castellano, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica SA, 2003, p. 195. En la nota 13 de esa página, Therborn advierte que las bastardillas transcritas corresponden a su énfasis.

(52) Del discurso que Perón pronuncia en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, el 25 de agosto de 1944. Citado por RAJLAND, BEATRIZ, op. cit., p. 94. En nota al pie indica: PERÓN, JUAN D., *El pueblo quiere saber de qué se trata*, Buenos Aires, Secretaría de Trabajo y Previsión, 1944.

(53) Remito el estudio de este fenómeno al pormenorizado trabajo —que forma parte de su tesis doctoral en Derecho— de BEATRIZ RAJLAND, *El pacto populista en la Argentina (1945-*

A pesar de haber explicitado su intención de “no atacar en forma alguna al capital que, con el trabajo, forma un verdadero cuerpo humano, donde sus miembros han de trabajar en armonía para evitar la destrucción del propio cuerpo”,<sup>(54)</sup> el empresariado se molestó con medidas como el Estatuto del Peón o la ampliación de los regímenes jubilatorio e indemnizatorio. La Iglesia hizo malabares para reordenar ideológicamente a los fieles peronistas en la aceptación de la caridad mientras la Fundación Eva Perón movilizaba fuerzas y distribuía bienes. Tal vez el más importante de los bienes que recibieron aquellos hombres y mujeres fue el de su participación en las decisiones. Se ha definido esta situación no como verdadera incorporación de las masas, sino como manipulación para hacerlas creer en una ficción.<sup>(55)</sup>

La reforma constitucional de 1949 —conteste con la reformulación del aparato productivo que se estaba llevando adelante dentro del marco de un modelo del modo de producción a esa época— tuvo, en el joven jurista Arturo E. Sampay, una pluma de fundamental importancia en el cambio que se proponía. De los instrumentos económico-políticos llevados a cabo, como ejemplo, me interesa destacar: la nacionalización de los depósitos bancarios, la creación del IAPI, la nacionalización de las

.....  
 1955). *Proyección teórico-política hacia la actualidad*, Atilio Borón (pról.), Buenos Aires, CCC (Centro Cultural de la Cooperación Floreal Gorini), 2008.

(54) RAJLAND, BEATRIZ, *ibid.*, nota 61 del presente, op. cit., 103.

(55) Dejo el punto en debate para otro momento. Con respecto al tema que nos ocupa en el presente sólo lo pongo en referencia en cuanto a que la relación personalizada entre los dos líderes y el pueblo que los seguía, le daba espacio a éste para expresar la indignación, la rabia, la angustia por haber sido excluidos y también la esperanzada alegría de no serlo más. El pueblo peronista, los y las trabajadoras peronistas tuvieron espacio, su espacio. Sintieron que fue para ellos —los “cabecitas negras” según el mote despectivo— que Perón y Evita les habían arrancado espacios a los oligarcas, o a los copetudos, a los tilingos de la ciudad. Y ellos —los “descamisados”, los “grasitas”— no tuvieron más vergüenza de ser pobres y desamparados. Empezaron a tener bronca por haberlo sido y esperanza de dejar de serlo de una vez por todas. Y el sentimiento era y es inconmensurable, exultante, profundo, provoca el llanto, el grito tanto como el silencio y la oración en un sincretismo de política y religión. Fueron millones de hombres, mujeres, niños y ancianos que recuperaron una dignidad proclamada por las normas de la que habían sido desposeídos por las reglas de funcionamiento del modo de producción. Habían recuperado o —en la mayoría de los casos— descubierto la posibilidad de hacer un proyecto de vida, de ser sujetos históricos. En eso, el peronismo logró la dignificante sensación de igualación entre los que nunca lo habían sido con aquellos que, desde su lugar de privilegio social, siempre los habían impedido ser. Reitero: dejo en punto de tratamiento académico la caracterización del populismo peronista, que no es objeto de este trabajo.

exportaciones, el establecimiento del Estatuto del Peón, los derechos del Trabajador, la Mujer, el Niño y la Ancianidad (art. 37) y la nacionalización de los recursos naturales (art. 40). El sufragio se extendió a las mujeres. El nivel de participación de la clase obrera redundó, políticamente, en la conformación de soporte popular en movimiento —dinámico y cohesionado— y en el voto legitimante de la férrea dirección de un hombre con las características de y una militante apasionada como su esposa —la Sra. Eva Duarte—, que impactaron en la relación entre clases poseedoras y las subalternas. Las condiciones de nuestro país a la época fueron aprovechadas por el grupo gobernante en el diseño de políticas y estrategias que resultaron írritas tanto a las mentalidades estancadas en el pensamiento esclavista o feudal, como a aquellos que veían palidecer hasta la desaparición la posibilidad de un proletariado combatiendo al capital. La arenga discursiva y publicitaria se proyectó en altos niveles de asfixia para los grupos que no adherían intrínsecamente al nuevo modelo gubernamental, de la misma manera que en las repúblicas liberales burguesas con derechos civiles y políticos constitucionalizados (como, en nuestro caso, desde 1853) los apremios ilegales, la declaración forzada y la persecución al opositor o enemigo político también habían sido moneda corriente. La diferencia es que, en estas últimas, los asfixiados eran otros —antes desapercibidos como producto del embate de la información desigualitaria naturalizada—.

El conservadurismo argentino estaba indignado y enfurecido. Si es cierto que detrás de todo enojo se esconde un temor, el miedo de los conservadores pasaba por la posibilidad de perder su lugar de privilegio en la cadena de producción y en el orden político. Entendían —y entendían bien— que las medidas protectivas del trabajador como sujeto prioritario de protección legal y la movilidad social ascendente desordenaban la república que ellos habían logrado con la pluma y la palabra, con la cruz y con la espada, con sus jerarquías conocidas, sus libertades de papel y su desigualdad funcional. Es la misma indignación e intolerancia que mostraron el mundo de los negocios y el conservadurismo norteamericano frente al proyecto de Ley de Seguridad Social enviado al Congreso norteamericano en 1935.<sup>(56)</sup>

(56) Galbraith transcribe algunas de las opiniones vertidas: que la ley facilitaría "... la dominación definitiva del socialismo sobre la vida y la industria ..."; que era "... una conspiración destinada a socavar la vida nacional, destruyendo la iniciativa, desalentando el ahorro y

Históricamente, en nuestro país, los golpes de estado rompieron la institucionalidad liberal o del constitucionalismo social toda vez que los grupos económicos percibieron que sus intereses —tal vez otrora desarrollados sin limitaciones— estaban en riesgo. Para el caso del estado argentino en la primera mitad del siglo XX, funcionó lo dicho. Los escrupulosos defensores del orden liberal quebraron —una vez más— la institucionalidad. El asalto al poder por las armas (militares argentinos) se produjo en 1955, con el funcional apoyo de las capas medias de la sociedad civil —más allá de los distintos motivos que las motivaran a unirse—. El nombre que dieron los sediciosos a la acción contraconstitucional (“Revolución Libertadora”) fue un título tan rimbombante como patético. En paralelo a la ideología por la que se llevó a cabo la matanza de la población civil en la Plaza de Mayo con aviones y bombas del propio Estado Nacional, se prohibió hasta la sola mención del nombre del gobernante depuesto. Este dato resulta por demás interesante toda vez que participa de la tradición arquetípica del pensamiento animista y mágico.<sup>(57)</sup>

Los ejecutores de la llamada “Revolución Libertadora” ultrajaron el cuerpo sin vida de la Sra. Eva Duarte, persiguieron a los militantes peronistas obreros y no obreros con actos de terror como los fusilamientos en José

sofocando la responsabilidad individual ...”; que “... nunca en la historia del mundo se ha preconizado una medida tan insidiosamente destinada a impedir la recuperación de los negocios, a esclavizar a los trabajadores y a eliminar toda posibilidad de que la patronal cree puestos de trabajo ...”. La que abarca a todas es de Arthur Schlesinger Jr.: “Con el seguro de desempleo, nadie trabajaría; con el seguro de vejez y supervivencia, nadie ahorraría, y el resultado final sería la decadencia moral, la bancarrota financiera y el derrumbe de la República” (GALBRAITH, J. op. cit., pp. 229/240. Las citas de opiniones, en la página 237 de esa obra).

(57) Autores como McLennan (quien, según Freud, descubrió para la ciencia el totemismo y la exogamia), Lang, Frazer, Spencer y Max-Müller han intentado dar aproximaciones interpretativas al interrogante sobre cómo llegaron los primitivos a darse nombres o darlos a sus linajes. Dar nombre a las cosas es recortarlas de la realidad, reconocerlas en su entidad individualizada, descubrir o darle una función para el que nomina. Esto es derivado de “una necesidad práctica” —como dice Pikler—. Dar nombre, en esos términos, es parte de la organización de las relaciones sociales. Es aplicarle un sentido a la materialidad. De alguna manera, tener un nombre era ser el nombre y ese ser no se podía transmitir. Desarrollos posteriores lo permitieron, a un descendiente, a los efectos de transferirle capacidades o características de su antecesor. En una pavorosa mutación más cercana a nuestras épocas actuales, la imposición del nombre pasó a ser imposición de la característica. Es interesante notar cómo las funciones nominativas-totémicas de aquellos tiempos inmemoriales han sido sostenidas —con la pluma, la palabra o la fuerza directa— hasta la actualidad posmoderna. Ver FREUD, SIGMUND, *Obras completas* —Ordenamiento, comentarios y notas de James Strachey, con la colaboración de Anna Freud—, Madrid, Amorrortu Editores, 2007, t. XIII. (En particular, los ensayos I y IV).

León Suárez. El decreto 4161/56<sup>(58)</sup> resulta paradigmático del sentido de la “igualdad y libertad” que tenían los “revolucionarios libertadores” y quienes los apañaban (y siguen apañando hasta la actualidad). Dejaron sin efecto la reforma constitucional de 1949 y se restableció —en lo que “correspondiere”— la vigencia de la CN 1853, lo cual no es más que volver el reloj atrás en la historia, como si nada hubiera pasado, y reordenar la sociedad bajo la advocación de un modelo (el liberal) que ya había dado muestra de su fracaso.<sup>(59)</sup> La reforma constitucional incorporó el art. 14 *bis* al plexo de la de 1853/60. ¿Podemos describir las modificaciones de la norma constitucional señalando que ha habido un cambio “de” mayorías o “en” las mayorías parlamentarias que así lo produjeron? Claro que sí, pero esa respuesta en afirmativo elude las condiciones que hacían a la situación política por las que se constataba ese cambio de “mayorías” o en las “mayorías”. El entrecomillado en la palabra mayorías remite a que la matriz de donde surge la Convención Constituyente del 57 respondía a la política de los usurpadores del poder del 55, sus cómplices —complacientes o no— y las necesidades de alianzas para legitimar no solamente el golpe institucional que había sido dado contra el pueblo argentino sino el proyecto político excluyente sobre el cual se asentaba. De allí que el art. 14 *bis* incorporado a la Constitución histórica es lo que quedó del constitucionalismo social hasta la fecha, atento a que los convencionales constituyentes de 1994 dejaron sin vigencia la reforma de 1949 en toda su extensión. Extensión que incluía el art. 40 sobre recursos naturales —cuyo dominio fuera transmutado, en una metamorfosis kafkiana, en el art. 124 de la actual—. No es baladí el cambio de rumbo económico que le da, por este último, el dominio de los recursos naturales a las provincias y el impacto que esto provocó en la distribución equitativa entre aquellas que los poseen y aquellas que no. Frente a esto —y mientras no se sancione una reforma que desande lo mal andado—, queda como salvaguarda de los intereses de la Nación la jurisdicción que a ésta le compete.

“Hecha la ley, hecha la trampa” —reza el refrán popular—. Proscrito el peronismo, al tiempo de implementar un nuevo acto eleccionario, Perón

.....

(58) Decreto-ley 4161, del 5 de marzo de 1956 “Prohibición de elementos de afirmación ideológica o de propaganda peronista”, Boletín Oficial, 9 de marzo de 1956.

(59) Estrictamente, lo que fracasa es intentar sostener la legitimidad a partir del ejercicio de las libertades políticas en un modo de producción cuya lógica de reproducción parte de dejar sin control la irracionalidad del mercado.

sindicó —desde el exilio— el voto masivo a Arturo Frondizi quien, ya presidente, sufrió el embate de 33 conatos militares. Como a Yrigoyen en el 30 y, posteriormente a Illia<sup>(60)</sup> en el 66, los grupos más concentrados de la economía —apoyados por sectores útiles— ocurrieron a las armas arrebatando el voto (igualdad de ciudadanía) toda vez que les fue necesario reacomodar el sistema para beneficio sus intereses. En el caso particular del golpe institucional a Isabel Perón en el '76, este objetivo ("Proceso de Reorganización Nacional") pasó por instrumentar el terror para aplicar —en ese momento y a futuro— un plan de salvataje a la crisis mundial: el neoliberalismo.<sup>(61)</sup> Frente a la crisis fiscal del Estado,<sup>(62)</sup> el capitalismo para la periferia usó como instrumento —para imponer el nuevo "orden"— la aplicación de la violencia simbólica y directa, con las férreas dictaduras que azotaron la región (y, en particular, a Argentina) bajo el terrorismo de Estado, cuya estructura económica no sólo no fue desmantelada al retomarse el carril de las instituciones democráticas en 1983, sino que se profundizó en la década de los noventa. El temor provocado tampoco

.....

(60) Se señala que Arturo Humberto Illia careció de legitimidad por haber accedido al cargo de presidente de la Nación con un porcentaje que rondaba sólo el 20%. Su deslegitimación como demócrata queda establecida al momento en que acepta ser candidato a presidente en una elección en la que existía proscripción política. Esto, más allá de las consideraciones a su favor se le pueda dar a su gestión. En esos términos, por ejemplo, el haber impulsado un proyecto de ley que ponía en riesgo los intereses económicos de grandes laboratorios medicinales, motivo de la reacción y mutuo aprovechamiento entre grupos económicos privados y sectores de las FFAA que discernían, a su vez, su interna entre pro-norteamericanos y por-ingleses.

(61) El objetivo fundante del golpe de Estado de 1976 fue la implementación del modelo neoliberal en la Argentina. Se ha dicho correctamente que "Se debe tener presente para cualquier análisis de la realidad de nuestro tiempo, que ella es resultado de un proyecto político-económico que se inicia en 1976 y se profundiza en 1991 ..." CUELLO, RAÚL E., "La década de los noventa: profundización de la dependencia en el marco de una recesión estructural", en Marcelo Lascano (comp.), *La economía argentina hoy*, Buenos Aires, El Ateneo, 2001, p. 139. "La historia iba a demostrar el carácter utópico del proyecto que, después de haberse desplegado con éxito aparente entre 1955 y 1975, quedó sofocado y condujo a que las economías y las sociedades de la periferia volvieran a adoptar una actitud compradora, impuesta por medio de políticas llamadas 'de apertura', de privatizaciones y de ajuste estructural unilateral a las presiones de la mundialización capitalista." (AMIN, SAMIR, op. cit., p. 271).

(62) "Me he apartado del marxismo tradicional al sostener que los gastos sociales son el precio que el Estado ha de pagar para obtener el consenso político y la legitimación. (...) Entonces opinaba, y sigo opinando así, que en los sistemas capitalistas modernos las clases dominadas, es decir, las clases trabajadoras, son potencialmente las clases dominantes. Por esta razón el Estado se ve obligado a hacerse cargo permanentemente de los costes económicos y sociales de la acumulación, so pena de perder la capacidad de asegurarse el consenso político e ideológico." (O'CONNOR, JAMES, *La crisis fiscal del Estado*, Barcelona, Ediciones Península, 1981, p. 321).



se ha podido disolver, quedando muchas veces truncas las expectativas de concretar un proyecto democrático económicamente autónomo por el estado represivo que termina autogestionando o autoimponiéndose el individuo, aislándose, fragilizado, incapaz de asumirse titular de un derecho.<sup>(63)</sup> El derecho no estuvo ajeno a esto: participó facilitando normológicamente el objetivo económico en contra del sujeto más débil en la relación capital-trabajo.<sup>(64)</sup>

Agotados sus recursos y deslegitimados por dejar de serles funcionales a los centros de poder externo a los que sirvieron, bajo la presión en contra de organizaciones sociales, políticas y gremiales, los sectores dominantes se retrajeron y, hacia 1983, dejaron el gobierno para darle espacio a una nueva etapa de institucionalidad constitucional (1853/60 + reforma 1957). La ciudadanía votó mayoritariamente por el proyecto político que encarnaba Alfonsín (UCR) —una socialdemocracia que: a) políticamente, quedó inmerso en la esquizofrenia de llevar adelante el juicio a las Juntas Militares por los crímenes del terrorismo de Estado —único en Nuestra América— al par que el Congreso Nacional dejara sancionadas las leyes de Obediencia Debida y Punto Final de la anterior dictadura; b) económicamente, lidió tanto con la presión de los acreedores externos de la deuda ilegítima contraída por las fuerzas de ocupación del gobierno, como con las desestabilizantes de grupos económicos internos o que operaban en el país —ver discurso en la Sociedad Rural Argentina y sobre la actitud

.....

(63) Lograr que el miedo sea metabolizado por cada individuo o grupo social —inclusive gobernante— abarata los costos de la dominación. De allí que las resistencias en estos casos son laudables por su tenacidad y firmeza a pesar de los avatares. No nos faltan ejemplos y resulta indispensable no dejar de bregar por la memoria, la verdad y la justicia sobre las causas eficientes de lo vivido, para seguir construyendo historia. Identificar a los responsables de las políticas represivas y de exterminio, a sus cómplices y a los que lucraron con la desgracia de los pueblos de Nuestra América merece desprecio y juzgamiento con las reglas del debido proceso. Pero no premios ni reconocimientos, que aún los hay. Tal como es el caso de la reprochable decisión que tomaron las autoridades actuales del Departamento de Derecho Público I de la Facultad de Derecho UBA quienes organizaron para el 04/12/2012 un homenaje a “Maestros del Derecho Público” y, por mayoría, incluyeron a Mario Justo López, quien fuera Procurador del Estado durante el período 1980/1983 en Argentina bajo el paraguas pretendidamente excusatorio de que el homenaje es por su condición de académico. Merecen respeto aquellos otros quienes, aún habiendo integrado la academia o la magistratura durante aquella luctuosa época, se ubicaron —por decisión y acciones— entre quienes defendemos la construcción de una sociedad democrática de base igualitaria, formulada en un Estado Social y Democrático de Derechos.

.....

(64) Ejemplos son las leyes 24.013; 24.028; 24.465; 24.467; 24.557; 25.013; 25.250 (la llamada ley “Banelco”).

deslegitimadota del diario “Clarín” — y los 13 paros generales promovidos por la CGT. La escasa posibilidad de maniobra frente a conflictos estructurales unida a los condicionamientos de la coyuntura económico-financiera mundial dieron pie a una nueva modalidad de ruptura institucional: la del “golpe de mercado”. Elegido por el 52% de los votos, Alfonsín claudicó su mandato a favor de quien luego, desde el gobierno, aplicó las recetas neoliberales para beneplácito tanto de los poderosos de siempre como de los que emergían al amparo de la *lex mercatoria* opuesta a la igualdad y, por ende, a la libertad. Retomo, necesariamente, la articulación entre la economía y la política a tenor de que, si las condiciones materiales de vida son de sometimiento, el sufragio queda como una peculiaridad. Las relaciones de desigualdad se introducen en el régimen político y hacen que ese régimen tenga poco o nada de democracia, aunque sea representativa.<sup>(65)</sup> El estado de desigualdad real por el que miles de habitantes del país viven en condiciones de precariedad bio-psico-social es el obstáculo para el ejercicio de sus libertades públicas, que nacen “condenadas” como fachadas del modo de producción basado en la acumulación y reproducción del capital cuya lógica atraviesa todas las capas sociales. Estudiarlo de otro modo es naturalizar una ficción.

La precarización económica, cultural y de formación política de los ciudadanos son herramientas causales para su mejor manipulación por los inescrupulosos de turno que, inclusive, pueden llegar a ser sus representantes. Descompuesta la propia identidad —como la de la cultura, dentro de la cual está la forma de trabajo—, es fácil que se la ofrezca como prenda de cambio de bajo costo para acceder a alguno de los vistosos espejitos de colores que ofrece el mercado. En ese orden de cosas, la pérdida de rumbo coincide con la pérdida de memoria colectiva sobre los hechos y personajes que dieron sentido a esa cultura, porque “La pérdida de la cultura como depósito de la memoria colectiva amenaza la dinámica misma de la propia civilización: rebelión, represión y rebelión renovada. Cuando la cultura deja de ser una realidad viva, el recuerdo de promesas no cumplidas y traicionadas en el nombre de las cuales se llevó a cabo la rebelión

.....

(65) Un diagnóstico preciso sobre esto se puede leer en RABASA GAMBOA, EMILIO, *De súbditos a ciudadanos. Sentido y razón de la participación política*, Miguel Angel Porrua, Coordinación de Humanidades UNAM, México, 1994, citando a Ulrich Beck, “La monarquía democrática”, pp. 105/118.

de los reprimidos deja de ser una posibilidad histórica en el presente”.<sup>(66)</sup> El producto que emerge —distrófico y violento como el del modo de producción que le dio origen— pertenece a la homogeneización exitosa y necesaria para que funcione la llamada globalización. La situación de riesgo en la que nacen millones de seres humanos que luego —si sobreviven a ellas— serán ciudadanos que votan, impacta en el ejercicio de sus responsabilidades como tales y en las libertades públicas particularizadas en la representación política. Hablamos de madres con carencia de nutrientes y niños que siguen esa patología al igual que tantísimas otras enfermedades propias del estado de pobreza e insalubridad en la que viven, faltos de redes públicas de contención, desapoderados de la posibilidad de hacer un proyecto de vida viable y autónoma de la violencia sistémica en la que son engendrados o se desarrollan, expuestos a certidumbres que despedazan la identidad individual y colectiva. Que —en esas condiciones— se les impute, además, la responsabilidad de “no saber votar bien” resulta un discurso tan deformado e insustancial, como seguramente el soporte teórico de quien la profiere. ¿En dónde ponemos el acento cuando hablamos de deformación de la democracia señalando sólo al posible clientelismo en sectores populares sin considerar que los sectores dominantes sistemáticamente presionan —desde su lugar de privilegio— por retribuciones más sólidas a sus intereses e ilegítimas para con los de los demás como las que hacen a la liberalización de los mercados de capital o a la desregulación laboral? El reproche a la primera forma de corrupción, cae frente al peso específico con el que acciona la segunda —atento a su capacidad operativa y de conocimiento, lo que implica una responsabilidad sustantiva en sus decisiones—.

#### 4.4 | CN 1994

Un acuerdo entre la cúpula de los dos partidos políticos mayoritarios sentó la base de una nueva reforma constitucional —la de 1994—, para cuya concreción no es inútil recordar el exceso en el que incurrió el Congreso maniatando a la Constituyente con la famosa “cláusula cerrojo”.<sup>(67)</sup>

(66) BENHABIB, SEYLA, “La crítica de la razón instrumental”, en Slavoj, Žizek, (comp.), *Ideología. Un mapa de la cuestión*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina SA, 2003, p. 102.

(67) El acuerdo político fue suscripto por Raúl Alfonsín y Carlos Menen el domingo 14 de noviembre de 1993 en la residencia de Olivos. La decisión legislativa de limitar la libertad

Dijimos que la reforma constitucional de 1994 se gesta y sanciona en pleno auge del neoliberalismo. Cabe interrogarnos si la incorporación de los instrumentos internacionales de DDHH en la literalidad normativa a nivel supremo<sup>(68)</sup> a contrapeso de la aplicación de las referidas políticas

de acción de la Convención Constituyente se puso de manifiesto en los arts. 2, 5 y 6 de la ley 24.309. Ver GARCÍA LEMA, ALBERTO M. y PAIXAO, ENRIQUE, "Las reformas del sistema institucional. El Núcleo de Coincidencias Básicas", en *La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1994, p. 298. No participo de la defensa que hace el Dr. García Lema contra los cuestionamientos del Núcleo de Coincidencias Básicas en dicho texto..

(68) Este diseño normativo fundamental (CN + instrumentos internacionales de DDHH constitucionalizados dentro del modelo neoliberal) responde al momento histórico en que fue sancionado. Momento histórico que mostrará —hasta la actualidad de la crisis global— los extremos unidos del sistema: 1) La sistematización normativa de los DDHH (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) en una sola trama, sostenida desde principios como el *pro homine*, el de progresividad, el de unidad; 2) La reformulación del Estado a partir de un modelo del modo de producción —el neoliberal— de privatización de servicios públicos, entrega de la jurisdicción nacional a centros arbitrales extranjeros en materias relativas al crédito público y políticas económicas internas, desmantelamiento de redes de comunicación como los ferrocarriles, deslocalización productiva, vaciamiento de contenidos culturales y simbólicos contraaxiológizados con el feroz embate de la mercadotecnia agigantada por el avance científico-tecnológico. Las decisiones políticas para concretar la norma operativa confronta, entonces, con el hecho de que el concepto básico de la igualdad no sea por distribución sino por la producción.

A su vez, el concepto "bloque de constitucionalidad" no es unívoco. De hecho hay países que no usan la "etiqueta" de bloque de constitucionalidad (Costa Rica). De allí que se pueda decir que existen distintos "modelos" del mismo, por ej.: Francia, cuya construcción de este particular bloque de constitucionalidad gesta una estructura *maniable* ideológicamente; España —que es la siguiente en copiar la etiqueta de "bloque de constitucionalidad"— parecería que la función de éste es morigerar el impacto del paso de la centralidad absoluta a la aceptación de la existencia de comunidades autónomas porque el bloque de constitucionalidad —además de la constitución— incluye las normas de competencias entre el Estado nacional español y los distintos estatutos de las comunidades autónomas asimilables a leyes orgánicas. Lo interesante es que pueden incorporar leyes subconstitucionales en la medida en que también distribuyan competencias; Panamá, donde el conflicto es entre la constitución formal y la material, para cuya solución se usa el bloque de constitucionalidad que incorpora a la costumbre (obviamente no a la contra *legem*) y a la jurisprudencia. O sea que, a partir del bloque de constitucionalidad, fuentes auxiliares se transforman en fuentes primarias, incorporando también los reglamentos de los cuerpos legislativos y el Estatuto de retorno inmediato al orden constitucional, y la jurisprudencia así como también —elípticamente— normas de DDHH, ya que remite a normas de derecho internacional sobre el debido proceso cuya existencia como garantía en el derecho interno era muy escueta. Colombia es un caso particular con control de constitucionalidad concentrado en el que la manda constitucional señala que las decisiones de la Corte en tal materia hacen cosa juzgada constitucional. Desde ese lugar, en tiempo de resolver sobre la supremacía constitucional, la Corte señaló que los tratados de DDHH forman parte del bloque de constitucionalidad a partir del *ius cogens*.

económicas es una paradoja<sup>(69)</sup> o es parte del paradigma (el de dar cabida a aquello que quede sólo en la literalidad normativa).

Un mínimo de conocimiento de la Teoría del Estado y del Derecho Constitucional nos permite reconocer a lo republicano y a lo democrático como categorías cuya entidad —asimilando los modelos del sistema de conjuntos— puede tener manifestaciones separadas, integradas y yuxtapuestas. Por lo que cupo al Constituyente de 1994 la responsabilidad de explicitar el punto o dato que haría “la” diferencia. Y así lo hizo: incorporó la categoría “democracia” en calidad de sistema (arts. 36 y 38), cuyo contenido es dado por los instrumentos internacionales de DDHH (art. 75 inc. 22 CN) en igual jerarquía que la CN, en un bloque federal de constitucionalidad, atribuyendo al Congreso de la Nación la promoción de acciones positivas, asegurar la igualdad real de oportunidades y trato y el pleno goce de los derechos reconocidos en particular a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con capacidades especiales. El término “real”, adjetivando a la igualdad impone que, un objeto explícito, un ethos, ley suprema, atraviesa los estadios del funcionamiento del sistema: a) Partidos políticos: dinámica interna, programa de gobierno, financiamiento; b) Órganos de la representación política: composición, dinámica interna, deliberaciones, producto normológico (tratados, leyes, decretos, reglamentos, soluciones, disposiciones), disposición de partidas presupuestarias; c) Órganos designados sin intervención del voto ciudadano: composición, dinámica interna, deliberaciones, producto (acordadas, fallos), distribución de partidas presupuestarias.

(69) Las grandes paradojas quedan instaladas históricamente desde el momento mismo en que el reconocimiento por escrito de la igualdad y la libertad de los seres humanos quedó a expensas de ser concretadas en un sistema de producción excluyente morigerado al tiempo de implementarse políticas intervencionistas al estilo keynesiano. Keynes mismo advirtió que el éxito de tales políticas tendría duración limitada. Cuando se le preguntó qué pasaría en el futuro, respondió: “En el futuro estaremos todos muertos”. El llamado “pacto de clases” en el marco del EBK produjo beneficios concretos e innegables tanto a los trabajadores como al empresariado. Se reconoció el derecho a la huelga, a la participación en sindicatos o en partidos “de izquierda” y, al mismo tiempo, la transformación del aparato productivo ponía al trabajador en flamante competencia contra los otros trabajadores, separados en capas (sindicalizado/no sindicalizado), y provocaba el consumo de productos materiales y simbólicos para tranquilidad de la hegemonía reciclada y del sistema económico reflatado después de la gran crisis. En términos de Derecho, la normativa protectora del trabajador expandió la ciudadanía social dentro de límites que no comprometieran al sistema.

La reforma de 1994 plantea novedades que hacen al diseño de un tipo de Estado: el Social de Derechos dentro del sistema económico capitalista, con los límites y condiciones que éste impone y los que el Estado Social de Derechos le trata de imponer. Dentro de este esquema, el plexo normativo trae un juego armónico entre el Preámbulo y los arts. 31, 33, 36 y 75 (particularmente en sus incs. 8 —con remisión al 2—, 17, 19, 22, 23 y 24) del que participan los arts. 42 y 43 incorporando explícitamente el amparo y el *habeas corpus* y el *habeas data* (aunque la norma no lo denomina). Hay una voluntad que se plasma en norma concreta. La Constitución Nacional se alza imponiendo a cada uno de los órganos del poder un cortapisas axiológico: la promoción de la participación ciudadana, el respeto a la identidad, el desarrollo humano, el progreso económico con justicia social, la productividad de la economía nacional, la generación de empleo, la promoción de valores democráticos y la igualdad real de oportunidades y posibilidades sin discriminación estigmatizante alguna.

El Constituyente introdujo un nuevo actor institucional al incorporar la figura del Jefe de Gabinete. Reguló en forma explícita atribuciones del PEN —como su facultad para emitir decretos de necesidad y urgencia y vetar parcialmente las leyes— así como las condiciones para la delegación legislativa. Quedó eliminado el requisito de profesar el culto católico como condición de elegibilidad del presidente, reduciendo su mandato a cuatro años con posible reelección en forma inmediata por un nuevo período y con votación directa (habiéndose eliminado la intermediación de los Colegios Electorales), incorporándose el sistema de ballottage o “segunda vuelta” para la elección definitiva. Esto último importa un posible cambio sustantivo en ésta, cuando las fuerzas políticas vencidas en primera construyen alianzas electorales para desbaratar el resultado en ciernes. Como en otros institutos referidos al régimen electoral, la legislación al respecto puede que termine reforzando el bipartidismo que supuestamente se pretende diluir, o que resulte un mecanismo de estafa legal a la decisión de los votantes (caso Borocotó y Patti) o a la normativa general o específica (ej: contra lo establecido en la llamada “Ley de cupo femenino”).

El tema de la reelección dividió aguas y hoy sigue siendo motivo de debate y discusión. En ese sentido, la posibilidad de reelección de un presidente por más de uno o dos o más períodos —no obstante el escozor que produzca— refuerza la democracia participativa en cuanto propicia el refuerzo de la actividad política tanto de los que pretendan el cambio

del titular del Ejecutivo como de aquellos que no. Obviamente, debatir este tema a fondo, importaría un trabajo específico (que no es éste) sobre los condicionamientos a los que se encuentran sujetos los votantes aún sin existir la posibilidad de reelección ni siquiera por un período —como fue el caso de nuestro país previo a la reforma de 1994—. Condicionamientos que aúnan lo político con lo económico y que van de la mano con los productos de la información manipulada y el déficit en el conocimiento veraz de la cosa pública. Parecería que el reforzamiento de la actividad política está en línea con el diseño de ejercicio de derechos y de participación ciudadana a la que remiten otras incorporaciones hechas por el Constituyente, como son los nuevos derechos (derechos de incidencia colectiva —derechos a la preservación del medio ambiente, el derecho del consumidor y el usuario—; derecho a interponer acciones de amparo frente a acciones u omisiones lesivas de derechos y garantías constitucionales; derecho al *habeas data* y el *habeas corpus*) y los de iniciativa popular y el de consulta popular para el tratamiento de una ley y la aprobación de éstas, respectivamente.

Se incluyó un tercer senador por provincia que deberá corresponder al primer partido de oposición en el distrito, habiéndose reducido el mandato de los senadores a seis años.

Fueron creados la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo como órganos de control parlamentario sobre la administración, y el Ministerio Público con rango constitucional y autarquía financiera. La creación del Consejo de la Magistratura —en la redacción del art. 114 CN— llevó a un dispendio político jurisdiccional en materia de interpretación de su literalidad en cuanto al significado del término “equilibrio” usado por los Constituyentes. Me remito a tales debates que aún no han sido zanjados. Asimismo se modificó el procedimiento de selección de jueces inferiores y miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estableciéndose un jurado de enjuiciamiento para remover a los titulares de los tribunales inferiores.

De importancia política mayúscula fue el reconocimiento constitucional de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, equiparada a una provincia —con carta constituyente propia y Jefe de Gobierno elegido en forma directa por el pueblo de la ciudad—. Esta modificación en el *status* de la capital de la república con la elección de su jefe habría significado la inclusión de un nuevo contendiente en el escenario político, que gobierna

uno de los distritos electorales más importantes del país, maneja un alto presupuesto y es capaz de proyectarse al liderazgo nacional, aspirando a la presidencia de la nación. Otra modificación relativa al sistema federal es la imposición del régimen de coparticipación impositiva sobre la base de una ley acordada entre la Nación y las provincias.

El Constituyente al fin reconoció la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan. Los enunciados que trae el inc. 17 del art. 75 CN fueron sancionados en sesión ordinaria del 11/08/1994 por aclamación, unanimidad y sin debate, encontrándose presentes en el recinto miembros de los pueblos Pilgala, Huilche, Toba, Mocoví, Chane, Guaraní, Coya, Calchaquí, Huarpe, Chañe, Chorote, Mapuche Tehuelche y Ona. Los legítimos reclamos posteriores de los pueblos para concretar lo reconocido, garantizado y asegurado por la literalidad normativa constitucional han sido respondidos con poco éxito para las expectativas que brindaba la lectura de la norma, dado que en pleno siglo XXI el poder político de algunas provincias ha respondido con desinterés, rechazo y brutales represiones, con detenciones y muertos de los militantes de aquellas comunidades amparadas por la norma.

La Constitución Nacional marca una obligación de resultado en cuanto a la efectivización de los derechos humanos y, en esa línea, la norma suprema debe someter y encauzar la economía en aras de tal concreción. Pero "... la 'fuerza normativa' de la Constitución depende de la interpretación judicial que se haga de ella, por lo que una exégesis judicial puede, de hecho, contribuir decisivamente a robustecer o a corromper la CN".<sup>(70)</sup> Agregaría la suscripta que esta última posibilidad importa una reforma de facto de la CN, o bien, un golpe intrainstitucional con pretensión de legalidad. Resulta entonces vigente aquello de la necesidad de un Poder Judicial independiente y con coraje civil,<sup>(71)</sup> resignificando —a partir de todo lo expuesto— la "imparcialidad" como categoría fundante de la independencia de los jueces. El magistrado deberá tener la parcialidad ideológica que le marca el plexo normativo. La voz de la magistratura —como una de

(70) Ver SAGÜES, NÉSTOR P., *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 9.

(71) IRONS, PETER, *El coraje de sus convicciones*, Buenos Aires, Dijkstra, 1994, p. 10.



las funciones del Poder— deberá tener un compromiso vital en clave con el modelo constitucional: debiendo tener el juez, en materia de DDHH, una posición de defensa y de protección de ellos, “su imparcialidad será puesta aquí a prueba: en principio, tendrá que ser ‘parcial’ a favor de la custodia del derecho humano afectado”.<sup>(72)</sup> “En resumen, no hay imparcialidad judicial frente a los valores de la Constitución”.<sup>(73)</sup>

## 4.5 | Reformar la Constitución: qué, por qué y para qué

“Ahora bien, ¿cuándo puede decirse que una Constitución escrita es ‘buena y duradera’? La respuesta, señores, es clara, y se deriva lógicamente de cuanto dejemos expuesto: cuando esa Constitución escrita corresponda a la Constitución real, a la que tiene sus raíces en los factores de poder que rigen en el país. Allí donde la Constitución escrita no corresponde a la real, estalla inevitablemente un conflicto que no hay manera de eludir y en el que a la larga, tarde o temprano, la Constitución escrita, la hoja de papel, tiene necesariamente que sucumbir ante el empuje de la Constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país”.<sup>(74)</sup>

El texto elegido de Lasalle resulta disparador de algunos interrogantes sobre los que me gustaría detenerme. No es menor la preocupación que suscitan los adjetivos “buena y duradera” para aplicarlos a una constitución en los términos del autor. A poco de la adhesión inicial que provoca tan elocuente claridad conceptual, es posible ponerla en crisis o, por lo menos, hacernos cargo de las dudas que válidamente suscita tanto la afirmación del autor como la realidad a la que se pretende aplicar: aquí y ahora. En ese sentido, los avances jurídicos en materia de DDHH no sólo no han sido receptados favorablemente por la totalidad de la población

(72) ESPINAL ARIAS, RIGOBERTO, *Los jueces y su responsabilidad para la vigencia de un Estado de Derecho*, Inst. Interamericano de Derechos Humanos, 1993, pp. 42/43/48. Corrobora esta posición lo sustentado por CORTI, HORACIO G., *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

(73) SAGÜÉS, NÉSTOR P., op. cit., p. 5.

(74) LASALLE, FERDINAND, op. cit.

sino que, por el contrario, la implementación de políticas favorables —o siquiera en línea con dichos avances— produce reacciones adversas que merecen una explicación menos simplista que la de calificarlas como “de la oposición al gobierno”. Lo dicho a tenor de constatar que: a) perdura en el tiempo el odio que las clases poseedoras sentían, en su momento, por Evita —la Sra. Eva Duarte de Perón o Eva Perón—, lo que diera lugar a descalificaciones de clase, enunciados denigrantes sobre su calidad de mujer, hasta llegar al desatino tan paradigmático como despreciable del “Viva el cáncer” en alusión a la enfermedad que la llevó a la muerte; los sectores que así lo hacían y decían —y así lo hacen y siguen diciendo— eran fácilmente identificables por su extracción social que les había permitido una posición económica holgada con la cual poder tener acceso a bienes materiales y “espirituales”. Según sus dichos —o los de los medios de los que se nutren— defienden “la república” y adhieren a una “democracia” con políticas que no pongan en riesgo la desigualdad social de la que son beneficiarios, por lo que la aplicación indiscriminada del calificativo “tirano” o “dictador” al gobierno de Juan Perón refería, no tanto a la asfixia que podía provocar el gobierno de un líder de características carismáticas, como al hecho de que su conducción y gestión pública de su primera y segunda presidencia concitaba la adhesión mayoritaria de los sectores populares b) la actual Presidenta de la Nación suscita un odio paralelo (no podría aseverar que sea “el mismo”) al que los mismos sectores sintieron por Evita (nótese que, por razones etarias, estamos hablando de, por lo menos, una generación posterior), advirtiéndose un prolífero aunque poco creativo uso de calificativos descalificadores que también llegan al despreciable “Volvé Néstor: te olvidaste a Cristina” en alusión al súbito deceso de quien fuera su compañero de vida y Presidente de la Nación desde 2003. La composición de este sector permite describirlo como de posición económica solvente o acomodada, lo que induce a pensar que han podido acceder a bienes materiales y “espirituales” para desarrollarse armónicamente. Según sus dichos —o los de los medios de los que se nutren— defienden “la república” y adhieren a una “democracia” con políticas que no pongan en riesgo la desigualdad social de la que son beneficiarios.

A partir de lo expuesto en a) y b), parece fácilmente demostrable que esos sectores mantienen vigente su repugnancia a políticas públicas de carácter progresista. Obviamente, descartemos que puedan adherir a aquellas otras que serían indispensables para lograr un desarrollo económico

con justicia social —según la normativa constitucional vigente— y que aún no se han implementado (pero que la presión de los sectores sociales organizados podrían inficionar a los poderes públicos para impulsar su concreción).

Por último, también, el escenario actual muestra vastos sectores populares que, “en virtud de todas sus condiciones de vida”,<sup>(75)</sup> también están atravesados por enunciados que corresponden a una ideología discriminadora y excluyente por la que terminan asimilando como propios los reclamos de concreción de intereses que no lo son, mostrando el quiebre de las cadenas de solidaridad social otrora pensadas o creídas como inquebrantables y cuya ruptura los hace más vulnerables a la par de ser “aprovechados” por quienes necesitan una legitimidad que no tienen ni por sus reclamos ni por los intereses privados que defienden. Esa es la construcción exitosa a la que Gramsci dio el nombre de “hegemonía” y de cuya función y reproducción —al decir de Althusser— se encargan los aparatos ideológicos del Estado.<sup>(76)</sup>

Por lo dicho, y renovando los interrogantes a los que incita el texto de La-salle que da inicio a este acápite del trabajo, si los factores reales de poder que operan en el territorio desconocen y logran conformar consenso de ese desconocimiento —desconocimiento no en términos de “ignorancia”, sino de “no acatamiento”, de “desprecio”, de “rechazo”— a la urgencia de concretar políticas igualitarias, y muestran reactividad contra cualquier política pública o proyecto social que refuerce los mecanismos de promoción y garantía de la igualdad real de oportunidades y trato ordenados por el bloque federal vigente, ¿tendríamos que esperar primero el logro del cambio de la relación de fuerza con dichos factores de poder para poder reformar la Constitución? ¿Qué significado tiene, en estos términos, que la Constituyente convocada al efecto sea o se asuma como soberana? El

(75) “El lumpenproletariado (...) sin embargo, en virtud de todas sus condiciones de vida, está más bien dispuesto a venderse a la reacción para servir a sus maniobras”. MARX, K. Y F. ENGELS, *El manifiesto comunista*, Buenos Aires, Bureau Editor, 2001, Primera Parte, p. 35.

(76) Siguiendo al autor, los aparatos del Estado, que son “preponderantemente represivos” y “preponderantemente ideológicos”, según el caso. Los mencionados en último término, así denominados, toda vez que, si bien pertenecen al área de lo privado, funcionan reproduciendo la ideología dominante o hegemónica. Así: la familia, la educación, la religión, los medios masivos de comunicación, los sindicatos. ALTHOUSSER, LOUIS, “Los aparatos ideológicos del Estado”, en Beatriz Rajland y Daniel Campione (comp.), *Estado, Política e Ideología*, 1ra. ed., Buenos Aires, ediciones Letra Buena, 1992, pp. 147/152.

dramático resultado de una respuesta afirmativa a la primera duda es el posible anquilosamiento en la esquizofrenia entre la literalidad normativa que ordena políticas superadoras de la desigualdad y la práctica social a contrapelo. Esto genera o profundiza el descrédito en la política, la deslegitimación de los enunciados normativos supremos y una cascada de productos distróficos, entre los que se encuentran los sistemas normativos "en paralelo" que "legislan" la práctica social de distintos grupos a los que la pirámide jurídica del sistema formal o no los alcanza o no les interesa que les alcance.

En el sentido expuesto, me inclino a pensar que la Constitución Nacional se exhibe necesitada de cambios que, obrando en línea con la manda actual, sean superadoras de las contradicciones internas en el contenido normativo habidas por la articulación de distintos modelos aún dentro del mismo sistema socio-económico y que impactan negativamente siempre en los sectores más vulnerables. Aún asumiendo que resulta dramáticamente evidente la importancia estructural de que lo escrito tenga sus raíces en los factores de poder que rigen en el país, y que estos se impondrán por las armas del derecho o por el derecho de las armas —como ya lo han hecho—, esto no impide pensar para qué encarar la reforma constitucional y qué modificar de su contenido mientras, paralelamente, se construye o reconstruye la fuerza legitimadora tanto del proceso como del producto. Lo único que mantiene tranquilos a los grupos concentrados de poder económico, es que las normas igualitarias no existan o que —de existir— no sean cumplidas ni les sean aplicadas. Así que tenemos que ir al debate sabiendo que las posiciones a adoptar tienen que estar claramente direccionadas hacia el objetivo de concreción del paradigma sobre el que se funda el sistema jurídico de los DDHH, a partir de la hermenéutica correspondiente. Si, como producto de las alianzas y conciliábulos, la reforma queda bien "con dios y con el diablo" —al decir del dicho popular— lo único que reforzaría es la frustración de un nuevo esfuerzo dilapidado. No obstante el desánimo que produce la sola posibilidad de que lo dicho se haga realidad, tal aseveración a algunos nos incita más al compromiso que a la ajenezad aséptica, cuando se trata del campo de batalla donde se dirimen las contiendas ideológicas. En síntesis, no creo que Lasalle haya errado el diagnóstico ni el pronóstico. Sólo que prefiero, contra la molesta adaptación que propone la lógica del posibilismo, pensar estrategias que no paralicen el camino a la utopía —que, como dijo Galeano, está en el horizonte para seguir caminando—. Esto así, con plena conciencia de que

son los hombres los que hacen la historia, los pueblos los que deben dar respuesta. De allí que una de las patas de la dominación sean las condiciones de vida de los pueblos, cuando —a través de ellas— se debilita o impide que asuman la titularidad de los derechos enumerados por la norma superior y también de aquellos no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Hoy, fundamentalmente, también del sistema democrático de base igualitaria en el acceso al producto social.

El tema de la posible reforma constitucional parece haber sido instalado, y resulta propicio no eludirlo. Más aún si el debate refleja los elementos disonantes a tener en cuenta por quienes tengan la responsabilidad de llevar adelante el procedimiento constitucional para reformar la Constitución vigente —procedimiento que también podría ser objeto de revisión atento la amplitud del art. 30 CN en cuanto a que puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes—. De plantearnos la vigencia de la doctrina de las “cláusulas pétreas”, la opinión de la suscripta reduciría su aplicación a las normas generales y especificadas correspondientes al sistema internacional de DDHH incorporado en el 94 y su hermenéutica correspondiente. En ese sentido, el rumbo político para la concreción del paradigma igualitario de aquéllos importa revisar una y otra vez las herramientas idóneas para dicha tarea, no sea que hayan perdido eficacia o que la experiencia nos indique que nunca la han tenido.

Entiendo siempre oportuno debatir una futura reforma constitucional que reencauce el conjunto, superando contradicciones írritas por su inconstitucionalidad, como cuando se lee que: 1) el art. 15 CN prevé una ley especial que reglamentaría las indemnizaciones a que diera lugar la declaración de libertad de esclavos (indemnizaría no a los esclavos sino a sus “propietarios”); 2) el art. 25 CN señala que la inmigración que el Gobierno federal fomentará es “europea”; 3) la diferencia de edad como requisito para ser diputado es de 25 años —art. 48 CN— y 5 más para ser senador (art. 55 CN); 4) sea requisito para ser senador el “... disfrutar de una renta anual de ...” (art. citado). Es oportuno incorporar que: a) el derecho es “al” —y no sólo “del”— consumo (de igual manera que tenemos el derecho “al trabajo” y también los “del” trabajador); b) el acceso al agua —que sea apta, no contaminada— es un derecho superior al reconocido a los consumidores y usuarios de bienes y servicios a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos “en la relación de consumo” (art. 42 CN), mientras que el

acceso al agua es un derecho humano que hace a la existencia misma de los seres que poblamos la tierra, y a la tierra misma; c) una reforma podría generar instrumentos idóneos de recuperación de la soberanía frente a leyes de rango inferior que habilitan el despojo o por las que se genera una nueva e ilegítima deuda externa —como ocurre con la que surge de los laudos del CIADI, organismo en la órbita del Banco Mundial, que entró a nuestro sistema jurídico por ley 24.353,<sup>(77)</sup> o con los contratos entre filiales y matrices, ficción desenmascarada en fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 1973 y que, nuevamente aplicada por las fuerzas de ocupación del poder en 1976, aún sigue vigente—; d) corresponde derogar el art. 124 CN sobre el dominio originario de los recursos naturales existentes, recuperando el contenido del art. 40 de la Constitución de 1949 como fundamento correcto para instrumentar políticas de estado en consonancia. Sería una oportunidad para saldar la deuda histórica contraída por los constituyentes de 1994 cuando optaron por sancionar como texto ordenado de la Constitución, el de 1853/60 sólo con las reformas de 1866, 1898, 1957 y la de ese año; e) el sistema presidencialista y el parlamentario podrán ser objeto de debate; f) también la posibilidad de ajustar la composición del Congreso en cantidad de representantes y origen de la representación, o de unificación en una sola cámara, con aplicación a la elaboración de las leyes.

A modo de conclusión, *Hacer la democracia*<sup>(78)</sup> del diseño constitucional vigente importa decisiones políticas y participación ciudadana abocadas a ese fin, asumiendo el compromiso para su concreción lo cual importa ejercer el derecho de reformar la Constitución en todo o en parte. En

.....

(77) Contraviniendo la reserva al art. 21 del Pacto de San José de Costa Rica efectuada por el gobierno nacional en su instrumento de ratificación de fecha 14/8/84 (con arreglo a los arts. 19 a 24 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) establece que: “El gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un tribunal internacional cuestiones inherentes a la política económica del gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de ‘utilidad pública’ e ‘interés social’, ni lo que éstos entiendan por ‘indemnización justa” (Ver *Constitución de la Nación Argentina*, texto oficial de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994 ordenado por la ley 24.430, 10ª edición actualizada y ampliada, Astrea, 2004, pp. 199 y 224). Dicha reserva resulta de plenamente eficaz (Ver BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2003, t. II-A, pp. 359/360), con jerarquía constitucional desde la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22 CN).-

(78) CONSTANTE, LILIANA B., “Los mitos de la democracia, ¿hacen de la democracia un mito” en Héctor R. Sandler (coord.), *Hacer la democracia*, Bs. As., Ciudad Abierta, 1996. Libro colectivo de investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho, UBA.

Derecho, “el interés es la medida de la acción”. En la política —tan estrechamente ligada a aquél— también. De allí que, para lograr organizar claramente la segunda, sean necesarias las condiciones que den el mayor margen de libertad para la construcción del primero. La opinión pública lábil y fácilmente manipulable por encantadores de serpientes mediáticos o lenguajes emotivos no surge por generación espontánea. Es producto exitoso, no sólo causa. En ello va, también, la funcionalidad de la desigualdad social —con las consecuencias aludidas— y su impacto en la emisión del voto y la legitimidad de los mandatos.

Para pensar la Argentina del siglo XXI como el de la concreción de lo normado en DDHH —en términos de piso—, una reforma de la Constitución podría dar instrumentos para afianzar lo logrado y para avanzar con políticas de Estado liberadoras en el sentido de la magnitud ética que tiene la construcción de la igualdad real en el entendimiento de que, tanto lo logrado como lo que vendrá, será el producto de una confrontación de fuerzas, de ideologías en disputa. La norma constitucional no modifica *per se* la realidad. Es la que empuja hacia una dirección, la que marca un rumbo y habilita el reclamo legítimo de su concreción. De allí que el estudio del contenido constitucional histórico y el de sus distintas modificaciones importa, con honestidad intelectual, la evaluación del interés de las fuerzas triunfantes que generaron —y generan— tales normativas, y nuestro posicionamiento —como académicos— frente al proyecto político que las encarnan.

El síndrome del “efecto mariposa” señala que, con que algo cambie, todo se modifica. En los años 70, César Isella cantaba “Hay que dar vuelta el tiempo como la taba, que el que no cambia todo no cambia nada”. Ambos enunciados no carecen de certeza a pesar de su aparente contradicción. Son la otra punta de ese debate que merecería continuarse —haya reforma constitucional o no la haya— sobre si es que queremos involucrarnos en develar de qué cambio estamos hablando y cómo nos ubicamos frente al mismo. En eso, a quienes más conocimientos tenemos o pudimos acopiar o mejor posicionados estamos para la toma de decisiones (individuales, grupales o políticas), nos cabe —como anillo al dedo— el sayo de la perentoria frase “el que pueda entender, que entienda”.

---

# Discurso sobre reforma constitucional

## Análisis de la necesidad de un nuevo momento constituyente para el Estado argentino

por RAÚL G. FERREYRA<sup>(1)</sup>

### I | Advertencia

El objeto de estas letras, como indica el título, es el de exponer, sumariamente, las razones por las que se considera que pensar sobre una nueva reforma constitucional no es un problema que no requiera solución. No se es portavoz de órgano alguno. Simplemente, autor y responsable de lo que se afirma. Se intenta de esta forma no eludir el inexcusable respeto absoluto al que me obliga la Constitución<sup>(2)</sup> federal vigente. Pero ello no inhibe su crítica.

.....

(1) Abogado y Doctor en Derecho (Facultad de Derecho, UBA). Profesor Titular de Derecho Constitucional y Profesor del Doctorado de la Facultad de Derecho de la UBA. Publicó 7 libros (el último se titula *Constituição e direitos fundamentais: um enfoque sobre o mundo do direito*, Porto Alegre, 2012) y 60 artículos sobre Derecho Constitucional en diversas publicaciones argentinas, latinoamericanas y europeas. Conferencista, disertante y panelista. Abogado con ejercicio ininterrumpido ante los tribunales de la República Argentina desde 1984. Desde 1999 es Consultor de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(2) Enseña el profesor Germán J. Bidart Campos: "La Constitución de un Estado Democrático inviste esa naturaleza: tiene fuerza normativa en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos, también en sus implícitudes". (ver BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Bs. As., Ediar, 1995, p. 20). Por su parte, para



Mi única contribución es promover la apertura de un diálogo con los ciudadanos, estimulando una sociedad abierta de los intérpretes y hacedores

.....

Gregorio Badeni: "el concepto de constitución no es sinónimo de Derecho Constitucional", el derecho constitucional es una disciplina científica que tiene por objeto el estudio de la Constitución y las instituciones políticas, estén o no previstas en un texto constitucional. (en BADENI, GREGORIO, *Instituciones de Derecho Constitucional*, 1ra. reimpresión, Bs. As., Ad Hoc, 2000, p. 87).

Observo, por mi parte, que "una conciencia agudizada de las palabras es útil para agudizar nuestra percepción de los fenómenos" (la frase se atribuye a J. L. Austin y su cita proviene de HART, HERBERT, *El concepto de Derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1992, p. xii), en la inteligencia de que tal comprensión se interesa por el mundo y lleva como punto de conexión inescindible su conocimiento profundo, y no tan sólo el buen o mal uso que el investigador pueda hacer del lenguaje. Entiendo, pues, por objeto de estudio y estudio del objeto, lo siguiente: primero, objeto de estudio, "Constitución" o "sistema constitucional" hace referencia al conjunto de disposiciones prescriptivas enunciadas tanto en el texto de la Constitución federal como en las que se encuentran fuera de su texto y provienen de fuentes internacionales que gozan de jerarquía constitucional —art. 75, inc. 22, CN—; y a la interpretación judicial que se les haya asociado como significado, con un auditorio mayoritario de ciudadanas y ciudadanos que las acepte en forma pacífica y racional.

La Constitución, el sistema constitucional como conjunto de disposiciones normativas que predisponen y disponen la planificación de la fuerza estatal para configurar un verdadero orden constitucional, se encuentra sometido a dos condiciones: una interna y otra externa. La primera viene dada por el pensamiento que dice que un orden constitucional valdrá lo que valgan sus garantías. La segunda, en cambio, es más bien extrasistemática: el sistema constitucional es cúspide del sistema normativo estatal, siempre que la "regla de reconocimiento" del sistema o norma básica fundamental defina u ordene, según el caso: "lo que el orden constitucional dice es únicamente Derecho" (HART, H., *El concepto de Derecho*, op. cit., pp. 113 y 249), o en clave kelseniana, "debes obedecer lo dispuesto por el poder constituyente originario/derivado" (ver KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, D.F., Imprenta Universitaria, 1958, pp. 135 y ss.). Caso contrario, habrá que hablar de constitución meramente sobre el papel; nada más. O admitir que los componentes de determinado orden son distintos de los que estoy dispuesto a describir, hipótesis en la que no se describe el Derecho, sino que se realiza su mérito o demérito, que es cosa bien distinta. Esta circunstancia obliga a abandonar el ámbito del análisis estructural y funcional propio de la teoría o dogmática, penetrando en el área de la justificación de las reglas, propia de la axiología o filosofía del orden constitucional.

Segundo, el estudio del objeto, del sistema constitucional, será considerado el objeto de la teoría de la Constitución, cuyos elementos configuradores, es decir el centro de interés y reflexión, lo constituyen las aportaciones acerca de las categorías jurídicas básicas del derecho de la Constitución. Finalmente, una teoría constitucional "tópica" (doctrina, interpretación o saber constitucional) en particular debería servir para identificar, sistematizar, analizar, decidir y criticar el fenómeno que es su objeto de estudio: el ordenamiento jurídico constitucional de fuente estatal y supraestatal permitiendo, razonablemente, que sus aserciones teóricas guarden una importante congruencia con la realidad *lato sensu* que, en última instancia, marca el soporte de su necesidad y da también fundamento a su eventual utilidad. La tarea elemental del saber tópico constitucional consiste en la identificación del sistema jurídico constitucional, paso previo al análisis y sistematización ordenada de los cuerpos jurídicos que lo compongan.

.....

de la Constitución.<sup>(3)</sup> Naturalmente, no quiero convencer a nadie. Guardo la esperanza de que mis ideas sirvan para estimular a que otros se animen a decir y exponer las suyas en el espacio público.

Manteniendo la orientación propuesta, el lector no encontrará aquí una guía para la reforma constitucional. Simplemente, una serie de proposiciones capitales que, siendo lo más restringida posible, marca indefectiblemente los defectos de la organización fundamental del Estado argentino, en clave normativa. Y lo hago con la única finalidad de que se pueda encontrar, algún día, la solución adecuada a nuestro angustiante problema cultural: “las reglas constitucionales, racionalmente elaboradas, están hechas para ser cumplidas”. Acepto el riesgo de equivocarme y estaré dispuesto a reconocer mi error, en tanto y en cuanto se demuestre que la violación constitucional o la creación de poderes que no hacen pie en las potestades que la Constitución federal confiere, son caminos superiores al cumplimiento de las reglas, insisto, racionalmente producidas y estrictamente observadas.<sup>(4)</sup>

## 2 | Creación y aplicación de la Constitución

El sistema jurídico constitucional —al igual que su género próximo, todo el derecho— no es un instrumento de precisión matemática,<sup>(5)</sup> sino que

.....

(3) HÄBERLE, PETER, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, en *Retos actuales del Estado Constitucional*, España, IVAP, 1996, pp. 15/46.

(4) Enseña Eugenio Raúl Zaffaroni que, conforme a la regla que estipula la forma de gobierno republicana en el art. 1 constitucional, todos los actos de gobierno, que incluyen la actividad constituyente, deben ser racionales, es decir, deben proveer los medios racionalmente adecuados para la obtención de los fines propuestos. Ver ZAFFARONI, EUGENIO R., *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Bs. As., Ediar, 1983, T. V, p. 104. Fácilmente se infiere, a partir de la interpretación de la proposición capital transcrita, que la exigencia de racionalidad para todos los actos del gobierno republicano quedaría violada, a poco que se compruebe que los medios adoptados por las autoridades constituidas o el poder constituyente derivado sean groseramente inadecuados o se hallen en manifiesta disconformidad con los propósitos y objetivos que configuran el marco básico del bienestar general comunitario.

(5) Con agudeza observa Néstor Sagüés que la Constitución, como obra humana que es, no resulta perfecta ni completa. Tratándose de un documento destinado a sobrevivir durante generaciones, en ese contexto, no es anómalo que ciertas situaciones importantes no hayan

presenta lo que, con acierto se ha denominado textura abierta. Sin embargo, aunque el lenguaje constitucional no tiene incorporado un significado unívoco, ello no es obstáculo ni serio ni suficiente para predicar que, en determinadas hipótesis, el significado de las disposiciones constitucionales no venga propiamente determinado por el contexto donde es o será aplicada,<sup>(6)</sup> esto es, por la posibilidad cierta de demostrar que determinadas consecuencias —porque determinados hechos caen fácilmente bajo su campo de aplicación— se obtienen claramente de la recta aplicación de la regla constitucional pertinente.

La Constitución federal no escapa a la regla: es un texto finito, porque finita es la cantidad de interpretaciones que de él pueden realizarse. Finito significa que el texto constitucional argentino —cualquier texto constitucional— es agotable, no tiene partes fuera de sí. Por ello, en este sentido puede especularse, muy seriamente, que hay un mundo constitucionalmente posible que viene predeterminado fuertemente por el sistema constitucional originario.<sup>(7)</sup> La Constitución, como sistema originario de un sistema jurídico —que, entre otras cosas, impone orden—, divide los sistemas jurídicos subconstitucionales en dos conjuntos: posibles e imposibles. Que algunas o muchas reglas del sistema constitucional tengan como característica estructural la de estar sujetas a más de una interpretación posible, no puede llevar a la creencia ni de que no existan respuestas interpretativas erróneas ni, peor aún, de que la función de aplicar el derecho puede ser confundida con la de constituirlo, de crearlo, en sentido fuerte y radical. Evidentemente, las soluciones jurídicas inconsistentes con el sistema constitucional originario no pueden pretender pertenecer a éste. En ambos momentos se ejercita el poder constituyente. Por lo tanto, el

.....  
sido comprendidas en la regulación normativa constitucional y ni siquiera sospechadas cuando la Constitución fue dictada. En tales condiciones, añade Sagüés, corresponde distinguir dos tipos de imprevisión constitucional, la “buena” y la “mala”. La imprevisión “buena” parte del supuesto de asumir los límites del constituyente: puede disciplinar el futuro, pero no todo el futuro. La imprevisión constitucional “mala” ocurre cuando por falta de pericia, o por cobardía, o por malicia, el constituyente guarda silencio sobre una materia respecto de la que debió pronunciarse. Ver SAGÜES, NÉSTOR y PALOMINGO MANCHEGO, JOSÉ, “Reflexiones sobre la imprevisión constitucional”, en *Imprevisión y reforma: dos problemas contemporáneos del Derecho Constitucional*, Lima, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2005, pp. 13/15.

(6) MORESO, JOSÉ J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 184, 231 y 232.

(7) MORESO, JOSÉ J., op. cit., p. 180.

análisis de la colección de partes de la Constitución evidencia que la interpretación —vía control judicial de la constitucionalidad— y la reforma son piezas insustituibles para su mantenimiento y/o cambio. En tales condiciones, es pertinente describir los mecanismos que hacen funcionar estos elementos. Los procesos que hacen operar a cada una de estas garantías constitucionales fijan, paralelamente, sus respectivos horizontes de proyección. Así, es razonable que las tareas ordinarias queden captadas por la interpretación constitucional, así como también lo es esperar que las tareas extraordinarias queden capturadas por la reforma constitucional.

El poder constituyente observa dos momentos: el fundacional de la Constitución y el reformador.<sup>(8)</sup> Ahora bien, aunque el poder fundacional y el de reforma coinciden en que son capaces de “constituir” u organizar el sistema político estatal, difieren en el tiempo y en sus competencias. Con relación al tiempo, aunque desde el punto de vista ontológico nada proviene de la nada, la noción de poder constituyente fundacional es útil para fijar el nacimiento de un Estado y tiene una vital importancia práctica porque es susceptible de estimular la democracia. Este poder originario carece de límites. El mayor desafío de las letras constitucionales originarias es, quizá, su adaptación en el tiempo. El cambio, que comporta una reforma constitucional, significa proseguir con el encausamiento de la democracia. Si la Constitución argentina es el cauce de la democracia, la reforma no debe dejar de serlo, *so pena* de disolverse el propio concepto de Ley Mayor.

Establecer la diferenciación entre el poder constituyente y los poderes constituidos es un capítulo medular de todo Estado de Derecho. La función propia del poder constituyente es la de configurar e instaurar el Derecho Constitucional;<sup>(9)</sup> la función propia del poder constituido es gobernar de acuerdo con los principios y reglas del sistema jurídico constitucional, no generarlos.

(8) Lo que supone admitir que todo tiempo es significativo para el Derecho Constitucional, entendimiento que presupone diversidades y por ende distintas calidades en los mismos.

(9) Sobre la posibilidad o no de plantear, con rigor científico, la distinción de ramas autónomas dentro del propio campo del saber jurídico constitucional, ver DALLA VÍA, ALBERTO R., “El Derecho Constitucional y las especializaciones”, en *Academia, Revista sobre la enseñanza del Derecho en Buenos Aires*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2004, n° 5, año 3, pp. 223/234.

El poder de reforma constitucional y su contenido generan un nuevo punto de llegada del proceso de construcción política del Estado. Por eso el poder de reformar la Constitución, generalmente sometido a reglas de competencia prefijadas, es un poder político porque crea Derecho Constitucional, cuya principal pretensión es presentarse a sí mismo como un poder capaz de generar un sistema que cubra mínimas expectativas de racionalidad.<sup>(10)</sup> El cambio<sup>(11)</sup> constitucional, que produce variaciones sustantivas en el texto, tiene una peculiaridad: siempre forma algo nuevo: la Constitución reformada. La reforma, por expansión o contracción o revisión del sistema, genera un nuevo conjunto de disposiciones.

Consiguientemente, sobradas razones sugieren que la Constitución no debería estar desvinculada del tiempo y de la realidad a la que se enfilan sus prescripciones, ya que precisamente esa realidad a la cual se dirigen sus disposiciones normativas está sujeta al devenir y cambio histórico. Y si, ante múltiples y cambiantes circunstancias históricas, la Constitución pretende resguardar su fuerza normativa sin alterar su propia identidad, el único modo posible de hacerlo es por intermedio de la reforma. El pueblo es el sujeto que tiene derecho a cambiarla o modificarla cuando en libre y democrática decisión política fundamental considere oportuno y necesario disponerlo. Por eso es preferible pensar en reformar la Constitución toda

(10) En igual sentido, Ricardo Guibourg y Daniel Mendonca recuerdan que el Derecho es un medio de control social determinado por la política, es decir por valores cambiantes, contingentes y a menudo irracionales. Ver GUIBOURG, RICARDO y MENDONCA, DANIEL, *La Odisea Constitucional. Teoría y método*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 41.

(11) Quizá podría entenderse, no sin razón, que el cambio constitucional atraparía a todos los sucesos y procesos que pueden sufrir los textos constitucionales en el tiempo. No obstante, rigurosamente, el cambio sobre el que se teoriza es el "cambio formalizado" del sistema normativo constitucional, que implica la modificación de su texto producida por acciones voluntarias, intencionadas y regladas por la propia Ley Mayor. La reforma constitucional puede consistir en: (a) expansión: cuando se agrega una disposición al conjunto; (b) contracción: cuando se elimina alguna disposición normativa de la nómina de ese conjunto; (c) revisión: cuando se elimina alguna disposición normativa y luego se agrega otra incompatible con la eliminada (Ver ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, "Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos", en *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, CEPC, 1991, p. 301).

Por de pronto, en ese marco, la teoría del cambio constitucional es la teoría de la reforma constitucional, quedando fuera, luego de esta justificación, cualquier otra circunstancia que, como una revolución, quebrantamiento o ruptura, o una mutación, no puede ser objeto de proyección como un "procedimiento formal de aprobación", tal como conceptúa Peter Häberle respecto de la reforma (ver HÄBERLE, PETER, "Desarrollo constitucional y reforma constitucional en Alemania", en *Pensamiento Constitucional*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2000, año VII, p. 17).

vez que (consensuadamente) se pueda determinar que ello sea necesario, conveniente y oportuno, y no deformarla mediante interpretaciones que la vuelven sin sentido, desnaturalizando (según los casos, de modo parcial o completo) las pretensiones de normatividad emergentes de sus cláusulas.

Para garantizar la capacidad evolutiva de las constituciones, la tarea de reformar posibilitando su cambio con verdadera conciencia de tal o cual modificación es la vía idónea. La reforma constitucional es una actividad que, en forma significativa, respalda el precompromiso constitucional, que a su vez canaliza y respalda la democracia.

Sobre la dimensión de la reforma, es la propia Constitución federal la que contiene dos enunciados básicos. Recuérdese, en primer lugar, como ilustra el Preámbulo, que fueron los representantes del pueblo argentino los que la ordenaron, la decretaron y la establecieron. El valor de verdad de esta proposición, que desempeña un papel clave en el sistema constitucional argentino, jamás fue desmentido pero sí quebrantado. Por eso, de acuerdo con esta caracterización, sin mayores esfuerzos puede decirse que si la Constitución política estatal es la decisión del pueblo, la reforma también debe serlo. Ergo, el plan constitucional debe ser decidido por su creador: el cuerpo electoral. ¿O no es razonable que las decisiones políticas de significativa trascendencia para la vida comunitaria sean sometidas, por la vía del procedimiento consultivo, a todos los ciudadanos? Naturalmente, el planteo también deja abierto un enigma o punto sin resolver: ¿por qué la democracia es la solución detalladamente más plausible? Puede responderse: en todo caso, hasta tanto no se descarten sus bondades, no cabe presumir que la opinión de uno o varios pueda ser considerada superior a la regla de la mayoría, si es que ésta —y no otra— es una de las proposiciones capitales sobre las que se asienta la democracia política.

Ordenar, decretar y establecer una Constitución —como dice el Preámbulo argentino— no prohíbe que “otra” Ley Fundamental pueda, en el futuro, también ser establecida. Si sólo el poder del pueblo crea el sistema constitucional que organiza al Estado, cabe especular que, cuando se aparta de tal función instrumental, el Derecho Constitucional deja de ser la razón que reglamenta la fuerza, pasando a ser el poder coactivo mismo. La Constitución federal es un esfuerzo por contener al poder; cuando desaparece la distinción, se desvanece la idea de que el poder público es ejercido por el pueblo por intermedio del sufragio.

En segundo lugar es, pues, el proceso de reforma constitucional —y su contenido— el que puede generar un nuevo punto de llegada del proceso de construcción política del Estado. Se trata de una cuestión intrínsecamente política: la creación de la norma mayor. Con claridad y propiedad, esta puerta al futuro es abierta por el art. 30 de la Ley Fundamental: “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”. No hay posibilidad, desde el punto de vista empírico, de convocar a la “Convención” aludida por la letra de la Constitución sin convocar al pueblo, sin escuchar su palabra.

Disponer o tomar partido por la rigidez constitucional significa que la Constitución —en principio— no debería ser reformada sobre la base de los mecanismos previstos para la elaboración de la legislación ordinaria. Rigidez, por otra parte, que viene siendo consecuencia directa, sin intermediaciones, del principio de supremacía de la Ley Fundamental (ver art. 31 CN). El hecho de que la reforma de 1994 —art. 75, inc. 22, CN— haya previsto que los tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional, no significa ni el abandono de la rigidez constitucional ni de una particular forma de producción del sistema jurídico constitucional. Está indicando un apartamiento del cauce regular de reforma, para incidir propiamente en el reforzamiento de los derechos fundamentales.

En síntesis, una reforma constitucional es la que produce un cambio en el contenido del sistema, pero no produce la destrucción del preexistente al mantener la continuidad.<sup>(12)</sup>

---

(12) El sistema jurídico puede ser visto como una secuencia de conjuntos de normas (sistemas normativos) donde la unidad de esta secuencia, y con ello la identidad del orden jurídico, estaría dada por la identidad de los criterios usados para la identificación de los conjuntos normativos pertenecientes a la secuencia: por ejemplo, el contenido de la regla de reconocimiento (ver ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO ALCHOURRÓN, “Sobre el concepto de orden jurídico”, en *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, CEPC, 1991, pp. 395 y ss.).

Entiendo por momentos constituyentes,<sup>(13)</sup> importantes porciones temporales en relación con otro fragmento de tiempo en cuyo transcurso una extraordinaria movilización popular delibera sobre la producción —o no— de legislación de la más alta jerarquía jurídica, aceptando la regla democrática como premisa mayor o conceptual de dicha modalidad de producción. Como enseña Norberto Bobbio, lo que hoy nosotros denominamos democracia no es una meta sino una vía, una vía en la que, probablemente, estamos en el inicio.<sup>(14)</sup> Me conformaré, por lo pronto, con indicar una mínima y esquemática compresión que posibilita urdir ulteriores desarrollos teóricos que alienten y gobiernen el desarrollo de estos momentos constituyentes. Su caracterización: a) conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién/es está/n autorizado/s a tomar las decisiones colectivas y con qué procedimientos; b) en cuanto a las modalidades de la decisión, la regla fundamental de la democracia es la regla de la mayoría, o bien la regla sobre la base de la cual son consideradas decisiones colectivas, y por tanto vinculantes para todo el grupo, las decisiones aprobadas al menos por la mayoría de aquéllos a los que corresponde tomar la decisión; c) pero que bien se entienda que ni siquiera para una definición mínima de democracia —como la postulada aquí— se conforme o baste la atribución del derecho a participar directa o indirectamente en la toma de decisiones colectivas a un número muy elevado de ciudadanos, ni la existencia de reglas de procedimiento como la de la mayoría. Es requisito que quienes son llamados a decidir o a elegir a aquellos que deberán decidir, sean colocados frente a alternativas reales y puestos en condiciones de poder optar entre una y otra. Para que se cumpla esta condición, es necesario que a los ciudadanos llamados a decidir se les garanticen los derechos de libertad de expresión, de reunión, de asociación, de petición, etcétera; derechos sobre cuya base ha nacido el Estado Constitucional y se construye la doctrina de los derechos fundamentales, en sentido fuerte.<sup>(15)</sup> La aplicación del principio de la mayoría distingue esencialmente dos grupos, el de la mayoría y el de la minoría, creando la posibilidad de acuerdo. Todo contrato es un acuerdo. Significa, pues, tolerarse, cooperar y, fundamentalmente, respetarse.

(13) ACKERMAN, BRUCE, "Constitutional Politics/Constitutional Law", en *The Yale Law Journal*, Vol. 99, n° 3, 1989, pp. 453/513.

(14) BOBBIO, NORBERTO, *Teoría General de la Política*, Madrid, Trotta, 2003, p. 459.

(15) BOBBIO, NORBERTO, *El futuro de la democracia*, Planeta, Bs. As., Planeta, 1994, pp. 21/23.



Por ende, "momento constituyente" es un concepto disponible si solamente abarca la hipótesis de configuración constitucional y sus reformas; léase, fundación y transformación, cambio o reforma de la Ley Fundamental. En segundo lugar, no es factible entonces afirmar que toda decisión del pueblo, que evidentemente implique una producción de alto rango haya sido adoptada fuera de las hipótesis que para su reforma prevé la Constitución, sea susceptible de quedar aprisionada en la orientación conceptual planteada.

Existen dos niveles o jerarquías de decisiones políticas a las que cabe asignar, razonablemente, distinta legitimación: a) decisiones del pueblo y b) decisiones del gobierno. Las decisiones mencionadas en primer término configuran las reglas básicas del sistema; las segundas son las que interpretan y aplican.

La Constitución autorregula su propia reforma; un poder político que crea Derecho Constitucional, sometido a reglas predeterminadas. Es que la Constitución no es eterna sino tan sólo permanente; esta ventana al futuro es abierta por el art. 30 constitucional.

Tal como se encuentra diseñado por el artículo constitucional, el proceso constituyente consta de tres etapas:

- I. iniciación,
2. deliberación pública y elección,<sup>(16)</sup>
3. producción constituyente: creación constitucional.

Difícilmente pueda ponerse en jaque la idea de que la Constitución estipuló dos caminos para la producción jurídica de disposiciones de alcance general, diferenciando la jerarquía del producto. Considero que esta suerte de conversación entre generaciones<sup>(17)</sup> es la forma más persuasiva y la que mejor sirve para explicar la forma de obligar de la Ley Mayor.

.....

(16) Correctamente, señala Jorge Vanossi, que el pueblo argentino necesita conocer el pensamiento de los detentadores del poder sobre "quién" y "cómo" realizarán la mentada reforma constitucional. Ver VANOSI, JORGE, *La reforma constitucional*, Bs. As., Emecé, 1988, p. 162.

(17) ACKERMAN, BRUCE, op. cit.

### 3 | Momentos constituyentes en el siglo XX

La Constitución federal de 1853/1860 no es ni ha sido ídolo de ilustración. Sin retroceder demasiado en el tiempo, un juicio considerado aunque no exento de críticas dirá que ella significa —y significó— un magnífico esfuerzo por intentar contener al poder. Democráticamente, desde luego. Esto es, afirmando la libertad del ciudadano para decidir la fijación o cambio de las reglas constitucionales.

No creo necesario debatir si los constituyentes de 1853/1860 se llamaron a sí mismos demócratas. Tampoco considero esencial considerar cuál era el alcance de la democracia para ellos, si era muy respetable o medianamente. Lo que interesa es el horizonte de proyección propio de la democracia como idea para la configuración institucional de la Argentina. Reivindicar la democracia, como procedimiento genuino para la producción del sistema jurídico aun muy limitadamente como fue a partir de 1853, sin dudas constituyó una idea revolucionaria, pero sin armas. Desde entonces, la evolución de la democracia permite indicar que su sentido principal es gobierno de todos, de mayoría y de minoría, de pobres y de ricos. En otras palabras, lo que pareciera que verdaderamente se afirma en estos momentos constituyentes es la libertad individual de cada ciudadano a participar —o no— en el proceso de construcción de la voluntad estatal y en qué dirección. Desde esta perspectiva, la soberanía viene de abajo, de los individuos que, en tanto ciudadanos, componen el pueblo.<sup>(18)</sup>

Veamos los “momentos constituyentes” del siglo XX.

Primero, la Constitución fue reformada en 1949, mientras servía en sus funciones el presidente constitucionalmente elegido en 1946, Juan D. Perón. E implicó una modificación profunda; entre otros cambios: amplió el elenco de los derechos subjetivos y autorizó la reelección inmediata del presidente, prohibida, sabiamente, desde 1853.

Segundo, en 1957, otra Convención Constituyente, sin la participación política del justicialismo, declaró que la Constitución vigente era la de

(18) BOBBIO, NORBERTO, op. cit., nota 7, p. 440.

1853/1860, con las enmiendas de 1866 y 1898, y exclusión de la de 1949. Además, se introdujeron dos reformas, aunque el Presidente de la Convención debió declararla disuelta por pérdida de *quórum*.

No corresponde, en este espacio, abrir juicio respecto de los conflictos que por su inconstitucionalidad suscitaron, con diferentes alcances, los procesos constituyentes desde 1853 hasta 1957 inclusive. Fundamentos hay sobradamente. Que demuestran las dificultades atravesadas por las generaciones de argentinos, de los siglos XIX y XX, cuando impulsaron cambios, fallidos o no, sobre el texto constitucional.

¿Qué sucedió? En 1949 una parte del pueblo consideró que “obligar” al consenso significaría lo mismo “que construirlo” en libre deliberación racional. Se impuso una Constitución, ¡sin consenso!.

Ocho años después, otra mayoría entendió algo parecido: gobernar es construir hegemonía, no construir consensos.<sup>(19)</sup>

Resultados: políticamente, tanto la reforma de 1949 como la de 1957 fracasaron. Jurídicamente, los juicios negativos sobre la constitucionalidad del proceso constituyente pueden repartirse, en diferentes medidas, tanto para el proceso de 1949 como para el de 1957.

En pocas palabras. La reforma constitucional, aunque parezca contradictorio, fue una categoría en desuso. Y hemos tenido problemas con el ejercicio del poder constituyente, porque nunca se obtuvieron “acuerdos”. Lo único que se consiguió, y en el mejor de los casos, fue el compromiso de “una aceptación generalizada”.

.....

(19) La literatura es abundante. Puede leerse entre otros: PARRY, ADOLFO E., *Intangibilidad de la Constitución de 1853*, en Revista Jurídica La Ley, T. 83, pp. 935/948; LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Acerca del problema de la reforma de la Constitución nacional*, Revista Jurídica La Ley, T. 84, pp. 687/690; CASTRO DASSEN, HORACIO N., *Observaciones a la sugerencia de reforma constitucional*, Revista Jurídica La Ley, T. 84, pp. 704/706; OJEA QUINTANA, JULIO M., *Competencia del Gobierno Revolucionario para promover la reforma constitucional*, Revista Jurídica La Ley, T. 85, pp. 856/866; ROMERO, CÉSAR E., *Facultades de la Convención reformadora de 1957 (Apuntes para su estudio)*, Revista Jurídica La Ley, T. 87, pp. 1004/1008; y DANA MONTAÑO, SALVADOR M., *La legitimidad del mandato de los Constituyentes (Atribuciones del Gobierno provisional y de la Convención para reformar la Constitución vigente)*, Revista Jurídica La Ley, T. 88, pp. 766/796.

.....

No hace falta insistir sobre la diferencia que media entre un acuerdo fruto del consenso y el compromiso, fruto de la coacción pura.

## 4 | Reforma constitucional de 1994

La reforma constitucional de 1994 fue la más amplia de todas las registradas en la historia. Gozó de mayor aceptación en todas las etapas del proceso constituyente, si se compara con sus dos predecesoras.

Veamos tres niveles.

El textual: de alrededor de 7500 palabras se pasó a más de 12.500, sin contar la jerarquía constitucional de las disposiciones contenidas en el derecho internacional de los derechos humanos a que hace referencia el art. 75, inc. 22, CN.

El de las categorías jurídicas básicas: se expandieron por adición. Ingresaron nuevos derechos subjetivos y garantías, órganos de control, organismos de gobierno y se transfirieron competencias.

El dogmático: la reforma constitucional sancionada el 22 de agosto de 1994<sup>(20)</sup> acentuó notablemente las potestades del presidente —pese a crear la figura del Jefe de Gabinete de Ministros—; fijó acertadamente la forma de elección directa y el acortamiento de la duración del período; incorporó con jerarquía constitucional instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos; realizó reformas sobre el modo de hacer las leyes, cuyos resultados no han sido muy visibles; replanteó el federalismo<sup>(21)</sup> sobre bases bastante inciertas, pero muy razonablemente confirió autonomía a la Ciudad de Buenos Aires; reconoció nuevos derechos y

(20) El maestro Germán J. Bidart Campos enseña —en tesis que se comparte— que la Constitución histórica de 1853/1860 sigue reteniendo su plexo de valores después de la reforma de 1994. El *aggiornamiento* no le ha ocultado el rostro, no se lo ha maquillado ni disfrazado. En este contexto, “nueva Constitución” significa “nuevo texto ordenado de la Constitución reformada”, con una sola identidad y un patrimonio axiológico común (Ver BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, t. VI, La reforma constitucional de 1994, Bs. As., Ediar, 1995, T. VI, pp. 193/195).

(21) Sobre el federalismo en la reforma de 1994, puede consultarse a HERNÁNDEZ, ANTONIO M., “La descentralización del poder en el estado. El federalismo. Nación y Provincias”, en AAVV, *Derecho constitucional*, Bs. As., Editorial Universidad, 2004, pp. 675 y ss.

garantías y actualizó el sistema axiológico manteniendo el piso originario; introdujo sensibles modificaciones sobre la naturaleza del Poder Judicial de la Nación al crear —con hibridez manifiesta— el Consejo de la Magistratura, circunstancia que se ha agudizado, recientemente, con la sanción de la ley 26.080; también introdujo como órgano extra poder independiente al Ministerio Público; intentando mejorar los controles, incorporó el Defensor del Pueblo y la Auditoría General de la Nación; constitucionalizó la regla democrática reconociéndola como procedimiento básico que debe nutrir a la configuración del Derecho Constitucional y su mantenimiento —ver art. 36 CN—, regulando, además, los partidos políticos y la defensa del orden constitucional; realizó importantes esfuerzos para posibilitar que los Estados locales creen regiones para el desarrollo económico y social; definió la autonomía municipal y trazó bases rectoras para la integración con otros Estados soberanos.

Nótese que la Convención Constituyente de 1994, indicando la precariedad del consenso alcanzado en su seno —sobre determinadas materias—, debió generar un texto abierto, provocando que su configuración definitiva recién quedara completa mediante leyes a dictarse por el Congreso. En la última década, el Congreso no ha cumplido a entera satisfacción con el desarrollo constitucional precitado. Cabe preguntarse por qué, por ejemplo, una pieza clave de este esquema, una ley constitucional relevante, todavía no ha sido sancionada. ¿La referencia? La ley convenio, tal como ordena el art. 75, inc. 22, CN, que sobre la base de acuerdos entre Nación y provincias, debe instituir un régimen de distribución y coparticipación en materia tributaria. ¿Sentarse a negociar y legislar sobre este problema dotaría de racionalidad al federalismo argentino? Ni hablar de fijar las bases para el control de los decretos por razones de necesidad y urgencia. Francamente, no seré el primero ni el último en preguntar y repreguntar respecto de un racional itinerario para el federalismo argentino, que en la letra constitucional, es conocido como un paradigma que organiza jurídicamente al Estado. Y, en la práctica, hace que cotidianamente se advierta que ninguna de las 24 entidades autónomas puede razonablemente desenvolverse sin la presencia casi paternalista del Estado federal.<sup>(22)</sup>

---

(22) VANOSSI, JORGE, *¿Es viable el Estado Federal en la Argentina?*, Bs. As., Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2000.

Dieciocho años después se advierte la insuficiencia de la reforma de 1994, la que ciertamente no transformó la plataforma ideológica de 1853/1860. Fue generosa en materia de reconocimiento de derechos subjetivos, pero francamente patológica en lo referente a la estrategia asumida para diseñar el sistema presidencialista y su control.

Por tal razón, se mantiene que es una necesidad generar un nuevo “momento constituyente” en cuyo transcurso una extraordinaria movilización popular, dentro del camino pautado por la Constitución, participe y delibere sobre la producción de la más alta jerarquía jurídica. Es inmediatamente necesario discutir respecto de la grieta que en los últimos años, especialmente, se ha abierto entre ciudadanos y sus representantes. La iniciativa y la consulta popular son parte del texto creado por la reforma de 1994; nunca fueron utilizadas. ¿Quiénes precipitan el aislamiento de la ciudadanía?

Debatir libremente si se reforma —o no— sobre:

## 4.1 | Poder Ejecutivo y Congreso: criterios sobre el diseño para la organización política

Es inmediatamente necesario discutir sobre la disminución de algunas potestades del Poder Ejecutivo, en especial la facultad de dictar decretos por razones de necesidad y urgencia —ver art. 99, inc. 3 CN—, y debilitar fuertemente la delegación que el Congreso puede realizar —ver art. 76 CN—, suprimiéndose, además, la regla que autoriza la reelección. Todo ello permitirá conocer de antemano, que, elegido un presidente por 4 años, al finalizar su mandato, otra persona tendrá que ser elegida para cumplir la función. El presidente saliente podrá marchar a otra función, nunca la ejecutiva, sin intervalo de un período. Buscará, por tanto, aplicar su experticia en cualquier campo que desee, menos en perseguir su reelección!

He defendido y defiendo la idea<sup>(23)</sup> de que una Constitución federal, sin diseño paralelo de garantías que provean a su conservación, no estipula

(23) Ver FERREYRA, RAÚL G., “Crisis de las potestades del Congreso. A propósito de algunas patologías del sistema de gobierno presidencialista argentino”, ponencia presentada en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Ciudad de México, 2002, en Cecilia

un sistema constitucional. Las tareas del Congreso son un elemento configurador de la garantía de inmanencia del sistema constitucional. Entre sistema constitucional y Congreso existe un vínculo como el que tienen los padres con su criatura. Desde que la democracia directa es inviable en términos absolutos, la construcción de la voluntad normativa estatal, cuya reglamentación de la materia constitucional sea sustantiva, debería quedar básicamente ceñida a la labor del Congreso por medio de la ley. Las funciones atribuidas clásicamente a los "legislativos", como son las tareas de "control" y de "producción legal", pueden seguir siendo esgrimidas —en teoría general— como paradigmas de la actividad parlamentaria.

Por su parte, el análisis constitucional tópico de la relación Congreso/Presidencia muestra que en el caso argentino hay actualmente mucho por hacer. La crisis atraviesa a la actividad del Congreso de lado a lado, siendo una de sus principales causas las patologías del sistema presidencialista. La reforma constitucional de 1994 estuvo envuelta en el aura de la atenuación del presidencialismo; sin embargo, el balance general de las enmiendas arroja como convicción que la transferencia horizontal de funciones —en el plano normativo por vía de excepción y en la práctica constitucional cotidiana no de igual sentido— del legislativo a favor del departamento ejecutivo, son aptas para indicar la composición de un cuadro de situación contrario o diferente. La reforma no introdujo ninguna disposición que ordene la cooperación entre departamentos ejecutivo y legislativo; es más, enfatiza la potestad legislativa del presidente. Si a ello se agrega que tal transferencia horizontal está casi exenta del control, el menú está servido. La crisis de las potestades del Congreso traduce la idea de un peligro: la puesta en duda del principio divisorio; el jaque a la ficción de la representación política parlamentaria; el principio de vaciamiento de la atribución de configurar la ley y la ineficacia del control. Pero también da una magnífica oportunidad para entender la enorme vinculación existente entre régimen jurídico y calidad de vida ciudadana, imponiendo resolver con inteligencia las deficiencias del sistema de gobierno. Y en tal caso, reformando, vía atenuación, todo lo que dé pie al contenido autocrático. Pero también, y en primer lugar, acrecentando todo lo que dé pie al

---

Mora Donato (coord.), *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, "Relaciones entre Gobierno y Congreso"*, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 211/249.

elemento democrático, ya que éste es un modelo de desarrollo que opera como axioma, el menos implausible de todas las formas conocidas para organizar la coexistencia civil racionalmente.

Se trata de una propuesta que alienta un modelo de democracia deliberativa: desarrollo y fortalecimiento de competencias del Congreso —con actuación de los diputados en todas las tareas parlamentarias—, constituyéndolo en teatro de la democracia, en cuyo escenario quede representada la colaboración política y se abandone el enfrentamiento, tendencia tan característica del sistema hiperpresidencialista.

## 4.2 | El más alto Tribunal de Justicia: los criterios de decisión jurídica

Definir constitucionalmente, con mayor agudeza y precisión, el papel de la Corte Suprema de Justicia, para que recupere un rol activo en el control de constitucionalidad, descartando una Corte ocupada en cumplir funciones constituyentes que no le competen como hizo inconstitucionalmente en 1999 en la causa "Fayt".<sup>(24)</sup> Particularmente, he sostenido<sup>(25)</sup> que el análisis de las disposiciones de la Constitución de la Argentina revela que el papel institucional de la CSJN es, en forma sustantiva, el papel de la cuestión jurisdiccional.

Para cumplir con los mandatos constitucionales deben recorrerse básicamente tres senderos, que comportan otras tantas funciones: a) decidir o dirimir conflictos, tanto en su jurisdicción por apelación ordinaria como en la originaria; b) jurisdicción constitucional, en la que tiene lugar la actividad cumbre de la potestad, el control judicial de constitucionalidad, actividad decisoria que puede insertarse en cualquiera de las hipótesis jurisdiccionales que anteceden o, específicamente, como jurisdicción por apelación extraordinaria; y c) el autogobierno (potestad hoy en apariencia concurrente

(24) Ver, por ejemplo, la crítica de, JUAN V. SOLA, *Control de constitucionalidad*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2001, pp. 290/293.

(25) Ver FERREYRA, RAÚL G., "Corte Suprema de Justicia argentina y control de constitucionalidad. Vicisitudes y retos del papel institucional del tribunal", ponencia presentada en el *Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, en Miguel Carbonell (coord.), *Derecho Constitucional, Memoria*, México, D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 483/522.



en razón de la existencia del Consejo de la Magistratura). La proposición capital es que son las disposiciones normativas que organizan el sistema jurídico sobre el cual se apoya la CSJN —o el exagerado estiramiento que de ellas se hace por vía de la interpretación— las que, precisa y concretamente, comprometen un funcionamiento racional y eficiente del órgano. El horizonte de proyección más cercano que origina el problema es un fuerte y serio debilitamiento de la función de control de la constitucionalidad.

Al desmenuzarse la cuestión principal, se distingue una colección de siete subproblemas:

- ¿Obligatoriedad o no de la doctrina judicial emergente de los fallos de la Corte?
- ¿Codificación o dispersión de las disposiciones normativas que regulan los procesos constitucionales?
- *Quid* de las sentencias arbitrarias: ¿la Corte como Tribunal de 3re. instancia o solamente para uniformar criterios o intervenir en cuestiones trascendentes debido al notorio desacierto en la aplicación del derecho?
- ¿Estabilidad vitalicia o estabilidad relativa para los magistrados que integran la CSJN? Si la única forma racional de explicar la estabilidad constitucional es apelando al argumento del “diálogo entre generaciones”—generaciones éstas que, una tras otra, “dialogando entre sí”, permiten ir urdiendo la perdurabilidad o no del acuerdo originario—, hay que considerar que esta suerte de conversación entre generaciones<sup>(26)</sup> es la forma más persuasiva y la que mejor serviría para rechazar un enunciado que se sugiere como paradoja de la democracia constitucional:<sup>(27)</sup> “cada generación desea ser libre para obligar a sus sucesoras, sin estar obligada por sus predecesoras”. Expuesto de este modo, la estabilidad vitalicia queda seriamente debilitada. Entonces: ¿por qué un juez de la Corte no podría durar en sus funciones determinada cantidad de años, renovable, pero dando paso a que otro juez, proveniente de otra generación, diera un nuevo punto de partida y de iluminación al diálogo constitucional?

---

(26) ACKERMAN, BRUCE, op. cit. En sentido análogo también se pronuncia el constitucionalista alemán Peter Häberle, para quien la Constitución es un “pacto de las generaciones” a través del cual se realiza la constitución del pueblo de una manera tangible para la ciencia cultural. HÄBERLE, PETER: *El Estado Constitucional*, con estudio introductorio de Diego Valadés y traducción de Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 47, p. 15.

(27) ELSTER, JON, *Ulysses and the sirens*, Cambridge University Press, 1979, p. 94, citado por MORESO, JOSÉ J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

- ¿*Quo vadis* jurisdicción discrecional (el *certiorari* argentino)?
- ¿Publicidad absoluta del procedimiento por el que tramitan los expedientes y de las decisiones que adopta el propio Tribunal o secreto?
- ¿Delimitación cierta del ámbito de las cuestiones políticas o aplicación de una doctrina al aire libre?

## 4.3 | El dominio de los recursos naturales

La Constitución federal sancionada en 1853-1860 no reglamentó la materia referente al dominio originario de los recursos naturales.

Las reformas de 1866 y 1898, respectivamente, nada dijeron. Se mantuvieron en silencio. La reforma constitucional de 1949 dispuso en la disposición normativa alojada en el art. 40:

“La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social (...) Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias ...”

La Constitución de 1949 fue “dejada sin efecto en 1956”, por un bando militar proveniente de un gobierno que derrocó a un presidente constitucionalmente electo, por primera vez en la Argentina, por los varones y mujeres que integraban el cuerpo electoral; nunca, hasta la segunda elección de Juan Domingo Perón, las mujeres habían tenido derecho a voto.

La reforma (in) constitucional de 1957 ratificó la vigencia de la Constitución de 1853-60, con las reformas de 1866 y 1898.

La reforma constitucional de 1994 reglamentó —equivocadamente— el punto en el art. 124: “... Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio ...”

Fue una mala decisión. Es plausible la propiedad del Estado, no de las provincias, evitaría equívocos y aumenta los lazos solidarios entre provincias pobres y provincias ricas, en el marco de un federalismo de concertación, de cooperación. Y, además, si la propiedad se encuentra en cabeza de la Nación se evitaría que el debate quede limitado al pequeño ámbito provincial, y que algún servidor público provincial pudiese sentirse tentado, eventual e hipotéticamente, a “creer” o “reputar” que los recursos naturales, ya sean minas o petróleo, formen parte “de un patrimonio” casi de naturaleza personal, comprometiendo al 100% el destino de las generaciones futuras.

El dominio de los recursos naturales es una pieza clave para el desarrollo nacional. Principalmente, la cuestión energética se enlaza con las decisiones que se adopten sobre el particular. Es necesario repensar esta materia. Y, obviamente, una nueva reforma constitucional, con criterio de realidad y visión de futuro para que todas las generaciones, las actuales “y nuestra posteridad” puedan acceder al uso y goce de tales bienes. Por último, el dominio de los recursos naturales en el Estado federal argentino obligaría, por obvias razones, a que todas las decisiones sobre dichos bienes deberían ser adoptadas por consenso en el ámbito de los poderes constituidos federales, y no provinciales.

#### 4.4 |

Por otra parte, creo firmemente que la integración sudamericana, bajo la forma de Unión Sudamericana o la que resulte, requerirá un nuevo análisis jurídico sobre el texto de la Constitución federal. Los tratados constitucionales de esta naturaleza —el proceso europeo lo viene comprobando— requieren la igualdad de tratamiento de todos los estados miembros y su identidad nacional, ora inherente a sus estructuras jurídicas básicas, ora con respecto a la forma de descentralización o centralización política. Además, a no dudarlo, se planteará la complejísima cuestión de la primacía del derecho comunitario sudamericano sobre el propio derecho interno. Innegablemente, la integración supone una reducción del campo de libertad de acción del Estado, pero pareciera que es esa misma reducción la que apoya un horizonte de proyección maduro para el bienestar general de los Estados componentes de la Unión.

## 5 | Quebrar la quietud

Finalmente: si hacer el papel (una persona o institución) puede ser entendido como ser útil a su función, cumpliendo naturalmente el Ministerio con provecho, parece entonces necesario hablar de una teoría de la Constitución, aclarando qué funciones manifiestas se pretenden atribuir a cada órgano constitucional, comparándolas con las funciones que ha venido cumpliendo, con las que hoy efectivamente cumple y con las que ha dejado de cumplir.

Tal política constitucional, consensuada y oportuna, podría responder a estos problemas, apelando a la reforma como motor de la transformación de la calidad institucional, para las generaciones que viven y vivirán en la Argentina del siglo XXI. Las modificaciones constitucionales pueden inspirar nuevos hechos, por ejemplo: el ejercicio racional y controlado de los poderes del Estado.<sup>(28)</sup>

Pactar un nuevo principio de identidad constitucional debería significar captar la supremacía de la ciudadanía, insertada en un Estado obligado a su respeto y promoción, sobre todo en aquellos casos de desamparo. Es un nuevo paradigma que, desdiciendo la histórica anomia (deficiencia en la organización), se orienta al cumplimiento de la Constitución. No es una bonita postal. Su comprensión más acabada o inacabada permite distinguir, con bastante certeza, el grado de cultura alcanzado por un pueblo.<sup>(29)</sup>

Las fronteras entre las generaciones son muy imprecisas; es claro que el relevo generacional se produce, digamos, cada veinte años. La generación que hoy nos gobierna es la que hizo la reforma constitucional de 1994. Obsérvese la integración de los poderes constituidos y se disipará cualquier duda al respecto.

.....

(28) VALADÉS, DIEGO, *El control del poder*, 2da. ed., México, Porrúa y UNAM, 2000.

(29) Con acierto y originalidad señala Diego Valadés que el Derecho es un fenómeno cultural. La cultura jurídica es una de las claves para que el gobernante sea más recatado y el gobernante menos encogido. Sin cultura jurídica unos atropellan, aun sin quererlo, y otros son atropellados, incluso sin saberlo. Ver VALADÉS, DIEGO, *La lengua del derecho y el derecho de la lengua. Discurso de ingreso a la Academia Mexicana de la Lengua*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México y Academia Mexicana de la Lengua, 2005, p. 28.

Quizá por eso nuestros gobernantes tienen ante ella una actitud nueva. Con fuente en sus pasados, seguramente abominarán cualquier pretensión de reformarla, sean cuales fueren su objeto y sus motivos. Las razones que abonan este inmovilismo parecen surgir del hecho de que el texto constitucional de 1994 es el producto sagrado de una hazaña irrepetible, de manera que sólo podrá reformarse del mismo modo que nació, apoyada en lo que ellos denominarán consenso —y con cierta desviación, desde luego, “consenso” se identificará con unanimidad—.

Los propósitos iconoclastas de mi exposición me llevan a pensar que esta actitud es equivocada, y que sería muy bueno que los argentinos de hoy comiencen a discutir serenamente los graves defectos de la Constitución y la mejor manera de remediarlos.

Voy culminando con una impronta absolutamente inusual en mi discurso, pero sumamente gráfica. Un versículo evangélico<sup>(30)</sup> reza que: “El día de reposo fue hecho por causa del hombre, y no el hombre por causa del día de reposo”. Con todo respeto, realizo una glosa: un nuevo momento constituyente es necesario y posible, porque la democracia ciudadana no debe estar hecha para la Constitución, sino que la Constitución debe estar hecha para proteger y encauzar la democracia que las mujeres y varones decidan libremente. Los argentinos no estamos hechos para la Constitución; la Constitución debe ser hecha para los habitantes de este suelo. Quiero decir: la Constitución es formalmente reformable. Es una vertiente política que tiene enorme primacía.

La reformabilidad es un parte elemental de nuestra Constitución federal. La reforma constitucional no es respuesta a una situación patológica del sistema jurídico. Es todo lo contrario. Se trata de un hecho fisiológico que demuestra la buena salud del propio sistema. No pongo en entredicho el paradigma de la rigidez constitucional. Contrariamente: se lo sostiene a rajatabla porque es inadmisibles considerar la existencia de constituciones absolutamente inmodificables. Que existan reglas concretas de inmodificabilidad, como parece muy razonable porque la misma idea de Constitución entraña la de límites implícitos, no implica pensar ni derivar de ello, precisamente, la rigidez absoluta. Nuestra Constitución prevé el procedimiento de reforma en el art. 30 constitucional, y casi todas, por no decir

---

(30) *Santa Biblia*, Marcos 2, 27, Sociedad Bíblica Argentina, Bs. As., 1975, p. 914.

todas, las constituciones de los diferentes Estados del mundo prevén un proceso de reforma, aunque difieren en la reglamentación. Consecuentemente, la reformabilidad es una singularidad, una peculiaridad que afirma la propia supremacía de la Constitución, en lugar de desvirtuarla.

La Constitución federal es un instrumento destinado a la preservación de la libertad. De no ser así, no habría merecido que se luchara por ella. Ni en 1853. Ni en 1983.

Entre 1983-2012 lo que ha distinguido a la Constitución federal de la Argentina ha sido un proceso de gobierno, antes que el congelamiento de valores sustantivos. En la letra, la democracia constitucional argentina es representativa, basada en la participación ciudadana;<sup>(31)</sup> es decir, el cuerpo electoral delega a ciertos y determinados servidores públicos la capacidad de hablar por ellos y tomar decisiones. Desde luego, la representación implica responsabilidad y rendición de cuentas por parte de los gobernantes. El representante es responsable ante quienes lo autorizaron a hablar en su nombre. Esta nueva categoría, la democracia delegativa o de baja intensidad, hace pie en el hecho de que la persona que gana la elección presidencial se encuentra autorizada a gobernar como le plazca, sólo restringido por la cruda realidad emergente de las relaciones de poder existentes y por la limitación constitucional del término de su mandato. La democracia delegativa se desarrolla en el presidencialismo; el presidente es considerado la encarnación de la Nación y las medidas de gobierno no necesitan guardar parecido con los anuncios de la campaña electoral. Los presidentes, además, suelen verse a sí mismos como personajes por encima y por fuera del sistema de partidos y de los intereses comunitarios organizados.<sup>(32)</sup> En los escenarios de democracia delegativa, los partidos, el Congreso y la prensa son libres, pero constituyen, en un sentido fuerte, junto con los tribunales de justicia, un estorbo u obstáculo a la tarea del presidente, quien en su carrera hacia el absolutismo cree reunir en su persona la carta de navegación del destino del país. Elegido el presidente, pues, en la democracia delegativa, es esperable que los delegantes

.....

(31) Téngase en cuenta que las formas de democracia semidirecta, constitucionalizadas en 1994, prácticamente no han sido puestas en funcionamiento, primordialmente, por inacción del gobernante.

(32) O´ DONNELL, GUILLERMO, *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, 1ra. ed., Bs As, Paidós, 1997, pp. 287/304.

ciudadanos complacientemente constituyan una audiencia pasiva de todo lo que haga el presidente. Ciertamente, lo que diferencia marcadamente a la democracia delegativa de la democracia representativa es la debilidad de los controles. Como se dijera al inicio, los controles interórganicos, horizontales —es decir una red de poderes relativamente autónomos que puedan examinar y cuestionar y, de ser necesario, sancionar actos irregulares cometidos durante el desempeño de los cargos públicos—, no son puestos en funcionamiento o, cuando se ejecutan, son extremadamente débiles en la democracia argentina.

Quizá, sencillamente, la idea rectora no permite ir más lejos que esto: la defensa de la función constituyente (creación del derecho) puede quedar pulverizada si se acepta que otro órgano que no sea una Convención Constituyente elegida por el pueblo tenga competencia para hacerlo. Una democracia producida por ciudadanos para ciudadanos, cuyo cauce es una Constitución, y en la que depositen la máxima convicción para cumplir con sus mandas. En rigor, el reto que impone el siglo XXI es conquistar una democracia de ciudadanas y ciudadanos.<sup>(33)</sup>

Atribuir un juicio pesimista sobre nuestro presente no agrega nada.

Plantear la necesidad jurídica de una reforma constitucional significa admitir que no es posible la existencia racional de la Constitución federal actualmente vigente, sin cierta acción o suceso sobre ella. Además, la posibilidad de que un programa de reforma tenga algún éxito se halla estrechamente ligado al adversario político, sin cuyo concurso la reforma no es realizable. Alcanzar la reforma constitucional es obra de todos: no hay vencedores ni vencidos porque es el máximo tratado para permitir la convivencia comunitaria.

Decir que es “necesario” reformar la Constitución comporta, asimismo, desprenderse de la trayectoria básica de la historia argentina, sobre todo en los últimos ochenta años, donde ha habido dos fuentes de producción del sistema jurídico. Una fuente de producción democrática y una fuente de producción no democrática. ¿Cuál es el criterio que provoca y da fundamento a la distinción?

---

(33) BIELSA, RAFAEL, “La política exterior argentina”, en AAVV, *Estado y Globalización. El caso argentino*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2005, p. 17.

Nótese que esta distinción no permite esta otra. Hay, por un lado, reglas constitucionales cuyo conocimiento puede ser descrito o estipulado apelándose al texto de la Constitución; en un caso se detecta un significado, en el otro se lo adjudica. Empero, la experiencia, la debacle del Estado argentino ha puesto en evidencia la existencia de un derecho que no pertenece a ninguna de estas fuentes. Se trata de derecho estatal, no constitucional, aplicable, coercitivo, que claramente crea poderes afectando derechos fuera de lo autorizado en la Constitución. Este hecho patológico generó —y, sin ánimo de profecías, seguirá generando— profunda incertidumbre, a menos que se tome debidamente en serio jugar dentro del campo de la Constitución. Se trataría, pues, en caso de decidirse por la estricta observancia de las reglas constitucionales, de uno de los mayores cambios culturales del siglo XXI. La Argentina precisa un nuevo contrato, razón por la cual sería bueno mantener los aspectos positivos de la reforma constitucional de 1994 y de introducir las modificaciones necesarias, en aspectos como la educación, la reforma política y la reforma judicial.<sup>(34)</sup>

La permanente inestabilidad del sistema constitucional federal se halla asociada, básicamente, a una desproporcionada atribución de poderes al presidente, resultando insatisfactorio en la mayoría de los casos cualquier tipo o clase de control que razonablemente se pretenda ejercer sobre sus atribuciones. Se trata, pues, de alterar este punto concreto, intentando paralelamente que la política que se desarrolle en el futuro sea, en efecto, políticamente constitucional. Un cambio con tales dimensiones sólo puede verificarse a partir de un gigantesco consenso nacional sobre valores amplios e indiscutiblemente compartidos. De producirse un acuerdo de tales características, sospecho, podría especularse que las consecuencias de tal acuerdo serían duraderas y generales, permitiendo que la Argentina sea vivida por nosotros, por nuestra prosperidad y por todos los hombres del mundo que quieran habitar este suelo.<sup>(35)</sup>

(34) ALTERINI, Atilio, *La Universidad Pública en un proyecto de Nación*, Bs. As., La Ley, 2006, p. 188.

(35) No ignoro la atinada reflexión de Roberto Gargarella: tal vez la principal dificultad que enfrenta cualquier proceso de reforma es de carácter estructural, y es la siguiente: muchas de las reformas más importantes que se requieren deben ser diseñadas e instrumentadas por los mismos individuos que pueden resultar perjudicados por ellas. Empero, entreveo que una profunda movilización ciudadana, eventualmente, podría aliviar esta fuerte observación (ver GARGARELLA, ROBERTO, *Dificultad, inutilidad y necesidad de la reforma constitucional*, JA, Bs. As., Lexis Nexis, 2004-III, pp. 963/975).



Al fin y al cabo, no resulta necesario justificar que las reglas se siguen o no se siguen. Su naturaleza vinculante es indiscutible, naturaleza que solamente puede ser puesta en entredicho cuando la irracionalidad de la regla no estimula que su demarcación sea satisfecha.

---

# Los procesos constituyentes en nuestra América desde la mirada del pensamiento crítico

por **BEATRIZ RAJLAND**<sup>(1)</sup>

Es objeto de este trabajo referirnos a los procesos constituyentes llevados a cabo en el contexto de procesos de cambio social, económico y político en nuestra América.<sup>(2)</sup> El enfoque de lo que analizamos se sitúa desde el pensamiento crítico.

Desde ese enfoque, o sea desde el pensamiento crítico, hay dos modos fundamentales de abordaje: tomar como objeto el derecho en el capitalismo actual, de época, o las posibilidades de construcción de un derecho contra-hegemónico.

Elegimos el segundo porque es el que corresponde, sin duda, al objeto manifiesto de estas líneas.

Subrayo procesos de cambio, porque en el análisis del llamado “nuevo constitucionalismo”, como se denomina o donde se engloban las

.....  
(1) Doctora en Derecho. Profesora Consulta en Teoría del Estado e investigadora, Facultad de Derecho (UBA). Vice-presidenta de la Fundación de Investigaciones Sociales y Políticas (FISYP), miembro del Grupo de Trabajo de Estado de CLACSO.

(2) En la mirada de José Martí.

Constituciones de los últimos 30 años,<sup>(3)</sup> se confunden tiempo, instituciones y procesos reales. Hablo de confusión porque no se pueden integrar en un mismo análisis o en una misma conceptualización constituciones como la de Colombia —aun cuando haya sido producto de la movilización popular (el movimiento de las “papeletas”) y aunque haya incluido la institución del importante Tribunal Constitucional, de actuación destacada en defensa de los derechos ciudadanos—, o como la de Argentina —resultado de un pacto de élites políticas, a espaldas del pueblo, y que consagra los principios básicos del modelo neoliberal, aunque haya incluido con rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos—, juntamente con los procesos constitucionales de Venezuela, Ecuador y Bolivia de los últimos años.

No se pueden integrar porque claramente las dos primeras (Colombia y Argentina), se instalan en un contexto socio-económico y político tradicional capitalista que, en la práctica concreta, esteriliza lo que de positivo pueda haberse aprobado, y potencia la correspondencia jurídico-político-constitucional, y las tres últimas (Venezuela, Bolivia y Ecuador) son parte de procesos de cambio que se ubican en la perspectiva de cambios sistémicos.

Es aquí importante el tema de la relación de fuerzas en la concreción política. Desde el punto de vista que estamos abordando, los procesos constituyentes y sus resultados en los tres últimos países señalados (Venezuela, Ecuador y Bolivia), son la muestra más sustancial en mucho tiempo de la construcción de un derecho contra-hegemónico al dominante en la región, e incluso en las concepciones al interior de esos países en muchos o vastos sectores de la población.

También son la muestra de que para que comiencen a plasmarse en realidades, deben estar creadas y en actividad las condiciones políticas y subjetivas para cambios sociales profundos. Tienen que estar definidos objetivos en tal dirección.

No quiero con esto decir que nada puede hacerse hasta la concreción de esas políticas de cambio, porque son parte de nuestra historia las conquistas obtenidas, sólo quiero señalar el límite que esas posibilidades tienen: ese límite es el propio sistema que no admite nada que pueda mellarlo seriamente.

(3) Así, por ejemplo, se considera como parte de ese “nuevo constitucionalismo”, tanto a la Constitución de Colombia de 1991, o a la de Argentina de 1994, como a las más recientes de Venezuela, Ecuador y Bolivia.

Si partimos de considerar que el poder es una relación social —o sea, una relación de clase—, se infiere claramente que es básicamente un lugar de disputa y, como tal, a pesar de la fuerza hegemónica que el mismo exprese, y como resultado de las luchas y resistencias de las clases no hegemónicas, puede suceder que se llegue a incluir algunas de las reivindicaciones de las clases no hegemónicas en una Constitución escrita, como resultado de sus luchas y resistencia. Sin embargo, resulta a todas luces insuficiente, ya que no basta cambiar una Constitución escrita si no se cambian real y efectivamente las relaciones de poder entre las fuerzas imperantes en el país. Pero aunque insuficiente, es útil como marco referencial de legitimación de luchas y reclamos posteriores. Esto está en la base de la diferenciación que veníamos haciendo respecto a la inclusión o no en un nuevo constitucionalismo de procesos disímiles desde lo estructural, convirtiendo entonces ese nuevo constitucionalismo en un análisis meramente cronológico.

## I | Un poco de historia

Desde 1998, con el triunfo de Hugo Chávez en Venezuela, pasando por la “guerra” del agua o del gas en Bolivia —en el período 2000/2003— el golpe finalmente fallido en Venezuela los levantamientos en Ecuador, como algunos de los ejemplos de los procesos de cambio en nuestra América, se ha ido construyendo un nuevo mapa político en la región, con diversidad y con especificidades, que ha impregnado de alguna forma, aunque más no sea tendencialmente, a una buena parte de los países que conforman América Latina y Caribe. Fue, en gran medida reacción, resistencia, al neoliberalismo consolidado en los años '90.

En relación con lo afirmado, consideramos que es imprescindible diferenciar las distintas variantes que se presentan y resulta de interés tomar en cuenta los posicionamientos más estructurales.

Así, son particularmente claros, en cuanto a pronunciamientos y toma de posiciones, los casos antes aludidos de Venezuela, Bolivia y Ecuador<sup>(4)</sup> que, aunque con diversidad, se plantean programas que apuntan hacia

(4) Está claro que Cuba no entra en esta clasificación, ya que la revolución del '59 y la historia posterior, dejan bien claro su postura de ruptura sistémica y programa de construcción de una sociedad socialista.

alternativas de ruptura con el sistema dominante, considerando que el capitalismo no puede darles ninguna perspectiva en dirección a los programas asumidos con y frente al pueblo, e incluso proclamando su vocación hacia el socialismo.<sup>(5)</sup>

Otra serie de países, como Brasil, Uruguay y Argentina (de ninguna manera homogéneos entre sí), no tienen una perspectiva antisistémica, aunque se lleven a cabo cambios respecto a los años '90 —fundamentalmente de índole políticos-democráticos—, se ubican definitivamente en el marco del capitalismo, y aun con más continuidades que rupturas.

Como dijimos, los cambios que se registran no tienen significados similares por sus contenidos. Pueden ser parecidas o diferentes las formulaciones, así como su concreción, incluso en cuanto a su profundidad. Sin embargo, lo que permite compararlas dentro de un mismo espacio es la expresión de los intereses y exigencias de los sectores populares sobre la política y la emancipación, tanto si se encuentran claramente manifestadas como realizadas.

O sea, que lo que denominamos “proceso de cambio”, representa en primer lugar la expresión —en general— de un voto de cambio, concretado en las urnas, pero también en el quehacer cotidiano del “oficio” de participar.

Incluso en los países que no se plantean —como dijimos— cambios sistémicos, pero en los que se manifiestan discursivamente o se concretizan algunos cambios, los procesos representan, asimismo, un repudio a los liderazgos políticos tradicionales. Y en todo caso, un posicionamiento genérico referido a lo que no se quiere y más relativamente respecto a la alternativa que se propugna.

Otro aspecto importante a destacar en el presente, es que el sujeto del ejercicio y la práctica política, es un sujeto plural.

Todo lo señalado discurre en medio de una crisis en el mundo, de una crisis generalizada, civilizatoria. Y también crisis de alternativa que comprende

(5) El socialismo del siglo XXI en el caso de Venezuela, el socialismo comunitario en el caso de Bolivia o la revolución ciudadana de Ecuador.

la búsqueda y la acción emancipadora, en la síntesis teórica, pero que todavía no ha encontrado la dirección de su concreción.

En esa búsqueda, la temprana convocatoria a Asambleas Constituyentes, en Venezuela, Ecuador y Bolivia —países que hemos señalado como aquéllos que expresan una tendencia de mayor profundidad estructural en sus políticas tanto económicas, como sociales y políticas—, constituye una práctica innovadora de cara al constitucionalismo clásico, y un desafío legitimador desde los primeros pasos hacia su consolidación. Su puesta en práctica significó una movilización masiva popular, abocada a una intensa actividad de reforma política e institucional dirigida a la elaboración de una nueva carta constitucional y, luego, a la aprobación de los nuevos contenidos.

¿Por qué aludimos a la diferencia con el constitucionalismo clásico? Porque la experiencia histórica liberal —de la cual nuestra región ha sido tributaria—, respecto a los poderes constituyentes, indica que generalmente han funcionado, o se han concretado, cuando los procesos de cambio estaban ya en la etapa de consolidación y no en el principio de esos procesos. La Constitución aparecía como el “producto” de un proceso, podríamos decir, como el lugar “de cierre” de un proceso o de una etapa. En las experiencias a las que nos referimos, el poder constituyente es convocado como parte integrante de ese mismo proceso; o casi desde sus inicios, es entonces, un lugar “de apertura”. Ello, sin duda, le otorga un carácter revolucionario, cuya finalidad es la de concretar institucionalmente la manifestación de los propósitos de cambio, de un tipo de régimen socio-económico y político excluyente, hacia un horizonte emancipador.

## 2 | Algunas cuestiones de la relación entre poder constituyente y poder constituido

Estamos habituados (se ha convertido en sentido común, en cualquier espacio social, sea político, ciudadano o incluso escolar) a definir el concepto de Constitución como “la norma de normas”, la norma fundamental de un Estado, que ya sea o no escrita, regula lo que se considera el régimen

básico de derechos y libertades de los individuos, y organiza a los poderes e instituciones políticas.

Esta definición se ha naturalizado, y ha circulado y circula, prácticamente como una verdad irrefutable, sin que despierte preocupación, ni en general nos preguntemos o nos inquietemos, acerca de dos cuestiones que esa definición contiene:

1. ¿A qué se considera el régimen básico de derechos y libertades de los individuos?
2. ¿Qué significa y de acuerdo a qué parámetros se organizan los “poderes” y “las instituciones políticas”?

Se “naturalizan” definiciones y conceptos, de manera tal que pareciera que hay “un” régimen básico de derechos y libertades y “una” organización institucional *erga omnes*. Pero, ¿dónde se origina? ¿qué representa?

Esto no es más que la expresión de la colonialidad del poder en la región “nuestroamericana”, maquillada por la ficción de la afirmación acerca de la presunta construcción de un “crisol de razas”.

Pero la época actual es de acentuación en la lucha por la identidad contra la lógica de la colonialidad, por eso ya era hora de que ello se refleje en los procesos constituyentes.

En esa lucha, contra la colonialidad original y la renovada después de los procesos independentistas de hace más de 200 años —lucha, por cierto, difícil y compleja—, es ineludible acudir a reescribir gran parte de la historia de nuestra América. Las luchas independentistas de fines del siglo XVIII y del siglo XIX, a su propio interior, se presentaron generalmente como el enfrentamiento entre: los sectores que se definían sea por el proyecto base de la independencia de los EEUU sea por el enarbolado por la revolución francesa; o con el de quienes, se decía, reivindicaban el retorno a un tiempo anterior a la colonia española. De esa forma de presentar la historia se derivaron mayores enfrentamientos, victimización de los pueblos originarios, explotación, extinción de los mismos y también fundamentalismos reivindicativos.

Por ello, es importante recordar que la realidad nos indica que el levantamiento de Tupac Katari (hecho fundamental en esta reescritura de la historia "nuestroamericana"), cuando promueve su lucha emancipadora alrededor de 1781, no sostenía el retorno al pasado pre-conquista, sino la que se retome un desarrollo civilizatorio bloqueado por la conquista. Significaba incluso rupturas con antiguas tradiciones, la lucha contra el sistema político colonial, pero también, contra el pre-colonial, era una renovación desde su momento presente. Todo fue negado por los criollos, quienes asumieron la condición de "conductores".

Los proyectos nacionales y populares de la región<sup>(6)</sup> insertaron a la nación a los indígenas como mestizos, reproduciendo con nuevas formas la dominación colonial en condiciones de dominación capitalista.

El reto es convertir el hecho colonial-nacional en una articulación compleja sin dominación ni descolonización limitada a la "restitución" de las identidades culturales indígenas, ni a la realización de las promesas incumplidas de la modernidad.<sup>(7)</sup>

Los procesos constituyentes de Venezuela, Ecuador y Bolivia se convocaron y trabajaron en ese sentido.

Hay que tener en cuenta que, tradicionalmente, el esquema dominante ha fragmentado el **poder constituyente**<sup>(8)</sup> del **poder constituido**.<sup>(9)</sup>

¿Por qué afirmamos que el esquema tradicional, o sea el liberal, fragmenta ambos términos de la relación? Porque el mecanismo de la concepción liberal, que proclama la soberanía del pueblo, rápidamente la anula o la empequeñece: "estatuido" el **poder constituido**, el **poder constituyente** desaparece como tal, ya que es absorbido "naturalmente" en la maqui-  
.....

(6) Por ejemplo, la revolución boliviana de 1952.

(7) SOLOGUREN, XIMENA S., "Estado plurinacional-pueblo, una construcción inédita en Bolivia" en *Revista OSAL*, Buenos Aires, Edic. CLACSO, 2009, n° 26.

(8) Entendido como el poder emanado de la "soberanía del pueblo", que sienta las bases de un Estado y una sociedad, tanto a nivel de valores como de institucionalización.

(9) Entendido como la institucionalización determinada por el Poder Constituyente, a nivel de gobierno y su funcionamiento, así como la efectivización de la gestión, que se supone debe ser ajustada a los valores fijados también por el Poder Constituyente.



naría de la representación política, la que es activada periódicamente de acuerdo a la agenda, no ya del soberano —el pueblo ejerciendo **poder constituyente**—, sino del poder “instituido”.

O sea, el **poder constituyente** que ha instituido el **poder constituido** en su origen, luego ha cedido su poder a los “representantes”.<sup>(10)</sup> Así, lo que comenzó siendo revolucionario —porque de la soberanía en manos del Rey se pasó a la soberanía en manos del pueblo—, se fue convirtiendo en conservador de la mano de las elites burguesas que, manteniendo la Constitución como norma jurídica, dejaron de lado el concepto material de Constitución.<sup>(11)</sup> A esto se suele reducir el **poder constituyente** en la denominada democracia liberal burguesa.

Abordar procesos reales de cambio supone cambios de paradigmas o la necesidad de desarrollar nuevos paradigmas en la relación **poder constituyente-poder constituido**; paradigmas éstos superadores de las limitaciones que esa relación ha mostrado históricamente o, mejor dicho, de las limitaciones que las manipulaciones sobre esa relación han provocado.

Desde una concepción revolucionaria sobre el **poder constituyente**, habría que considerar que la soberanía que reside en el pueblo ejerce dicho poder, pero que ese poder no tiene fin, no desaparece como en la concepción liberal. O sea, el pueblo no es reemplazado por los representantes —institución que persiste pero de la que se pretende otros contenidos y control por parte de los representados—, sino que participa constantemente en la política, en las decisiones, se organiza para ello y, por tanto, el ejercicio de la soberanía no es periódico sino permanente. Claro que no es tampoco sencillo que la participación se haga efectiva, incluso en aquellos

.....

(10) Claro que todo esto parte de una primera ficción que es la que encierra la categoría de “ciudadano”, que supone haría a los hombres y mujeres libres e iguales, cuando en el mejor de los casos los hace iguales pero sólo ante la ley. No es de despreciar esta “adquisición” de la modernidad frente al poder omnímodo del absolutismo, pero lo que señalamos es que al implicar una ficción, oculta su significado de protección o justificación de las bases de funcionamiento del capitalismo como sistema, y no de los hombres y mujeres que lo transitan. Es por eso que esa forma de representación política se va volviendo cada vez más retórica, y por tanto deriva en su propia crisis y, más allá, en una crisis política. De ahí que se haga necesario pensar en nuevas formas de representación, fundamentalmente participativas que superen esa ficción.

(11) MARTINEZ DALMAU, RUBÉN, *Un nuevo constitucionalismo en América Latina*, Conferencia dada en ATE Capital el 16/08/2010, Bs. As., Edic. ATE, 2010.

procesos que se plantean reales cambios estructurales, sea porque “desde arriba” se decide sin consultar suficientemente, o por falta aún de conciencia participativa de los sectores populares, acostumbrados y manipulados durante decenas de años a que esa participación sea sólo un enunciado. Claro que nada es lineal, sino que podemos encontrar matices en ese grado de participación indispensable, como dijimos, si se encaran políticas dirigidas hacia la emancipación de los pueblos.

El proceso constituyente, entonces, no termina con la elaboración de la Constitución, con la creación del **poder constituido**, no tiene límites temporales ni de aplicación, porque se entiende que sólo el **poder constituyente** originario puede impulsar los cambios revolucionarios que no pueden depender del **poder constituido**. Claro que adopta otras formas, pero la base siempre es el ejercicio del poder popular, como alternativa a la llamada democracia burguesa representativa, limitada prácticamente a lo electoral, que al restringir el concepto de igualdad a la igualdad jurídica o igualdad ante la ley, oculta las verdaderas desigualdades sociales.

### 3 | Particularmente sobre las Constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela

Con las particularidades propias de cada una de las realidades, en estos tres países se comenzó por legitimar la Constitución de los pueblos originarios en tanto comunidades —y a sus miembros en tanto parte de ellas— como sujetos con capacidad plena. Aunque la existencia de los pueblos originarios sea obviamente histórica, no ocurría lo mismo con el reconocimiento de sus derechos, su cultura, su existencia como Nación. De ahí la importancia de ese reconocimiento legitimante de la nueva Constitución, producto de históricas luchas por sus reivindicaciones.

Si los sujetos que promovieron el cambio no eran sujetos con plenitud de derechos, en las Constituciones anteriores ni habían participado. Se necesitaba de ese proceso constituyente previo para que, constituidos “legalmente” en sujetos, participaran en y con plenitud de derechos como protagonistas de esta historia contemporánea dirigida a producir cambios estructurales.

Lo innovador también está en las formas del proceso de cambio, en la acción política de carácter alternativo, revolucionario, legitimada por las fuerzas participantes.

Después de lo señalado, sin duda, una de las cuestiones más relevantes que las Constituciones de los tres países —pero más especialmente, de Bolivia— incorporaron, es la construcción de Estados plurinacionales, que implica no un mero reconocimiento a las etnias reivindicadas como Nación, sino toda una trama social, política, económica y cultural, sumamente compleja y no exenta de conflictos y contradicciones.

De lo que se trata es de recuperar todas las fuentes de resistencia que permitan crear alternativas que reconfiguren el marco del Estado-Nación, pero comprendiendo y respetando la forma de organización social y simbólica indígena. Del concepto de plurinacionalidad derivan el de interculturalidad y el de pos-colonialidad.

Se trata de una articulación dialéctica en la cual el sujeto indígena se constituye como tal pero no se piensa como sujeto único, sino que está nucleado con otros sujetos, con otras visiones del mundo, con las exclusiones y las necesidades de “otros”. Así, ese proyecto nuevo de Estado plurinacional podrá hacerse hegemónico y no campo de falsos enfrentamientos, funcionales a los sectores dominantes.

Se trata de despliegue y no de retorno. Despliegue atravesado por el período de la colonialidad. En definitiva, descolonizar es construir, no regresar.

Al respecto, resulta interesante la noción expuesta en el art. 3 de la Constitución boliviana que pasa de “Nación” a “pueblo”, como bloque de oprimidos y no de comunidad política: pasa de una homogeneidad que oculta a una heterogeneidad que descubre el velo de la ficción de la homogeneidad.

Se reconoce al sujeto colectivo, no a las identidades ficcionales e individualistas.

Este principio consagrado de la plurinacionalidad, comprende regímenes de autonomías complejos de carácter indígena-originario-campesinas, que existen junto a las autonomías regionales, y que, repetimos, podemos

describir como la innovación más relevante de las Constituciones. El tema, como tal, no es nuevo ni exclusivo de Bolivia, Ecuador o Venezuela. Está en textos constitucionales de Colombia; también en anteriores de Bolivia, de Ecuador y de Perú. Lo innovador es que su inclusión, esta vez, está ligada a la participación de los implicados en forma directa, tanto en el proceso de debate como en su ejecución. O sea, es la primera vez que participan en la confección de una Constitución, desde que fueron reconocidos como **poder constituyente**.

Sin embargo, el desafío sigue siendo hoy que la autonomía proclamada pase del mero discurso legalizado —en el que finalmente terminaban las propuestas anteriores— para convertirse en realidad objetiva y en marcha.

Sin duda que se generan tensiones. ¿Cómo conciliar autonomía con convivencia de paradigmas civilizatorios distintos y hasta contradictorios? ¿Cómo armonizar la ausencia del concepto de propiedad de los pueblos originarios, con el anhelo históricamente impuesto por la burguesía de ser propietario?

La ley o la Constitución, por el sólo hecho de formularlo, no genera *per se* el grado de autonomía reclamado en forma diferenciada por los grupos sociales involucrados. ¿Será posible? ¿O se trata de una reconfiguración? ¿O, en todo caso, de la acción de los sujetos organizados, quienes participan activamente en la gestión y toma de decisiones?

De acuerdo a lo trabajado por García Linera,<sup>(12)</sup> una de las tensiones de esta etapa es la que se visualiza entre el interés general de toda la sociedad y el interés particular de un segmento individual de ella. Es la contradicción entre lo general y lo particular, fruto de una manipulación cultural histórica que busca crear falsos oponentes y debilitar el movimiento popular.

Esta tensión se traduce también en relación a las demandas universales y generales, institucionalizadas por el bloque revolucionario de poder y la fragmentación corporativista, sectorial del bloque popular, alentada e impulsada por los sectores contra-revolucionarios de derecha. Provoca que se rompan los diálogos haciendo aparecer las posturas como irreconciliables.

.....

(12) GARCÍA LINERA, ÁLVARO, *Las tensiones creativas de la revolución. La quinta fase del Proceso de Cambio*, Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional, La Paz, Bolivia, 2012.

Un ejemplo de esto es lo que pasó respecto a la carretera del Tipnis, hasta que pudieron sentarse todos a debatir —todos es pueblo y gobierno— sin temores a dar marcha atrás en propuestas, dispuestos a escucharse y dar razones, en beneficio de los sectores populares.

Hay voces que proclaman la contradicción entre Estado-Nación y Estado plurinacional. Tengamos en cuenta que las Constituciones en análisis consideran la plurinacionalidad, pero con un solo Estado.

## 4 | Los derechos de la naturaleza y el concepto del “buen vivir”

Otro principio original e innovador abordado en las Constituciones de las que venimos hablando —particularmente, en la ecuatoriana—, es el que refiere a la relación con la naturaleza, invocando una vida equilibrada entre todos los individuos, con la colectividad, sin pretender dominarla.

Se rompe con el esquema subjetivo clásico de que sólo las personas pueden ser sujetos de derechos y se incorpora la noción de que la naturaleza también lo es.

Reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos, supone el respeto por los ciclos vitales, que se garantizan instaurando la institucionalidad necesaria para su defensa y los medios idóneos para su efectivo cumplimiento. Se entiende que la naturaleza no es una simple propiedad o parte de los “recursos naturales” y, por eso, hay que reconocerla como sujeto de derechos.

Se plantea disputar el sentido histórico del desarrollo, enfrentando las tesis neodesarrollistas que se sustentan en el extractivismo, con aquéllas que busquen consecuentemente el buen vivir, es decir, que garanticen la armonía entre sociedad, economía y naturaleza.

La noción de buen vivir encierra la de calidad de vida, pero rechaza el consumismo, así como el poder dominante sobre y entre los hombres o el de ellos con la naturaleza.

No se trata de una mirada al pasado, se trata de la reconfiguración y adecuación del principio del buen vivir a la etapa actual de desarrollo social.

Hemos tratado, brevemente, analizar procesos diversos de índole constitucional. Diversos, pero todos sumamente ricos en propuestas de cambio. Todo está en proceso, por eso las conclusiones definitivas vendrán en otro momento, porque no somos meros observadores, sino de alguna manera partícipes de ese mismo acontecimiento de nuestra América.

---



# El valor gestión como bien jurídico en el Derecho Constitucional argentino y en el nuevo constitucionalismo latinoamericano

por WALTER F. CARNOTA<sup>(1)</sup>

## I | Introducción

Una de las expresiones o manifestaciones de mayor influencia en este último tiempo, especialmente en nuestro continente, es el llamado “neoconstitucionalismo”.<sup>(2)</sup> Esta corriente concibe, básicamente, a la democracia como “el derecho a tener derechos”, y al juez como intérprete y aplicador de los mismos. No le atribula ni la división de poderes, ni la representación política (a la que considera en crisis), ni la soberanía estatal.<sup>(3)</sup> Los derechos de las tres —y hasta cuatro— generaciones irrumpen

(1) Abogado (UBA). Doctor en Derecho (UBA). Profesor Titular Regular de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Ciencias Económicas (ambas de la UBA). Profesor Titular de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado.

(2) Para una visión completa de este fenómeno, ver CARBONELL, MIGUEL (ed.), *Teoría del Neo-Constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007; CARBONELL, MIGUEL y GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO, *El Canon Neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

(3) FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y Garantías (La Ley del más débil)*, Madrid, Trotta, 2010, p. 144, quien asevera que tanto con la Carta de la ONU de 1945, como con la Declaración Universal de Derechos



en la arquitectura constitucional, con toda su fuerza. Pero veremos que este dato inexorable, que es el paradigma de los derechos humanos, tanto puede acometerse desde la jurisdicción constitucional como desde la gestión administrativa, legislativa o subnacional (o local). Los jueces, en este sentido, no tienen el monopolio de los cánones de los nuevos constitucionalismos.

Empero, circunscribir estos últimos al neoconstitucionalismo sería un reduccionismo de realidades mucho más vastas, cargadas de significados polifacéticos. Los nuevos constitucionalismos expresan, en nuestro siglo, muchas más caras que la que comúnmente, en sede doctrinal, se exponen y enseñan.

Ha sido un común denominador, en el derecho público decimonónico, divorciar o separar al Derecho Constitucional del Derecho Administrativo. A comienzos del siglo XX, Otto Mayer afirmaba que: *“el Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo queda”*. Con ello, se quería hacer mención a la inestabilidad de las formas políticas consagradas por las constituciones y a la permanencia del aparato burocrático del Estado, en apariencia insensible y automatizado respecto de los cambios de humor político del electorado, con particular atinencia a los regímenes parlamentarios. La Administración ni representaba en un sentido formal, ni se sometía a elecciones periódicas.

El siglo XX vio crecer exponencialmente a los cometidos estatales. Aquel poder de policía concebido en términos angostos o estrechos (“narrow”), devino en amplio (“broad and plenary”) hacia la tercer década de la pasada centuria, cuando el Estado comenzó a preocuparse por la “procura existencial” (*Deseinvorsorge*) en términos de “Forsthoff”.<sup>(4)</sup>

La “huida del Derecho Administrativo”<sup>(5)</sup> que sobrevino como fruto de la extrapolación de las experiencias del capitalismo al campo público, debe

.....  
Humanos, del 10 de diciembre de 1948, “el propio concepto de soberanía externa comienza a ser lógicamente inconsistente y puede hablarse, siguiendo la doctrina monista de Kelsen, de derecho internacional y de los diferentes derechos estatales como un ordenamiento único”.

(4) GARCÍA PELAYO, MANUEL, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 27.

(5) Sobre el proceso de “huída” o “fuga” del Derecho Administrativo, ver ALLI ARANGUREN, JUAN CRUZ, *Derecho Administrativo y Globalización*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 191.

ser revertida con la “vuelta al Derecho Administrativo”. Y aquí es donde se produce una interesante interacción con la Ley Mayor.

## 2 | El Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo

Bien se ha señalado, en el texto y contexto de la Constitución española de 1978, que la división entre Derecho Constitucional y Derecho Administrativo es más pedagógica que dogmática, ya que la Administración pública encuentra su cauce en la norma de base.<sup>(6)</sup> El art.103 de la Constitución de España recepta en el máximo nivel normativo a los principios del Derecho Administrativo, y la ley y el reglamento — a la par que la jurisprudencia de los tribunales— deben acatar estas pautas cimeras.

Así, se ha procurado acercar ambas disciplinas, que no tiene sentido que, en el marco de un Estado social y democrático de derecho, permanezcan incomunicadas, aisladas o, lo que es peor aún, peleadas en una lucha sin sentido, dentro del paraguas de un orden jurídico cada vez más holístico e integrado.

Emerge de ese modo el interesado (otrora, administrado), portador de derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. Ya no sólo se propende a un equilibrio entre partes, sino a un esquema racional en donde el ciudadano participa activamente de la “cosa pública”.

Sin embargo, los puentes que tiende el Derecho Administrativo no se limitan al Derecho Constitucional (El Derecho Administrativo como Derecho Constitucional concretizado, o el Derecho Constitucional, como Derecho Administrativo abstraído). La sociología, la psicología social, la ética pública,

---

(6) GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Navarra, Thomson-Civitas, 2005, p. 283, quien afirma certeramente que: “la línea divisoria entre Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, que son categorías académicas y no constitucionales, no existe, sencillamente”. En sentido convergente, en relación con la Constitución venezolana de 1999, que trataremos *infra*, se ha dicho que: “las instituciones fundamentales del derecho administrativo en Venezuela puede decirse que se encuentran constitucionalizadas, de manera que la fuente fundamental de nuestra disciplina es la Constitución misma”. Ver BREWER CARIAS, ALLAN R., *Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Central de Venezuela y Universidad Externado de Colombia, 2005, Tomo I, p. 214.

la economía, la antropología, la demografía, tienen mucho que decir y que aportar. Ni qué decir respecto de las ciencias de la Administración.

Es por ello que el fenómeno del Estado regulador es mucho más complejo. Sostener la regulación en el marco del paradigma de los derechos humanos no es tarea fácil ni sencilla: convoca a una multidisciplinaria permanente y activa, e implica conciliar las potestades del interesado (ahora, investido de derechos fundamentales o derechos humanos) con las atribuciones de la Administración (no visualizadas como prerrogativas regias, sino como competencias dotadas de funcionalidad).

Compete así pensar en términos de una Administración servicial, garante y ministerial, que se encuentre al servicio de la realización de los derechos humanos. Debe recrearse una nueva "mística" en relación al obrar administrativo; al "servicio civil", como dicen los británicos. Para ello, hace falta gerenciamiento público. En otros términos, hace falta gestión.

### 3 | Irrumpe la gestión en el lenguaje Constitucional federal argentino

Las ciencias de la Administración han tematizado hasta el cansancio el gerenciamiento o la gestión. El llamado "*New Public Management*" extrapoló técnicas administrativas del sector privado, tratando de adaptarlas a la realidad de la organización estatal.

Es de hacer notar que ya la revisión constitucional argentina de 1994 y, con más profusión e intensidad, las del nuevo constitucionalismo latinoamericano, con diferentes tonos y matices, insisten con la gestión. Es una peculiaridad de estos textos, que no se advierte en otras familias de Constituciones dentro del Derecho Constitucional comparado.

Para el caso argentino, se registraba un antecedente con la reforma constitucional acometida en 1957. En efecto, la palabra gestión fue incorporada por primera vez al léxico constitucional argentino en ese "momento constitucional"<sup>(7)</sup> cuando el art. 14 nuevo, o 14 *bis*, estampa las garantías

---

(7) Para ese abordaje, ver ACKERMAN, BRUCE, *La Constitución viviente*, Madrid, Marcial Pons, 2011; en sentido concordante, CARNOTA, WALTER F., *Normas Constitucionales (Su Elaboración)*, Buenos Aires, Legis, 2009, p.29.

del delegado gremial necesarias para su gestión sindical. Empero, cabe resaltar que esta referencia no se vinculaba al accionar de un órgano estatal, sino al de un agente de la sociedad civil, como es dentro del derecho colectivo del trabajo, el representante sindical.

Ya en la reforma de 1994, como fue dicho *supra*, se establecen otras pautas adicionales en materia de gestión. Así, se insiste con la sociedad civil al establecer, en clave de pluralismo,<sup>(8)</sup> el art. 75 inc. 17 CN las atribuciones congresionales en punto a asegurar la participación de los pueblos originarios “en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten”.

Sin embargo, donde sobresale la gestión como vector del obrar estatal, es en la normativa constitucional reformada donde se expresa el “control de legalidad, gestión y auditoría” de la actividad administrativa, a cargo de la Auditoría General de la Nación (art. 85, pár. 4 CN).

He ahí, entonces, donde la gestión, que hasta ese momento era visualizada en la norma de base desde y en el campo privado (sindicalismo en 1957, pueblos originarios en su primer incursión en 1994) se trasvasa a la arena pública, subrayándose así su caracterización como: “las diligencias apropiadas para la realización del bien común público o político como fin del Estado”.<sup>(9)</sup>

## 4 | La gestión en las nuevas constituciones latinoamericanas

La gestión sobresale en el más novedoso espectro del Derecho Constitucional latinoamericano. En este punto, es que cabe hacer una distinción entre una “primer oleada” de constituciones latinoamericanas, fruto del proceso democratizador que vivió el continente, —que se inaugura con la Constitución guatemalteca de 1985, prosigue con las de Brasil de 1988, Colombia de 1991 y concluye con la ya reseñada reforma argentina de 1994—; y una

---

(8) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El Derecho Constitucional Humanitario*, Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 174.

(9) Para una tematización de los fines del Estado, ver BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Lecciones Elementales de Política* (Sociedad, Estado y Derecho), Lima, Grijley, 2002, p. 319.

segunda, donde podrían mencionarse el texto venezolano de 1999, el ecuatoriano de 2008, el boliviano de 2009 y el dominicano de 2010.

No es de extrañar que esta segunda fase sea más receptiva a la idea de gestión, en tanto y en cuanto intenta profundizar aún más los vínculos de la sociedad civil con la autoridad pública, los controles y la eficacia decisoria de las políticas públicas. Generalmente, las críticas que se habían adosado a las constituciones en América Latina se referían a su falta de vigencia. Ello siempre ha signado al Derecho Constitucional latinoamericano, ya que, como se ha dicho,

“...lo verdaderamente importante en el Estado constitucional es que los derechos sean en serio y no en serie. En otras palabras, el problema no circula por la ruta de su consagración normativa en la letra de Constituciones, tratados internacionales o leyes, sino que radica en la brecha (a veces muy vasta) que separa dichas articulaciones o construcciones normológicas de la realidad cotidiana, que con más frecuencia que la deseada testimonia reiterados incumplimientos en el ámbito de los derechos fundamentales”.<sup>(10)</sup>

La Administración, en el contexto que va descripto, debe tener una gestión eficiente, ya sea la central o la local. Se procura que exista mayor participación popular,<sup>(11)</sup> mayor rendición de cuentas, mayor cercanía del electorado con sus representantes o sus delegados. Para eso, es necesario gestión.

Amén del citado art. 62, la Constitución bolivariana incorpora pautas de gestión en la esfera legislativa (*vgr.*, arts. 66 y 97); en materia sanitaria (art. 84); en lo concerniente a programas especiales indígenas (art. 123); en la acción de los Gobernadores (art. 161), en el gobierno local (arts. 165, 168, 178, 194); en el actuar del Poder Ciudadano (art. 274: “velar por la buena gestión”), etc.<sup>(12)</sup>

(10) BAZAN, VÍCTOR, “Estado Constitucional y Derechos Humanos en Latinoamérica: Algunos problemas y desafíos”, en Juan M. López Ulla, *Derechos Humanos y Orden Constitucional en América Latina*, Navarra, Civitas y Thomson-Reuters, 2011, p. 98.

(11) Tal como consigna el art. 62 de la Constitución venezolana: “participación del pueblo en la formulación, control y ejecución de la gestión pública”.

(12) Con lo que podría compensarse la caracterología de “centralizadora” que un sector le endilga al texto de 1999. Ver CANOVA GONZÁLEZ, ANTONIO, “Venezuela”, en Antonio Torres del Moral y Javier Tajadura Tejada (dirs.), *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 446.

Donde la gestión asume ribetes verdaderamente proteicos es en la Constitución de Ecuador de 2008, que acumula el record de 70 menciones a la gestión. Desde la gestión en los medios de comunicación (arts. 16 y 17)<sup>(13)</sup> hasta la gestión territorial (art. 243); desde la gestión de los recursos naturales (art. 317) hasta la gestión y la participación ciudadana (art. 95), pasando por la gestión de los órganos de gobierno y de contralor. La gestión adquiere importancia y volumen. Un interesante capítulo se incluye a partir del art. 389, intitulado "Gestión del riesgo". Ésta es la Constitución latinoamericana más completa en esta materia.

La gestión asoma en la Constitución boliviana de 2009, aunque más que nada focalizada en aspectos financieros o presupuestarios (art. 59.3; art. 96.7 y 96.8; art. 151)<sup>(14)</sup>, sin perjuicio de proyectarse al ámbito legislativo (art. 55), a la gestión económica directa (art. 141), al parámetro de regulación de la Controlaría General (art.155), a los principios de la Seguridad Social (unidad de gestión, art. 158) y al plano municipal (art. 201).

Asimismo, la variedad o carácter polifacético de la gestión se advierte también con la Constitución de la República Dominicana de 2010. Desde la gestión de la biodiversidad (art. 15), hasta la "gestión eficiente" que debe presidir a la función pública; desde los informes de gestión legislativa y del Defensor del Pueblo (arts. 92 y 116) hasta la gestión local (art. 203) y descentralizada (Título IX, Capítulo III); todas estas referencias revelan que la gestión debe permear el obrar ejecutivo y legislativo en lo horizontal y, en espacial en lo vertical, como vimos en Venezuela y Ecuador.

## 5 | Conclusiones

Claramente, las sociedades políticas de América Latina se han cansado de un constitucionalismo declamatorio y teorizante, e intentan inventar y pergeñar fórmulas que acerquen la brecha que permanentemente ha existido entre validez y vigencia. La gestión, como diligencias adoptadas para la realización del bien común (del "buen vivir", como dice el texto

(13) Ello revela la trascendencia de la "gestión del conocimiento" en la sociedad postindustrial. ALLI ARANGUREN, JUAN-C., *Derecho Administrativo y Globalización*, op. cit., p. 240.

(14) La relevancia de la gestión en materia financiera y de organismos de contralor se advierte en la Constitución mexicana en sus sucesivas reformas.

ecuatoriano) es un modo de encarar ese problema, como también lo ha sido la justicia constitucional (muchos de esos Estados poseen Tribunal o Corte Constitucional: Ecuador, Bolivia, República Dominicana).

La gestión no sólo incumbe a los poderes públicos, en sus tres niveles, dentro de lo que se ha denominado "gobernanza multi-nivel" (se podrían agregar incluso peldaños, como los propios de los procesos de integración regional). Enlaza naturaleza (la gestión del ambiente), con la cultura (la gestión de los medios audiovisuales). Involucra las prestaciones del Estado y la actividad de la sociedad civil, que también, para ser vibrante, debe "gestionar".

En Argentina, cada vez más se ha hablado y actuado en materia de gestión.<sup>(15)</sup> La reforma constitucional de 1994, por la época en que fue escrita, incluyó breves referencias, pero ello no ha impedido que la idea de gestión haya estado cada vez más presente en la construcción de nuestro imaginario político-social más reciente.<sup>(16)</sup>

Algún escéptico dirá que se trata de una sola palabra. Pero la aparición en simultáneo en todos los países que se han dado constituciones en este milenio (empezando con Venezuela en 1999, siguiendo con Ecuador en 2008, Bolivia en 2009 y República Dominicana en 2010) no pueden ser considerados por el sociólogo constitucional como hechos aislados y sin importancia heurística. Denotan la voluntad de cambio hacia mejores formas políticas y sociales que eviten e impidan que el texto constitucional sea letra incumplida y lírica, diseñando mecanismos que sobrepasan las también innovadoras regulaciones del derecho procesal constitucional (*vgr.*, jurisdicción constitucional) y se adentran en el gerenciamiento legislativo, administrativo, local y hasta civil de asuntos públicos.

---

(15) BERCHOLC Y BERCHOLC, que han estudiado la semiótica presidencial argentina desde la restauración democrática, tabularon la importancia de la palabra "gestión" en los discursos de la actual Presidenta Cristina Fernández de Kirchner. Ver BERCHOLC, JORGE O., y BERCHOLC, DIEGO J., *Los discursos presidenciales en la Argentina democrática 1983/2011*, Buenos Aires, Lajouane, 2012, p. 506.

(16) Ver CARNOTA, WALTER F., *Meditaciones sobre gestión judicial*, Bs. As., La Ley, 2007, Tomo E, p. 1376, donde expresáramos que "el vocablo está para quedarse entre nosotros".

# Nuevos paradigmas: el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad en Argentina

por ANA M. FIGUEROA<sup>(1)</sup>

## I | Introducción

Cuando me gradué de abogada en 1973, la formación en las facultades de Derecho del país estaba esencialmente orientada al Derecho Privado. No imaginé que los acontecimientos políticos y sociales ocurridos en los años '70 me harían priorizar mi práctica profesional en el ámbito del Derecho Público, del Derecho Constitucional, de los Derechos Humanos; ramas jurídicas en las que teníamos menos conocimiento, en relación a la formación brindada. Esos acontecimientos políticos y sociales me llevaron, junto a otros colegas, a interponer *habeas corpus*, en tiempos en que la libertad y la vida de muchos argentinos se encontraban menoscabadas o amenazadas. Antes ya del golpe militar del 24 de marzo de 1976, se había desatado en el país una violencia terrorista desde el aparato del Estado y sus grupos parapoliciales que, frente al accionar armado de grupos de la

.....

(1) Jueza de la Cámara Federal de Casación Penal (sala 2). Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales (1996), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Doctora en Derecho (2006), Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR). Profesora Titular Ordinaria de "Derecho Constitucional 2", Facultad de Derecho (UNR). Profesora de "Derechos Humanos" en las carreras de Posgrado de Abogado Especializado en Magistratura Judicial, Abogado Especializado en Derecho Penal y en la Maestría en Derechos Humanos (UNR).



sociedad civil, respondieron con procedimientos ilegítimos, utilizando a las fuerzas armadas y policiales para combatir ese accionar.

Eran tiempos violentos, donde día a día nos enterábamos de ejecuciones sumarias, homicidios, desapariciones, privaciones de libertad —sin control ni órdenes judiciales— y apropiación de niñas/os. La barbarie y la impunidad se alzaban contra la justicia.

Como defensora del estado constitucional de derecho me resultaba intolerable lo que sucedía. Por ello me comprometí a favor de la racionalidad que debe imperar en todo pueblo civilizado, con el convencimiento de que a partir del paradigma de los derechos humanos —formalizado con la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” en 1948—, debía privar el apotegma de que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. En consecuencia, se debía lograr la igualdad, tolerancia, inclusión, diversidad y libertad; valores que, estimo, se deben conseguir por diversas vías, en mi caso aportando a través del Derecho y en paz, usando vías pacíficas, consensuadas y no violentas.

Bajo esta concepción, con las herramientas legales de las que disponíamos, un grupo de profesionales de la abogacía de todo el país comenzamos a interponer acciones de *habeas corpus* ante los tribunales de justicia, creyendo que de esta manera podríamos hacer algo ante tan planificada tarea estatal de persecución a los opositores políticos, sindicales, barriales, comunitarios. Los resultados están a la vista, fueron insuficientes frente a una organización contraria al sistema de Derecho: debido a la represión sufrida, las víctimas y sus familiares se organizaron en lo que luego se identificarían como organismos de derechos humanos.<sup>(2)</sup> Estas organizaciones serían las impulsoras de no dejar en el olvido ni en la impunidad las graves violaciones a los Derechos Humanos ocurridas en el período 1976/1983, sintetizando su lucha en la consigna “Memoria, Verdad y Justicia”.

---

(2) Entre ellos: Liga Argentina de Derechos Humanos —LADH—, Asamblea Permanente de Derechos Humanos —APDH—, Madres Línea Fundadora y Madres de Plaza de Mayo, Abuelas, Familiares, Servicio de Paz y Justicia —SERPAJ—, Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos —MEDH—, Centro de Estudios Legales y Sociales —CELS—, HIJOS, entre otros.

Por ello, en este trabajo<sup>(3)</sup> esbozaré cómo ha evolucionado desde lo jurídico el paradigma de los Derechos Humanos y la incidencia del accionar de la política desde el advenimiento de la democracia a nuestros días. A partir de allí, se intentará explicar por qué debimos esperar más de treinta años para encontrarnos en el estado actual de juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad en el país.

## 2 | Desarrollo

### 2.1 | Globalismo jurídico y nuevos paradigmas

En anteriores publicaciones insistí en que el estado liberal de derecho nació en Norteamérica, con la Constitución de Virginia —de 1776—, de Filadelfia y de Massachusetts y se universalizó en 1789 con la Revolución Francesa —con la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”—, donde se impone la práctica de que los Estados adopten sus cartas constitucionales con un contenido formal de proclamación de derechos, libertades y garantías, con una organización y distribución del poder político, teniendo como origen legitimante el poder constituyente emanado del pueblo.

Con el inicio del constitucionalismo, la idea de asegurar las libertades individuales y limitar al poder estatal se convirtió en el centro de todos los esfuerzos. Con el devenir político se incorporaron a los derechos civiles, los derechos políticos. Luego de las revoluciones mexicana y rusa se impusieron los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>(4)</sup>

Desde el inicio de nuestro Estado de Derecho en 1853/1960, se consagraron constitucionalmente los derechos civiles. Por su parte, en 1949 se consagraron a nivel constitucional los derechos económicos, sociales y culturales; sin embargo, dicha Constitución fue derogada en 1956, después del golpe de Estado de 1955, y el gobierno de facto llamó a una convención

(3) Es una actualización y síntesis de otro sobre la materia publicado en la *Revista de Derecho Público*, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario publicado en 2010.

(4) Cabe destacar que la primera constitución que los recepta es la de México en 1917 y, posteriormente, la alemana de Weimar en 1919.

constituyente que incorporó a la constitución restituida de 1853 el art. 14 *bis*, incluyendo algunos derechos sociales. Recién con la reforma de 1994 se incorporan constitucionalmente los derechos políticos y las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos —DIDH—. <sup>(5)</sup>

Debemos advertir que desde 1853 en nuestro sistema constitucional —en el art. 102, actual 118—, se reconoció el derecho de gentes, el principio de extraterritorialidad, la aplicación de la justicia universal y su competencia federal. Dicha norma se ha mantenido inalterable a través de las sucesivas reformas, pero hubo una gran resistencia judicial para su aplicación.

Paralelamente a los cambios políticos y jurídicos internos, operaron transformaciones internacionales, que obligaron a nuestro país y le generaron responsabilidades ante su incumplimiento.

En el siglo XX, con la “Carta de Naciones Unidas” —1945— y la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” —1948—, nacerá el nuevo paradigma jurídico de los Derechos Humanos, aunque recién a fines del siglo XX hayamos advertido esta nueva construcción teórica. Las declaraciones, pactos y tratados que se elaboran a partir de ella, y que nuestro país ha ratificado, constituyen una nueva legalidad internacional y del derecho interno, a partir de la cual este sistema jurídico complejo, conformado por las normas exógenas e internas, otorgan nuevos derechos convencionales y competencias que posibilitan que la sociedad controle a los gobernantes y al derecho. Por ello, puede afirmarse que ya no habrá ningún acto de poder que pueda ser admitido ni aceptado como legítimo, si no pasa el test de los estándares mínimos en Derechos Humanos. Sirven para hacer frente a las mayores concentraciones del poder, para su equilibrio, para la defensa de los seres humanos como sujetos de derecho internacional, cuando dentro de los límites de su país padecen violaciones a sus derechos.

Vigente el paradigma de los Derechos Humanos, en los '70, se instauraron los autoritarismos en el Cono Sur. En ese contexto, sectores de la sociedad civil, ONG's, ciudadanas y ciudadanos comprometidos con los

---

(5) Arts. 37, 38, 39, 40 y 75 —inc. 22, 24 entre otros—, por lo que se consagraron con jerarquía constitucional los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los pueblos y sus garantías.

Derechos Humanos y militantes opositores a las diversas modalidades de las derechas, usaron del discurso jurídico y la llave del monitoreo supranacional que prevén los tratados, para hacer frente a la ilegitimidad de un sistema autoritario. Esa subsidiaridad en el uso del Derecho Internacional fue útil cuando el Estado, en el orden interno, no administraba justicia y se perpetraban graves violaciones a los Derechos Humanos, tales como privaciones ilegítimas de la libertad, secuestros, desapariciones forzadas, torturas, funcionamiento de centros clandestinos de detención —CCD—, asesinatos de opositores políticos y sociales, etc.

En aquella etapa el modelo obedecía a la matriz Estado céntrica, y no se advertía —como sí se advierte hoy— que se podía hacer frente y tratar de equilibrar las presiones de la concentración del nuevo modelo globalizado, mediante uniones de Estados, regionalizaciones y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.<sup>(6)</sup>

Mientras tanto, en el desarrollo jurídico fue creciendo la idea del neoconstitucionalismo, que constituye la superación de la concepción decimonónica del Estado Liberal de Derecho —que funciona con una Constitución en donde sus procedimientos y formas se encuentran establecidos— por la concepción del Estado Constitucional de Derecho —en donde, además, es significativo el contenido—. Al decir de Luigi Ferrajoli, esas concepciones corresponden a dos modelos normativos diferentes: “el modelo paleoiuspositivista del Estado legislativo de Derecho (o Estado legal), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de Derecho (o modelo constitucional)”.<sup>(7)</sup>

Esta evolución hacia el neoconstitucionalismo, recepta la incidencia del DIDH en las normas internas, como así también incorpora la práctica de que todos los actos estatales deben aprobar el estándar de los Derechos Humanos para su validez y legitimidad, práctica que traerá discusiones y

(6) Aunque no puede desconocerse la solidaridad internacional que se recibía presionando al Estado autoritario y receptando los países democráticos a los miles de argentinos que tuvieron como destino el destierro, el refugio y la protección internacional para salvar sus vidas y su libertad.

(7) FERRAJOLI, LUIGI, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo*, 2da. ed., Madrid. España, Editorial Trotta SA, 2005, pp. 3/4.

desequilibrios si pretendemos abordarla con las viejas concepciones jurídicas. De ello resultará una síntesis entre “constitución -derechos humanos- democracia”, que abre paso a la incorporación de tipologías que modifican lo actuado hasta ese momento.

Con dichos lineamientos teóricos haré un breve análisis del estado actual de juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad perpetrados durante el período de la dictadura militar —1976/1983— en Argentina centrándome sus avances y retrocesos; como así también de los esfuerzos realizados por las ONG’s de Derechos Humanos, por abogadas y abogados, ciudadanas y ciudadanos, ya sea en el mismo momento del autoritarismo, como así también al recuperar la democracia.

Iniciamos el siglo XXI funcionando el paradigma de la globalización económica —mayor concentración del poder, incidencia de los medios de comunicación masivos e Internet, etc.— y el discurso único instalado, que pretende imponer la ideología de que sólo los más poderosos Estados y grupos económicos son los que tienen derecho a decidir por la humanidad, subestimando la importancia de las uniones de Estados y el accionar de la sociedad civil.

Frente al ejercicio del poder económico transnacional y violento, donde la minoría que lo detenta lo hace a costa de la mayoría de la población mundial,<sup>(8)</sup> paradójicamente va creciendo la fuerza del “globalismo jurídico” y se va extendiendo la idea de que los derechos corresponden a los seres humanos, que nacen libres e iguales, independientemente de su nacionalidad, raza, condición social, educación, linaje, etnia, ciudadanía, género y que no reconoce ningún tipo de fronteras.

Este “globalismo jurídico” fija estándares y contenido en las declaraciones, pactos, tratados, convenciones internacionales y regionales que, a su vez, tienen sus propios organismos políticos, jurídicos, contenciosos y cuasi contenciosos de control del cumplimiento del contenido de esos instrumentos, ratificados voluntariamente por los Estados que los suscriben.

---

(8) La que mayoritariamente es pobre, vulnerable: tres mil millones de personas subsisten con dos dólares por día, padecen hambre, enfermedades evitables, falta de derechos esenciales.

El contenido de las normas del DIDH, se encuentran basadas en un consenso universal, poseen un **positivismo convencional**, regulado en el texto de los artículos respectivos en cada instrumento.<sup>(9)</sup> Lo completa el derecho internacional consuetudinario o derecho de gentes —a modo de ejemplo, cabe recordar que los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, determinan la vigencia del derecho de gentes, aún cuando se denuncie el Convenio—. <sup>(10)</sup>

También corresponde aplicar el derecho de gentes, conforme surge del art. 43 de la “Convención de Viena del Derecho de los Tratados”, al establecer el deber de los Estados de cumplir las obligaciones enunciadas en los tratados, o de las que surjan del derecho internacional independientemente del tratado. Se refuerza con el art. 53 al regular la nulidad de los tratados que se opongan a una norma imperativa del derecho internacional general.

El cumplimiento del derecho de gentes, dentro de nuestro sistema jurídico lo encontramos, además, en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos PIDCyP, que regula el principio de legalidad penal internacional.<sup>(11)</sup>

(9) Que tienen en el caso de Argentina jerarquía constitucional, si se trata de los instrumentos contenidos en el art. 75, inc. 22 CN —once instrumentos reconocidos en la Convención Constituyente en 1994 y dos posteriormente, por el mecanismo que la propia CN determina—, o con jerarquía superior a las leyes internas —art. 75, inc. 24 CN—, de manera que todas las normas y actos de los poderes del Estado se deben adecuar a éstos. De lo contrario la Corte Suprema de Justicia de la Nación —CSJN— deberá resolver su inconstitucionalidad en ejercicio jurisdiccional del “control de constitucionalidad y convencionalidad” de las leyes y actos de gobierno.

(10) Al respecto véase Los Convenios I art. 63; C II art. 62; C III art. 142; C IV art. 158; Protocolo Adicional I art. 1 y Protocolo Adicional II cuarto párrafo del Preámbulo.

(11) Establece:

“1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional ...”; completando con:

“2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”; reafirmando que las graves infracciones de derecho internacional de *jus cogens*, constituyen una obligación de investigar, enjuiciar y sancionar para todos los Estados ante estos delitos acarreado los compromisos estaduales de:

-Inderogabilidad de juicio.

## 2.2 | El nuevo paradigma de los Derechos Humanos

Como lo anticipara precedentemente, los derechos contenidos en el sistema convencional no constituyen un plus a los derechos subjetivos del constitucionalismo decimonónico, sino que poseen una construcción epistemológica distinta. Son construcciones convencionales realizadas entre los Estados con formato de declaraciones, pactos y convenciones exige-

- Deber de procesar o extraditar.
- Imprescriptibilidad.
- Inaplicabilidad de excepciones de inmunidad, incluyendo a los jefes de Estado.
- Exclusión de cualquier mecanismo legislativo, político o judicial para perpetrar la impunidad —como fueron las leyes de obediencia debida, punto final, indultos, cosas juzgadas írritas o fraudulentas—.
- Obligatoriedad de aplicación en tiempos de guerra o de paz, no habilitando su derogación ni suspensión en excepcionalidades constitucionales —tales como estado de sitio, conmoción interna, leyes marciales, estado de guerra— y competencia de la justicia universal.

Cabe señalar que la CSJN ha venido sosteniendo en los casos "Giroldi", "Bramajo", "Alvarez" y más extensamente a partir de su nueva conformación en "Arancibia Clavel" —08/03/2005—; "Simón" —14/06/2005— y "Mazzeo" —13/07/2007— que es su obligación interpretar las normas del derecho interno tomando como guía a la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos —CIDH—, receptando su jurisprudencia contenciosa y opiniones consultivas —OC—, por disposición del constituyente, a partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994.

También en casos previos al del autoritarismo militar argentino sometidos a su decisorio, en el caso "Priebke, Erich s/Solicitud de extradición" —02/11/1995— al analizar la extradición solicitada por Italia de un jerarca nazi de la II Guerra Mundial, había fallado que los delitos de genocidio y lesa humanidad pertenecen al *ius cogens* internacional, lo que implica que el transcurso del tiempo no purga estas ilegalidades, y, en el caso "Arancibia Clavel" —08/03/2005—, referido a un agente de la DINA de Chile, sostuvo que la asociación ilícita receptada en el art. 210 del CP, para perseguir a opositores políticos por medio del homicidio, desapariciones forzadas y tormentos también son delitos de lesa humanidad al formar parte de una organización para cometerlo. Por ello son crímenes imprescriptibles, porque constituyen delitos contra el derecho de gentes y la comunidad mundial se propuso erradicarlos, asumiendo el decisorio de respetar el *ius cogens* internacional contenido en el derecho de gentes.

La CSJN ha receptado los fallos de la Corte DH, especialmente de los casos "Barrios Altos c/Perú" —14/03/2001— y "Almonacid Orellano y otros vs. Chile" —26/09/2006—, cuando debieron decidir cuestiones semejantes a las ya resueltas por la Corte Interamericana, sobre la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad 23.492 y 23.521 y la validez de la ley 25.779; como así también sobre la inconstitucionalidad del indulto 1002/1989.

bles por quienes las ratifiquen, aceptándose su supralegalidad interna, orden público, indivisibilidad, exigibilidad, irrenunciabilidad, no regresividad y aplicación del principio *pro hómine*.

En cuanto a su origen, surgen a partir de la Carta de Naciones Unidas y la "Declaración Universal de los Derechos Humanos".

En cuanto a la formalidad, son construcciones normativas convencionales que se realizan entre Estados, ya sean de una misma pertenencia internacional o regional —UN, OEA, Unasur, Unión Europea, Unión Africana—: a pesar de las diferencias culturales, étnicas, geopolíticas, de poder, se consensuan estándares mínimos de derechos, de manera que si un Estado en su derecho interno tiene mayores reconocimientos, funciona el principio *pro homine* y se aplica siempre el derecho más favorable al ser humano. Pero, a la vez, los Estados que lo ratifican no pueden alegar cuestiones domésticas para incumplirlos, debiendo siempre respetar el "piso mínimo".

Corresponde advertir que los derechos humanos son violados por acción u omisión de los Estados, de manera que no sólo éstos incumplen una convención cuando en sus prácticas las vulnera o desconocen directamente, sino también cuando, frente a una situación de desposesión generalizada, no adopta políticas públicas para que los seres humanos tengan acceso a los derechos, de manera que se reconoce la antijuridicidad objetiva.

El objeto de protección son las necesidades humanas internacionalmente objetivadas en los respectivos instrumentos convencionales. Se parte de la concepción de que todo ser humano es un sujeto de derecho internacional y cada Estado como parte integrante de la comunidad internacional debe velar para que todas/os disfruten de los derechos, independientemente de su capacidad de adquirirlos frente al mercado. Por ello es responsabilidad de los Estados el acceso al Derecho, remover los obstáculos cuando los seres humanos no pueden disfrutar de los derechos, teniendo que adoptar medidas administrativas, políticas, legislativas, judiciales para garantizar dicho acceso.

También impone nuevas prácticas para el sistema de garantías, permitiendo que, ante su violación, las personas dispongan de un accionar jurisdiccional en los tribunales de justicia de su país. Pero si el reclamo no es receptado y se sienten agraviadas, subsidiariamente pueden reclamar ante



el organismo de control de cada instrumento convencional, por ejemplo: ante el incumplimiento de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, una vez que se agota la vía interna y dentro de los seis meses, se puede acudir a la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos.<sup>(12)</sup>

Ello también implica cambios en cuanto a la jurisdicción: los Derechos Humanos son subsidiariamente internacionales o regionales, según del instrumento convencional del que se trate. Se aplica la subsidiaridad porque primero deben reclamarse en el propio Estado donde se ha producido la violación y una vez que se logró el agotamiento de la vía interna dentro del sistema jurisdiccional de cada país, se habilita el reclamo o demanda internacional ante el órgano, comité, comisión o tribunal encargado de su monitoreo.

Esta construcción acerca de los derechos humanos trae consecuencias en la teoría de los derechos subjetivos. Esto se debe a que frente a determinadas violaciones sobre los primeros, además de analizar los contenidos del derecho interno, se debe tener en cuenta el control de convencionalidad. Ello implica, por ejemplo, que en el ámbito penal se debe revisar el derecho de los imputados y agregarle el derecho de las víctimas. Así, el debido proceso debe asegurar que se cumplan las etapas procesales para recorrer el camino de investigación, verdad, juzgamiento, sanción y reparación, las cuales no sólo deben contemplar la reparación de las víctimas directas, sino también de sus familiares y de la sociedad —cuando nos encontramos frente a crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la paz, torturas, *apartheid*—. Por esta razón la figura del querellante se extiende a ONG's y sectores de la sociedad que demuestren interés procesal en el juzgamiento.

En este paradigma, el debido proceso es analizado como “derecho judicial eficaz”, de manera que no es posible aceptar la cosa juzgada, típica garantía del imputado en el Derecho Penal liberal clásico, si no se respecta el estándar convencional para que esa sentencia tenga validez de cosa

---

(12) Además, la legitimación es más amplia, cubriendo el abanico desde el afectado —característica de los derechos subjetivos—, hasta ONGs, pueblos, Estados. Igualmente, pueden citarse procedimientos similares ante el incumplimiento de los demás tratados, recordando que en nuestro país tienen jerarquía constitucional trece instrumentos sobre Derechos Humanos, según el art. 75, inc. 22 CN.

juzgada. Con tal sentido, el arribo a la verdad, sanción y reparación debe ser resultado de un proceso, correspondiendo analizar los derechos y garantías de ambas partes, imputados y víctimas, lo que exige el balance entre los distintos sujetos procesales.

Como sostuvo la CDH en el caso “La Cantuta vs. Perú” —29/11/2006— no constituye cosa juzgada un proceso que tuvo como objetivo asegurar la impunidad con leyes que así lo consagraban —leyes 26.479 y 26.492—, si no se cumplen con los estándares mínimos de exigibilidad de los derechos humanos. Se incorpora con este decisorio el deber de los Estados de desterrar la impunidad.

En el considerando 81, analiza la Corte IDH a gravedad de las violaciones, en el contexto de la práctica sistemática de detenciones ilegales, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas perpetradas por las fuerzas de seguridad e inteligencia estatal en Perú. Establece que el carácter sistemático de la represión contra sectores de la población, opositora al gobierno, con pleno conocimiento o perpetrando las órdenes de los más altos mandos de las fuerzas armadas, de los servicios de inteligencia, del Poder Ejecutivo de ese entonces, en un contexto de impunidad que favorecía las violaciones a los Derechos Humanos. Agregando en el considerando 82, la particular gravedad por la existencia de una estructura de poder organizado para llevar a cabo ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas que constituyeron un patrón de conducta como método de eliminación, por pertenecer a organizaciones subversivas o ser sospechosos, habiéndose empleado de manera sistemática y generalizada por agentes estatales.

De manera que una sentencia tendrá validez de cosa juzgada si cumple con las exigencias internacionales de: definición del derecho, intangibilidad, definitividad; sólo sobre esa hipótesis se construye la garantía *ne bis in idem*.

Según la Corte IDH la sentencia debe ser el resultado del debido proceso para su validez, reprobándose la simulación de enjuiciamientos, que tiene como propósito o resultado la vulneración de las normas convencionales sobre Derechos Humanos, para consagrar la impunidad de los imputados y la vulneración de los derechos de las víctimas que impiden además arribar al derecho a la verdad.

En el fallo “Mazzeo, Julio y otros” —13/07/2007 CSJN— el Procurador de la Corte esta cuestión, apelando a la “cosa juzgada írrita” del derecho interno, institución procesal distinta a la invalidez de la cosa juzgada cuando no se respetan los estándares del sistema convencional de los Derechos Humanos, consagrado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo precedentemente citado.

## 2.3 | Neoconstitucionalismo en el sistema jurídico argentino

Con la reforma de la constitución nacional de 1994, y la jerarquía asignada a los tratados sobre Derechos Humanos, al sistema de los tratados internacionales y a los de integración, se asumió la decisión política de receptor el neoconstitucionalismo, constitucionalismo de derechos avanzado o Estado Constitucional de Derecho, siendo ésta la mencionada coalición de “democracia-derechos humanos-constitución”, donde observamos una refundación de la legalidad: ordinaria y constitucional, estatal y supraestatal.

Muchos teóricos ya plantean un constitucionalismo ampliado a escala internacional.<sup>(13)</sup> A pesar de las dificultades que experimenta en la práctica, no puede pensarse como imposible la construcción de un estado internacional de Derecho. Es probable que las cartas regionales que son organizativas del poder, comercio, justicia —UE, MERCOSUR, UNASUR— también se profundicen en los derechos de los seres humanos, respetando su doble rol de ciudadanos y de sujetos de derecho internacional.

En consecuencia la etapa del neoconstitucionalismo implica asegurar:

1. Que el contenido de la Constitución debe ajustarse a los estándares del DIDH.
2. El carácter político vinculante de la Constitución.
3. El control de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes y actos de gobierno.

---

(13) A pesar de que algunos intentos, como el de la Constitución Europea, han tenido sus obstáculos, se tiene la convicción de que sus aparentes fracasos estriban en que los cuestionamientos no son teóricos ni de contenidos, sino estrictamente políticos.

4. La interpretación directa —operatividad— de la Constitución y del sistema convencional por el aparato jurisdiccional del Estado.
5. El garantismo jurídico, no sólo respecto de los imputados, sino también de las víctimas, ONG's y de la sociedad en general.
6. La validez en el Derecho interno de las interpretaciones, opiniones consultivas —OC—, fallos, resoluciones de los organismos supraestatales de monitoreo de los tratados sobre DD.HH., de los que el Estado es parte.
7. La subordinación jurídica de los Estados nacionales a los Derechos Humanos y a los órganos instituidos para su monitoreo.

Ante la ausencia del Derecho Público, el derecho promovido por la globalización viene rigiéndose por las formas contractuales, y las autonomías de las voluntades se colocan por encima de las autodeterminaciones de los pueblos, en franca violación de los derechos humanos.<sup>(14)</sup> Ante la concentración del poder económico y militar, es posible la imposición de límites con nuevas construcciones jurídicas, adaptadas a estos tiempos, por lo que el neoconstitucionalismo puede ser una herramienta efectiva y contra hegemónica.

## 2.4 | Neoconstitucionalismo y crímenes del Derecho Penal Internacional

Este "globalismo jurídico" puede ser eficaz en el momento que deban juzgarse graves violaciones a los derechos humanos, tales como crímenes de lesa humanidad, genocidios, *apartheid*, torturas, crímenes de guerra, crímenes contra la paz.

Por su construcción epistemológica, los derechos humanos habilitan que los ilícitos de Derecho Penal Internacional —DPI— mencionados se distingan de los delitos del derecho interno, en cuanto a la aplicación del principio de legalidad, correspondiendo el principio de *nullum crimen sine jure*; mientras que, ante delitos comunes, se aplica el principio de *nullum crimen sine lege*, sin violentar el principio de legalidad.

---

(14) S. RODOTÀ, "Sobre el derecho en la globalización", *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* 4., 2000, pp. 765/777.

En el derecho interno rige el principio *nullum crimen sine lege*, lo que determina que para el juzgamiento de los delitos debe existir la legitimación de la ley previa, que observe las formalidades de ser sancionadas por el Poder Legislativo, debiendo estar sus contenidos en sintonía con la norma constitucional porque será sometida al test de constitucionalidad por los jueces para su aplicación e interpretación.

Es la facultad del poder legislar de pleno derecho que tienen los Estados: en su monopolio normativo, de tipificar las conductas que considera ilícitas y ejercer el poder represivo contra las personas, para evitar que se perjudique a terceros por la comisión de delitos. Para que tenga reproche punitivo una conducta —acción u omisión—, debe existir una ley previa vigente que así lo tipifique.

En el ámbito del DPI rige el principio *nullum crimen sine jure*, de manera que son delitos los que se encuentran regulados en las convenciones, como así también en el derecho consuetudinario internacional, el derecho de gentes y los principios generales del Derecho Internacional.

El principio de legalidad en DPI implica que se tiene conocimiento previo de que determinados actos constituyen graves violaciones al derecho de gentes, a los Derechos Humanos y que por ello, en caso de ser inculcados y juzgados, se le aplicarán sanciones. Ese conocimiento previo de qué actos constituyen delitos, tiene una base normativa y no debe ser arbitraria, sino absolutamente razonable.

Cabe recordar que el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, al sancionar los crímenes de guerra ocurridos en la Segunda Guerra Mundial por el nazismo, estableció que los acusados habían violado un conjunto de normas de comportamiento claramente establecidas por el Derecho Internacional, con anterioridad a la sanción del Acuerdo de Londres —1945—, dado que habían sido recepcionadas en la Convención de La Haya<sup>(15)</sup> —1907— y en la Convención de Ginebra<sup>(16)</sup> —1929—, no cabiendo dudas que, ante las violaciones a estas normas internacionales, quienes fueran declarados culpables debían ser sancionados.

---

(15) En los arts. 46, 50, 52 y 56 “Reglamento de las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre”.

(16) En los arts. 2, 3, 4, 46 y 51.

Como precedente cabe consignar que en los procesos substanciados ante tribunales internacionales desde 1946, se rechazó sistemáticamente el argumento de que se había violado el principio de legalidad.<sup>(17)</sup>

No contamos a la fecha con un Código Penal Internacional donde, más allá de lo regulado por el Estatuto de Roma, se tipifiquen delitos y sanciones, pero nadie duda que someter a una persona a esclavitud, *apartheid*, a graves violaciones de derechos humanos —como crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la paz, ejecuciones sumarias, aplicación de torturas de forma sistemática y generalizada, encarcelamientos clandestinos en Centros de Detención Clandestina, persecuciones políticas, étnicas, raciales, religiosas—, son delitos contra el derecho de gentes, contemplados en el Derecho Penal Internacional, que deben ser sancionados.

La pena se aplica de acuerdo a la gravedad del delito internacional, debiendo tener el correlato que ante los más graves delitos corresponden las más graves sanciones, y tomando en cuenta que, además, en el derecho interno los actos penales se encuentran legislados por los respectivos Códigos —a veces con graduaciones más benignas—, por lo que nadie podrá argumentar el desconocimiento de la ilicitud cuando se perpetran las más graves violaciones a los derechos humanos. Aunque no exista un capítulo específico del Delito Internacional en los Códigos Penales internos, no se elimina el carácter de delitos penales internacionales contra el derecho de gentes, su gravedad y la obligación estatal de su juzgamiento.<sup>(18)</sup>

También se diferencian en cuanto a la jurisdicción aplicable. En nuestro sistema jurídico la Constitución Nacional de 1853 ya disponía en su texto, "...los juicios criminales (...) cuando éstos se cometan fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por

(17) A modo de ejemplo: los juicios contra Adolf Eichmann en Israel —1960—; contra Klaus Barbie en Francia —1987— y contra Imre Finta en Canadá —1989—.

(18) En este sentido la CorteIDH en el caso las "Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador", sentencia del 23/11/2004, estableció que "(...)si bien al momento de los hechos El Salvador no había ratificado la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, no se podía oponer la irretroactividad de la ley penal, por considerar que el homicidio y su posterior desaparición, en las circunstancias del ilícito por la intervención estatal, ya constituían delitos de lesa humanidad".

una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”,<sup>(19)</sup> por lo cual, desde el propio inicio del Estado de Derecho, nos sometimos a la jurisdicción internacional y al respeto del derecho de gentes —aún de origen consuetudinario— que, en su evolución, implica la subordinación a los derechos humanos de contenido convencional.

La jurisdicción universal, cuyos antecedentes se remontan a Grocio, consiste en atribuir competencia a los tribunales de cualquier Estado para el conocimiento, enjuiciamiento y sanción de delitos de DPI, independientemente de la nacionalidad del autor, cómplices, encubridores y sin tomar en cuenta el lugar de su comisión. Se pone de manifiesto que hay un interés general de la humanidad ante graves violaciones a los derechos humanos para su represión, enjuiciamiento y sanción.

De modo que la jurisdicción universal consiste en la capacidad del Estado de perseguir, juzgar y someter a sus propias leyes hechos sobre los cuales no tiene conexión. No obstante, le atribuye a los tribunales de justicia propios la competencia de conocer sobre los mismos, como surge del art. 118 CN. Se delimita la materia constitucional al derecho de gentes.<sup>(20)</sup>

En nuestro país funciona la jurisdicción universal penal, por la naturaleza del delito —cuando vulnera el derecho de gentes—, prescindiendo del lugar en que se haya cometido, la nacionalidad del autor, la nacionalidad de la víctima, o cualquier otro nexo con el Estado.

Por la gravedad de estos delitos internacionales, se incluyen cláusulas por las que los Estados se obligan a adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas y de cualquier otra índole para perseguir, enjuiciar y sancionar a los responsables, independientemente de que residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos, sean nacionales de ese Estado, de otro Estado o sean apátridas.<sup>(21)</sup>

---

(19) En el art.102, actual art. 118.

(20) Se cuentan como antecedentes de jurisdicción universal los siguientes temas contenidos en convenciones: piratería en alta mar, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, crímenes contra la paz, torturas, tratos crueles inhumanos o degradantes, desapariciones forzadas, *apartheid*, captura ilícita de aeronaves, toma de rehenes.

(21) Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen de *Apartheid*. Resolución 3068 (XXVIII) de la AGNU, 30/11/1973.

Para los delitos del derecho interno no existen mecanismos por los cuales el Estado ceda o admita prórroga de su jurisdicción para el juzgamiento dentro de su territorio. Constituye un ejercicio soberano legislar para organizar su justicia, aplicarla para la materia penal, admitir que en otro país se juzguen crímenes comunes cometidos en sus fronteras, salvo supuestos taxativamente normados. El CP en su art. 1 establece que se aplicará: "1. Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción. 2. Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo".

Otra diferencia se basa en la importancia que cobra el principio de inocencia y el de culpabilidad en el derecho interno. En cambio, frente a los delitos del DPI se aplica el "principio de la culpabilidad por el dominio del hecho". Este principio se basa en que los sujetos son responsables penalmente si conocían, debieron conocer y no hicieron nada para impedirlo; no denunciaron, siendo agentes del Estado o particulares que actuaron con la aquiescencia del Estado, respondiendo según la cadena de responsabilidades desde el superior jerárquico hasta los subordinados.

Se analiza la responsabilidad por la fungibilidad del ejecutor; como lo sostiene Claus Roxin, se sanciona "al hombre de atrás", el que da las órdenes,<sup>(22)</sup> determinándose la culpabilidad por la responsabilidad funcional en la cadena de ilícitos, desde el inicio del delito internacional, hasta el destino final.

También se diferencian en cuanto a la legitimidad de la sanción con una pena. En el derecho penal interno, dentro del derecho penal de acto, la pena se impone en defensa de la sociedad, con un criterio de prevención especial positiva; siempre dentro de un Estado limitado en el ejercicio del *jus puniendi*, se cuantifica la pena según la culpabilidad y la gravedad del hecho.

En los delitos de DPI, la legitimación de la pena está dada por el derecho interno y por el derecho exógeno. Existe un doble derecho sancionador.

(22) El que sabe que sus órdenes serán ejecutadas por agentes regimentados; el que, a su vez, siempre contará con agentes "fungibles" capaces de cumplir y ejecutar las órdenes de esa organización criminal estatal a la que pertenece.



Los actos u omisiones provocadores de materialidad dañosa, con menoscabo de los derechos de terceros, que afectan gravemente los derechos protegidos por la comunidad internacional, que constituyen los más graves delitos contra la humanidad, deben recibir la más grave sanción penal, el máximo de la escala penal del derecho interno o internacional. Deben ser ejemplares, porque cuando se producen, no importa el lugar de la comisión, siempre ofenden y ponen en peligro a toda la humanidad. Por esta razón, y para que siempre sea efectiva la pena, estos crímenes son imprescriptibles y habilitan la justicia universal para su enjuiciamiento.

El Estado argentino, de manera generalizada, asumió su responsabilidad y, por ello, el Poder Ejecutivo, por intermedio de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, a partir del 2004, se constituyó en querellante en los juicios donde se investigan crímenes de lesa humanidad sucedidos en el territorio del país por las fuerzas de represión estatal, por imperio de nuestra Constitución Nacional.

Dichos juzgamientos se realizan con los tribunales existentes en nuestra organización judicial los imputados son investigados y juzgados por los tribunales federales, en estricta aplicación del sistema jurídico constitucional y de los tratados sobre derechos humanos, respetando plenamente las garantías de las defensas y el derecho a la verdad y reparación de las víctimas. Debemos observar que en esta etapa del globalismo jurídico no sólo se asegura el derecho de los imputados, sino también el de las víctimas, sus familiares y de la sociedad funcionando como garantía de que graves violaciones a los derechos humanos no vuelvan a perpetrarse, y con el objetivo que estos procesos resguarden a los ciudadanos de la impunidad.

## 2.5 | Las luchas contra la impunidad con la democracia recuperada

Recuperada la democracia el 10 de diciembre de 1983, habiendo sido designado por el voto popular Presidente de la Nación Raúl Alfonsín, por la Unión Cívica Radical, asume manifestando un compromiso ético por los DD.HH. Recordemos que en el acto de cierre de campaña, recita por completo el Preámbulo de la CN de 1853, enfatizando los derechos del Estado de Derecho. Como uno de sus primeros actos como presidente, crea por decreto la CONADEP, arribándose al juzgamiento de las Juntas.

## Se substancian dos juicios paradigmáticos entre 1985/1986: El “juicio a las Juntas”<sup>(23)</sup> y el “Juicio Camps”.<sup>(24)</sup>

A partir de estas condenas, se produjeron dos movimientos militares de presión contra el gobierno de Alfonsín, conocidos como “Semana Santa” y “Monte Caseros”, logrando que el poder constituido —Poder Legislativo y Ejecutivo de la Nación— aprueben las leyes de “punto final”<sup>(25)</sup> y “obediencia debida”<sup>(26)</sup>, y habilitando un verdadero cepto legislativo y judicial.

.....

(23) Por el que se condenará A Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera —a prisión perpetua—, Roberto Viola, Armando Lambrischini y Orlando Agosti —a más de 16 años y 3 años de prisión, respectivamente—, quienes conformaron las juntas de la dictadura en la causa 13/84, sentencia 09/12/1985.

(24) Se condenar a otros cinco represores que integraban las conducciones: Ramón Juan Alberto Camps, Miguel Osvaldo Etcheolatz, Jorge Antonio Bergés, Norberto Cozzani y Ovidio Pablo Ricchieri, quienes recibieron penas que oscilaron entre 25 y 4 años de prisión, según la sentencia del 02/12/1986.

(25) En total violación a nuestro sistema constitucional, aunque el art. 102 de la CN de 1854 consagraba el derecho de gentes y la costumbre internacional en materia penal, los diputados y senadores de la Nación sancionaron la ley 23.492, de “punto final”, el 23/12/1986, que en su art. 1 preceptuaba: “Se extinguirá la acción Penal por presunta participación en cualquier grado en los delitos del artículo 10 de la ley 23.049 que no estuviere prófugo, en rebeldía o que no haya sido citado a prestar declaración indagatoria antes de los 60 días corridos a partir de la promulgación de la ley”.

Fue una amnistía encubierta: el plazo de 60 días corridos fue exiguo, se apartó irrazonablemente del principio de proporcionalidad que rige la prescripción y, como sostuvo el juez Maqueda de la CSJN en el considerando 28, se desconoció el rol de las víctimas y familiares para acudir al esclarecimiento y sanción de los responsables. Resulta difícil relatar la decepción que constituyó para los organismos de Derechos Humanos y parte de la sociedad civil, que se había opuesto tanto en el proceso como en el mismo momento que se perpetraban las violaciones, a dicha decisión.

(26) El “punto final” no había sido suficiente y para completar el círculo de impunidad en democracia, durante el gobierno de Alfonsín, se sanciona la ley 23.521 de “obediencia debida” el 04/06/1987, que en su art. 1 establecía que: “Se presume sin admitir prueba en contrario si a la fecha de la comisión de los hechos, revistaban el grado de oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales, personal de las FA, seguridad, policiales, penitenciarios, no son punibles por los delitos tipificados en el art. 10 punto 1 de la ley 23.049, por haber obrado en virtud de obediencia debida. La misma presunción se aplicará a los oficiales superiores que no hubieren revestido el grado de Comandante jefe, jefe de zona, jefe de sub zona, jefe de fuerzas de seguridad, policial o penitenciario, si no se resuelve antes de los 30 días de promulgada la ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de órdenes”.

Se creó mediante una ley del Congreso una presunción *iuris et de jure*, imponiéndole el Congreso de la Nación al Poder Judicial, cómo debía interpretar las conductas de las personas sometidas a su conocimiento y sobre las que debía fallar. Es de destacar el voto en minoría

Cerrando el círculo de impunidad de los poderes constituidos, el que fuera Presidente de la Nación entre 1989 y 1999, Carlos Menem, dictó los decretos de indulto 1002/1989 y 1003/1989.

Los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos pudieron vivir en el país sin enjuiciamiento durante muchos años, hecho que se demuestra con el dato que la próxima sentencia por graves violaciones a los Derechos Humanos, recién se obtiene contra Julio Héctor Simón con fecha 11/08/2006, dado que los juicios en trámite fueron archivados por las leyes de impunidad.

Sólo los procesos por apropiación de niños que estaban exceptuados de las normas de impunidad siguieron, con obstáculos, su curso, lo que se demuestra con el hecho objetivo de que durante quince años sólo se obtuvieron veintidós condenas por sustracción de menores y contra el agente de la DINA de Chile.<sup>(27)</sup>

Frente a este cerrojo legislativo y cepo judicial, dado que la CSJN de ese tiempo avaló las normas de impunidad, víctimas y organismos de DD.HH. agotaron los procesos en la vía interna y accedieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que dictó la resolución 28/1992 estableciendo que las leyes de impunidad —23.492 y 23.521— y el decreto de indulto 1002/1989 “Vulneran los arts. 8, 25, 1.1 y 2 de la CADH. Recomienda la investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables de las graves violaciones a los Derechos Humanos y una urgente reparación integral de las víctimas”.

.....  
del Ministro Bacqué que falló en contra de esta ley por inconstitucional porque violaba los arts. 1, 94, 95 y 100 de la CN y, posteriormente, presentó la renuncia a su cargo.

(27) A Rubén Lavallén y Raquel Leiro Mendiondo (18/02/1988); Eduardo Alfredo Ruffo (16/06/1992); Samuel Miara y Beatriz Alicia Castillo (22/12/1994); Enrique Lautaro Arancibia Clavel (miembro de la Dirección Nacional de Inteligencia de Chile con los fallos por los casos Prat-Cuthbert y Elgueta-Díaz Ureta el 20/11/2000); Ceferino Landa y Mercedes Moreira (28/06/2001); Jorge Luis Magnacco, Francisco Gómez y Teodora Jofré (22/04/2005), habiéndose tramitados todos en jurisdicción de Capital Federal. En jurisdicción de La Plata se condenó a Rodolfo Oscar Silva (25/02/1986), en Morón a Teresa Isabel González y Nelson Rubén (19/01/1988), a María Elena Mauriño (18/06/1996), a Teresa Mastronicola (05/06/2000), en San Isidro a Miguel Ángel Furci y Adriana María González (18/03/1993), a María Elvira Leiro (05/05/1998), a Norberto Atilio Bianco y Nilda Susana Wehrli (15/05/2000) y Hernán Antonio Tetzlaff (13/08/2001).

Con esta resolución comienza el recorrido de la deconstrucción de la impunidad, lográndose la sanción de normas reparatorias, el reconocimiento de la categoría de desaparecido forzado, iniciándose un largo y persistente camino de reclamos para conseguir el derecho a la verdad, justicia, enjuiciamientos y reparaciones.

Debe señalarse que a partir de que asume la presidencia de la Nación Néstor Kirchner en 2003, se adoptan como política de Estado los requerimientos históricos de las organizaciones de Derechos Humanos, lo cual es continuado y profundizado por la presidenta Cristina Fernández de Kirchner desde 2007, comprometiéndose el Estado al respeto del DIDH y al juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad, mediante un conjunto de actos jurídicos y políticos que permitieron proseguir con las investigaciones y los procesos, transformar los juicios de la verdad histórica en auténticos juicios penales. Es menester destacar que:

- La nueva composición de la CSJN a partir del 2003, la que profundizará el control de convencionalidad de leyes y actos de gobierno, receptando progresivamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las recomendaciones de la CIDH y demás Comités.
- La sanción de la ley 25.778 que le otorga jerarquía constitucional a la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad".<sup>(28)</sup>
- La sanción de la ley 25.779 que declara insanablemente nulas las leyes de punto final y obediencia debida. En discusiones parlamentarias se destaca la obligación de cumplir compromisos internacionales, el respeto del DIDH, que la CN de 1994 reconoce el derecho internacional del *ius cogens*, debiendo eliminar todo obstáculo para que la justicia investigue y subsane las infracciones al DIDH.<sup>(29)</sup>

.....

(28) La que establece: art.1: "...son imprescriptibles los Crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en tiempo de guerra o de paz"; art. 2 "Se aplica a los representantes de los Estados o a los particulares, en su carácter de autores, cómplices, quienes inciten, conspiran o representen al Estado, o toleren dichos crímenes"; art. 3 "Medidas para hacer posible la extradición a los imputados de crímenes de Guerra o de LH"; art. 4 "Obligación de los Estados para adoptar las medidas legislativas para que la prescripción a la acción o a las penas, no se apliquen para los crímenes de guerra o de LH".

(29) Sesión Cámara de Diputados de la Nación del 12/08/2003.

- La Cámara de Senadores de la Nación, en sus sesiones de los días 20 y 21 de agosto de 2003 sostuvo la obligación del Estado de reparar, tomando las exigencias de la Comisión IDH en su resolución N° 28/1992 y las Observaciones de la Comisión de DH de Naciones Unidas del año 2000.<sup>(30)</sup>

A partir de la nueva conformación de la CSJN, se refuerza la aplicación del DIDH. En el citado caso “Arancibia Clavel”,<sup>(31)</sup> se analizó el instituto de la prescripción y se afirmó que está basado en la inutilidad de la pena; en que el transcurso del tiempo entre el hecho y el juicio, o entre la condena y la ejecución, hace que la persona imputada no sea la misma o que el hecho pierda vigencia vivencial conflictiva; y que la excepción al instituto de la prescripción la constituyen los crímenes contra la humanidad, porque son delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha propuesto erradicar. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad consagra la imprescriptibilidad para esos delitos, implicando el reconocimiento de una norma vigente de *ius cogens*. En consecuencia, resuelve que la asociación ilícita (art. 210 CP) que tiene como objetivo la persecución de opositores políticos, por medio de homicidios, desapariciones forzadas y tormentos, también constituye un delito de lesa humanidad; al formar parte de una organización para cometerlo, con fundamento en el art. 7. 1. h) del Estatuto de Roma.

En el fallo “Simón”,<sup>(32)</sup> es interesante analizar las citas y la validez asignada por la CSJN al caso “Barrios Altos vs. Perú”, de la CortelDH, cuando debieron decidir cuestiones semejantes, sobre la nulidad de las leyes de impunidad 23.492 y 23.521 y la validez de la ley 25.779.<sup>(33)</sup>

.....

(30) Establecía que: 1. Las violaciones graves a los Derechos civiles y políticos durante el gobierno militar, deben ser perseguibles todo el tiempo necesario, con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de los autores. 2. Las leyes Punto final, obediencia debida y el indulto son inconsistentes para el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —PIDCP—. 3. Dichas normas privan a las víctimas de un recurso efectivo, en violación a los artículos 2 (2, 3), 9 (5). 4. Ha impedido una investigación sobre los desaparecidos, detenciones extrajudiciales, incluyendo el destino de niños apropiados.

(31) Fallo: 327:3312, 8/03/2005.

(32) Fallo: 328:2056, 14/06/2005.

(33) Llega a conocimiento de la CSJN una querrela formulada por Buscador Imperi Roa, con motivo de la desaparición de su hijo, José Liborio Poblete Roa, su nuera Gertrudis Marta Hlaczik y su nieta Claudia Victoria Poblete, el 28/11/1978 secuestrados por “fuerzas conjuntas”,

En el caso "Mazzeo", la CSJN falla en contra de la nulidad del decreto de indulto 1002/1989.<sup>(34)</sup>

Esta evolución jurisprudencial aplica los principios de universalidad, imprescriptibilidad, obligación de juzgamiento, responsabilidad del Estado, constituyendo en la Argentina un caso internacional paradigmático donde el juzgamiento en su territorio de crímenes del Derecho Penal Internacional, se substancian bajo la jurisdicción de los tribunales federales de la Nación, en estricta aplicación del sistema jurídico constitucional y de los tratados sobre Derechos Humanos, respetando el positivismo jurídico convencional de la más alta jerarquía normativa. Se están llevando adelante los enjuiciamientos, investigaciones y sancionando a los culpables, con todas las garantías del derecho de defensa y con el efectivo cumplimiento del derecho a la verdad y reparación a las víctimas.

.....

habiendo sido apoderada la niña con 8 meses de edad por el matrimonio compuesto por militar retirado Ceferino Landa y, su esposa, Mercedes Beatriz Land.

La parte resolutive: 1. Declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521; 2. Declarar la validez de la ley 25.779 y 3. Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales precedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de LH cometidos en el territorio de la Nación"

Como puede advertirse no sólo declara la nulidad de las leyes de impunidad, sino que deben continuarse con los procesos existentes, no pudiendo ser obstaculizado los nuevos juicios para obtener juzgamiento y sanción a los responsables.

(34) Analiza los precedentes de la CSJN y de la CIDH, destacando los siguientes considerandos: 5. "El valor justicia resulta de acordar a las víctimas, familiares y sociedad el acceso a la jurisdicción a los efectos que se investiguen los graves hechos calificados de LH"; 10. "El D. I. Humanitario y DIDH prescriben la obligación por parte de toda la comunidad internacional de perseguir, investigar y sancionar adecuadamente a los responsables de cometer delitos que constituyen graves violaciones a los DD.HH."; 14. "Que la CN en su art.102 recoge la tradición jurídica y el Derecho de gentes"; 22. "Que la Corte IDH ha impuesto las obligaciones de a) Esclarecer los hechos y responsabilidades, asegurando recursos eficaces, b) Garantizar los Derechos de acceso a la justicia y de protección judicial, c) Identificar y sancionar a los autores intelectuales, d) Adoptar disposiciones de Derecho interno que asegure el cumplimiento del art.2 CADH, e) El deber investigar y sancionar no tiene excepciones, f) Obligación de atender el Derecho de las víctimas y familiares, g) Imposibilidad constitucional de indultar a los autores de crímenes de Lesa Humanidad —Inconstitucionalidad del Decreto1002/1989—".

## 2.6 | Estado actual del juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad<sup>(35)</sup>

A partir de la jerarquización constitucional de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad” y la nulidad de las normas de punto final y obediencia debida, con la sanción de las leyes 25.778 y 25.779 en el año 2003 y el fallo de la CSJN “Simón” en el año 2005, comenzaron a reactivarse los juicios que se encontraban iniciados en todo el país, pero archivados, paralizados, lo que conducía a que las víctimas no accedan a poner en marcha los procesos.

Fue necesario sortear obstáculos normativos, políticos y culturales para el juzgamiento de las graves violaciones a los Derechos Humanos perpetradas durante la dictadura militar. Las oposiciones de los autores, coautores y quienes los apoyaron fue reeditando la teoría de los dos demonios, pretendiendo colocar en igualdad de condiciones a quienes dispusieron de todo el aparato estatal al servicio de la impunidad con los civiles que cometieron delitos o se opusieron al Estado terrorista. Se recrearon nuevas argumentaciones negacionistas del autoritarismo, en primer lugar negando los hechos, desconociendo las desapariciones forzadas, cuestionando a las víctimas, sosteniéndose que “algo habrán hecho” o “por algo será”, o que fueron la fuente de la violencia. En tercer lugar, cuando los juicios se pusieron en marcha, volvieron a utilizar procesalmente argumentaciones y recursos para cuestionar a los jueces federales.<sup>(36)</sup> Recién tres años después a la sanción de la nulidad de las leyes de obediencia debida y punto final, fue posible arribar a los juzgamientos y debates orales.

Se instaló el planteo acerca de si el juzgamiento debía ser por delitos de Derecho Penal Internacional —estando las opciones divididas entre genocidio y lesa humanidad—, o si se debía ajustar a la tipología del Derecho Penal interno.

---

(35) Los datos analizados corresponden a la información de la Procuración General de la Nación, Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las Causas por Violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado y del Seguimiento de la Secretaría de Derechos Humanos del MJS DH.

(36) Por ejemplo: se cuestionaron a los jueces naturales, opusieron prescripciones; se argumentó el principio de inocencia, la ley penal más benigna, la cosa juzgada.

Tomando en cuenta lo estrictamente normativo y los compromisos internacionales, veamos sus diferencias:

- La “Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”: en el art. 1 se afirma que el genocidio, cometido en tiempos de paz o de guerra, es un delito de Derecho Internacional, que se debe prevenir y sancionar. En el art. 2 señala: constituyen genocidio los actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo, b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo. En los arts. 3, 4, 5 y 6 se pena el genocidio, la asociación, instigación, tentativa o complicidad; serán castigados los gobernantes, funcionarios o particulares; se establece el compromiso de adoptar en el Derecho interno para establecer sanciones penales eficaces y se regula la obligación de juzgamiento en el territorio donde se cometió o cortes penales competentes que hayan reconocido su jurisdicción, estableciendo de esta manera el principio de universalidad del genocidio.
- La “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad”: en su art. 1 establece que son imprescriptibles: a) Los crímenes de guerra; b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz (...), así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política del *apartheid* y el delito de genocidio, (...) aún si esos actos no constituyen una violación del Derecho interno del país donde fueron cometidos; Los arts. 2, 3 y 4 establecen que se aplicarán a los representantes de autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores, cómplices, inciten, conspiren; como a las autoridades que toleren su perpetración; se deben adoptar todas las medidas internas para la extradición de los imputados; se deben adoptar todas las medidas internas, para que la prescripción de la acción penal o de la pena no se aplique a estos crímenes, y en caso de que exista sea abolida.
- El tribunal Militar Internacional de Nüremberg, para la persecución de crímenes de guerra del Teatro Europeo, según la Carta de Londres de 1945, en el art. 6 c) definía a los delitos cometidos contra el derecho de gentes: “Son crímenes de lesa humanidad los homicidios, exterminio, esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones basadas en fundamentos políticos, raciales o religiosos, sean o no violatorios del derecho doméstico del país que hayan sido perpetrados”. La calificación de los crímenes de lesa humanidad no dependen de la voluntad de los Estados Nacionales, sino del principio de *ius cogens*.



- Las cuatro Convenciones de Ginebra —12/08/1949—, ratificadas por la ley 14.467, mencionan los delitos internacionales perseguibles: crímenes de guerra, crímenes contra la paz, genocidio y lesa humanidad, imponiendo la obligación a los Estados de sancionar a los autores materiales e intelectuales de dichos delitos.
- Según la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, que elabora los siete principios de Núremberg en 1950, establece que son crímenes de lesa humanidad los siguientes actos cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzado de la población, encarcelamiento, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual comparable, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, nacionales, étnicos, culturales, de género desapariciones forzadas de personas el crimen de *apartheid* u otros actos inhumanos similares que causen graves sufrimientos o atenten contra la integridad física o salud física o mental.

Los delitos perpetrados por los imputados en los juicios que se sustanciaron/cian reunieron la característica de generalidad, porque los ilícitos se perpetraron a gran escala, extendido por todo el país, habiéndose probado que constituyó el accionar de la doctrina de la seguridad nacional y la aplicación del terror desde los más altos mandos.

La Corte IDH en “Almonacid, Orellano vs. Chile”, en la sentencia de fecha 26/09/2006, los define:

“Los Crímenes de Lesa Humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, dondequiera y cualquiera sea la fecha en la que se han cometido, serán objeto de una investigación y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y en caso de ser declaradas culpables serán castigadas. Por ello los Estados no adoptarán medidas legislativas, ni tomarán medidas de otra índole, que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación,

detención, extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de LH”.

Está basado en el principio de que no puede permitirse la impunidad, de que siempre debe primar la justicia. Por ello no se admite el silencio, el olvido, la tentación del olvido, porque debe primar la memoria y el derecho a la verdad, porque las dictaduras no sólo matan, torturan, secuestran, privan ilegítimamente de la libertad. Una dictadura, por definición, es un régimen secreto, es un régimen del silencio, es un régimen de represión de la palabra, de eliminación de las ideas y del disenso, lo que imposibilita que se tome conciencia, que socava las solidaridades, priva a los ciudadanos de la condición de tal. En definitiva, es un sistema que elimina al pueblo y que lo despoja de sus derechos.

Venciendo múltiples escollos de naturaleza diversa, se reinicia el camino del enjuiciamiento y sanción de los responsables. Como anexo al final de este trabajo se acompaña listado de causas judiciales en las que recayó sentencia por delitos de lesa humanidad, de 2004 a 2012.<sup>(37)</sup> Esos datos permiten afirmar que el enjuiciamiento de los responsables de los delitos contra el derecho de gentes, crímenes de lesa humanidad, es generalizado en Argentina; que se continúan superando los obstáculos legislativos, judiciales y políticos que impidieron el juicio y sanción a los actores de estos crímenes durante más de treinta años.

Los testigos y víctimas que participan en los procesos como querellantes y testigos advierten una gran diferencia respecto de su participación en el “juicio a las Juntas” en 1985/1986, porque en esa oportunidad no tenían la libertad que hoy expresan ante los tribunales orales de construir sus relatos y acontecimientos sin limitaciones ni restricciones. Se avanzó en el trato a las víctimas, quienes se sienten respetadas y contenidas con programas implementados por el Estado Nacional y de Provincias sobre protección a las víctimas, acompañamiento psicológico, protección y seguridad en los traslados a las víctimas, familiares, querellantes y testigos.

---

(37) Entre el año 2004 y 2006, el TOF N°1 de La Plata y TOF N° 5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —CABA—, se condenó a: Jorge Antonio Bergés (causa 1702) y Miguel Osvaldo Etchecolatz (causa 1702 y 2251); y Julio Héctor Simón (causas 1056 y 1207).

También la evolución jurídica ha reforzado el derecho a la verdad: nuestro país comenzó en los organismos y foros internacionales a darle contenido y visibilidad, sosteniendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos que "...la privación continua de la verdad sobre el destino de los desaparecidos, constituye una forma de trato cruel, inhumano y degradante para los familiares cercanos", tal como lo había sostenido en los casos "Goiburú y Otros", "19 Comerciantes" y "Trujillo Oroza", reafirmando que "El derecho de los familiares a conocer donde se encuentran los restos mortales, constituye una medida de reparación y una expectativa que el Estado debe satisfacer".

### 3 | Síntesis final

Siempre debemos recordar que la impunidad no oculta los crímenes, la idea que se impuso por décadas del **olvido y perdón** suponiendo que ello traería la paz, fue muy dañino. Aceptar la cadena de impunidades, las mentiras, los retardos de justicia, las exculpaciones de responsabilidades, fueron generando un verdadero "legicidio" que agigantó los sufrimientos, padeceres, búsquedas de las víctimas y sus familiares. Pero también fue generando un sentido de anomia de la norma por parte de la sociedad, la convicción de que las leyes existen, pero no se cumplen. Ese sentimiento es muy dañino para la democracia que tanto nos ha costado reconquistar.

Por nuestra condición de sujetos históricos, quizás no alcanzamos a dimensionar el fantástico aporte que Argentina está realizando para mejorar la vida en democracia y sanear las impunidades del autoritarismo. En tal sentido, debemos tener la certeza de que finalmente transitamos el camino correcto y que en el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad, nos hemos convertido en el gran laboratorio mundial en la lucha contra las graves violaciones a los Derechos Humanos. Rescatando los esfuerzos realizados por los Organismos de DD.HH., y la de las/os activistas y defensores de los DD.HH., las políticas de Estado implementadas no son en vano y seguramente tendrán como correlato más democracia, más respeto del Estado Constitucional de Derecho, los Derechos Humanos y de la libertad, tal como proyectaron y soñaron hace doscientos años nuestros ancestros, confiando que el principio de igualdad sería rector de nuestra sociedad.

---

# Servicios públicos en la actualidad

## Hacia políticas de utilización eficiente de los subsidios

por **DIEGO M. CORMICK**<sup>(1)</sup>

### I | Introducción

Uno de los conceptos que genera mayores discusiones en el derecho administrativo —ayer, hoy y siempre—, es el de servicio público. Estas discusiones, que bien pueden responder a cuestiones históricas, tienen un trasfondo muy importante: qué rol entendemos que debe encarar el Estado cuando de garantizar derechos de los particulares se trata.

Es así que, si entendemos que hay un grupo de servicios que deben ser garantizados en su utilización por particulares por el Estado (aunque ello suponga que éste tiene que redoblar esfuerzos), será desde allí que se establecerán los mecanismos para que esto así ocurra. Si, por el contrario, entendemos que todas las actividades prestadas por un privado son susceptibles de ofrecer un bien o servicio: para que sea consumido por los particulares, obteniéndose así un lucro, veremos toda intervención estatal como una traba a ese lucro. Pero, mal que le pese al liberalismo más acérrimo, el Estado está presente, salvo contadas excepciones, en toda actividad comercial:

.....

(1) Abogado (UBA). Docente (JTP) de Derecho Constitucional y Administrativo en la Universidad Nacional de Moreno y de postgrado —materia Servicios Públicos y Poder de Policía— en Carrera Postgrado de Especialización de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de La Matanza.

desde una simple transacción entre privados —exigiendo ciertos recaudos de capacidad y tipo de moneda a utilizarse—, pasando por el ejercicio de actividades comerciales —donde existe una mayor regulación con vistas a resguardar cuestiones de salubridad, moralidad, seguridad, en donde se limitan y regulan los derechos garantizados por la Constitución, actividad, como hace años señala Gordillo, mal llamada Poder de Policía—,<sup>(2)</sup> hasta grados máximos de regulación debido al interés público de la actividad que se desarrolla. En definitiva, en el mundo occidental en el que vivimos, el Estado regula la actividad de los particulares, en mayor o menor grado.

Ahora bien, en cuanto a los servicios públicos, se puede intentar definir su objeto y contenido, desde diversas miradas, pero con características comunes. Si bien en sus orígenes podíamos entender al servicio público en Francia como toda actividad realizada por la administración en forma directa, o indirectamente a través de terceros —definición cuyo objetivo era delimitar la competencia de los tribunales administrativos<sup>(3)</sup> respecto de la ordinaria—, esta definición hoy no tiene ese alcance. Así, Comadira nos dice que es "...un título jurídico, en sí mismo exorbitante, invocado por el Estado para dar satisfacción o, en su caso, asegurar la satisfacción de necesidades consideradas esenciales para el logro del bien común...".<sup>(4)</sup> A su turno, Barra, sin antes manifestar la dificultad de conceptualizar a los servicios públicos, entiende que son "...un instrumento idóneo para garantizar la satisfacción de ciertas exigencias sociales, cuando no se consideró conveniente dejar librada la actividad tendiente a tal satisfacción a la iniciativa privada".<sup>(5)</sup> Por su parte, Orlansky enfoca la cuestión desde otra mirada:

"...a partir de la reforma constitucional de 1994, para la generalidad de las actividades económicas, la competencia, y, por

(2) Profundizar en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, 9na. ed., Bs. As., F.D.A., 2009, Tomo 2: La defensa de usuario y del administrado. Ver texto completo en: [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com).

(3) MATILLA CORREA, ANDRY, "Derecho Administrativo y Servicio Público. Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica", p. 390 y ss. Ver texto completo en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/18.pdf>.

(4) COMADIRA, JULIO R., ESCOLA., HÉCTOR J., y COMADIRA JULIO P., *Curso de Derecho Administrativo*, 1ra. ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 2012, p.589.

(5) BARRA, RODOLFO C., *Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público*, Bs. As., La Ley, 1982, Tomo B, p. 363.

tanto, la libertad de acción y el 'mercado', son imperativos de la mayor jerarquía legal, independientes de los sucesivos gobiernos y de la orientación política y económica que los inspiren. Solo cabría exceptuar contados casos de sectores excluidos total o parcialmente de la competencia por regulaciones verticales particulares para cada caso, que en la terminología del constituyente podrían denominarse 'servicios públicos'".<sup>(6)</sup>

En un extenso trabajo, Aguilar Valdez va más allá en tanto entiende, siguiendo la tradición estadounidense más que la francesa, que existen diversos grados de regulación en la actividad económica, siempre teniendo en cuenta que existe un derecho constitucional "...a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados...",<sup>(7)</sup> y que lo que debe generar la regulación son las condiciones para un mayor desarrollo de la competencia, redundando ello en beneficio de toda la sociedad, y que toda regulación no deja de ser, en definitiva, transitoria, hasta lograr el citado objetivo.<sup>(8)</sup>

En suma, y reordenando un poco las ideas, existen ciertas actividades que, por su importancia para la sociedad en determinado momento, y por las características particulares de su prestación, no son susceptibles de ser prestadas en competencia sin distorsiones de mercado.

¿Por qué se decide declarar una actividad como servicio público? La respuesta no es única, pero hay ciertas circunstancias que suelen presentarse, como que, como fue expuesto, en un momento y lugar determinado, sea considerada,

"...por razones políticas expresadas en una ley del Congreso, que la actividad en cuestión satisface necesidades indispensables de la población por lo cual debe buscarse el acceso más

(6) ORLASNKY, LEONARDO T., *La defensa de la competencia desde el Derecho Público: su diseño institucional, su interacción con otras formas de intervención estatal en la economía y el procedimiento aplicable*. Ver texto en: <http://www.rafyalaw.com/articulos/513555178.pdf>.

(7) Art. 42 CN.

(8) Profundizar en AGUILAR VALDEZ, OSCAR, "Competencia y Regulación Económica, -Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio", en *Servicio Público, Policía y Fomento*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Bs. As., ed. Rap, 2003, p. 59 y ss.

amplio posible y debe cuidarse que no se desnaturalice ese acceso a través de la indebida discriminación entre los usuarios.”<sup>(9)</sup>

Estas actividades están necesariamente relacionadas con el ejercicio de derechos humanos relacionados con las condiciones de hábitat y vivienda (acceso al agua, electricidad y gas), del derecho al trabajo (por medio de un transporte accesible), entre otros. Muchas veces, la existencia de un monopolio natural es determinante. Esto es, que por determinadas características técnicas una empresa produce toda la producción de mercado con un costo menor que si existiese más de una empresa compitiendo. Ello, debido a la alta inversión inicial, no generándose al desmonopolizar un mayor beneficio ni para prestadores, ni para usuarios. Esto ocurre, a modo de ejemplo, en los servicios urbanos con una red de distribución (energía eléctrica, agua o gas).<sup>(10)</sup> Es entonces cuando, al existir un monopolio natural, el Estado regula para evitar que desde la posición dominante el proveedor del servicio establezca un margen irrazonable de ganancia en detrimento de los usuarios cautivos. Dicho de otra manera, regular el margen de ganancia de aquel que presta la actividad en monopolio; es decir, sin competencia.

## 2 | ¿Cómo financiar los servicios públicos?

Podemos decir que, establecidas estas actividades indispensables para la población, el Estado debe, a nuestro criterio, concentrar esfuerzos principalmente en:

- a. Promover el acceso a dichos servicios para un número cada vez mayor de habitantes, ampliando la red.
- b. Permitir el real acceso de un número cada vez mayor de habitantes por medio de un costo accesible de dichos servicios que no genere exclusiones económicas en su uso.

---

(9) MAIRAL, HÉCTOR, “El concepto de servicio público en el Derecho Argentino Actual”, en *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Bs. As., Ed. Rap, 2003, p. 232.

(10) Imaginémoslo, a modo de ejemplo, si existiera más de una red de gas, o de agua y cloacas en un mismo edificio. El costo para las empresas sería igual de elevado, dividiéndose los usuarios entre las distintas empresas.

Respecto de las posibles formas de ampliar la red, es un tema que, por su complejidad y diversas opciones, merece ser tratado en un trabajo independiente.

Ahora bien, el otro interrogante es cómo financiar los servicios públicos a ser utilizados por la comunidad.

La historia argentina, brevemente, conoce tres etapas bien marcadas en materia de prestación de servicios públicos.<sup>(11)</sup> Una primera etapa con prestadores privados bajo regulación estatal en materia de tarifas, calidad del servicio, entre otras. Dicha etapa la podemos situar entre las últimas décadas del siglo XIX y la década del '40 del siglo pasado. Luego, una segunda etapa en donde los servicios públicos eran prestados directamente por el Estado.<sup>(12)</sup> De esta etapa queda un saldo negativo en cuanto a la calidad de la prestación, opinión que permitió que la sociedad aceptara un rotundo cambio de paradigma. Es entonces como, desde la ley 23.696<sup>(13)</sup> de reforma del Estado como marco normativo, se inicia la tercera etapa, donde se privatiza la prestación de los servicios públicos, reservándose para el Estado el papel de regulador de dicho servicio. El esquema de la ley 23.696, en síntesis, se sustentó en declarar en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos en el art. 1, capítulo I, y en el capítulo II, a partir del art. 8, definir el procedimiento para la privatización total o parcial y la liquidación de empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas cuya propiedad pertenezca total o parcialmente al Estado Nacional.<sup>(14)</sup>

.....

(11) Para profundizar, entre otros, GORDILLO, AGUSTÍN, op. cit., cap. 6, pp. 2/6. Ver texto completo en: [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com). O bien, CASSAGNE, JUAN C., "Evolución de los principios aplicables a los Servicios Públicos y Problemas Actuales tras los Procesos de Privatización", en CARELLO, LUIS, *Derecho Constitucional y Administrativo*, Bs. As., Ed. Juris, p.470. O en COMADIRA, JULIO R., "El Derecho Administrativo como régimen exorbitante en el servicio público", en *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Bs. As., Ed. Rap, 2003, pp. 29/32.

(12) La crítica más común de esta etapa es que quien controlaba y quien prestaba el servicio era la misma persona.

(13) El texto completo de la ley 23.696 puede consultarse en: [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar).

(14) Este esquema neoliberal de Estado mínimo se encuentra en proceso de reversión: Correo Argentino, AySA, nacionalización de las AFJP, Aerolíneas Argentinas/Austral, expropiación de acciones de Repsol representativas del 51% del capital accionario de YPF, calificación legal de la producción y distribución del papel prensa como actividad de interés público,



Este esquema fue ratificado y elevado a una condición jerárquica superior: la reforma constitucional de 1994, con la incorporación del art. 42, fijó pautas atinentes a "...la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados..." y, en lo que respecta al papel del Estado, sin decir demasiado, a "...la calidad y eficiencia de los servicios públicos..." sin aclarar quién debe prestarlos, obligando a legislar para establecer "...los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional...".

El interés de un importante grupo de empresas extranjeras en participar de las licitaciones de concesiones de servicios públicos tuvo como aliciente la ley de convertibilidad, con la posibilidad de recaudar un dólar por cada peso argentino percibido<sup>(15)</sup> y los pliegos de condiciones de los distintos servicios licitados.

Este esquema de privatizaciones —si bien con sus críticas, por cierto,<sup>(16)</sup> (entre otras, la concentración económica que permitió y la falta de interés en analizar las diversas realidades regionales)—, en mayor o menor medida, y en algunos servicios concretos, tuvo algunas consecuencias positivas hasta 2001, puesto que, por ejemplo, se ampliaron considerablemente algunas redes: tales los casos de la duplicación de líneas telefónicas de 3 a 7 millones desde la privatización hasta 1997,<sup>(17)</sup> o la ampliación de la

.....  
asignación al Estado de un tercio de los medios de comunicación audiovisual y otro tercio a las universidades y ONGs.

(15) El art. 1, de la ley 23.928, dice: "Declárase la convertibilidad del austral con el dólar de los Estados Unidos de América a partir del 1° de abril de 1991, a una relación de diez mil australes (australes10000) por cada dólar, para la venta, en las condiciones establecidas por la presente ley".

(16) Entre otros, AZPIAZU, DANIEL y BASUALDO, EDUARDO, *"Las privatizaciones en la Argentina. Génesis, desarrollo y principales impactos estructurales"*, Sede Argentina, FLACSO, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2004. Ver texto completo en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/argentina/flacso/azpiazu.pdf>. Y AZPIAZU, DANIEL, *Privatizaciones y regulación pública en la Argentina: captura institucional y preservación de beneficios extraordinarios*, Sede Argentina, FLACSO, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Área de Economía y Tecnología. Ver texto completo en: <http://cdi.mecon.gov.ar/biblio/docelec/clad/cong6/6nov/38/azpiapi.pdf>.

(17) SACRISTÁN, ESTELA, "Naturaleza Jurídica de las Tarifas. Sistemas Tarifarios", en *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Bs. As., Ed. Rap, 2003, p. 797, en nota al pie; y URBIZTONDO, SANTIAGO "Las telecomunicaciones en la Argentina: Aspectos salientes de la experiencia reciente y perspectivas futuras", setiembre de 1999. Ver texto en <http://scholar.google.com.ar/scholar>

capacidad de transporte de gas entre 1993 y 1998, en 32,5 MM m<sup>3</sup>/día, lo que en términos porcentuales equivale a cerca del 45%;<sup>(18)</sup> o, en cuanto al sector eléctrico, con ampliación de red, dado que en los primeros diez años de la privatización,

“...y según datos de CAMMESA, la capacidad instalada del país verificó un crecimiento de casi el 75 por ciento. Asimismo, varias provincias del país renovaron parcialmente sus redes o aumentaron la extensión modificando más del 50 por ciento de su capacidad anterior. Sin embargo, en ese mismo lapso, el crecimiento no fue similar en el tendido de las redes de transporte. De hecho, su incremento no alcanzó al 30 por ciento”.<sup>(19)</sup>

Esto, como fue expuesto, tenía el fuerte atractivo para los inversionistas de poder obtener un dólar por cada peso, más allá de, claro está, todas las consecuencias negativas que tuvo este modelo económico para la sociedad argentina, que son de público conocimiento, y ajenas a este trabajo.<sup>(20)</sup>

### 3 | Los efectos de la salida de la ley de convertibilidad

Todo este sistema se desmorona con la caída de la convertibilidad. En enero de 2002 se sanciona la ley de emergencia económica,<sup>(21)</sup> la cual, en lo que aquí nos interesa, deroga la paridad cambiaria con el dólar y, en

.....

?hl=es&lr=&cites=3629985181041351198&um=1&ie=UTF-8&sa=X&ei=nRwUISiloWC8ASTpYCoCA&ved=0CC8QzglwAA

(18) Ver informe completo en: [http://www.enargas.gov.ar/Publicaciones/Informes/Anual/1998/Capit\\_5.pdf](http://www.enargas.gov.ar/Publicaciones/Informes/Anual/1998/Capit_5.pdf)

(19) Ver informe completo en: <http://www.fundelec.org.ar/informes/info0033.pdf>.

(20) Ver dichos trabajos en: <http://www.un.org/esa/desa/ousg/articles/pdf/fiszbein.pdf>, [http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/10722/lcg2179\\_arg.pdf](http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/10722/lcg2179_arg.pdf), <http://www.ucm.es/info/eid/pb/BusteloArg02.pdf>, [http://www.catedras.fsoc.uba.ar/mastrini/investigaciones/patrimonio\\_cultural.pdf](http://www.catedras.fsoc.uba.ar/mastrini/investigaciones/patrimonio_cultural.pdf)

(21) El texto completo de la ley 25.561 puede consultarse en: [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)

materia de servicios públicos, en su art. 8 establece que a partir de entonces, en los contratos de servicios públicos

“...quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio. Los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedan establecidos en pesos a la relación de cambio un peso (\$ 1) = un dolar estadounidense (U\$S 1)”.

Esto, sin lugar a dudas, tuvo un impacto determinante en la relación costo-beneficio de las empresas. En resumen, los insumos en dólares, en un principio, y los sucesivos aumentos de sueldo después, impidieron continuar con la política de autofinanciación de los servicios públicos —esto es, que los usuarios soporten el costo de los mismos—. Si bien la decisión política de ese momento de no aumentar las tarifas puede haber merecido críticas,<sup>(22)</sup> debemos recordar el contexto económico y social donde se toma esta decisión —esto es, sucesivos cambios de presidente, la mitad de la población viendo reducirse sus ingresos, cerca de un cuarto de desocupación, la mitad en condiciones de pobreza, y un cuarto en situación de indigencia—. <sup>(23)</sup> Esta decisión política no deja de entrever el objetivo planteado previamente para todo servicio público: al ser considerado como tal, generar las condiciones para que se pueda seguir utilizando. En una crisis socioeconómica sin precedentes, permitir que las tarifas acompañen el aumento del dólar, como así hubiera sido de respetarse lo pactado en los pliegos licitatorios de los servicios públicos, hubiera generado como efecto que un número importante de habitantes no pueda pagar las tarifas, quedándose los usuarios privados de aquéllos. Debe reconocerse, asimismo, que esto hubiera generado una enorme injusticia a favor de los prestadores. Como bien dice Perrino,

“...parece incuestionable que una alteración tan súbita y drástica en la relación de cambio entre el peso y el dólar (...) no

.....

(22) Ver notas en: <http://focoeconomico.org/2011/11/16/tarifas-y-subsidios-diez-anos-despues-lo-barato-sale-caro/>, y <http://www.losandes.com.ar/notas/2012/9/16/tarifas-servicios-publicos-667530.asp>

(23) Conforme Informe CEPAL año 2002. Ver texto completo en: <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/8/11188/Argenti.pdf>

podía ser trasladada a la tarifa de manera lineal y automática (porque no representaba adecuadamente el incremento de costos, y —en cualquier caso— por su efecto sobre la economía de los usuarios”<sup>(24)</sup>.

La misma ley, en su art. 9, autoriza al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos de servicios públicos, teniendo en cuenta:

“...1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas”.

Acto seguido, pero no menos importante, el art. 10 establece que: “Las disposiciones previstas en los arts. 8 y 9 de la presente ley, en ningún caso autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones”. Fue así que, con motivo de la apertura de dicha instancia de negociación se crea por decreto 370/2002 la Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos, luego reemplazada por la Unidad de renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos, creada por decreto 311/2003. Entre otras misiones, conforme señala el art. 1, posee la de:

“Llevar a cabo el proceso de renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuesta por la Ley 25.561, efectuando los correspondientes análisis de situación y grado de cumplimiento alcanzado por los respectivos contratos de concesión y licencia.”.

Este proceso tuvo, tras casi diez años, un resultado dispar, en parte debido a dificultades del organismo para reunir toda la información necesaria para evaluar el grado de cumplimiento de las empresas prestatarias del servicio, entre otras cuestiones.

---

(24) PERRINO, PABLO ESTEBAN, y DURAND, JULIO C., *Las tarifas de los servicios públicos*, Bs. As., La ley, Tomo 2009-E, p. 862.

Es entonces cuando, desde la ley de emergencia sancionada en el 2002 (se haya celebrado o no acuerdo con los prestadores de servicios públicos),<sup>(25)</sup> los distintos gobiernos han priorizado mantener las tarifas —o aumentarlas en un grado muy menor al oportunamente pactado en dólares, o a aquél que permita la autofinanciación—.

Como bien resume Perrino, cuando se resuelve congelar la tarifa o que la misma no acompañe los aumentos para permitir la autofinanciación, y existen costos que ascienden (importaciones, sueldos, entre otros), quedan sólo tres opciones:

“...será inviable en el largo plazo, a menos que se adopte una de las tres soluciones siguientes (o una combinación de ellas): (i) se adapta la tarifa, para remunerar adecuadamente todos los costos necesarios para que pueda prestarse el servicio en todos sus segmentos; (ii) se adapta el servicio —si ello es posible— reduciendo sus costos para acomodarlos a una tarifa menor, o (iii) se subsidia la diferencia, directa o indirectamente...”<sup>(26)</sup>

Como fue expuesto, coincidimos en que dada la situación económica y social en que se encontraba nuestro país en 2002, no era lógico aumentar las tarifas —respetando los contratos pensados en un paradigma anterior,<sup>(27)</sup> y trasladando a los usuarios todos los incrementos de costos de la tarifa—.

Desde allí, el gobierno, progresivamente, fue soportando los aumentos de costos en las tarifas, manteniendo —prácticamente— los precios anteriores a la salida de la convertibilidad.

Debemos entender que, existiendo emergencia económica sancionada por el Congreso Nacional,<sup>(28)</sup> es lógico que se piensen políticas públicas

---

(25) Para detalles caso por caso ver: <http://www.uniren.gov.ar/>

(26) PERRINO, PABLO E., y DURAND, JULIO C., op. cit.

(27) El popularmente “1 a 1”, en el que, al recaudar un peso, las empresas lo podían convertir automáticamente a un dólar. Los pliegos establecían, de hecho, que las tarifas estaban en dólares con índices de reajustes internacionales. Profundizar en AZPIAZU., DANIEL, op.cit., p.22.

(28) La cual fue prorrogada por sucesivas leyes, siendo la última la ley 26.729, que extendió la emergencia económica hasta el 31/12/2013.

desde el gobierno como para atenuar el impacto económico de servicios utilizados por una amplia gama de usuarios. Claro que, sucesivamente, el costo de los subsidios fue aumentando año tras año,<sup>(29)</sup> por lo que el esfuerzo del sector público en mantener el precio de las tarifas fue elevándose.<sup>(30)</sup> No obstante, compartimos el criterio de destinar parte de los recursos a subsidiar las tarifas, ya que no deja de ser una política con beneficios directos e indirectos: entre los más importantes, la reducción de costos que mejoran la competitividad comercial o industrial, y la posibilidad de, al tener que abonar menos en tarifas en servicios públicos, permitir a los usuarios volcar ese dinero en la economía, generándose mayor consumo, lo que redundará en más puestos de trabajo y mayor recaudación fiscal, entre otros.<sup>(31)</sup>

## 4 | Los subsidios hoy. Nuevos desafíos

La utilización de los recursos presupuestarios a la hora de fijar los sucesivos presupuestos anuales no deja de ser una definición política del Congreso Nacional. Es por eso que entendemos que así como a la hora de recaudar los principios de igualdad y proporcionalidad exigen que los ciudadanos "...deben contribuir al sustento del gobierno, lo más aproximadamente posible, en proporción con sus capacidades respectivas; esto es, en proporción con la renta que ellos gozan bajo la protección del Estado",<sup>(32)</sup> es igual de razonable que a la hora de destinar los fondos recaudados, el Estado oriente los mismos a aquéllos que menos tienen, lo que comúnmente se llama predistribución del ingreso,<sup>(33)</sup> aspecto en el que Argenti-

(29) Ver notas completas en: <http://www.lavoz.com.ar/columna/subsidios-argentina>, y [http://www.nuevasgeneraciones.com.ar/documentos2/\\_archivos/000008-Pol%C3%ADtica\\_Econ%C3%B3mica/000002-Detalle%20y%20evoluci%C3%B3n%20de%20los%20subsidios%20en%20Argentina.pdf](http://www.nuevasgeneraciones.com.ar/documentos2/_archivos/000008-Pol%C3%ADtica_Econ%C3%B3mica/000002-Detalle%20y%20evoluci%C3%B3n%20de%20los%20subsidios%20en%20Argentina.pdf)

(30) Ver nota completa en: <http://www.lavoz.com.ar/columna/subsidios-argentina>.

(31) Ver nota completa en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/economia/subnotas/208523-61272-2012-11-24.html>

(32) JARACH, DINO, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, 3ra. ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 1999, pp. 7/299.

(33) En materia de transporte, ver nota completa en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/cash/17-5473-2011-09-18.html>

na puede mostrar avances significativos respecto del coeficiente de Gini, conforme Informes de la CEPAL.<sup>(34)</sup>

Éste ha sido el nuevo horizonte planteado por la política de subsidios, que se comparte con más énfasis que el anterior. Si bien, como fue expuesto, la emergencia económica, según el propio Congreso Nacional se mantiene, los datos económicos y sociales sobre nuestro país han evolucionado notablemente, y los últimos años han dado margen para repensar la política de subsidios a los servicios públicos: se ha entendido que, por regla general, deben mantenerse y, en este sentido, es bueno el camino que se está recorriendo en tanto éstos se están reorientando a aquéllos que realmente los requieren —puesto que, de tener que abonar la tarifa sin subsidios, no podrían tener acceso a ellas y quedarían excluidos—.

En materia de transporte, la implementación del Sistema SUBE claramente puede iniciar el camino aquí planteado. El objetivo es pasar de las compensaciones tarifarias al transporte automotor de pasajeros de carácter urbano y suburbano, aprobado por el Sistema Integrado de Transporte Automotor (SISTAU)<sup>(35)</sup> —lo que contrarresta mayores costos en precio del gasoil, inversión en nuevas unidades, costos laborales, y otros—, a la atención de la demanda del usuario del servicio. Si bien este último se beneficia con una tarifa a bajo precio, no deja de ser un beneficiario indirecto, y no discriminado, de los recursos públicos. De esta manera, se requiere un doble esfuerzo para acceder a la información de los prestadores del servicio; esto es, para saber si realmente se destinan esos litros de gasoil subsidiados al transporte, por ejemplo.<sup>(36)</sup>

---

(34) Ver informes completos en: <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/45171/PSE2011-Panorama-Social-de-America-Latina.pdf>, y <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/2/48452/PanoramaSocial2012DocLPOR.pdf>

(35) Resolución N° 111/2003 y resolución N° 334/2004 de la Secretaría de Transporte.

(36) Subsidiando, quizás, ineficiencias o malos manejos empresariales por una incompleta información sobre la cantidad real de fondos requeridos para subsidiar el gasoil. A modo de ejemplo, ver el estudio efectuado acerca del costo de los salarios en el transporte urbano de Rosario, en donde el costo de los conductores influye hasta un 50 % del total, máxime teniendo en cuenta que, por licencias varias, se fue elevando desde 1,43 por vehículo (es decir, casi un conductor y medio o, dicho de otro modo, un conductor y casi medio conductor más teniendo en cuenta todos sus reemplazos), al elevado valor de 2,64 (es decir, por cada transporte, más de dos conductores y medio). Ver nota completa en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/cash/40-5645-2011-12-04.html>

El decreto 84/2009 implementa el Sistema Único de Boleto Electrónico (SUBE), orientado a unificar la forma de pago de todo el transporte urbano e interurbano del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA). Si bien en lo inmediato el decreto fue una forma de reducir el tiempo y costo perdidos en la búsqueda de monedas, el sistema permite tener real información sobre la efectiva demanda de cada transporte, las horas “picos”, sobre los usuarios que requieren de más de un transporte, sobre aquéllos que usan el transporte todos los días, y los fines de semana, sobre si se trasladan dentro de la Ciudad de Buenos Aires, o desde o hacia provincia, etc.<sup>(37)</sup>

Entendemos entonces que la Nación ingresa en una etapa direccionada a reorientar los recursos públicos hacia aquéllos que más lo necesitan — por su escaso poder adquisitivo, o por la cantidad de dinero que deben desembolsar a diario para trasladarse al trabajo o a otros lugares—. <sup>(38)</sup> Al respecto, se destaca que:

“...A partir de la aplicación del sistema, las políticas de transporte podrán apuntar a la distinción de tarifas especiales por horarios, grupos diferenciales de usuarios (beneficiarios de la Asignación Universal por Hijo, estudiantes, personas con capacidades diferentes, jubilados, personal doméstico, etc.) y eventos especiales. También será posible una integración tarifaria (posibilidad de realizar trasbordo sin volver pagar) y el otorgamiento de un subsidio a la demanda”.

Este objetivo es el que permitirá que el destino de los subsidios se conduzca hacia aquéllos que más lo necesitan, permitiendo, en consecuencia, un cambio de paradigma en la asignación de recursos que ya se ha iniciado

---

(37) Agrega el decreto 84/2009, que: “...con la implementación del SUBE, el Estado Nacional contará con mejor información estadística sobre movilidad de los usuarios del sistema de transporte, orígenes y destinos de viaje por modo de transporte, lo cual permitirá fortalecer las tareas de planificación, control de calidad de los servicios y fiscalización del sistema de transporte”.

(38) Éste es uno de los objetivos buscados desde su implementación en el Ministerio de Planificación Federal. Ver [//www.minplan.gob.ar/notas/1422-sube-sistema-nico-boleto-electronico](http://www.minplan.gob.ar/notas/1422-sube-sistema-nico-boleto-electronico)



en nuestro país, pasando de la generalización a una efectiva asignación, analizando cada caso.<sup>(39)</sup>

En su oportunidad,<sup>(40)</sup> hemos mencionado algunas experiencias internacionales sobre opciones de tarifas: opciones de tarifas mensuales, por zonas geográficas, trimestrales, del grupo familiar, de jóvenes, tercera edad. De hecho, en el Metro Bilbao, por ejemplo, se establece un programa que calcula, de acuerdo a la zona donde uno vive, a dónde viaja, la edad, y la periodicidad de viajes, el billete óptimo a adquirir.

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que la Nación está revisando qué subsidios corresponde que se abone y cuáles deben ser abonados por la Ciudad de Buenos Aires, y/o de forma compartida entre provincias, municipios, etc.

Este tema dista mucho de ser teórico, y de hecho, fue una de las trabas principales para que la transferencia del transporte se prolongara durante más de diez meses.<sup>(41)</sup> Priorizar una tarifa accesible para un número importante

.....

(39) Conforme resolución conjunta del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios N° 693/2011 y N° 1900/2011, se crea el grupo de trabajo para el análisis y estudio de la incidencia en los distintos sectores de los subsidios. Entre los considerandos vale destacar el que sostiene que: "...resulta obligación del Estado Nacional viabilizar los derechos constitucionales protegiendo a los sectores más vulnerables de la sociedad, es decir, los trabajadores, los jubilados, los pensionados, los usuarios y los consumidores, velar por la búsqueda de las herramientas técnicas y económicas que garanticen de manera eficiente y efectiva la consecución de los objetivos fijados por el Poder Ejecutivo Nacional". Se establece en el art. 3 que: "...el grupo de trabajo confeccionará informes que servirán de base para la revisión o adecuación del régimen de subsidios, que serán elevados periódicamente a los Ministros y podrá dictar la reglamentación necesaria para su funcionamiento".

(40) CORMICK, MARTÍN, "Red de subterráneos: Un necesario y postergado traspaso a la Ciudad de Bs. As.", en Infojus, Bs. As., 2011. Ver texto completo en: [http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk\\_seccion=documento&registro=DOCTRINA&docid=CF110196](http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento&registro=DOCTRINA&docid=CF110196)

(41) Claramente, nuestra postura es que al ser un servicio público local de la Ciudad de Buenos Aires, es este Gobierno quien debe afrontar el costo del servicio. CORMICK, MARTÍN, "Subterráneos: Transferir, adherir, aprobar y ratificar", en Infojus, Bs. As., 2012. Ver texto completo en: [http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk\\_seccion=documento&registro=DOCTRINA&docid=CF120028](http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento&registro=DOCTRINA&docid=CF120028). Respecto del impacto en los medios, ver las siguientes notas en: <http://ambito.com/noticia.asp?id=648698>, <http://www.infonews.com/2012/11/24/politica-48927-macri-financiera-el-traspaso-del-subte-con-aumento-de-peajes-patentes-y-nafta-subtes-la-tapa-de-tiempo.php>, <http://www.panoramaciudad.com.ar/2012/03/el-senado-aprobo-la-transferencia-del.html>, [http://www.clarin.com/ciudades/Subte-Ciudad-des-carta-rechazar-transferencia\\_0\\_643135775.html](http://www.clarin.com/ciudades/Subte-Ciudad-des-carta-rechazar-transferencia_0_643135775.html), y <http://www.lapoliticaonline.com/noticias/>

de usuarios implica, necesariamente, subsidiarla parcial o totalmente. De otro modo, el Estado ahorra en recursos públicos pero, en los hechos, reduce en cantidad de usuarios de los servicios públicos, como ocurrió este año con el aumento a \$ 2,50 de la tarifa del subterráneo.<sup>(42)</sup>

En cuanto a los servicios domiciliarios (agua, gas, electricidad), a comienzo de año se iniciaron dos procedimientos para reorientar eficientemente los recursos destinados a subsidiar las tarifas, ambos incluidos en la disposición conjunta 229/2011 y 810/2011 de la Subsecretaría de Coordinación y Control de Gestión y Subsecretaría de Presupuesto, del Ministerio de Planificación Federal, en la cual se elimina el subsidio, salvo pedido en contrario, de los barrios más acomodados de la Ciudad de Buenos Aires y Gran Buenos Aires. Previamente, por medio de la disposición conjunta 216/2011 y 733/2011, se aprobó en el Anexo I, el Formulario de "Renuncia Voluntaria al Subsidio". Más allá de la buena voluntad que evidencian las medidas, entendemos que estas medidas que buscan reorientar recursos profundizando la redistribución de ingresos no deben quedar sujetas a la voluntad de los usuarios. Con la misma pauta, podría establecerse a criterio voluntario de los contribuyentes el aporte de impuestos, cuestión que, va de suyo, y analizado desde antaño, requiere del poder coercitivo del Estado para percibir los tributos de los particulares.<sup>(43)</sup>

Si entendemos como lógica y razonable la quita de subsidios a los barrios más adinerados, bien podrían agregarse a este grupo a todos los edificios de categoría del resto de los barrios, o los inmuebles cuyos propietarios tienen ingresos superiores a una cifra determinada. Está claro que en el resto de los barrios existe numerosa cantidad de gente con capacidades

.....  
[val/80734/la-oposicion-pide-que-la-transferencia-de-subtes-y-micros-a-la-ciudad-sea-con-recursos-.html](http://www.clarin.com/ciudades/Fuerte-baja-pasajeros-subte-viajan_0_698330269.html)

(42) Ver nota completa en: [http://www.clarin.com/ciudades/Fuerte-baja-pasajeros-subte-viajan\\_0\\_698330269.html](http://www.clarin.com/ciudades/Fuerte-baja-pasajeros-subte-viajan_0_698330269.html)

(43) "Los vasallos de cualquier Estado deben contribuir al sostenimiento del gobierno a proporción de sus respectivas facultades, en cuanto sea posible esta regulación, esto es, a proporción de las rentas o haberes de que gozan bajo la protección de aquel Estado. Las expensas del gobierno, con respecto a los individuos de una nación, vienen a ser como los gastos del manejo de una gran hacienda, con respecto a sus varios colonos, los cuales sin excepción están obligados a contribuir, a proporción de sus respectivos intereses, al cultivo de aquel predio. En la observancia o en la omisión de esta máxima consiste lo que llamamos igualdad o desigualdad de imposición". SMITH, ADAM, *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, D. Josef Alonso Ortiz (trad.), España, Ed. Valladolid, 1806.

de contribuir —o soportar una tarifa más elevada, no subsidiada—. Al respecto, entendemos que debe profundizarse este camino de reorientación de subsidios a aquellos sectores de la sociedad que realmente necesitan de éstos para abonar las tarifas, dado que de aplicarse simplemente las reglas de mercado, aún pudiendo acceder a la red, no podrían luego costear el costo del servicio.

Con el objetivo de posibilitar el acceso a la mayor cantidad de usuarios que accedan a los servicios públicos, compartimos la idea que en su momento llevó al entonces presidente Néstor Kirchner a presentar un Proyecto de Ley estableciendo un “Régimen Nacional de Servicios Públicos”<sup>(44)</sup> que contemplaba, entre otros, además de tarifas justas y razonables, en su art. 22, un servicio solidario, para garantizar el acceso a hogares indigentes.<sup>(45)</sup> Más allá de la repercusión que tuvo en su momento,<sup>(46)</sup> y de las feroces críticas centradas en los efectos negativos que tales medidas tendrían para las inversiones, el Proyecto nunca se convirtió en ley.

La reforma constitucional de 1994, en su art. 42, como fue dicho, tuvo un fuerte interés en garantizar la calidad y eficiencia de los servicios públicos, pero nada se dice en cuanto a garantizar el acceso. Evidentemente, se orientan esfuerzos en garantizar la mejora de aquéllos que ya poseen la calidad de usuarios, sin atender al enorme número de personas que ni siquiera acceden al servicio. A modo de ejemplo, debido a la falta de cumplimiento de metas, al finalizar su contrato, Aguas Argentinas S.A. tenía un

.....  
(44) Ver Proyecto de Ley en: [http://www3.hcdn.gov.ar/folio.cgi-bin/om\\_isapi.dll?clientID=1067544058&advquery=0043-PE-04&infobase=tp.nfo&record={8687}&recordswithhits=on&softpage=projecto](http://www3.hcdn.gov.ar/folio.cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=1067544058&advquery=0043-PE-04&infobase=tp.nfo&record={8687}&recordswithhits=on&softpage=projecto)

(45) El art. 22 del Proyecto Régimen Nacional de Servicios Públicos, dice: “Servicio solidario. Se asegurará a los hogares indigentes, con respecto a las modalidades establecidas en la presente ley, el acceso a los servicios que se califiquen como esenciales según se determine en los marcos regulatorios sectoriales y la reglamentación. Sólo quedan comprendidos en dicho acceso el cargo por conexión o la tarifa hasta un nivel de consumo de subsistencia básica. Si tal acceso requiriera subsidiar total o parcialmente dichos conceptos a fin de reducir el impacto de esta disposición sobre las tarifas de los restantes usuarios y consumidores, el Estado Nacional contribuirá, en la medida que se encuentre reflejado en el presupuesto nacional, a financiar el costo en las proporciones, la forma y con los alcances que se establezcan en el marco regulatorio sectorial, el pliego licitatorio, el contrato o la licencia. El Poder Ejecutivo Nacional invitará a las provincias y municipios a contribuir con el financiamiento de este servicio”.

.....  
(46) Ver nota completa en: <http://www.lanacion.com.ar/630352-prohibirian-por-ley-cortar-los-servicios-a-los-indigentes>

déficit de cobertura dentro del área de concesión —en el caso del agua potable, más de un 1,5 millones de habitantes sin acceso al servicio y, en el caso de las cloacas, cerca de 3,5 millones—, lo que implicó claramente el déficit en los 17 partidos del Conurbano donde la empresa prestaba la concesión.<sup>(47)</sup> Ni siquiera la reforma constitucional de 1949, con una marcada presencia del Estado en la economía, se planteó este tema.<sup>(48)</sup> El objetivo de la nacionalización de los servicios públicos era entonces hacer prevalecer las decisiones políticas de la ciudadanía por sobre las fuerzas económicas,<sup>(49)</sup> por cierto cuestión nada menor ni carente de actualidad.

En definitiva, y a modo de conclusión, entendemos como positivas las medidas tendientes a reorientar los subsidios con medidas diferenciadoras que generen una real distribución del ingreso, teniendo en miras los dos objetivos fundamentales por los cuales, a nuestro entender una actividad es catalogada por su interés público como servicio público: ampliar la red y mejorar la calidad de los servicios, y, por su parte, establecer una tarifa accesible a toda la sociedad para garantizar el efectivo uso del servicio por toda la comunidad.

---

(47) Ver artículo en: [http://www.ina.gov.ar/pdf/ifrrhh/01\\_026\\_Tobias.pdf](http://www.ina.gov.ar/pdf/ifrrhh/01_026_Tobias.pdf). Otro ejemplo es el 19,4 % de habitantes que no poseen acceso a la red de gas al año 2009, conforme informe, el cual puede verse en: [http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo68/files/Bolet-n\\_Vivienda\\_press.pdf](http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo68/files/Bolet-n_Vivienda_press.pdf)

(48) El art. 40, conforme reforma constitucional de 1949, dice: "...Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaran en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine".

(49) Al respecto, ver discurso del Convencional Luder, en TERROBA, LUIS A., *La Constitución Nacional de 1949. Una causa Nacional*, 2da. ed., Bs. As., Ed. Fundación Ross, 2010.



# Debates sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad (primera parte)

por **DIEGO A. DOLABJIAN**<sup>(1)</sup>

## I | Aniversario

El 13 de octubre de 1862, el Congreso de la República Argentina sancionó la ley 27, todavía vigente, en la que quedó plasmado el control de constitucionalidad como atribución del Poder Judicial.<sup>(2)</sup>

Con motivo de cumplirse el 150 aniversario de la referida ley, estas líneas proponen rescatar algunos debates especialmente relevantes —pero acaso poco conocidos— que se han dado en nuestra historia institucional como un aporte para el análisis del tema del sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad.

Concretamente, se trata de mostrar, por un lado, que en nuestros primeros debates institucionales ya se encuentran muchas de las defensas y críticas que modernamente se formulan sobre el sistema vigente y, por otro lado, de advertir que en nuestros debates institucionales más recientes no se ha vuelto a discutir en profundidad el complejo problema del control de constitucionalidad como potestad de los jueces.

.....

(1) Abogado (UBA). Profesor de Derecho Constitucional (UBA).

(2) Ley 27, ADLA 1852/1880, p. 354.

## 2 | Debates

### 1852/1853: La Convención Constituyente de la Confederación Argentina

El 15 de noviembre de 1852 comenzaron las sesiones de la Convención Constituyente encargada de sancionar la Constitución de la Confederación Argentina, la cual concluyó su tarea el 30 de abril de 1853, siendo jurada la Constitución por los constituyentes el 1 de mayo de 1853 y promulgada por el general Urquiza el 25 de mayo de 1853.

Durante el debate constituyente, si bien se vertieron algunas consideraciones incidentales en relación al Poder Judicial Federal cuya creación se proyectaba, no hubo ninguna manifestación expresa en relación a la cuestión del control jurisdiccional de constitucionalidad.<sup>(3)</sup>

### 1857/1858: El Congreso de la Confederación Argentina

Entre 1857 y 1858, el Congreso de la Confederación Argentina debatió acerca de la organización de la Justicia Federal, sancionando la ley 182,<sup>(4)</sup> la cual bien puede considerarse el antecedente inmediato de la ley 27 de 1862.

Al respecto, resulta un dato interesante que el ministro y algunos legisladores que participaron en el debate legislativo de 1857/1858 habían sido convencionales constituyentes en 1852/1853.

## 2.1 | El debate en la Cámara de Senadores

El 18 de agosto de 1857 comenzó, en la Cámara de Senadores el debate del proyecto de la Comisión de Legislación y Negocios Constitucionales

---

(3) RAVIGNANI, EMILIO (coord.), *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Bs. As., Peuser, 1937, t. 4, pp. 403 y ss.

(4) Ver *Actas de las Sesiones de la Cámara de Senadores* de 1857 (p. 212 y ss.) y de 1858 (pp. 232 y ss.) y *Actas de las Sesiones de la Cámara de Diputados* de 1857/1858 (p. 504 y ss.). Respecto de la transcripción efectuada, se aclara que se han mantenido los textos originales introduciendo tan sólo una mínima actualización ortográfica para facilitar su lectura. En relación a los textos originales, se agradece especialmente a la Dirección de Referencia Legislativa de la Biblioteca del Congreso de la Nación Argentina.

elaborado con modificaciones en base al presentado por el Poder Ejecutivo, donde —en lo que aquí interesa— se establecía:

Art. 2: “Los Tribunales Federales procederán siempre con arreglo a la Constitución y las leyes nacionales que estén en conformidad con ella”.

Art. 3: “El primordial objeto de la Justicia Federal es mantener en vigor y observancia la Constitución Nacional en los casos contenciosos que ocurran, interpretando en ellos las leyes uniformemente y aplicándolas conforme a la Constitución, y no de otra suerte”.

Se dio inicio así a la discusión en general del proyecto.

Senador Zapata [miembro informante]: “...No necesito, señor, emplear muchas palabras para demostrar la necesidad y conveniencia de esta ley. Para esto me bastaría recordaros que ella es una prescripción constitucional, desde que nuestro Código fundamental como el de todos los países regidos por el sistema representativo republicano, hace del Poder Judicial uno de los tres altos Poderes del Estado: por manera que nuestra constitucionalidad práctica será incompleta mientras la Justicia Federal no esté establecida como lo están ya los otros poderes. Pero hay todavía algo más que observar a este respecto. Si nuestra Constitución Nacional tiene de común con las de todos los Gobiernos representativos la circunstancia de hacer de la Justicia una de las tres grandes ramas del Poder Público, posee además un rasgo especial muy característico y trascendental que no ha podido copiarlo si no de un modelo único y sin ejemplo entre todas las otras naciones antiguas y modernas, la Constitución de la gran República de la América del Norte. Ese rasgo característico consiste en haber hecho nuestros legisladores constituyentes, a imitación de los americanos del norte, de la Justicia Federal el guardián y mantenedor de la observación de la Constitución Nacional por la interpretación y aplicación uniforme y ajustada a ella de las leyes en los casos contenciosos que ocurran. De este modo la Justicia Federal viene a ser la gran rueda gubernamental del país, la garantía de todos los derechos, el moderador poderoso y constante, pero modesto y oculto bajo el disfraz humilde de un proceso particular, de los otros dos altos Poderes Constitucionales. Estas pocas palabras, señor, bastan para patentizar la necesidad e importancia de la ley que debe establecer y organizar la Justicia Federal de la República. Su ausencia hasta hoy día, forma un inmenso vacío en nuestro modo constitucional de ser,



impide en muchos casos el libre juego de nuestras instituciones y priva a muchos derechos del amparo y protección de las leyes por medio de los Tribunales que deben interpretarlas y aplicarlas. El Congreso ha tenido muchas veces motivo de palpar toda la gravedad de esta necesidad, no pudiendo en su carácter de poder simplemente legislativo resolver importantes cuestiones traídas a su seno, y que eran el resorte exclusivo del Poder Judicial encargado de la alta misión de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, disposiciones y actos que en sus cuestiones figuraban. El Ejecutivo Nacional también la ha palpado repetidamente en reclamos graves que a falta de los Tribunales Federales se han elevado a él, a los que unas veces ha tenido que dar una solución incompleta por la necesidad urgente que había de terminarlos de algún modo, empleando otras veces su influencia oficial con más o menos éxito para paralizar o neutralizar las malas consecuencias o dificultades consiguientes a la falta de una resolución legal y dejando finalmente algunos de ellos sin solución de ninguna clase por creerse constitucionalmente incompetente para darla. En suma, el país todo siente y deplora la ausencia de la Justicia Federal, única fuente de nuestra futura jurisprudencia constitucional y única autoridad competente para dirimir las cuestiones que bajo mil diversas faces pueden presentarse entre la parte de soberanía nacional; para resolver los conflictos que la falta de hábitos constitucionales hace frecuentemente surgir entre los diferentes poderes públicos de una Provincia y en fin para proteger a todos los habitantes de la Confederación en el goce de las garantías que les acuerda la Constitución contra la presión y extravíos de las Justicias Provinciales, cuando olvidan o infringen sus prescripciones. He dicho que la Justicia Federal es la única fuente de nuestra futura jurisprudencia constitucional, y esto me conduce a presentaros otra consideración poderosísima que reclama su pronto establecimiento entre nosotros. La Constitución Nacional y las leyes que en su consecuencia dicta el Congreso Federal, obligan a la Confederación y a cada una de las Provincias que la forman, porque según el art. 31 de la misma ellas son la ley suprema de la Nación, y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contenga las leyes y Constituciones provinciales. Los Tribunales de Provincia tienen pues que ajustar a ellas sus fallos y al juzgar tienen naturalmente que interpretarlas. Ahora bien: dejar la interpretación y aplicación de las leyes fundamentales y generales de la Confederación libradas a trece Tribunales o Justicias distintas e independientes unos de otros, sería entregar el país

a un caos en la materia más grave y de más interés. Y he aquí la necesidad de un Poder único encargado de hacer la interpretación y aplicación definitiva de esas leyes. Ese poder de la Justicia Federal que con la repetición de sus fallos ha de venir a formar la jurisprudencia nacional: y conviene que esto suceda cuanto antes, para que no tomen cuerpo de falsa doctrina los errores que se han cometido ya, y aún pueden cometerse en el curso de nuestra nueva vida Constitucional (...). Debo llamar muy especialmente la atención del Senado sobre una faz muy importante que tiene el proyecto y que debe ser muy bien comprendida porque de ella han de fluir teorías tan luminosas como sencillas para la práctica de esta ley, o más bien dicho, para el fácil ejercicio de la Justicia Federal. Los Jueces Federales están revestidos por la Constitución de un gran poder político en el ejercicio de sus funciones oficiales: cuyo poder emana del derecho que tienen de fundar sus fallos en la Constitución con preferencia de las leyes, o en otros términos, de no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales, y de juzgar también de la constitucionalidad de los actos gubernativos en tanto que ellos den lugar a un proceso hiriendo algún interés y que el individuo o parte perjudicada invoque la acción de los Tribunales. Ese inmenso poder político que a primera vista y en tesis general podría parecer muy alarmante y peligroso, no lo es en realidad desde que se tenga en cuenta que los jueces federales se han de mover siempre dentro de la órbita en que está encerrado todo Poder Judicial. Efectivamente: nuestros jueces federales, como los norteamericanos, y según las sabias doctrinas y teorías constitucionales de aquel aventajado pueblo, conservan en el ejercicio de sus altas funciones los tres caracteres distintivo de todo juez común. Conservan su primer carácter que es servir de árbitro entre partes; porque no obran jamás sin que haya contestación, ni juzgan sin que haya proceso. Mientras una ley no da lugar a una contestación y reclamo, el Poder Judicial Federal no se ocupa de ella: jamás pronuncia sobre una ley sin partir de un proceso, porque esto sería salir de su esfera para penetrar en el Poder Legislativo. Pero cuando con motivo de un pleito o proceso ataca no aplicando una ley relativa a este proceso, extiende el alcance de sus atribuciones pero sin salir de ellas, porque le es necesario en cierto modo juzgar primero la ley, pero juzgar enseguida el proceso. Conservan el segundo carácter del Poder Judicial que consiste en pronunciar siempre sobre casos particulares y no sobre principios generales. Perderían este carácter si atacasen directamente un principio general, sin tener en vista un caso particular, pues entonces desempeñarían una función muy

diferente de la de magistrado: pero no saldrán de su órbita natural, si para resolver una cuestión particular destruyen un principio general, es decir, no aplican una ley que juzgan inconstitucional estando seguros de que enervando de la misma manera con sus fallos cada una de las consecuencias de ese principio o ley, ésta se esterilizará y quedará al fin sin efecto. Conservan por fin el tercer carácter peculiar de todo Poder Judicial que consiste en no poder obrar, sino cuando se le invoca o es requerido. Los jueces federales son por su naturaleza pasivos: es preciso ponerlos en movimiento para que se muevan: que se les denuncie o acuse un crimen para que lo castiguen, que se les pida la corrección de una injusticia para que la corrijan o enmienden; que se les someta en fin un acto y se reclame de él para que lo interpreten y juzguen. Ellos no irán jamás espontáneamente y por sí mismos a perseguir al criminal, a buscar la injusticia o a indagar y examinar los hechos. Si así obrasen, desnaturalizarían su carácter pasivo, tomando una iniciativa que no deben tener y constituyéndose en censores de las leyes y de los actos. La conservación de los tres caracteres distintivos de que acabo de hablar, les está expresamente prescripta a nuestros jueces federales por los arts. 3 y 7 del proyecto como tendremos ocasión de conocerlo cuando entremos en la discusión particular de ellos. Así pues, desde que los Tribunales Federales argentinos no pueden pronunciar sino cuando hay litis o proceso, ni ocuparse sino de casos particulares, ni obrar sino cuando son invocados o requeridos, ellos llenarán los sabios propósitos de la Constitución sin salir de la esfera de sus atribuciones rigurosamente oficiales, y sin perturbar en lo menos el juego y el equilibrio de los otros poderes políticos. Su acción en el ejercicio del inmenso poder político que se les confiere por nuestro Código fundamental, ha de ser tan eficaz como limitada por su naturaleza misma. Lo primero, porque pocos actos gubernativos y leyes habrá que se escapen por largo tiempo al análisis judicial al fallo de la Justicia Federal desde que ellas ofendan o ataquen algún derecho o interés legítimo, individual y puedan ser reclamados ante los Tribunales; por manera que, desde el día en que se desconoce por estos la fuerza obligatoria de una disposición gubernativa o se rehúsa aplicar una ley en un proceso, ésta pierde inmediatamente una parte de su fuerza moral, advirtiendo a los que perjudica, que existe un medio de susstraerse legítimamente a su obediencia, entre tanto que multiplicándose los procesos y repitiéndose los mismos fallos, la disposición y ley inconstitucional cae naturalmente en completa impotencia. Lo segundo, porque los Tribunales Federales no han de entrar jamás en lucha con los Poderes

Ejecutivo y Legislativos ni aún erigirse en censores de estos, como sucedería si pudiesen atacar una disposición gubernativa o una ley en abstracto o de una manera teórica y general. Cuando la ataquen, no aplicándola por inconstitucional será sólo en el debate modesto y oscuro de un proceso y sobre una aplicación particular, que atenuará mucho la importancia del ataque; resultado de esto mismo que la disposición o la ley será herida en su fuerza moral como por casualidad y sin que se suspenda su efecto en general, porque sólo poco a poco y bajo los golpes repetidos de la jurisprudencia vendrá ella a sucumbir del todo, según la expresión de Tocqueville, el investigador más profundo y filosófico de las instituciones democráticas de la América del Norte. Entre tanto, siendo el interés particular, el encargado de provocar la censura de la ley o disposición gubernativa, y obedeciendo el Poder Judicial a la necesidad y obligación que tiene de administrar justicia al señalar las faltas del legislador o del Ejecutivo, se libra a estos de la posibilidad de ser atacados ligeramente y con frecuencia. Así es, repito, como se encuentra naturalmente limitada la acción de los Tribunales Federales en el ejercicio del gran poder político de que están investidos, según este sabio sistema, tan favorable al orden como a la libertad (...) La Comisión no tiene pues embarazo alguno al declarar por mi conducto, que para fijar bien sus ideas sobre cada uno de estos puntos, ha estudiado previamente y se ha ilustrado en las fuentes que ha juzgado más propias sobre esta materia: ha consultado la ley orgánica de la justicia federal de Norteamérica; los sabios comentarios de aquella Constitución por Story y Kent en la parte relativa al Poder Judicial, y las investigaciones profundas sobre aquellas mismas instituciones, del escritor francés cuyas observaciones filosóficas he mencionado y reproducido en otra parte, y sólo después de este estudio comparado con nuestro actual estado social; nuestras exigencias y medios morales y físicos con que contamos para establecer esta institución constitucional, ha puesto la Comisión su firma al pie del proyecto de ley que os aconseja. Debo agregar todavía algunas pocas palabras más sobre este Proyecto. En él, como en el primitivo que nos sometió el Gobierno, se ha procurado huir del excesivo recargo de detalles, o más propiamente, de disposiciones de carácter simplemente reglamentario, y con mucha razón. Una ley sobre materia tan grave y nueva como la presente y de resultados tan trascendentales en la práctica, debe ser lo más clara y concisa posible. Ella no debe contener si no las disposiciones sustanciales y aquellas que sean rigurosamente necesarias para su inteligencia y aplicación. Todo lo que salga de esta no pertenece

a ella, sino a una ley o código de procedimientos, que no tratamos ahora de dictar; o si se quiere, a los Reglamentos interiores por que han de regirse tanto la Corte Suprema como los Tribunales inferiores en la administración de la Justicia Federal. El proyecto tal cual se propone llena por ahora en el concepto de la Comisión todas las necesidades de la institución que por él se establece. Preciso es y prudente esperar que el tiempo y la experiencia de esta misma ley vengan a indicar sus vacíos, si es que los tiene, para darle entonces más expansión y desarrollo, antes que recargarla con disposiciones ajenas de su objeto principal y que pudieran contribuir más bien a confundir y hacer más difícil la inteligencia y aplicación de la parte verdaderamente sustancial de ella. He aquí, señores, las explicaciones que he creído conveniente anticipar sobre el proyecto puesto en consideración general, y espero que en la discusión particular, ayudado del señor Ministro autor del primitivo, y de los otros miembros de la Comisión, podré satisfacer las dudas o dificultades que suscitasen algunos de sus artículos. Entretanto, ellas bastan en mi concepto para decidir a V.H. a aceptar su sanción en globo”.

El proyecto fue votado en general y resultó aprobado por unanimidad; dándose comienzo a la discusión en particular que quedó trabada, en lo que aquí interesa, en los arts. 2 y 3.

En relación al art. 2:

Senador Arias: “Que veía consignada por este artículo la atribución más delicada que se daba al Poder Judicial Federal, cual era la de poder separarse o dejar de aplicar leyes nacionales que encontrase no estar en conformidad con la Constitución. Que esa atribución era muy peligrosa porque no sólo la había de ejercer la Corte Suprema de Justicia (en la que había mayor garantía de acierto, porque debía suponérsele compuesta de personas de distinguida capacidad y de luces) sino aun hasta de jueces federales inferiores. Que sin embargo de que reconocía el principio, veía muy peligrosa su aplicación si no se redactaba el artículo de modo que desapareciese esa omnipotencia que por el se daba al Poder Judicial. Que a su juicio debía establecer que cuando se sustraiga o prescinda de una ley, sea porque con ella se infringe muy terminantemente la Constitución; que podría por ejemplo decirse en ese caso: ‘procederán siempre con arreglo a la Constitución; y a las leyes nacionales que no estén en abierta oposición con el texto de la Constitución’”.

Senador Zapata: "Que el señor Senador que acababa de hablar había convenido en que no había peligro en acordar esa atribución a la Corte Suprema; pero que el señor Senador debía recordar que por la teoría del proyecto en discusión, era la Corte Suprema la que había de decidir en definitiva, con muy pocas excepciones, de todos los asuntos en que conociese la Justicia Federal, y muy particularmente de aquellos en que se comprometiese un principio constitucional. Que era de la esencia del sistema del Poder Judicial Federal y del constitucional mismo que se ha dado al país por su Código fundamental, el conferir a un Cuerpo o Tribunal Superior el gran poder moderador y regulador de los otros Poderes Públicos. Que era de la esencia, repetía, del Poder Judicial, esa atribución de censura o de enmienda de una ley o disposición gubernativa que fuese opuesto a los principios constitucionales, rehusando aplicarla o desconociendo su fuerza obligatoria en los casos particulares contenciosos que se pudieran suscitar ante cualquiera de los diferentes Tribunales de que se compone, y aplicando sí, el principio constitucional que aquella contrariase, sin decir nada de la ley o disposición gubernativa que quedaría enervada por solo ese hecho y para ese caso dado; pues que como había dicho otra vez, solo poco a poco y en fuerza de fallos repetidos, vendría a quedar sin efectos; de modo que aún cuando esos fallos serían dictados por los diferentes Tribunales de que se compone la Justicia Federal, como en definitiva había de conocer de ellos la Corte Suprema, sería ella la que vendría a formar la doctrina. Y concluyó el señor Senador expresando que no había objeto en hacer la alteración pedida".

Senador Arias: "Que él no había creído que no fuese demasiado delicado el ejercicio de esa atribución aún por la Corte Suprema; porque sería violento suponer que alguna vez no pudiese ejercerla dándole una mala aplicación; pues que en el seno mismo de la Cámara sucedía con frecuencia que se dudaba de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una medida que se discute, y que si esto sucedía en una corporación en que se encontraba reunida una copia, no pequeña de luces ¿cómo podía dejar de tener mucho de grave, en que un Juez cualquiera Federal pudiera sustraerse a la obediencia de una ley nacional sólo porque en su conciencia que podía ser errónea la encontrase opuesta o en pugna con algún principio constitucional? Que por eso era que pedía, que se expresase en el artículo que esa contrariedad fuese tan manifiesta al espíritu y si posible al texto mismo de la Constitución para que ese Juez al separarse de la

Ley, o excusar su obediencia, determinase el principio con cita del artículo constitucional, que aquella contrariaba”.

Ministro de Justicia del Campillo [que se encontraba presente en la sesión]: “Que aunque creía suficiente lo que muy luminosamente había expuesto el señor miembro informante para hacer desaparecer los temores que el señor Senador que acababa de hablar había manifestado respecto de esa omnipotencia que creía se confiere a la Justicia Federal por el artículo en discusión agregaría algunas consideraciones más. Que se trataba por el proyecto de establecer el tercer Poder Público del Estado que como los otros deriva sus atribuciones de la Constitución Nacional, siendo una de ellas la más importante tal vez, la que estaba consignada en el artículo en discusión, sin que eso hiciese superior ese poder a los otros, porque todos giraban en la órbita de sus facultades aunque ligados entre sí por la comunidad de propósitos, pero completamente independientes unos de otros en sus medios y formas de acción. Que así pues, si el Congreso dictase una ley para lo que la Carta no le facultaba, no sería ley, y sería monstruoso que el Poder encargado de mantener el cumplimiento de aquella, hubiese que someterse a esa disposición que le contrariaba, de donde resultaría, que la omnipotencia temida quedaría en el Congreso. Que se decía que habría muchos casos en que esa atribución sería mal aplicada por las últimas gradaciones de la Justicia Federal, pero que ese era su argumento contra la flaqueza de la condición humana, aplicable a todo sistema judicial; y que aún cuando tal sucediese la misma ley proveía a ese caso, cuando lo sujetaba a enmienda, bien por las cortes del distrito, o bien por la Suprema. Que sin embargo de que esta Corte (la Suprema) ejercía esta atribución en último grado, no podía serle exclusiva; que esta atribución es deferida al Poder Judicial y debe ser ejercida como todas las demás que le pertenecen por los Tribunales que lo componen, porque de lo contrario los Jueces inferiores se verían precisados a juzgar por un Código, y los Tribunales Superiores por otro, lo que sería un absurdo. Que aunque la facultad de juzgar las mismas leyes era de gravedad trascendental, si no hubiera de tenerla el Poder Judicial, habría sido mejor suprimirlos, o no darle la importancia que tiene entre los otros a los cuales la Constitución ha confiado el ejercicio de la soberanía popular”.

Senador Arias: “Que había dicho y repetía, que estaba conforme con el principio, y sólo había manifestado, su temor de que pudiera ser mal aplicado;

por los términos tan absolutos con que estaba redactado el artículo, los que podrían hacer comprender que la justicia federal, al excusarse de la obediencia a una ley, declararía a esta inconstitucional, lo que importaría, darle la facultad de derogarla o revocarla”.

Senador Zavalía: “Que después de lo que habían explicado los señores miembros informantes de la Comisión y S.E. el Ministro de Justicia, había creído, que ningún escrúpulo habría quedado sobre el sentido y la redacción del artículo en debate: pero que el honorable Senador que pedía su enmienda, insistía en su propósito, fundándose en que el artículo impone a la Justicia Federal la necesidad de declarar que una ley de la Confederación es inconstitucional, lo que importaba revocarla o derogarla: y es a esto a que se proponía responder. Que de ningún modo es éste el resultado de la redacción: sólo pide a la Justicia Federal un acto negativo; la prescindencia, la no aplicación en un caso particular, de una ley que ella juzgue en su conciencia ser contraria a las prescripciones de la Constitución. Que de este modo una tal ley vendría a ser ineficaz en la práctica, pero sólo por falta de cumplimiento y sin ruido, sin estallar el choque entre los altos Poderes del Estado: o como habían explicado luminosamente el órgano de la Comisión, por actos sucesivos y repetidos, que modestamente enervasen la acción nociva de una sanción inconstitucional. Que en esto no había esa gravedad que encontraba el honorable objeccionante. Que si bien las leyes del Congreso y las supremas disposiciones del Gobierno Nacional llevan consigo la presunción de ser ajustadas a los mandatos de la Gran Carta, pero que en lo posible cabía que alguna vez se lleguen a apartar de esa vía precisa; y es para entonces que esa ley previsoramente, estableciendo las funciones de la justicia federal, confiaba a su cuidado muy en conformidad con el espíritu de la Constitución, precaver los efectos de una sanción semejante: funciones de suave moderador para mantener el equilibrio de los Poderes Supremos. Que en esto, lo repetía, no encontraba nada de grave; y que esperaba que el honorable Senador quedaría satisfecho”.

Tras ello, se puso a votación el art. 2 y resultó aprobado por la mayoría.

Acto seguido, se puso en discusión el art. 3.

Senador Zapata: “Que había dicho en su primer discurso, refiriéndose a aquel artículo, que la acción de la Justicia Federal en el ejercicio del gran



poder político que le confiaba, había de ser tan eficaz, como limitada por su propia naturaleza. Eficaz, porque pocos actos gubernativos, y leyes habría que se escapasen por largo tiempo al análisis judicial, desde que llegasen a ofender o atacasen algún derecho individual que fuese reclamado ante los Tribunales de modo que, desde el momento en que estos reusasen en un proceso aplicar una ley o desconociesen la fuerza obligatoria de una disposición gubernativa, aquella y ésta perdía una parte de su fuerza moral, manifestándose así a aquellos a quienes perjudicasen, que existía un medio de sustraerse legítimamente a su obediencia; y que aquí, venía bien repetir lo que ya había dicho dos veces, y era, que multiplicándose los procesos, y repitiéndose los fallos, la ley o disposición gubernativa inconstitucional, caerían en completa impotencia. Que era limitar esa acción, por que ella solamente se había de hacer sentir en los casos contenciosos, en la aplicación particular de la ley sobre un hecho dado, de modo que desaparecería todo temor de invasión espontánea a los otros poderes públicos, y de la declaración en abstracto sobre las leyes o disposiciones gubernativas como inconstitucionales; que eso mismo probaba el rol modesto o inofensivo, aunque altamente importante de este poder. Que había creído conveniente reproducir estos conceptos, tanto por que ellos explicaban el artículo en discusión, cuanto por que ampliaban las explicaciones dadas a las observaciones hechas por un señor Senador por Salta, en la discusión del artículo anterior”.

Tras ello, se puso en votación el artículo y resultó por unanimidad.

Acto seguido, continuó la discusión del resto del articulado del proyecto durante varias sesiones, siendo finalmente aprobado por la Cámara de Senadores el 02/09/1857.

## 2.2 | El debate en la Cámara de Diputados

El 12 de julio 1858 comenzó en la Cámara de Diputados a la discusión en general del proyecto.

Diputado Funes [miembro informante]: “Que la Comisión de Justicia se había ocupado con la detención que requería la importancia de este asunto, de hacer un examen comparativo del proyecto pasado por el Ejecutivo

con el sancionado por el Honorable Senado y pasado en revisión a la Honorable Cámara, porque comprendía el rol que iba a desempeñar el Poder Judicial bajo el aspecto político. Que se limitaría, pues, a emitir algunas consideraciones para hacer notar la necesidad de que la Honorable Cámara sancionase cuanto antes este proyecto y las modificaciones que la Comisión había hecho en el del Senado y el presentado por el Gobierno. Que los Tribunales Federales tales como se plantean en el proyecto eran una especialidad, desde que tenían un carácter político, en virtud del cual iban a funcionar como uno de los altos poderes del Estado, a diferencia del Poder Judicial de otros países que sólo se ocupan en dirimir cuestiones entre particulares. Que decía que entre nosotros los Tribunales Federales iban a desempeñar un rol político, porque estaban encargados de conservar y defender la Constitución, y decidir en las causas que versasen sobre tratados con las naciones extranjeras, de los conflictos entre los poderes públicos, nacionales y provinciales, en las causas concernientes a Embajadores, Ministros públicos y consulares, extranjeros, de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima, de los recursos de fuerza, y de todas aquellas en que la Confederación sea parte; y finalmente que correspondía también a los Tribunales Federales contener los abusos de los demás poderes. Que como no era difícil que una mayoría dominante en las Cámaras apoyase una medida injusta o inconstitucional del Poder Ejecutivo, o que ellas por sí mismas, dictasen una medida de esta naturaleza apoyadas por aquel, la Constitución había creado un tercer poder, que por su naturaleza y atribuciones especiales, evitase ese grave mal, defendiendo los principios consignados en ella y las leyes generales; y era por eso, que aquella para garantizar la independencia de los Tribunales Federales sólo establecía la inamovilidad de sus Jueces. Que la Comisión para alejar hasta la sospecha de dependencia respecto de ese poder destinado a desempeñar tan alta misión, y comprendiendo la necesidad e importancia de que pudiese funcionar libremente en la órbita de las atribuciones que la Constitución le acuerda, se había fijado en los arts. 42, 43 y 44 del proyecto sancionado por el Honorable Senado; que no podían admitirse sin falsear por su base los principios que él (el señor Diputado) había sentado; y por esa razón, la Comisión había creído necesario presentar el proyecto en discusión, modificando en los expresados artículos el proyecto del Senado y el del Gobierno, pero conformándose en todo con los principios consignados en la Constitución y con su texto, y evitando en lo posible todas aquellas prescripciones que pudieran poner

a los otros poderes, para garantizar la libertad de sus procedimientos. Que el Poder Judicial, constituido en esa independencia, merecería el respeto de los pueblos y de los otros poderes del Estado, para llenar la alta misión que la Constitución le había confiado, misión que tenía por objeto dar una interpretación uniforme a las leyes, y que suponía la mayor instrucción y probidad en los Jueces Federales. Que podría sin embargo, suscitarse alguna alarma al ver que a este poder se concedían atribuciones tan poderosas que casi podía llamarse la omnipotencia en el sistema representativo que nos rige, pero que ese temor se desvanecería al considerar que ningún poder podía aspirar a despotizar sin contar con los elementos necesarios para conseguirlo, como la fuerza física, etc. Que si se concediesen, por ejemplo, al Poder Legislativo las facultades que competen al Judicial concediendo al mismo tiempo que está encargado de dictar la ley, la facultad de interpretarla y aplicarla a su arbitrio, era claro que se le pondría en el caso de dictar leyes que viniesen a falsear la Constitución, sin que ese mal tuviese remedio alguno. Que si esas atribuciones se concediesen al Ejecutivo, como este poder tenía la fuerza, era también claro que era más apto para la usurpación de las atribuciones de los otros poderes, y entonces se vería pesar esa acumulación de facultades sobre la Nación, anulando a los otros poderes; y era por esta razón que en nuestro sistema debía desconocerse el recurso de la fuerza para mandar, de manera que un individuo pudiera ser protegido contra el abuso de cualquier poder sin recurrir a ella. Que esto era, pues, lo que se conseguiría con los Tribunales Federales: Que la Justicia Federal, interpretando las leyes uniformemente, en cualquier parte que se hubiese violado el derecho de un pueblo, o de un individuo, le dispensara su protección, sin que pudiera temerse un avance de su parte desde que no tiene fuerza ni la iniciativa de la ley, y sería siempre un muro contra el abuso de los otros poderes, desde que no podía aspirar a la usurpación, y sólo influir por el legítimo poder de la razón y de la ley. Que estas breves consideraciones eran bastantes en su concepto para que la Honorable Cámara comprendiese las ventajas que presentaba este proyecto, y la necesidad de plantear cuanto antes los Tribunales Federales (...).”

Diputado Quesada: “Que votaría en favor del proyecto en el concepto de que el pensamiento general de él era dar una ley orgánica de los Tribunales Federales; pero que estaba en oposición a algunas de sus bases y se reservaba combatirlas en la discusión en particular”.

Tras lo cual se puso a votación el proyecto en general y resultó aprobado por unanimidad, dándose comienzo a la discusión en particular que, nuevamente, quedó trabada —en lo que aquí interesa— en los arts. 2 y 3.

En relación al art. 2:

Diputado Quesada: “Que iba a manifestar los fundamentos que tenía para oponerse a la última parte del artículo en discusión, en la parte que dice ‘y a las leyes nacionales que estén en conformidad con ella’ porque encontraba en esto, una atribución ilimitada para aplicar o no las leyes, según las considerase el Poder Judicial; bajo esta base difería esencialmente de todos los tribunales judiciales del mundo, no habiendo otro ejemplo análogo, sino en los Estados Unidos de la América del Norte, y que consideraba esta imitación inaplicable, tanto por las especialidades del país argentino, como porque la Constitución Nacional es más centralizadora que la de Norteamérica. El rol de los Tribunales de Justicia debe reducirse a aplicar las leyes dictadas por el Cuerpo Legislativo, ciñéndose al texto expreso, porque a medida que la aplicación de la ley es más imparcial, ofrece el Poder Judicial mayores garantías, sin que pueda quedar al arbitrio del juez la facultad de aplicar o no una ley, cuyo cumplimiento se solicita; porque esto importaría conceder la arbitrariedad como base de la Justicia quedando los derechos y obligaciones que reglan las relaciones de hombre a hombre, sujetos a la voluntad arbitraria de los jueces. Que no es del rol del Poder Judicial juzgar las leyes sino aplicarlas a los casos ocurrentes: que cuando se ocurre a un Tribunal de Justicia no es para preguntar si una ley es equitativa, constitucional o no, sino para pedir su cumplimiento, haciendo real su prescripción escrita, y sobre esta base inamovible reposa entonces la seguridad de los derechos y las garantías más apetecibles de la vida civil. Que cuando el Congreso ha dictado una ley que ha mandado cumplir al Poder Ejecutivo, esa ley lleva la presunción legal de constitucional sin que a nadie ocurra que hay un poder que pueda excusarse de cumplirla, porque entiende que no es conforme con las doctrinas de la Constitución; pero que desde que se organice un poder con facultad de hacer este examen previo, se desprestigia la ley, se mina el principio de autoridad, tan esencial para la conservación del orden en el país; se altera el rol de la magistratura, elevándose un poder omnipotente y vitalicio, que puede sordamente minar los otros poderes y convertirse en un poder político absorbente o irresponsable. Que el Poder Judicial, organizado bajo las bases del proyecto que se discute, tiene la facultad

de examinar precisamente la constitucionalidad de las leyes, de aplicarlas, o no, según entienda la doctrina constitucional, pudiendo mezclarse en esta interpretación los intereses y pasiones de los partidos, con perjuicio de los derechos y garantías del individuo; que lo arbitrario sirve entonces de fundamento para los juicios y la vaguedad de las doctrinas de excusa para la injusticia de las sentencias. Que recordaría lo que dice Tocqueville hablando del Poder Judicial de los Estados Unidos, que se necesitan para desempeñar estas funciones no sólo jurisperitos, sino hombres de estado, capaces de discernir el espíritu de su tiempo, afrontar los obstáculos para mantener aquel poder tremendo sin abusar de él; que el día que jueces imprudentes o corrompidos desempeñasen tales funciones, peligraba la paz y la unión; que por esto temblaba al pensar la facultad omnipotente que se intentaba conceder a la Suprema Corte. Se teme que el gobierno democrático, siguiendo las tendencias que dominan sus poderes, concentre toda su fuerza en el Poder Legislativo por ser el poder que emana más directamente del pueblo, y que dictando leyes que ataquen la Constitución, ésta sea anonadada, y para evitar este temor pueril, se pretende crear un tribunal que tenga el poder de cumplir o no las leyes, desprestigiándolas y anulándolas lenta y oscuramente; que se permitiría examinar cual de estos dos sistemas ofrecía más peligro, si el confiar en el Poder Legislativo y cumplir su mandato, o dejar al Poder Judicial el juzgamiento de las leyes y su aplicación o no. Que si era cierto que el Poder Legislativo podía dictar leyes inconstitucionales, la Constitución había tomado todas las medidas preventivas para evitarlo; que la renovación periódica de la Cámara, su organización, el mecanismo observado para dictar las leyes, el veto concedido al Poder Ejecutivo eran garantías suficientes de que cuando la mayoría sancionaba una ley, esa ley debía ser respetada legal y constitucionalmente y por tanto cumplirse. Que no debía haber poder alguno que le negase su valor legal, sin exponer la sanción del Poder Legislativo a un desprestigio completo. Que por el contrario, la organización del Poder Judicial, la inamovilidad de los Jueces, lo reducido del número, lo oscuro del debate, ofrecía menos garantía en este poder y aumentaba los peligros de que abusase del tremendo poder de cumplir o no las leyes. Que si en los Estados Unidos se encontraba organizado ese poder bajo estas bases, era preciso recordar los antecedentes históricos de aquel, y que creía encontrar un motivo y una explicación en el carácter del Parlamento Inglés, absoluto, constituyente y legislativo a la vez; y lógico es creer que las colonias al emanciparse recordaron la organización de la Metrópoli y

buscaron un contrapeso al Poder Legislativo, cuyo recuerdo les asustaba, y dieron entonces a la Suprema Corte de Justicia aquella facultad. Que entre nosotros todos los poderes eran limitados, fija la órbita en que funcionan y por tanto exenta de los temores que pudieran abrigar los norteamericanos al emanciparse. Que por estas razones creía más prudente, más conforme a la índole de los Poderes Argentinos, organizar la Justicia Federal para que aplique la ley su texto expreso, sin darle el poder de dejar de cumplirla, que por esto estaría por la supresión de las palabras: 'y a las leyes nacionales que estén en conformidad con ella'".

Diputado Funes: "Que el señor Diputado preopinante había impugnado el artículo en discusión, manifestando cierta extrañeza al ver que esa atribución sólo en Norteamérica se concede al Poder Judicial. Que si esa atribución pudiera traer algún inconveniente, desaparecería ante las razones que iba a aducir. Que si tuvieran algún valor los argumentos que el señor Diputado había emitido en contra de esa atribución, comparadas con las razones que los legisladores norteamericanos tuvieron para acordarla al Poder Judicial, sin duda que los escritores de Norteamérica habrían recordado esos argumentos, pero que lejos de sancionarlos, explicaban muy satisfactoriamente los motivos o fundamentos de esa atribución. Que se había querido defender al ciudadano en sus libertades hasta el mismo Poder Legislativo, y nada más natural que encomendar su defensa al Poder Judicial, que como había dicho antes, no podía abusar de sus atribuciones por su naturaleza y modo de proceder. Que si así no fuera ¿dónde recurriría un ciudadano que se viese gravado por los resultados de una mala ley? Que ya había demostrado en otro momento que ninguno de los otros poderes podía tener esta atribución sin abusar de ella, porque tendrían en su mano los medios de cometer avances que no debían temerse del Poder Judicial. Que en Inglaterra, el Poder Judicial no podía decirse poder político, desde que secundando al Monarca y a la Legislatura, desempeñaba un rol subalterno. Pero que nuestra Constitución había querido crear un poder soberano en el Judicial, había querido conferirle ese carácter político que se le daba en el proyecto, para que pudiera garantizar su independencia y conservarse a la altura de los otros poderes. Que se temía que ese Tribunal compuesto solamente de nueve hombres pudiera equivocarse alguna vez, pero que más debía temerse que cometiera errores y abusos el Poder Legislativo que se renueva periódicamente, y que como encargado de dictar la ley, podía falsear los principios de la Constitución si no hubiese un poder moderador encargado de sostenerla y defenderla, atribución

que era menos peligrosa en el Poder Judicial, porque éste al menos, no podía variar la Constitución, y marchaba sobre una base fija, la inviolabilidad de aquella, en que consistía la felicidad del país. Que, además, esos nueve jueces eran hombres que debían inspirar la mayor confianza, por las cualidades que se suponen en ellos, y si alguna vez abusaban, culpa sería del Poder Ejecutivo y del Senado, porque aquel no podía nombrarlo sin la aquiescencia de éste. Que si se consideraba, pues, que era un cuerpo numeroso el que iba a nombrar esos jueces, debían ellos inspirar la mayor confianza. Que a su juicio, esa novedad de la Constitución de los Estados Unidos era una garantía más de los derechos del ciudadano, y creía que desaparecerían los temores que se habían manifestado, si se consideraba que en aquella Nación se tenía la experiencia de cincuenta años, en los que esa atribución había sido siempre acatada por los pueblos, adquiriendo cada día mayor prestigio; y el señor ¿si vemos, pues, que allí produce tan buenos resultados, por qué no hemos e adoptarla nosotros?”.

Diputado Quesada: “Que el señor Diputado informante le había contestado con el argumento de la probidad que debía suponerse en los Jueces Federales. Que Tocqueville, en su conocida obra de la democracia en América, hablando del Poder Judicial de los Estados Unidos, decía: que si alguna vez la Corte Suprema llegaba a componerse de jueces malvados o ignorantes, el país se exponía a la anarquía o a la guerra civil, porque los Jueces Federales no sólo debían ser buenos ciudadanos, instruidos y honrados, sino hombres de Estado, capaces de discernir el espíritu de su tiempo, vencer los obstáculos, y separarse de la corriente cuando su ola amenaza llevar con ellos mismos la soberanía de la Unión y la obediencia debida a las leyes. Que él (el señor Diputado) creía que esos jueces serían capaces, atendidas las condiciones con que eran elegidos, pero que también podía suceder lo contrario, y siendo así no era prudente exponerse a esos males por el temor de que los poderes colegisladores dictando una ley, violasen la Constitución; que por ese temor se creaba un poder inquisitorial hasta cierto punto, sin fijarse que el mismo peligro que se concebía respecto de aquellos había respecto de éste, que podía aplicar la ley a su arbitrio, según comprendiese las doctrinas constitucionales, sin que hubiese una garantía fija de que la concebiría y aplicaría debidamente desde que pedía entrar en el terreno de las vaguedades, puesto que la Constitución sólo contenía principios generales. Que encontraba mayores garantías en todos los casos cuando se sabía de antemano que la ley escrita

había de cumplirse siempre por el Poder Judicial. Que había dicho que Norteamérica era el único país que había podido realizar esta novedad pero que ese ejemplo no podía ser seguido por nosotros por muchísimas razones, y entre otras, porque nuestra Constitución era mucho más central que la de los Estados Unidos; que nuestro Congreso tenía atribuciones de que carecía el de Norteamérica, que dictaba los códigos, y allí cada Estado se daba el suyo: que nuestro Poder Ejecutivo era más fuerte y central, y no necesitaba el contrapeso del Poder Judicial como se quería organizar, puesto que la Constitución limitaba la órbita de sus atribuciones de una manera clara e incuestionable. Que además de esto, si nuestra Constitución había creado tres poderes federales, es decir, nacionales, independientes y soberanos, no comprendía la necesidad de que se constituyese el Poder Judicial, con un carácter enteramente central y unitario, desnaturalizando el principio federal; porque esto sería establecer el Congreso de Indias con el título de Corte Suprema de Justicia Federal, con omnímodas facultades, y sin contrapeso ni equilibrio en los otros poderes. Que mejor sería ceñirse a las prácticas de otros pueblos, en los que el Poder Judicial aplicaba el texto expreso de las leyes a los casos ocurrentes; que consideraba esto más aplicable al modo de ser del país, su legislación y sus hábitos; que seguir la peligrosa práctica de Norteamérica de la que sus mismos defensores no ocultaban sus peligros, presentándolo como un fenómeno. Que él temía que ese fenómeno no pudiera realizarse entre nosotros, y que organizado ese poder así, fuese un obstáculo serio para el desenvolvimiento de la libertad en estos pueblos, en donde las garantías sociales eran una necesidad premiosa”.

Ministro del Campillo: “Que según lo que había oído, los señores Diputados que hacían oposición a este artículo estaban dispuestos a aceptarlo con la supresión de la segunda parte, que difiere a los Tribunales Federales la atribución de proceder con arreglo a las leyes nacionales que estén en conformidad con la Constitución. Que entre nosotros todos los poderes derivaban de la Carta y ninguno tenía facultad para variarla, y no sucedía como en Inglaterra donde el Parlamento tenía la facultad de modificar la Constitución. Que en la Confederación cualquiera ley que no fuese dada según la Constitución no sería tal, y por consiguiente no podría obligar al Poder Judicial que estaba encargado de sostener y defender los principios establecidos en aquella. Que creía, pues, más conveniente conceder esta facultad tan grande como parecía, al Poder Judicial, que poner la



omnipotencia en manos de los otros poderes, que podían coligarse y dar una ley que falsease los principios de la Constitución, desde que no podía presumirse que aquel llegase a ser temible, porque, como había dicho muy bien un señor Diputado, no tenía la iniciativa en la ley y sólo podía aplicarla en los procesos particulares que fuesen a su fallo. Que era necesario, además, hacer entender a los jueces que no tendría excusa en la constitucionalidad de una ley la inconstitucionalidad de sus fallos, porque era precisamente el primer deber de ellos sostener la Constitución contra todo ataque, venga de donde viniese. Que por estas razones era necesario decir en esta ley lo que ese Tribunal había de hacer: que se le daba una ley, y como poder soberano debía interpretarla y aplicarla o no, según que fuese conforme o contraria a los principios de la Constitución. Que por esta consideración, creía, que esa parte del artículo era una de las prescripciones más importantes, y que debía procurarse quedase consignada en ella; porque aunque nuestra organización no era perfectamente igual a la de Norteamérica, era, sin embargo, muy semejante, y por consiguiente, era de allí de donde habían de tomarse ejemplos, y no había un autor que tratase de las instituciones de los Estados Unidos que no hubiese notado ventajas en esta atribución de la Corte Suprema de Justicia”.

Diputado González: “Que estaba también en oposición a la segunda parte del artículo que se discutía, e iba a expresar las razones en que se fundaba su opinión. Que en todas partes el Poder Judicial era el encargado de aplicar la ley tal cual se dictaba por el Legislativo. Que además de esto, la Constitución no hacía más que sentar los principios generales, pero jamás descendía a organizar y reglamentar el ejercicio de esos derechos, ni preveía los casos particulares, porque esto era obra de la Legislación que complementaba aquella; era obra de las leyes que debía dictar el Congreso; que por consiguiente, si se dejaba al Poder Judicial la facultad de declarar si las leyes estaban o no conformes con la Constitución se le habría dado una atribución legislativa y una facultad de juzgar, que muchas veces sería arbitraria. Que cuando se presentaba un proyecto de ley lo primero en que se fijaba el Congreso era en que estuviese conforme con los principios de la Constitución, y que cuando declaraba que esa ley era constitucional sancionándola, siendo además aprobada por el Ejecutivo, había, por lo menos, una presunción muy fuerte en favor de la constitucionalidad de ella. Que por otra parte, el Poder Judicial tenía, como los otros poderes, atribuciones que estaban limitadas por la Constitución, y no sería

justo ni prudente extender esas atribuciones hasta el extremo de que un simple Juez de Sección, tuviese la libertad de decir, no aplico esta ley, porque no me parece arreglada a los principios de la Constitución. Que esta facultad tan amplia concedida a los jueces, podía muy bien convertirse en una arma poderosa, para detener la ejecución de leyes tal vez salvadoras del país a juicio de la mayoría que las había dictado, si esas leyes no fuesen aprobadas por los jueces federales, cuyos principios políticos podían ser contrarios (...) Me permitiré, señor, poner un ejemplo para patentizar este peligro. Supongamos que el Congreso en vista de los abusos cometidos, en las elecciones, dicta una ley privando del derecho electoral a cierta clase de personas que en su concepto no tienen la capacidad ni la independencia necesarias para votar. Esta ley que en mi opinión sería muy constitucional, podía muy bien tacharse de poco conforme al principio de sufragio universal, que según algunos, proclama la Carta; y no dársele ejecución por un Tribunal Federal, que faltaría para votar a las personas privadas de este derecho por la ley; que se presentasen reclamándolo, y atacando esa disposición como inconstitucional. He ahí, pues, como una medida política, tal vez salvadora de la situación del país, podía quedar sin ejecución, por la amplia facultad que se quiere conceder a los jueces federales de juzgar la ley antes de aplicarla. Pondré otro ejemplo más para demostrar con mayor claridad el peligro de esta atribución. Acaba de sancionar la Cámara una ley poniendo derechos diferenciales a la exportación. Los que hemos votado contra esa ley, creemos que ella ataca la libertad comercial concedida por la Constitución, desde que tiende a prohibir el comercio entre nuestros mercados y los de Buenos Aires y Montevideo. Si uno de los adversarios de esta medida fuese Juez de Sección, por ejemplo en el Rosario, y se presentase un comerciante pidiendo la exoneración del pago del derecho diferencial para llevar sus frutos a Buenos Aires; porque la ley en virtud de la cual se le cobraba ese derecho no era conforme a la Constitución, teniendo el juez que juzgar la ley y fallar según su conciencia, decidiría en favor del solicitante y en contra de la ley, que en su opinión no es conforme a la Constitución. Si el Juez fuese diferencialista, daría un fallo contrario; y de esta manera las leyes de más trascendencia para los intereses del país, estarían a la merced de la interpretación que les quieran dar los jueces federales. No es posible, señor, dejar nuestras leyes en esta incertidumbre; porque es quitarles la mayor ventaja que es la de dictar reglas claras y precisas, a las que los ciudadanos tienen que conformar sus actos. Las leyes confieren derechos y crean obligaciones que los hombres

contraen en la seguridad de que los jueces las han de aplicar tales cuales son, sin juzgarlas ni desobedecerlas. Estas son las razones que por ahora se me ocurren para oponerme a la sanción de ese artículo”.

Ministro del Campillo [que también se encontraba presente en la sesión]: “Que aceptaba de buena gana las explicaciones aducidas por el señor Diputado declarando que la Constitución sólo establecía los grandes principios que sirven de norma para las leyes reglamentarias; y aceptaba también la consecuencia de conservar esos grandes principios y evitar todo acto que pudiera falsearlo. Pero que era por esto, que la Constitución debía ser observada ante toda ley, y cuando una ley se opusiese a ella, debía considerarse como no existente. Que eso y nada más importaba la atribución que se quería conceder al Poder Judicial, es decir, la facultad de no aplicar esa ley cuando la creyese contraria a la Constitución. Que el señor Diputado que le precedía había supuesto algunos casos en que podría verificarse esto, pero que en esos casos no era un Juez de Sección el que había de decidir sobre la aplicación de la ley sino una personalidad más alta de la Justicia Federal. Que si un comerciante, por ejemplo, no quería pagar los derechos diferenciales y se quejase contra la ley ante un Juez de Sección, si éste se atrevía a declarar que esa ley no era constitucional, sin que su texto contrariase terminantemente la Constitución, podría ser acusado y el asunto vendría a la Corte de Distrito y en su caso a la Suprema Corte de Justicia Federal. Que no había más recurso que éste y otro cualquiera sería ineficaz para garantizar los principios de la Constitución. Que el señor Diputado opinaba que bastaría dejar a los jueces federales la libertad de aplicar un artículo constitucional en el caso de que la ley no estuviese conforme con él, pero que el señor Diputado confesaba entonces, que cuando una ley no estuviese conforme con los principios constitucionales, no debía ser aplicada por un juez; que a su juicio no podía tener otro espíritu ese argumento. Que quisiera que se le dijese, ¿de dónde nacería el derecho en los poderes colegisladores para obligar al Judicial a aceptar y aplicar una ley contraria a la Constitución siendo ese poder igualmente soberano e independiente que aquellos, según la Constitución, que era la suprema ley que designa a todos los poderes sus atribuciones? Que había dicho que nuestro sistema de Gobierno no era como el de otros países en que el Poder Legislativo podía hacer reformas en la Carta, y por esa razón eran tan altas las facultades del Poder Judicial; por eso una ley inconstitucional no podía obligar la conciencia de un Juez Federal, porque esto era

necesario para conservar el equilibrio de los poderes. Que no había, pues, inconveniente en que se concediese esa atribución al Poder Judicial que iba a fallar y aplicar la ley en los casos particulares según su conciencia. Que ¿por qué, pues, no había de dársele esta garantía, desde que ella no importaba otra cosa que la facultad de defender nuestros más preciosos derechos y los principios consignados en la Constitución, y siendo la Justicia Federal el único poder que no podía abusar de sus atribuciones?”.

Diputado Quesada: “Que no había escuchado una razón poderosa que destruyese los argumentos que se habían aducido en contra del artículo en discusión. Que se traía como argumento el temor, en cierto modo pueril, de que el Congreso abusase de sus atribuciones y no se temía que abusara la Corte Suprema de Justicia; que quisiera saber cuál era la garantía que ésta presentaba de ajustarse a la Constitución, cuando entraba en el juicio de la constitucionalidad de una ley y en la vaguedad de las doctrinas constitucionales, porque, como se había dicho muy bien por el señor Ministro, la Constitución sólo establecía los grandes principios, y al interpretarlos podía errar el Poder Legislativo como la Suprema Corte, a la que no reconocía infalibilidad; que así pues, lejos de ver en los Tribunales Federales una garantía de estabilidad, creía que una vez concedida esa atribución al Poder Judicial, se le convertiría en un elemento pernicioso, en un poder que podía dejar de cumplir la ley y desprestigiarla, precisamente en la época de nuestra organización, en que debía sentarse sobre una base estable el principio de autoridad. Que cuando dos poderes colegisladores habían sancionado una ley era porque la creían constitucional. ¿Por qué suponer en la Alta Corte, esa especie de omnisciencia, de infalibilidad, para creerla capaz de corregir los errores supuestos o ciertos de esos poderes? Que por su parte no podía creer que nueve jueces reuniesen las luces de toda la Confederación; y repetía, que no podía darse a este poder la atribución de aplicar la ley a su arbitrio, porque esto sería invadir las atribuciones de los otros poderes. Que él estaba persuadido de que en la Corte Suprema de Justicia podía haber divergencia de opiniones, división, intereses opuestos, suponiendo el caso muy natural de que unos jueces sostuviesen un partido político y otros otro, porque esos jueces no serán ajenos a la política ni a las pasiones exageradas, y entonces ¿cómo podía presentar ese cuerpo mayores garantías que aquellos que eran la expresión de la voluntad popular, y cuyas atribuciones estaban tan limitadas por la Constitución? Que no necesitaban, pues, de ese tercer

poder que viniese a vigilarlos, desde que la Constitución había limitado sus facultades y tomado medidas para la formación, sanción y promulgación de las leyes. Que por otra parte, si esto de conceder la omnipotencia y la infalibilidad al Poder Judicial fuese un descubrimiento tan grande como se había querido manifestar por los sostenedores del artículo, muchos otros países lo habrían adoptado, y, sin embargo, se veía que sólo Norteamérica había seguido este camino: que ¿por qué, pues, se quería admitir un principio que necesariamente había de traer muchos inconvenientes, desde que tendía a destruir jesuíticamente la ley? A establecer la duda como base de las relaciones sociales, pues nadie podía saber cómo juzgaría la Corte Suprema, desde que pudiera dejar de aplicar la ley escrita. Que se había dicho también, en apoyo del artículo, que un Juez Federal podía ser acusado cuando hubiese interpretado mal una ley; pero que él (el señor Diputado) no comprendía cómo se pudiera acusar la conciencia de un juez su inteligencia al aplicar la doctrina constitucional, ni cómo se le podría probar que él no creía dar su verdadera interpretación a la ley según su saber, su ciencia. Que ¿quién podía juzgar de la conciencia de los jueces, desde que a su arbitrio quedase aplicar o no las leyes, según las entienden, constitucionales o no? Que por estas razones votaría contra ese artículo que concede la facultad de aplicar o no las leyes al Poder Judicial”.

Diputado Funes: “Que cuando se trataba de sancionar una ley de resultados políticos debía calcularse siempre lo más probable; porque no había una cuestión política que pudiera resolverse con la precisión de un cálculo matemático. Que él no dejaba de abrigar también los temores manifestados por los señores Diputados que se oponían al artículo en discusión, porque ningún poder podía seguir constantemente una marcha infalible, pero que la más racional y probable debía siempre merecer la aprobación de la Honorable Cámara: que debía verse, pues, dónde había más probabilidad de buenos resultados. Que como las Cámaras se renovaban periódicamente y el Ejecutivo duraba poco tiempo, era claro que debían marchar siempre bajo la influencia de las mayorías, e imparcialidad para deliberar siempre con entera libertad, y que por su inestabilidad no estaban en el caso de interpretar uniformemente la Constitución y las leyes: que la Corte Suprema; por el contrario, no podía ceder a esa influencia momentánea y subversiva, porque como se había dicho, el oficio de juez era permanente, y por lo mismo, estaba en el caso de obrar con más independencia, y ofrecía mayores garantías de interpretar uniformemente la

ley y resistir a los avances inconstitucionales que intentasen las mayorías. Que un señor Diputado había citado algunas palabras de Tocqueville y que venían en apoyo del mismo artículo que trataba de impugnar, porque confesaba que eran buenos los principios según los cuales procede el Poder Judicial en Norteamérica, y muy satisfactorios los resultados obtenidos; que sólo había peligro de que ese poder abusase cuando los jueces fuesen ineptos o malvados (...) Pero nosotros no podemos suponer que nuestros jueces sean ineptos o malvados porque entonces el Ejecutivo y el Senado serían responsables, desde que aquel los nombra con el consentimiento de éste”.

Ministro del Campillo: “Que diría cuatro palabras en contestación a las observaciones que habían hecho últimamente los señores Diputados que impugnaban el artículo en discusión. Que todos los argumentos aducidos por ellos tendían a probar la inconveniencia de conceder al Poder Judicial la atribución de no aplicar la ley cuando la creyese inconstitucional y a que eran bastantes los Poderes Legislativo y Ejecutivo para dictar leyes conformes en todo con los principios establecidos en la Carta. Que él creía que sería imposible la existencia del Poder Judicial como poder soberano si se le imponía la obligación de entender las leyes como el Congreso, que se habría inutilizado esa personalidad que por la Constitución era tan independiente, como los otros poderes, y se le convertiría en un poder completamente inútil despojándole del ejercicio de la soberanía. Que por lo demás ese poder tenía que respetar como los otros las leyes vigentes, y cuanto más podía dejar de aplicarlas a un caso particular, cuando en su conciencia creyese que eran inconstitucionales: que lo contrario sería reconocer el ejercicio de dos poderes soberanos solamente y no de los tres que establecía la Constitución: que observasen, pues, los opositores al artículo que estando la acción del Poder Judicial reducida a los casos particulares, es decir, a los procesos que fuesen a su fallo, no podía invadir en manera alguna las atribuciones de los otros poderes. Que por otra parte, no podía negarse la facultad de juzgar de la constitucionalidad de una ley al poder encargado de aplicarla y sostener la Constitución, porque como los otros poderes públicos, cuando se trataba de dictar una ley, debía admitir las objeciones que pudieran hacerse a su constitucionalidad. ¿Que cómo se quería despojar, pues, al Poder Judicial de una atribución que tenían los otros poderes igualmente soberanos? ¿Cómo se pretendía que ese poder prescindiera de observar fielmente la Constitución en el

ejercicio de su soberanía? Que esto sería exigir imposibles: que convenía pues, según la razón, la Constitución y conveniencia nacionales, que el Poder Judicial juzgase de la constitucionalidad de las leyes en los casos particulares, y las aplicase según su conciencia, desde que no se le concedía la iniciativa en aquellas. Que un señor Diputado había dicho, que era hasta cierto punto pueril el temor de que los otros poderes absorbiesen toda la soberanía si no se concedía esa atribución al judicial: que le parecía pueril este temor al señor Diputado; pero que si la Justicia Federal tenía la facultad de no aplicar una ley, sólo en los casos particulares, más pueril debía considerarse entonces el temor manifestado por los opositores del artículo de que el Poder Judicial absorbiese la soberanía de los otros poderes. Que por otra parte, si como un señor Diputado había dicho, no había peligro de que el Congreso y el Ejecutivo dictasen una ley inconstitucional, no le había tampoco en establecer que la Suprema Corte dejara de aplicar las leyes inconstitucionales, quedando no obstante obligada a aplicar las que estuviesen en conformidad con la Constitución, que es lo que dice el artículo. Que advertiesen, pues, los señores Diputados que combatían el artículo, que si se querían conservar los principios establecidos por la Carta, era absolutamente necesario conceder esta atribución al Poder Judicial, porque sólo así se podía responder del porvenir y libertad del país”.

Diputado Quesada: “Que había tomado la palabra sólo para contestar al señor Ministro que de la doctrina sentada por él se deducía que de todos los países regidos por el sistema representativo, sólo en los Estados Unidos había tres poderes soberanos porque todos menos éste, habían negado al Poder Judicial la atribución que se le quería conceder en el artículo en discusión a pesar de que la Constitución había limitado sus atribuciones a casos determinados y a ciertos asuntos de interés general, juzgando con arreglo a las leyes sin ser permitido su examen previo; que esto mismo sucedía en todas partes, excepto en los Estados Unidos; que en Chile, por ejemplo, había tres poderes soberanos, y no podía decirse que allí estaba en peligro la libertad y las instituciones, porque no se le hubiese concedido al Poder Judicial la facultad de dejar de aplicar las leyes cuando las juzgase inconstitucionales. Que en ese país, como en muchos otros, existía la independencia de los tres poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sin que a éste se le concediese la facultad que le acuerda el proyecto en discusión”.

Ministro del Campillo: "Que sostendría siempre que los países regidos por un sistema representativo, donde el Poder Judicial se viese forzado a aplicar la ley, aun cuando la creyese inconstitucional, no había más que dos poderes soberanos: el Legislativo y Ejecutivo, porque el Judicial no sería poder, sino una dependencia de los otros".

Diputado García: "Que está conforme con las opiniones vertidas por los señores Diputados que impugnaban el artículo que se discutía y por lo mismo se iba a limitar únicamente a manifestar las dudas que le asistían sobre si era constitucional o no tal cual estaba redactado, pues creía que él debía limitarse a conservar el Poder Judicial en la esfera que la Constitución le había señalado (...) Bien, pues, la Constitución en su artículo 97, hablando de las atribuciones del Poder Judicial, dice: Corresponde a la Corte Suprema y a los Tribunales inferiores de la Confederación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Confederación, etc. ¿Qué importa, señor, esa facultad de decidir las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Confederación? Importa sin duda que esa Constitución y esas leyes que han sido sancionadas una vez, no pueden dejar de observarse por ningún poder, mientras no sean modificadas o derogadas por el mismo poder que las dictó. Es claro, entonces, que si se acuerdo al Poder Judicial el derecho de no aplicar la ley cuando lo crea inconstitucional, vamos a violar la Constitución, y a sancionar la deformidad de que el Congreso y el Ejecutivo tienen de la Confederación. Véase, pues, que vamos a sancionar una deformidad, y esto es para mí muy grave, señor".

Ministro del Campillo: "Que parecía que todo lo que se había dicho no era bastante para que se comprendiese, que no se dejaba el juicio de la constitucionalidad de una ley a un solo juez, y mucho menos a uno de distrito; pues no se tenía en vista que un juicio tenía muchas instancias y que era la Corte Suprema y no un Juez de distrito la que resolvía en última instancia, ni se tenía en cuenta que el artículo hablaba del Poder Judicial, y no de cada uno de sus jueces al concederle la atribución que se impugnaba".

Diputado García: "Pero el Poder Judicial está representado no sólo por la Suprema Corte de Justicia, sino por las Cortes de Distrito y los Jueces de Sección".



Ministro del Campillo: "Que si el Poder Judicial estaba representado por la Suprema Corte, por las Cortes de Distrito y por los Juzgados de Sección ¿cómo sería entonces el señor Diputado que la constitucionalidad de una ley estaba librada al juicio de un hombre, de un Juez de Sección? Que luego lo que había dicho el señor Diputado no podía corresponder a ningún otro poder, y que era preciso que los Tribunales Federales fueran los únicos que podían decidir en materias de justicia, para que no obrasen jamás bajo la presión de otros poderes, porque entonces no sería soberano e independiente, sino un ramo de estos".

Diputado García: "Que había asuntos en que no podía apelarse del fallo pronunciado por un Juez de Sección y era ese el caso a que se refería. Que había otros en que debía fallar exclusivamente la Suprema Corte, y en ese caso, deseaba que se le dijese ¿qué garantía de infalibilidad ofrecían los miembros de ella para que se creyese que no podían engañarse como el Congreso? Que el señor Diputado informante había invocado como razón para suponer mayor acierto en la Corte Suprema que en el Congreso, la inamovilidad de los Jueces Federales y la amovilidad de los miembros de éste; y él (el Diputado que habla) creía que la inamovilidad no era una razón bastante para eximirlos de engañarse o errar a los miembros del Tribunal Federal: que la circunstancia de que pudieran ser juzgados, no importaba una garantía, porque en su arbitrio estaría excusar el juzgamiento apelando a su conciencia privada, a la que se quería librar esa calificación o interpretación, y no podía juzgarse la conciencia de un juez; que éste debía ceñirse a la prescripción legal expresa, porque no podía tener otra conciencia que la de la ley escrita, ni sacar deducciones de ella en pro o en contra del asunto sobre que iba a juzgar. Que repetía que deseaba se le dijese ¿qué garantía presentaba el Poder Judicial para proceder con el mayor acierto posible, y por qué razón, en vez de crear un poder sujeto a la ley se quería hacer un poder arbitrario? y el señor Diputado concluyó diciendo que por estas consideraciones votaría contra el artículo en discusión si no se suprimía la atribución que había impugnado".

Diputado Funes: "Que si el señor Diputado hubiese prestado un poco de atención a las funciones judiciales de que se trataba, habría notado que los Jueces Federales estaban realmente sujetos a la ley, desde que no podían obrar sino de conformidad con la Constitución y las leyes de la Confederación que no estuviesen en pugna con ella, pero que si esos jueces creían alguna vez que la ley que trataban de aplicar, se desviaba de

los principios establecidos por la Carta, entonces sería llegado el caso de hacer uso de la atribución que se le confería en el artículo en discusión; que lo contrario, es decir, negar al Poder Judicial una atribución que era indispensable concederle para que pudiese ejercer su soberanía, se opondría al sistema que rige el país; porque si cuando el Poder Legislativo y Ejecutivo sancionaban una ley, esa sanción era soberana, porque aquellos tenían ese carácter, lo mismo debía decirse del Poder Judicial en su ramo, porque era también soberano en él”.

Diputado García: “Sí, señor, es soberano como los otros poderes, pero en la órbita de las atribuciones que la Constitución les señala”.

Diputado Funes: “Que si el Poder Judicial tuviera que someterse en la aplicación de la ley a la voluntad de otro poder, no sería soberano, que, sin embargo, no debía suponerse anulando las leyes que dictase el Legislativo porque dejase de aplicarlas en algunos casos particulares, atribución que, como había dicho antes, era indispensable concederle, porque no podía someterse a ningún otro poder sin despojarse de su soberanía y convertirse en un ramo de él”.

Diputado García: “Que el señor Diputado se fundaba principalmente para sostener el artículo en la soberanía inherente a cada uno de los poderes que en nuestro sistema constituyen el Gobierno; pero que veía que el señor Diputado hacía aplicable esa soberanía al Poder General o Gobierno y particularmente a cada uno de los poderes que lo forman, y que al hacerlo, a más de no deslindar, confundía la órbita de las atribuciones en que cada uno de ellos debía ejercer esa misma soberanía que les acuerda la Constitución (...) Si pues, los Poderes Legislativo y Ejecutivo tienen la atribución de sancionar la ley, al hacer uso de ella no pueden atacar en manera alguna la independencia y soberanía del Poder Judicial; y si por el contrario, se dejara a éste la facultad de aplicar o no esa ley, según la creyese o no constitucional, se atacaría entonces la soberanía de aquellos. Debe, pues, limitarse el Poder Judicial al único y exclusivo objeto a que por su naturaleza es llamado, para que él ha sido creado, es decir, a aplicar la ley tal como ha sido sancionada por los poderes colegisladores; porque aplicar las leyes a los casos ocurrentes es su única y exclusiva atribución, y es en ella que ejerce esa independencia de que ha hablado el señor Diputado”.

Diputado Garzón: "Que estaba conforme con el artículo tal cual lo proponía la Comisión; pero que votaría en oposición a él si los señores Diputados que lo impugnaban le salvaban una dificultad que ese artículo ofrecería para el ejercicio del Poder Judicial si se suprimía su 2ª parte. Que aquel se reducía a decir, 'que los Tribunales Federales procediesen siempre con arreglo a la Constitución y a las leyes Nacionales que estuviesen en conformidad con ella'. Que en el caso de que el Congreso dictase una ley contraria a la Constitución, ¿cómo salvarían los Jueces Federales esa dificultad, si se suprimía la 2ª parte? Que un artículo constitucional defería a la Justicia Federal el conocimiento y decisión de todas las causas que versasen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Confederación, y era claro que en el caso de que una ley reglamentaria estuviese en pugna con un artículo constitucional, el Tribunal debía aplicar este antes que aquella; que si el Poder Judicial podía dar una sentencia en oposición a los principios de la Constitución, también los otros poderes podían dictar una ley contraria a ella. Que deseaba pues, que se le explicase cuál era la conducta que debía observar el Poder Judicial en ese caso y cómo, no había oído una razón que le satisficiera votaría por el artículo puesto en discusión".

Diputado Alvear: "Que observaba con sentimiento que se hacía oposición a una atribución que él llamaría la esencia vital de la Justicia Federal que se trataba de establecer, oposición que nacía de una exagerada idea de los poderes que componen el Gobierno representativo: pero que si se fijaba la atención en que cada uno de esos poderes funcionaba independientemente de los otros en la órbita de las atribuciones de las otras. Que la fuente de todos nuestros poderes públicos derivaba del pueblo y éste estaba sujeto a preocupaciones y pasiones que variaban según los motivos que le agitasen: que por consiguiente, constituir un país librado sólo a esa fuente y sin más garantía o contrapeso que la representación de esas pasiones que mueven a los pueblos, sería crear un poder monstruoso, del cual se debían esperar todos los abusos, sin garantías que los otros poderes, porque debía suponerse que sus miembros pertenecían a un partido político, y que no había motivo para reconocer en esos nueve jueces una sabiduría que se negaba a los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Pero que era claro que, en primer lugar, ese poder procedería con más regularidad desde que no emanaba de esa fuente que se llama pueblo; puesto que, no representaba sus pasiones como los otros poderes, sino la ciencia,

porque debía suponerse compuesto de personas científicas; que en segundo lugar, no necesitaba para el prestigio y mantenimiento de su poder, de esa popularidad que necesitaban los otros poderes para existir, popularidad a que muchas veces se sacrificaban los intereses del Estado. Que no se hallaba, pues, en este caso un Tribunal compuesto de individuos para cuya elección se exigían las mayores precauciones, que no podía tener otro prestigio ni influencia, que la que hubiese merecido administrando rectamente la justicia, y que no tenía como los otros la necesidad de adular la opinión pública, porque sus miembros eran inamovibles mientras desempeñasen debidamente su cargo. Que un poder así era más alto que todos los poderes, porque su misión puramente reguladora ofrecía todas las garantías que racionalmente podían exigirse. Que la cuestión era pues, si los Poderes Legislativos y Ejecutivo podían obrar a pesar de esas oscilaciones peligrosas de los pueblos, con la misma independencia que un Tribunal de carácter inmutable. Que el Congreso tenía la misión de dictar la ley y tal vez para contemporizar con preocupaciones del momento, dictaría leyes que tendiesen a falsear la Constitución; que esto sería muy natural, porque sería una consecuencia de esas preocupaciones que los otros poderes tenían que adular, pero que al mismo tiempo sería un mal sin remedio si no se concedía al Poder Judicial la facultad de no aplicar esas leyes que falseasen los principios de la Carta, al Poder Judicial que constituido con más independencia que los otros poderes, ofrecería todas las garantías que se podían esperar de la imperfección de las cosas humanas; que todo tenía sus inconvenientes, pero que en la teoría de las probabilidades debía adoptarse la que más se aproximase a la razón. Que se había dicho con mucha justicia, que lo esencial en el sistema que regía al país era que la Constitución no pudiera ser falseada en su reglamentación, por ninguno de los poderes creado por ella, porque su estricta observación era la única garantía de los derechos que aquella concedía a los pueblos y a los ciudadanos; que por consiguiente, cuando esa Constitución hubiese sido infringida, era necesario que ese pueblo, ese individuo, encontrasen un poder que les garantizase el cumplimiento de la Carta que habían jurado, que los apoyase y protegiera en el libre ejercicio de sus derechos; porque la presunción simplemente de que el Congreso no podía dictar una ley inconstitucional, no era bastante para desvanecer en la conciencia de todos el justo temor de que la Carta podía ser violada si se libraba su interpretación a un poder que como había dicho antes, sólo representaba las preocupaciones de los pueblos y las pasiones del momento. Que era

preciso, pues, que la interpretación de las leyes se librase a la sabiduría de un Tribunal, que no podía obrar bajo la influencia de las pasiones del momento, y pudieran expedirse con una completa independencia de los otros poderes. Que era claro, pues, que un Tribunal como éste no podía ser un poder absorbente, porque obraría solo en virtud de la fuerza moral que le darían sus sabias decisiones: ¿que porqué se hacía entonces oposición a este artículo? Que había dicho ya que esa oposición se hacía a la esencia del carácter más precioso que reviste el Poder Judicial, y que por lo mismo era más necesario su establecimiento; que por consiguiente, votaría en favor del artículo en discusión”.

Diputado González: “Que se sostenía este artículo fundándose principalmente en la independencia inherente a los tres poderes soberanos, que la Constitución había creado; pero creía que en el propósito de hacer completamente independiente al Poder Judicial, se atacaba la soberanía del Poder Legislativo: que debía, pues, buscarse un medio de conservar su independencia a cada poder sin atacar la de los otros. Que ya había dicho, que conceder al Poder Judicial esa atribución sería hacer dependiente de él al Legislativo, porque se le dejaría con la facultad de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes dictadas por éste. Que una ley sancionada por el Congreso y aprobada por el Ejecutivo traía la presunción de ser completamente constitucional, al menos había perfecto derecho para suponer que llevaba el sello de la constitucionalidad; y esto bastaba para que se creyesen asegurados los derechos que confería la Constitución. Pero que dejarlo todo a la omnipotencia de ese poder absoluto que se quería crear, repetía, que era atacar la independencia del Poder Legislativo”.

Ministro del Campillo: “Que veía que al señor Diputado en el propósito de sostener la independencia de los tres altos poderes del Estado, no le ocurría otro medio que someter al Poder Legislativo el Judicial. Que si se quería que esos poderes se mantuviesen independientes y en la órbita dentro de la cual debían moverse, debía dejarse al Judicial la facultad que se le concedía en el artículo en discusión para que dejase de aplicar la ley inconstitucional en los casos particulares y contenciosos que fuesen a su fallo; así como el Legislativo quedaba en libertad absoluta para hacer declaraciones generales [...] Pero decía, señor, que el mejor medio de mantener la independencia de los altos poderes constitucionales, es obligar al Poder Judicial a que aplique la ley, sea o no constitucional, porque esto y

no otra cosa importan los argumentos que se han aducido en contra del artículo; decir esto, repito, es atacar la única garantía de nuestras libertades en nuestras relaciones privadas, y por eso, no he querido dejar pasar sin contestación el último argumento del señor Diputado preopinante”.

Diputado Zuviría: “Que había pedido la palabra para hacer notar, que al hablarse del Poder Judicial se olvidaba su calidad de federal, lo que le constituía uno de los tres altos y soberanos poderes sobre que había de sostenerse la Constitución Nacional. Que así como el Poder Ejecutivo tenía voto en la sanción de las leyes, puesto que podía vetarlas, y cuando esto sucedía, era necesario que las votaciones de ambas Cámaras fuesen nominales, y que tanto los nombres y los fundamentos de los sufragantes como las objeciones de aquel poder se publicasen inmediatamente por la prensa; así también para el Poder Judicial fuese soberano y federal era necesario que tuviese una jurisdicción independiente de los otros poderes y pudieran dejar de aplicar las leyes que a su juicio fuesen inconstitucionales. Que él no podía descender de este rol para convertirse en un instrumento ciego de aquellos, ni dejar menoscabar su independencia y atribuciones, ni consentir interpretaciones violentas que las leyes pudieran dar a la Carta, siempre que ese alto poder tuviera también que interpretarla en los casos particulares y contenciosos que constituyen su exclusiva atribución. Que la ley tomada en general es no sólo obra del que la dicta, sino del que la sanciona y promulga; no solo de éste sino de quien la interpreta al aplicarla. Que los vicios y errores que cualesquiera de estos tres poderes pudieran cometer en sus actos, serían hijos de la condición humana; pero que las instituciones habían procurado separar esos poderes para evitar el contagio. Que su independencia era la mejor garantía de su acierto (...) La falibilidad de los jueces, no obstante las seguridades que se procuran en su carácter, no probaría nunca la infalibilidad de los demás poderes y si es forzoso que la ley se interprete, se entienda y se corrija; si era forzoso asegurar su verdadero sentido y aplicar su texto sucinto y confuso las más veces, preciso era también que algún poder se encargue de esta tarea, y si alguna vez los actos indeliberados de algún alto poder se apartan de aquella Carta, que fue la cuna, y es la regla invariable de todos, cedan en buena hora las leyes generales que están por interpretarse el gran documento que ha interpretado ya el pueblo argentino. Se dice que imitamos en todo a Norteamérica y calcamos mal en nuestro alto Poder Judicial las mismas atribuciones que constituyen al norteamericano. A la verdad, si no copiamos ese no hallamos en el mundo un modelo para

nuestros ensayos. La ley de los Estados Unidos da a su Justicia Federal las mismas atribuciones consignadas en el artículo que se discute. Nuestra Constitución es la misma. No nos hemos arrepentido aún de ello. Preciso es que sancionemos el artículo en cuestión; y de no hacerlo, inútil es ésta ley: inútil la sección 3ª de nuestra Carta”.

Diputado Navarro: “Que había pedido la palabra para decir en breves razones que iba a votar en contra del artículo. Que había pensado oponerse a él y tomar la palabra con este objeto; pero que los señores Diputados que habían hablado en oposición a aquel, lo habían hecho tan luminosamente que nada habían dejado que decir. Que un señor Diputado acababa de decir, que la Justicia Federal como poder político y moderador ejercía una especie de veto sobre las leyes no conformes con la Constitución. Que cabalmente ésta era una de las razones porque votaría en contra de ese artículo, porque por él se daba disimuladamente la facultad del veto a las Cortes Federales, y mal podían éstas suspender bajo pretexto alguno el ejercicio y cumplimiento de una ley, cuando la Constitución ni la naturaleza del poder que ella les atribuye les daba semejante facultad. Que por un principio de derecho *illius est tollere cuius est ponere*, sólo tenía poder de quitar o derogar, el que tenía el poder de crear o establecer. Que el Congreso tenía la facultad de hacer las leyes, y sólo él tenía derecho de suspenderlas y derogarlas. Que no queriendo dar a la Justicia Federal el poder absoluto de los Diez de Venecia, votaría en contra del artículo discutido”.

Ministro del Campillo: “Que había pedido la palabra para hacer notar al señor Diputado que la atribución que se impugnaba no concedía a la Justicia Federal el decreto de vetar las leyes, como él lo suponía; porque las resoluciones de aquellas jamás derogarían la ley, pues sólo se le concedía en esa atribución la libertad de no aplicarla en los casos particulares, cuando creyese que esa ley estaba en pugna con los principios establecidos por la Constitución, porque siempre debía juzgar antes de toda ley con arreglo a aquellas, desde que sólo eran leyes de la Confederación las que fuesen completamente constitucionales. Que repetía, pues, que era indispensable conceder esa atribución a la Justicia Federal para que un Juez no tuviera el derecho de decir: he cometido una inconstitucionalidad, porque la ley era inconstitucional. Que respecto al principio de derecho *illius est tollere cuius est ponere*, que el señor Diputado había interpretado en su favor, solo era aplicable cuando faltaba

la ley, pero no en el caso presente en que aquella designa un poder que legisla, y otros que podía dejar de aplicar la ley que éste dictare cuando fuese inconstitucional”.

Diputado Navarro: “Que le citase el señor Ministro alguna prescripción de la Carta de Mayo, por la que se estableciese, que debía haber un poder en la Confederación con las facultades que él (el señor Ministro) daba a las Cortes Federales, es decir, que tuviera, ajustándose al principio que había citado, la facultad de quitar o derogar lo que otro poder, el Legislativo, establecía”.

Ministro del Campillo: [tras pedir que se leyese el art. 31 de la Constitución]: “Que se había dicho, aunque no tan expresamente, que la Constitución era la única fuente de donde todos los poderes tomaban sus atribuciones: que el Congreso mismo no podía avanzar una línea más allá de las que le demarca la Constitución, porque éste era un círculo de fierro que no se podía romper [...] Bien, pues, si el Poder Judicial es el encargado de aplicar las leyes que sancionan los otros poderes conforme a la Constitución (porque el artículo constitucional que acaba de leerse dice terminantemente: que todos los poderes están obligados a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones Provinciales), si esa Constitución es la ley suprema del país, ¿con qué objeto se había dado a la Justicia Federal la atribución de conocer y decidir en todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y las leyes de la Confederación? ¿Con qué objeto, señor, sino para que la Justicia Federal deje de aplicar las leyes que no estén conforme con aquella? ¿Cómo se quiere imponer a un poder igualmente que los otros el tormento de fallar con arreglo a una ley que en su concepto es inconstitucional?”

La discusión del art. 2 continuó en la sesión siguiente del 14/07/1858.

Diputado Aráoz: [tras pedir que se leyese el artículo en discusión y el art. 97 de la Constitución]: “Se ve que la oposición hecha al artículo en discusión consiste en que a juicio de los opositores se confiere a la Corte Suprema una atribución que, o no la tiene por la Carta, o que no debe dársele porque no conviene, es decir, que esa oposición se reduce a impugnar la última parte del artículo que prescribe que la Justicia Federal procederá con arreglo a la Constitución y las leyes nacionales que estén



en conformidad con ella. La cuestión, pues, viene a reducirse simplemente a si la Corte Suprema tiene o debe tener o no la atribución que quiere conferírsele, es decir, si puede interpretar o no las leyes y la Constitución cuando las primeras ofrecen duda. Si es cierto que la Corte Suprema es la única autoridad, el único Tribunal que puede interpretar las leyes, es lógico, señor, que debe tener la atribución que se le confiere por el artículo, es decir, que ella entonces podrá o no podrá, según el juicio que forme, aplicar o no las leyes que dicte el Congreso; es decir, interpretarlas, examinarlas y aplicarlas en los casos particulares, o desentenderse de ellas cuando crean que se oponen a las prescripciones de la Constitución, y aplicar estas en vez de aquellas. Como se ve por el artículo 97 leído, en el cual están consignadas las atribuciones de la Justicia Federal como tercer poder público de la Confederación 'puede conocer y decidir en todos los casos regidos por la Constitución y las leyes nacionales'. Ahora bien, los puntos regidos por la Constitución se refieren, o a un punto de ella sobre cuya aplicación no se tenga seguridad, o a una ley de la que se dude si es constitucional o no; porque puede ser que una ley del Congreso se aparte algo de las prescripciones de la Constitución; esto es posible cuando menos; y en este caso, la Corte Suprema tendrá derecho perfecto de conformidad con el artículo 97, para calificar privadamente si esa ley es constitucional y aplicarla o no, pero sólo en el caso particular a petición de parte, y sin dictar una declaración general, como proceden los otros poderes. Este es el único modo como puede y debe expedirse la Justicia Federal; así es que, cuando se ha dicho que esa atribución no puede ponerse en duda, es en el supuesto de que la Justicia Federal procederá de ese modo, y no por declaraciones generales como los otros poderes que tienen la iniciativa en las leyes. Pasemos ahora a examinar de donde se deriva la autoridad de la Justicia Federal; si de la soberanía popular, que pudiera modificar sus mandatos y poderes ejerciendo actos posteriores, o si deriva exclusivamente, como los otros poderes, de la Carta, única base de toda autoridad. Creo que no hay duda respecto a que la autoridad de la Justicia Federal no puede derivarse directamente del pueblo, porque a éste le está prohibido expresamente modificar la Constitución por esta misma, y luego es ésta el único origen de esa autoridad. Partamos, pues, de esa base, porque si la Constitución es la única que ha podido dar atribuciones a los poderes, las de la Justicia Federal no deben buscarse en otra parte. Como he indicado pues, tratándose de aplicar una ley orgánica, la Corte Suprema no puede prescindir de examinar el espíritu de esa ley si la encuentra

---

en pugna con la Constitución, la deja a un lado sin declararlo, y así poco a poco irá dejando ilusoria esa ley y enervándola, por decirlo así, por la falta de costumbre en su aplicación. Se ve pues, que la Justicia Federal no puede separarse de esta órbita dentro de la cual están bien marcadas sus atribuciones, como la independencia con que debe proceder a la par de los otros poderes. Es imposible pues, dejar de consignar en el artículo que se discute esta atribución; porque de otra manera sería completamente ilusorio el poder de la Justicia Federal, sería un instrumento pasivo de los otros poderes, un fantasma, señor, con el nombre de Poder Soberano, y no cumpliría a la par que estos su más alta misión, que es hacer efectiva la Constitución aplicándola bien y velando por su observancia, evitando que los otros la invadan o no la cumplan. Me permitiré presentar un caso particular para que se me comprenda mejor. Supóngase que la Corte Suprema se halle en la alternativa de aplicar una ley orgánica que ella cree anti-constitucional, o de aplicar la Constitución porque a su juicio la ley orgánica la contraría o se aparta de su espíritu en el principio o prescripción de la Carta a que ella se refiere. Pregunto, señor, ¿qué haría la Corte en ese caso? ¿Aplicaría la ley orgánica a la Constitución? No cabe duda que se decidiría por la segunda, desde que ésta es la ley suprema de la cual se derivan todos los poderes y leyes. Se ve pues, que si la ley orgánica es contraria a la Constitución, la Corte no podría aplicar aquella sin violar ésta. Esto es muy claro, señor, y no importa otra cosa la atribución que le concede el artículo que le da la facultad de interpretar la ley antes de aplicarla y de ejecutar sólo aquellas que estén conformes con la Constitución. Se ha dicho por los opositores del artículo que se discute, que conceder a la Justicia Federal esta atribución es dar un poder ilimitado que ataca hasta cierto punto la soberanía de los otros poderes, haciendo de esa manera, ilusorio el ejercicio de la soberanía de estos últimos y absorbiendo sus atribuciones. Me parece que semejante temor es completamente infundado. En primer lugar, la Justicia Federal no tiene el derecho de iniciativa en la sanción de las leyes, y sólo puede pronunciarse a petición de parte, de oficio y en casos particulares; por consiguiente, es claro que sólo con la repetición quizá lentísima de su no aplicación vendría a enervarse después de mucho tiempo alguna ley orgánica, y digo que después de mucho tiempo recién podría quedar enervada una ley, porque en nuestro país los casos de queja o de alegato sobre puntos regidos por la Constitución, probablemente serán muy raros. Pero supongamos que una ley pueda ser derogada en poco tiempo, no lo serían por eso 500 leyes orgánicas que

rigen en la Confederación para que pueda decirse que quedarían anulados los otros poderes; porque no puede suponerse que todas esas leyes son inconstitucionales, o que la Corte Suprema las declara tales, sólo con la intención y el deseo de anular a los otros poderes. Por otra parte, supongamos el caso de que la Justicia Federal abuse de esta atribución, que una ley sea en el concepto del Congreso perfectamente constitucional, y que, sin embargo, la Corte diga que no lo es, y se niegue a aplicarla. Supóngase, decía, que el Congreso y el país tuviesen conciencia de que ese Tribunal no había querido aplicar una ley constitucional, sancionada por aquel con el objeto de hacer bien al país y de cumplir la Constitución; y que, por consiguiente, que la Corte se había apartado de sus atribuciones, puesto que, según el artículo 95 de la Constitución, los Jueces de la Corte Suprema deben prestar juramento de desempeñar sus obligaciones administrando la Justicia bien y legalmente y en conformidad de lo que prescribe la Constitución: en tal caso, decía, los Jueces de la Suprema Corte no habrían cumplido con su deber y habrían faltado terminantemente a la Constitución. Entonces se trataba ya de un caso de violación de la Carta por los miembros de la Justicia Federal. Bien pues, aun en ese supuesto hay un medio de evitar ese mal; en tal caso el Congreso tiene en su mano el poder de anular todo el personal de la Suprema Corte, haciendo desaparecer uno a uno todos esos Jueces, desde que cada uno de sus miembros puede ser acusado por violación de la Constitución y demás delitos que se expresan en ésta, por la Cámara de Diputados y destituidos por el Senado; y en tal caso desaparecería todo el personal de la Suprema Corte. No puede dudarse que la Corte violaría la Constitución siempre que no quisiese aplicar las leyes perfectamente constitucionales a juicio del Congreso y del país; porque lo mismo se la violaría atacando directamente sus prescripciones textuales y sus principios y espíritu, que paralizando completamente su acción al no cumplir las leyes orgánicas que en su consecuencia se dan para cumplirla y hacerla efectiva para el pueblo en todas sus partes. Si, pues, el Congreso tiene esta atribución que puede ejercer cuando los casos sean tan graves que la Corte haya querido sobreponerse a los otros poderes, en tal caso se nombrarán nuevos Jueces que vengan a desempeñar las funciones de aquellos. Es claro entonces que en último caso no es la Corte Suprema el poder omnipotente y árbitro, sino el Congreso, porque es el único que puede destituir a todos los funcionarios de los otros poderes, incluso al Presidente de la República. He ahí, pues, como no hay peligro alguno en consignar esta atribución entre las de la

Justicia Federal. Parece, pues, probado que ella está perfectamente ajustada a la Carta. Estas son, señor, las razones principales que me deciden a votar en favor del artículo que se discute”.

Diputado Gutiérrez: “Como he votado en favor de este artículo tal como está en el proyecto, y como en favor de él se ha dicho tanto, me limitaré a recordar algunas doctrinas para destruir la honrosa y patriótica oposición que se ha hecho a este artículo. No extraño que esa oposición, celosa de la independencia de los poderes y de la verdad del sistema, y obrando bajo la influencia del temor de que se levante un poder que absorbiese a los otros, se haya alarmado y creído que no debía concederse esa atribución a la Justicia Federal. Es, pues, en obsequio de esos temores y para tranquilizar la conciencia de los opositores del artículo que voy a permitirme hacer algunas consideraciones, empezando por declarar, que todas mis ideas son tomadas de las doctrinas del pueblo Norteamericano y de su ciencia política. Debo recordar; también que el Poder Judicial tal como ha sido establecido por nuestra Constitución es una copia exacta del Poder Judicial de la Unión Americana. Por consiguiente, debe suponerse que el Congreso Constituyente, al aceptarlo en esa forma, fue teniendo en vista las mismas razones que obraron en el ánimo de los Legisladores de la Unión al crear un Poder Judicial. Sabemos, señor, que los Norteamericanos son la personificación de las virtudes y del sentimiento de la democracia, en su mejor y más perfecto sentido. Por consiguiente, cuando reconocieron los defectos que su primera ley de asociación tenía, trajeron a consideración con calma todos los peligros que amenazaron a la libertad en la misma forma de Gobierno que querían establecer para ponerla al abrigo de todo ataque, vieron que podían venir esos peligros de los poderes colegisladores y del pueblo, y como sabían que la Constitución es el pueblo, que es la emanación más directa de la voluntad de aquel, que sus representantes mismos quisieron ponerla al abrigo de todo embate, y comprendieron entonces que el Poder Judicial era el único que podía obrar con bastante independencia para constituirse en defensor de esa Constitución, que se representaba la voluntad suprema de los pueblos. Sin embargo, señor, los Norteamericanos no se espantaron de ese Tribunal tan poderoso, porque iba a desempeñar esta misión sagrada, y porque ese pueblo, llevado de su buen sentido, debió siempre comprender que aquel no debía inspirar celos, porque no podría usar de otra arma que de la Justicia, que jamás se separa de la sabiduría. El Poder Legislativo tiene entre sus atribuciones

la de discutir el presupuesto, y por consiguiente tiene a su disposición el Tesoro; el Ejecutivo, la facultad de dar empleos, condecoraciones y honores; pero el Poder Judicial, señor, no tiene más que la razón y su independencia; es, pues, completamente un poder inofensivo, y toda su fuerza arranca del acierto y buen juicio de sus deliberaciones y encontraría los límites de su ambición en el punto en que se separase una línea de la Constitución. Así, pues, los Norteamericanos han conseguido que la Corte de Justicia, al gestionar sus intereses, lo haga siempre en la balanza de la equidad. La cuestión por consiguiente quedó completamente resuelta en el siglo pasado, y el pueblo perfectamente tranquilo, porque la experiencia le ha mostrado que este poder es el que más garante los derechos y la libertad del pueblo Norte-Americano. Nosotros no podemos menos de aceptar este poder en el sentido Norteamericano, desde el momento que hemos dado a nuestro Gobierno la misma forma que aquel; porque nuestro país, señor, se compone de dos pueblos, por decirlo así, el pueblo argentino que se compone de ciudadanos considerados bajo la soberanía provincial, y del pueblo confederado que representa la alianza de todos los pueblos regidos por la Constitución. Aunque esto se considere una ficción, se comprenderá la necesidad de tener dos justicias para estos dos pueblos; el pueblo nacional necesitaba también una justicia suya, y ahí viene la existencia y naturaleza del Poder Judicial Nacional. Se han aducido varios ejemplos para probar de qué manera el Poder Judicial podría coartar y defraudar las atribuciones de los otros poderes. Son casos extremos, señor, y que rara vez se presentarán en la práctica. Se acaba de decir muy bien que el Poder Judicial no dicta leyes anulatorias de las que sancionan los otros poderes, sino que cuando una persona reclama su fallo, alegando que tal ley ofende el derecho del individuo, entonces él juzga y falla en el caso contencioso particular; pero de una manera muda, por decirlo así, y sin dictar declaraciones generales; obra solamente como un poder moderador, y siempre de conformidad al derecho consagrado por la Constitución y sin ofender a los otros poderes. Señor ¿a qué ciudadano que conozca este modo de obrar en la Corte Suprema no le será simpático? En la región política es tan tranquilizador el ejercicio de la soberanía del Poder Judicial, cuanto puede serlo la grata seguridad de que existe un Tribunal ante el cual pueden hacerse valederos y ciertos derechos que la ley y la razón nos garanten. Creo, pues, haber sentado algunas doctrinas que podrían servir para tranquilizar la conciencia de mis honorables colegas

---

que hacen oposición al artículo que se discute acerca de los temores que les asisten sobre la naturaleza y atribuciones del Poder Judicial. Son estas las razones por las cuales votaré en favor del art. 2, que me parece perfectamente conforme al espíritu de la Constitución”.

Diputado Quesada: “Habría deseado escuchar algo nuevo para tranquilizar los temores que me asisten sobre la parte de este artículo que confiere a la Justicia Federal la facultad de cumplir o dejar de cumplir las leyes, según entienda que están en conformidad o no con la Constitución, sus principios y doctrinas. Se han citado con vaguedad las doctrinas Norteamericanas en apoyo del artículo; se han repetido las mismas razones, moviéndose en un mismo círculo, sin contestar la oposición que se hace, sin apoyar en hechos la conveniencia de esa facultad omnímoda acordada a la Justicia Federal. Tendría curiosidad, señor, de que se fijen los derechos históricos, en virtud de los cuales pueda asegurarse que esa atribución haya producido tan grandes resultados; quisiera que las doctrinas que se citan, fuesen corroboradas con los beneficios que la historia reconozca que ese poder ha producido en los Estados Unidos de la América del Norte. Se parte de la base de que el Congreso pueda violar la Constitución, de que puede adular sus doctrinas al legislar, y para evitar este peligro remoto, se quiere que haya un poder que no cumpla sus leyes, sin que se garanta al país de los abusos de este mismo poder, sin que se limite su acción acordándole, por el contrario, la omnipotencia. Yo creo, por el contrario, que el Congreso presenta mayores garantías que el Poder Judicial por lo limitado de sus atribuciones según la Constitución misma, por las precauciones que ella ha tomado para la elección de sus miembros, por la manera como se renuevan las Cámaras y por la responsabilidad moral de los elegidos del pueblo, de los que representan con más exactitud las exigencias populares, las tendencias de la época, las necesidades del país. Cuando se dicta una ley, la minoría ha tenido la palabra para combatirla y la discusión ha hecho triunfar el principio dominante, sometiéndose así a las decisiones de las mayorías, que es el dogma salvador de las democracias. Los abusos de ese poder, pueden ser atacados por la prensa; legisla en presencia del pueblo y para el pueblo; cuando un Diputado ha perdido la confianza de sus electores, estos llevarán al Congreso un candidato que les ofrezca mayores garantías; el mecanismo observado para la discusión y sanción de las leyes, el veto del Ejecutivo, los trabajos hechos en presencia del pueblo mismo, garanten suficientemente la constitucionalidad de

las leyes. Mientras tanto el Poder Judicial obra decisivamente; sus abusos no son conocidos sino de los interesados en el proceso, su responsabilidad está llena de trabas, su empleo es vitalicio, su omnipotencia extrema. ¿Quién garante al pueblo de los abusos de este poder que lentamente mina las leyes, deja de cumplirlas, según la buena voluntad e inteligencia de nueve Jueces? Es poder sin contrapeso. Lo que yo desearía, pues, para desvanecer los temores que hemos manifestado los opositores del artículo en discusión, es escuchar la historia judicial del Norteamérica, que se probase con hechos prácticos la influencia que el Poder Judicial ha tenido en los Estados Unidos: de otro modo, señor, tendríamos que movernos en las regiones de las teorías abstractas. Decir que la prosperidad de los Estados Unidos depende de la organización del Poder Judicial es tan absurdo como si se dijese que la esclavatura en el Brasil es la causa de su prosperidad y de su poder. Otras causas han levantado a los Norteamericanos a la altura en que se encuentran, no la organización de la Justicia Federal. Los Poderes Judiciales reposan sobre una base sólida, la aplicación de la ley, y en todos los países cultos éste ha dado excelentes resultados; darle otras atribuciones es desnaturalizarlo, convertirlo en un poder terrible. La Constitución le ha fijado su rol, y no es por cierto el que hoy pretenden asignarle por la ley orgánica. Opino, pues, porque no se le conceda el juicio previo sobre la constitucionalidad de las leyes. Si algún poder ha de ser omnipotente, creo que el que ofrece menos peligro es el Poder Legislativo, por eso sus leyes deben cumplirse siempre, porque de un personal tan numeroso, no puede sospecharse una violación de la Constitución Argentina”.

Ministro del Campillo: “Después de tanto que se ha dicho sobre el punto que se discute, parecía imposible que pudieran quedar dudas relativamente a la conveniencia del art. 2. Sin embargo, se insiste siempre sobre el temor que inspira a los opositores la importancia que se quiere dar al Poder Judicial; se dice que ese poder es demasiado grande, y con esto se cree haberlo dicho todo, pero no se para un momento la atención en que ese poder es grande, porque es el contrapeso de los otros; que es grande, señor, porque para evitar los avances del Poder Legislativo y Ejecutivo es necesario crear otro poder tan grande como aquellos, siempre que quede circunscripto en los límites constitucionales. Se ha dicho muy bien por algunos señores Diputados que el Poder Judicial no tiene la iniciativa en la sanción de las leyes, y que su acción sólo se manifiesta no

aplicando las que en su concepto son inconstitucionales, porque el Congreso no ha tenido facultad de dictarlas, ni puede observarlas el pueblo que ha jurado esa Constitución. Se ha dicho también en el propósito de impugnar este artículo que el Poder Judicial establecido en Norteamérica es una novedad tan grande que es necesario probar con hechos prácticos que ha contribuido eficazmente a la felicidad de los pueblos de la Unión Americana, y consiguientemente se pide hasta la historia judicial de aquel pueblo. Bien pues, yo deseo también que se pruebe que el Poder Judicial sin esa atribución puede ser un verdadero poder, según nuestro sistema, y no solamente un ramo de los otros poderes. Siento mucho, señor, tener que repetir algunas explicaciones que hice en otro momento; sin embargo, este asunto es tan importante que debe aclararse bien el espíritu del artículo que se discute. Se ha dicho, señor, que es muy peligroso e innecesario dar esta atribución al Poder Judicial porque debe suponerse que el Congreso y el Ejecutivo al sancionar las leyes obrarán siempre con arreglo a la Constitución, suponiendo así la infalibilidad en aquellos. Yo sostengo que la Constitución no ha dado votos de confianza ilimitados a ninguno de los poderes; y que por el contrario, todos han sido limitados por aquella en la órbita de ciertas atribuciones de las cuales no pueden avanzar una línea más allá, sin cometer una violación de la Carta. Quiero, pues, que la Honorable Cámara escuche el art. 29 de nuestra Constitución; es muy hermoso, señores, y bien merece escucharse su lectura [se leyó el art. 29 de la Constitución] Bien, señor, tenemos en este artículo establecida, no la infalibilidad del Congreso, sino la posibilidad de que alguna vez quiera salir de la órbita de sus atribuciones; tenemos la necesidad de procesar en ciertos casos a la misma soberanía que ha sancionado esa Carta; ¿y quién, señor, sino la Suprema Corte puede investir el carácter de Juez en ese caso? Porque el Congreso puede decir por una ley, 'este acto sujeta a los que lo formulen, consientan o firmen, a la pena de los infames traidores a la Patria'. ¿Dónde está, pues, la infalibilidad y omnipotencia del Congreso? Es claro entonces que la Constitución ha creído que el Congreso puede descarriarse, y para ese caso... A nadie se oculta, señor, que las pasiones políticas pueden tener un alcance extraordinario. Es necesaria toda la independencia de otros poderes para establecer estas reglas de armonía entre los otros poderes muy altos, (porque eso no ofende a nadie, señor); pero que no pueden trabarse jamás en el ejercicio de sus respectivas atribuciones. Puede llegar pues, un caso en que se dicte una ley inconstitucional, y entonces, señor, ¿qué argentino cumplirá antes con esa



ley que con la Constitución? Se dice que esas leyes han recibido el voto de numerosas corporaciones, y que por lo mismo ofrecen las mayores garantías de constitucionalidad. ¿Y la Constitución, señor, no ha recibido el voto de toda la Nación, que es mucho más numerosa? ¿Por qué, pues, no hemos de defender y observar ante toda ley esa Constitución, a la que juran respeto y obediencia, al tomar posesión de su cargo, los miembros del Congreso, los Jueces de la Suprema Corte, y los altos funcionarios del Poder Ejecutivo? Si, pues, también los Jueces de la Suprema Corte pueden ser enjuiciados por violación de la Constitución, ¿por qué queremos imponerles la aplicación de aplicar ciegamente la ley? Es preciso pues, dar al Poder Judicial toda la importancia de un poder soberano, si queremos servir las intenciones de la Carta”.

Diputado Zuviría: “Nos hemos elevado muy alto, y perdiendo de vista el punto de partida comprometemos la claridad y el éxito del debate cada vez más oscuro y prolongado. Creo que buscando el origen, aumentaremos la luz. Todos conocemos las funciones anexas al Poder Judicial, aunque no pertenezcan a países federativos, aunque no tengan como en el nuestro, atribuciones tan altas y distinguidas. Todo el mundo sabe que el Poder Legislativo dicta la ley; pero ésta no tiene su perfección absoluta, mientras no haya sido sancionada por el Poder Ejecutivo, y aún no la tiene después de esto, si en los casos contenciosos no ha sido aplicada a ellos, después de haber sido interpretada judicialmente. Esta es la organización de los tres altos poderes del Estado en casi todos los países civilizados. Ninguno de esos poderes usurpa la omnipotencia que cada uno tiene en su órbita; omnipotencia coartada sólo por las responsabilidades constitucionales. Nunca, nunca se ha visto revocada una ley del Congreso por un decreto del Ejecutivo, como no se verá revocado por ninguno de ambos el fallo en asuntos contenciosos de un Tribunal Judicial, cualquiera que sea. Ahora bien, señor, donde hay ley, hay justicia, donde una ley nacional toma una parte de soberanía, dejando la otra parte a los Estados, allí debe haber una justicia nacional separada de la provincial. Esa justicia nacional administrada por Tribunales que se han llamado Federales, decide todos los asuntos o cuestiones que versen sobre puntos regidos por la Constitución y leyes nacionales que forman su legislación propia. No les neguemos el derecho de entenderlas, de interpretarlas, de aplicarlas o no aplicarlas a este o aquel caso especial; de dar la preferencia a esta ley sobre aquella, cuando la justicia o la conciencia de esos funcionarios, así lo exija; porque,

señor, ésta es la atribución inalienable del último de los jueces. Pero parece que la dificultad del artículo en discusión consiste, en que se recomienda a los Jueces que apliquen las leyes siempre que las encuentren conformes con la Constitución y dando la preferencia a ésta. Nada más sensato señor. Las leyes nacionales por su misma concisión pueden llegar a ser confusas; por su número y por la precipitación con que a veces se sancionan en circunstancias dadas, pueden contener algún principio que pugne con el texto expreso de nuestra Carta, y entonces, la decisión debe ser sin duda en favor de ésta. Se niega hasta la posibilidad de tal conflicto, se cree imposible una ley de tal naturaleza, y voy a citar, señor, una ley vigente y hoy diametralmente opuesta a la Constitución, es el primer caso que viene a mi memoria. Pregunto ahora a mis honorables colegas de la oposición, en el lugar de jueces, ¿a cuál darían la preferencia? Una de las circunstancias que llama la atención es la de que los Tribunales Federales en el trascurso de los tiempos, y con una serie no interrumpida de decisiones en casos contenciosos, fijarán definitivamente el sentido de una ley tal vez de una manera contraria al espíritu del Legislador; pero en tal caso, señor, queda a éste la iniciativa en otra ley que fije el verdadero sentido de la primera, sin que introduciéndose de otro modo en las funciones de interpretación y aplicación propias de los Jueces, se convierta el Congreso en Tribunal de Justicia, ni las leyes en autos acordados. En resumen, estamos invadiendo en el curso del debate el artículo de la Constitución que da a la Carta Suprema y Tribunales Federales, el conocimiento y decisión sobre puntos regidos por nuestra Carta y las leyes de la Confederación”.

Diputado García: “Siento que hasta ahora no se haya dado por los sostenedores del proyecto una razón conveniente para decidirme en virtud de ella a votar por el artículo que se discute; porque todos los argumentos que en su apoyo se han aducido veo que parten de un principio hipotético imposible, falso si se quiere, cual es la posibilidad de que el Congreso sancione leyes contrarias a la Constitución y que el Poder Ejecutivo a su vez incurra en igual error, deduciendo de ahí la necesidad de dar al Poder Judicial la facultad de decidir si esas sanciones están o no conformes a las prescripciones constitucionales, para en el 2º caso aplicarlas o no a los casos ocurrentes regidos por ella, es decir, para dejarlas en desuso. Pero, señores, esto a más de ser extraño a la naturaleza y atribuciones que la misma Carta acuerda al Poder Judicial, es absurdo; porque ello importaría sancionar la infalibilidad de los miembros del Tribunal Federal y

dar por sentada la posibilidad de incurrir en una inconstitucionalidad a los del Congreso y al Ejecutivo Nacional, siendo más natural que los más en número vean más claro que los menos, es decir, que es más fácil, a estar por los principios de los sostenedores del proyecto, que incurran en una inconstitucionalidad los miembros del Poder Legislativo y Ejecutivo a su vez, que uno o más miembros del Poder Judicial, a quien tan extensa y absoluta facultad quiere dársele. He escuchado con atención todos los argumentos que bajo el mismo principio hipotético y falso se han aducido, y lo repito, que ninguno satisfactorio he oído, pues que todos ellos se apartan mucho del verdadero punto de vista bajo el que debiéramos discutir la cuestión actual. El para mí no es otro, que si al Poder Judicial, por su naturaleza y de conformidad a las prescripciones de la Carta, corresponde o no decidir sobre la constitucionalidad e inconstitucionalidad de una ley del Congreso. Yo por mi parte le niego esa atribución; porque como he dicho, es extraña a su naturaleza y objeto, que no es otro que aplicar las leyes a los casos, es decir, decidir sobre si ellos están o no comprendidos en la ley; y no si ésta es o no conforme con la Carta. Tal atribución vendría a investir al Poder Judicial con el carácter hasta cierto punto, de colegislador, no sólo extraño a su naturaleza y misión, sino también contrario a una atribución constitucional consignada en su art. 97. Llamo la atención de la Honorable Cámara sobre las frases conocer y decidir en los casos regidos consignadas en el artículo citado. Interpelo al señor Ministro y a los honorables Diputados sostenedores del proyecto sobre el sentido de esas frases conocer y decidir en los casos regidos. Quiero oír de ellos cual es la acepción jurídica, porque así debemos hablar, de esas frases que envuelven en sí la naturaleza, misión y objeto del Poder Judicial, determinándole al mismo tiempo por la palabra regidos la órbita en que debe girar en el desarrollo de sus funciones. Quiero oír, repito, de ellos cual es la acepción verdadera de esas frases; porque no concibo que pueda dárseles otra que la que yo les he dado; porque ese es el sentido con que son universalmente recibidas y lo han sido siempre; porque decir que en ellas se envuelve la atribución que hoy quiere dársele al Poder Judicial es violentar su sentido, es contrariarlo, es por fin desnaturalizar ese poder, y hacerlo absoluto y despótico, dándole la facultad de aplicar o no la ley a su arbitrio. Un señor Diputado ha puesto el caso de que una ley dictada por el Congreso prescriba la pena de azotes, y ha preguntado, si los opositores del artículo se decidirían por la ley del Congreso o por la sanción constitucional que los prohíbe. Contestaré. En primer lugar, dudo si esa

sanción constitucional es extensiva a todos los casos, a todos los delitos y me fundo en que no es su prohibición universal, puesto que ella, según el texto, es referente a los delitos políticos. En este caso pues, si el Congreso dictase la pena de azotes en este o aquel delito común no político, creo que un Juez debiera ceñirse a la ley posterior, y de ninguna manera esquivar su cumplimiento por el simple y arbitrario pretexto de creer que ella no era ajustada a la prescripción constitucional. En segundo lugar, niego y negaré siempre la hipótesis de que el Congreso sancione una ley en abierta oposición con la Carta o algunos de sus artículos; y aun admitida la hipótesis, menos mal sería no consignar esa atribución en el artículo que dar por ella una especie de veto, sin remedio, porque efectivamente una vez que el Poder Judicial tácita o expresamente declare que una ley no es constitucional, aun cuando lo fuera, ya no habría remedio, el Congreso tendría que callarse, y tal vez, uno o más ciudadanos que en virtud de esa ley se creían garantidos para este o aquel caso, tendrían que sufrir graves perjuicios inocentemente, y sin esperanza de indemnización o desagravio. Tales son las consecuencias que veo en la sanción del artículo tal cual está redactado. Por el señor Ministro se ha invocado el art. 29 de la Carta por el que se prohíbe conceder facultades extraordinarias, la suma del poder, etc., etc. Yo invoco también en mi apoyo ese artículo, y creo que él es muy favorable a propósito de las ideas que sostengo. No sólo es el Poder Ejecutivo a quien se debe temer: no sólo a él se le debe negar la suma del poder. No, señor, al Judicial también no le debemos acordar prerrogativas y supremacías por las que el honor, la vida de los argentinos y su fortuna queden a merced de ese sólo poder como indispensablemente sucederá, una vez que se le acuerde esa absoluta facultad o supremacía. Son estas las razones en virtud de las que votaré contra ese artículo”.

Ministro del Campillo: “No se trata, señor, de dar al Poder Judicial facultades extraordinarias ni la suma del poder público, sino la atribución de aplicar la Constitución y las leyes en los casos contenciosos particulares. Bien pues, acaba de asegurar el señor Diputado que en el caso de un conflicto entre la ley y la Constitución, él aplicaría la ley aunque prescribiese la pena de azotes que está prohibida expresamente por aquella. Sin embargo, el señor Diputado, al incorporarse a esta Honorable Cámara, debe haber jurado obrar en todo en conformidad a lo que prescribe la Constitución. No ve pues, que esa sería una conducta refractaria; que esa Constitución(...)”.

Diputado García: "Permítame el señor Ministro que le interrumpa para hacerle observar, que me he referido al caso hipotético en que la pena de azotes por delitos comunes no está expresamente prohibida por la Constitución, pues sólo lo está por los delitos políticos".

Ministro del Campillo: "Entonces me permitiré observarle al señor Diputado que está en un terreno muy movedizo; porque antes dijo, que si hubiese una ley del Congreso que prescribiera la pena de azotes aplicaría como juez antes la ley que la Constitución. Si ahora dice de que la ley prescribe aquella pena en delitos comunes, y que la Constitución se refiere a los delitos políticos, no hacía entonces referencia a una ley que estuviese en pugna con aquella, ni tampoco un argumento. Supongo que la ley del Congreso permitiese la pena de azotes por delitos políticos, el señor Diputado como Juez, ¿aplicaría esa ley que estaba en pugna con la Constitución?"

Diputado García: "Niego la hipótesis".

Ministro del Campillo: "Voy a probársela, señor Diputado. El art. 29 no ha sido puesto en la Constitución inútilmente por el Congreso Constituyente, sino porque alguna vez puede suceder el caso a que se refiere, que es peor sin duda que la pena de azotes. Pero si el señor Diputado niega que puede llegar un caso en que el Congreso dicte una ley contraria a la Constitución, ¿qué tiene entonces de peligrosa esta atribución, si no puede llegar el caso en que el Poder Judicial haga uso de ella? Si sucede lo contrario, es indispensable conceder esta atribución al Poder Judicial desde que se conceda que el Congreso puede dar leyes inconstitucionales; porque las pasiones políticas son muy arrebatadas, y no dejan lugar muchas veces a la discusión y a la prudencia que son esenciales para el acierto de los cuerpos deliberantes: así lo ha acreditado la experiencia en todas partes, y especialmente en Francia durante la revolución, donde las pasiones del momento han tomado el nombre de la soberanía del pueblo. Véase, pues, como pueden dictarse leyes inconstitucionales; y cuando se obliga a un juez a prestar juramento de administrar la justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución, no sé cómo se le quiere imponer el martirio moral de perjurar esa Constitución, aplicando con preferencia la ley que la viola".

Diputado Alvear: "Manifesté en la sesión anterior mi sentimiento por la oposición que se hacía a un artículo en que a mi entender está la esencia

de las atribuciones del Poder Judicial que se quiere establecer: éste sentimiento es tanto más verdadero cuanto que me complazco reconocer la inteligencia y patriotismo de los señores Diputados que han encabezado la oposición. Esta cuestión no es nueva, señores: no tratamos de establecer un Tribunal que no exista en el mundo. Cuando se trató de reformar la Constitución de la primera República en América, se suscitaron idénticas objeciones en la Constitución Americana, al tratar de conceder esta misma atribución al Poder Judicial de los Estados-Unidos. Sin embargo, esas objeciones fueron debatidas en la Convención y por la prensa, de un modo completamente satisfactorio como puede verse en el *Federalista americano*, escrito por los hombres más eminentes de la época. La experiencia de muchos años ha comprobado hasta la evidencia la sabiduría de esa institución: por eso me causa sorpresa, señor, que uno de mis honorables colegas haya pedido los datos históricos y prácticos, los comprobantes que arguyen la influencia benéfica del Poder Judicial en Norteamérica. Los datos históricos que se piden, señor Presidente, son la historia de setenta años de un país eminentemente celoso de sus franquicias y el más conocedor de sus derechos entre los antiguos y modernos: es el respeto y admiración que inspira un país que en América y casi al principio de su existencia política ha llegado ya a hacer sombra a las naciones más civilizadas y poderosas del mundo todo, y que sirve de modelo a todos los pueblos libres por su sumisión a la ley su paz interior y su arrogante independencia. Si este ejemplo, señor, no es bastante, si esto no es un argumento histórico y poderoso en el ánimo del señor Diputado a quien contesto, descenderé también a buscar algunas razones en favor del artículo, basadas en la teoría misma del Gobierno que hemos organizado: una de esas teorías es, señores, la imprescindible necesidad de limitar los poderes públicos, con el objeto de establecer entre ellos ese equilibrio que solo puede asegurarnos la libertad en la ley, el orden y la estabilidad de nuestros derechos. El art. 28 de la Constitución dice terminantemente que los principios, derechos y garantías reconocidas en ella, no podrían ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Bien señor, se ve por este artículo que la Constitución ha querido limitar las atribuciones del poder que dicta las leyes; y ¿cuál sería entonces el dique que contuviese a ese poder en sus límites y que los hiciese efectivos, si no creásemos el Poder Judicial que hoy se discute? ¿No sería altamente ridículo, señor, limitar el principio de legislar y dejar toda omnipotencia a los legisladores? ¿Cómo se niega entonces la necesidad de hacer práctico entre nosotros

ese principio, el más bello de nuestra Constitución, que como se ha dicho muy bien por algún señor Diputado, es la voluntad originaria de un pueblo? Y nosotros, señores, que solo somos sus delegados para hacer efectiva su voluntad, no podemos arrogarnos más atribuciones que las que él nos acordó por la Carta de Mayo. Es verdaderamente sorprendente que en un país como el nuestro, que ha sido siempre víctima de los poderes Legislativo y Ejecutivo, se les quiera conservar siempre en esa omnipotencia de que siempre abusaron, y se susciten temores sobre los avances de un tercer poder, en el momento mismo en que se trata de concederle una atribución, que no importa otra cosa que la facultad de entender los abusos de aquellos, y sostener la inviolabilidad de nuestra Carta que es la Suprema Ley del Estado. Señor, ¿cómo podríamos negarnos a sancionar una institución que, aunque no fuese más que por no haber sido absurda entre nosotros debemos adoptar, para probar sus efectos? Los grandes y benéficos resultados que ha producido en Norteamérica ¿no merecerían de nosotros el tributo de su ensayo? Se teme señor, la omnipotencia de ese poder que no tiene otra misión que garantizar la observancia de los principios de la Constitución, y se quiere conservar al Legislativo la facultad de atropellarla. Si el abuso fuese indispensable, yo le preferiría pasivo y lento, más bien que activo y violento como podría surgir de este. La ley fundamental de la República única arma con que cuenta el Poder Judicial ¿es caso formidable para temer su acción? Pero supongamos que por una serie sucesiva de casos se descubriese en el Poder Judicial, tendencias a invadir las atribuciones de los otros poderes; ¿no hay medios poderosos para contener esas invasiones? ¿Cómo puede concebirse, señor, que un poder esencialmente pasivo como Judicial, pueda entrar en pugna directa con los otros, y menos con el Legislativo que tiene en su mano el derecho de acusarlo y condenarlo? La cuestión, en mi concepto, debe reducirse a esta proposición, ¿cuál es la ley que merece la preferencia ante nuestros Tribunales, la voluntad originaria del pueblo o las leyes del Congreso? ¿Estas leyes que acaso son dictadas en la efervescencia de las pasiones populares, o aquella que es la voluntad originaria, fundamental, la base de las otras? La solución no puede ser dudosa. Bien pues. El poder de interpretar las leyes envuelve necesariamente la función de juzgar si ellas son conformes con la Constitución o no; y en caso de no serlo, declararlas nulas y sin efecto. Como la Constitución es la suprema ley de la Tierra, en un conflicto entre esta ley (la Constitución) y las leyes, ya sean del Congreso o de los Estados, se hace el deber del Poder Judicial el seguir aquella que es de

obligación primordial. Esto resulta de la verdadera teoría de los Gobiernos constituidos en República. Porque de otra manera los actos de las Legislaturas y Gobiernos vendrían en efecto a ser supremos y sin contrapeso, no obstante cualquiera limitación o prohibición contenidas en la Constitución, y usurpaciones del carácter más inequívoco y peligroso podrían asumirse sin remedio alguno al alcance de los ciudadanos. El Poder Judicial, señor, cual lo reconoce la Constitución, se extiende a todos los casos que surgen bajo de ella. ¿Podría ser la intención de los que acordaron este poder, el decir que al ejercerlo no se examinase la Constitución? ¿Que un caso surgido bajo la Constitución, se decidiera sin examinar este instrumento bajo del cual había surgido? En algunos casos pues, se ha de examinar la Constitución por los jueces, y si esto se admite ¿cómo puede limitarse el alcance de este examen? Por consiguiente se ve que esta atribución que se concede al Tribunal Federal, de estar primero a la aplicación de la Constitución que a las leyes del Congreso, es la más alta garantía que se ha inventado para contener los abusos y el despotismo de las mayorías. Todos los historiadores modernos, todos los viajeros concienzudos que han hablado de la América del Norte, han reconocido la influencia benéfica que el Poder Judicial ejerce en aquel país. Tocqueville, señor, atribuye a tres causas la conservación y el progreso de la democracia en América: la 1ª su posición geográfica, la 2ª su forma federativa de Gobierno, y la 3ª la organización de su sistema judicial. En otro punto dice también Tocqueville, que los Tribunales Federales no solo garanten al pueblo el uso de sus derechos, sino que le enseñan el arte de la libertad. Si pues, tenemos en nuestro favor la opinión de todos los jurisconsultos americanos y filósofos extranjeros, que han procurado descubrir el gran secreto de la democracia en América; si uno solo de esos hombres no ha podido desconocer las ventajas de su sistema judicial; si lo conserva siempre con las mismas atribuciones el pueblo más celoso de sus libertades, ¿por qué nosotros desdeñamos la aplicación de un sistema que tan buenos resultados ha producido, justamente en el país más análogo a nuestra forma de Gobierno? Creo pues, que atendiendo a las teorías de nuestra organización política, a la conservación de los principios establecidos en la Carta, como voluntad originaria del pueblo, a la opinión de los sabios, y al ejemplo histórico que nos presenta la gran República Americana, debemos sin trepidar votar por la sanción de este artículo, dejando de este modo establecido el Tribunal Federal con las grandes atribuciones que le corresponden. He dicho”.



Tras ello, se puso a votación el art. 2 y fue aprobado por la mayoría.

Acto seguido, se puso en discusión el art. 3.

Diputado García: “En el artículo que se discute veo consignado este período ‘interpretando las leyes uniformemente y aplicándolas conforme a la Constitución y no de otra suerte’, y como en virtud de mi disconformidad con él he de votar contra el artículo voy a manifestar las razones que para ello me asisten. Ya aquí se presenta completamente desarrollado el pensamiento consignado en el artículo anterior, a que también hice oposición, y se deja ver esa atribución absoluta, omnímoda e incalificable con que se quiere investir al Poder Judicial contra la naturaleza del mismo. El Poder Judicial, señores, no tiene ni puede tener más atribución que la de aplicar leyes a los casos ocurrentes, es decir, conocer y decidir si este o aquel caso está o no comprendido en una ley nacional, sea ésta la Constitución o las leyes que posteriormente sancionare el Congreso. Esta es su única y exclusiva misión según así lo exige su naturaleza y lo prescribe la Constitución en su art. 97 donde dice: ‘Corresponde a la Corte Suprema y los Tribunales inferiores de la Confederación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, las leyes nacionales, etc.’. Pregunto yo ahora, ¿qué importa esas palabras conocer y decidir? ¿Cuál es la acepción verdadera de esas dos frases y de la de puntos regidos? ¿Qué importan, repito, esas frases que constituyen la naturaleza y el ser del Poder Judicial? De cierto que no se dirá que en ellas está comprendida esa facultad extraordinaria de decidir si esta o aquella ley del Congreso es o no conforme con la Carta; ni menos la de, en un caso ocurrente, abstenerse arbitrariamente de aplicar una ley del Congreso por la simple razón de que un Juez de Distrito, o los miembros de las Cortes inferiores, o los de la Suprema, crean o se les antoje creer que esa ley es contraria a la Constitución. ¿Por qué en un caso suponer menos falibilidad, o más bien dicho infalibilidad respecto de un individuo, de tres o nueve, y no solo negar esta sino admitir la hipótesis de que el Congreso, cuyo personal es más numeroso, y el Gobierno a su vez, incurran en una inconstitucionalidad? ¿Cómo exigir interpretación y aplicación uniforme, cuando es moralmente imposible el exigir a un Juez de Distrito que piense y conciba una ley de la misma manera que otro? Yo, señores, veo en esto no solo el peligro que corre de dar al Poder Judicial esa facultad absoluta para de un modo indirecto

dejar en desuso una ley nacional, la inuniformidad de los fallos que tanto debiéramos esmerarnos en garantizar, sino también un ataque directo contra esa misma Constitución que tanto se ha invocado. Por otra parte, meditemos un momento en lo que importa la palabra interpretación y lo que una vez reducida a la práctica ella vale, y entonces veremos la inaplicabilidad de la misma en el sentido que quiere dársele; para esto descenderé a vulgaridades que acaso no estará demás el recordar. Sabido es que no hay, por lo menos hasta hoy no se conocen más que tres clases de interpretación: auténtica, que corresponde únicamente al Legislador; doctrinal, propia de los abogados o jurisconsultos, y usual, exclusiva de los magistrados o jueces. Ahora bien, pregunto yo ¿a cuál de estas, una vez sancionado el artículo, tendría que ceñirse el Tribunal Federal? A las dos primeras no, porque ellas son propiamente del legislador y los jurisconsultos; a la última, se me dirá sin duda, pero en ese caso a falta de leyes tendría que limitarse a arreglar sus fallos a otros precedentes en asuntos de igual naturaleza y de ninguna manera debería abstenerse de aplicar una ley a un caso ocurrente comprendido en ella como se quiere establecer en el proyecto en discusión. Son estas las razones que tengo para negar mi voto al artículo en discusión, siempre que se trate de votar tal cual está redactado”.

Ministro del Campillo: “Es precisamente una de las atribuciones más naturales del Poder Judicial interpretar las leyes que va a aplicar; interpretación que no puede hacerse por el Congreso que solo hace declaraciones generales. Por consiguiente, cuando se suscitase duda sobre la interpretación de una ley en un caso particular, es la Corte Suprema y no el Congreso, quien puede interpretarla y aplicarla. Cuando éste quisiera interpretar esa ley, no podría hacerlo de otro modo que dictando otra explicativa de la anterior, entrando esa misma ley bajo la jurisdicción de la Justicia Federal. Me parecen bastantes estas breves observaciones para que el señor Diputado a quien contesto se persuada de que la atribución que se da al Poder Judicial en este artículo no invade las atribuciones del Congreso”.

Tras ello, se puso a votación el art. 3 y fue aprobado por la mayoría.

Continuó la discusión del resto del articulado del proyecto durante varias sesiones, siendo finalmente aprobado por la Cámara de Diputados el 28/07/1858.

### 3 | La sanción de la ley 182

El 31/07/1858 la Cámara de Senadores recibió el proyecto aprobado con modificaciones por la Cámara de Diputados, pasándolo a la Comisión de Legislación y Negocios Constitucionales.

El 25/08/1858 y el 28/08/1858 la Cámara de Senadores trató el proyecto con las modificaciones formuladas, y acabó por aprobarlo, convirtiéndose así en la ley 182 de la Confederación Argentina.<sup>(5)</sup>

### 4 | Continuación

Pocos días después de que la Cámara de Diputados de la Confederación Argentina aprobara el Proyecto de Ley de la Justicia Federal pasado en revisión, que —explícitamente, confería al Poder Judicial la atribución del control de constitucionalidad—, la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires debatió también un proyecto de ley que —en ese punto— transitaba una senda similar.<sup>(6)</sup>

Sin embargo, mientras que en la Confederación Argentina el referido proyecto acabó convirtiéndose en ley, en el Estado de Buenos Aires ni siquiera logró pasar de la Cámara de origen.

A dicho debate, y a los posteriores que se consideran especialmente relevantes para el análisis de nuestro modelo de control jurisdiccional de constitucionalidad, se dedicará la segunda parte de este trabajo, que concluirá con la próxima entrega.

---

(5) Ley 182, ADLA, 1852/1880, 175.

(6) El proyecto debatido en la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires expresaba: Art. 1: "Corresponde al Poder Judicial, y sin limitación alguna en cuanto a la validez de sus decisiones la interpretación de la Constitución y de las leyes, como también el juicio sobre la conformidad de estas y lo que ellas puedan afectar a las disposiciones de aquella, en todos los casos de una aplicación particular que se hallen sujetos al examen y decisión judicial".



# Fuentes citadas

---



## Índice de fuentes citadas

- ACKERMAN, BRUCE, “*Constitutional Politics/ Constitutional Law*”, en *The Yale Law Journal*, n° 3, vol. 99, 1989.
- ACKERMAN, BRUCE, *La Constitución viviente*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- ACOSTA, ALBERTO, *Bitácora Constituyente. ¡Todo por la patria, nada para nosotros!*, Ecuador, ABYA YALA, 2008.
- AGUILAR VALDEZ, OSCAR, “Competencia y Regulación Económica. Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio”, en *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Bs. As., Ed. Rap, 2003.
- ALBANESE, SUSANA, “La aplicación de la teoría restringida de la inmunidad de jurisdicción. Comentario Breve”, en *El Derecho*, Bs. As.
- ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, “Sobre el concepto de orden jurídico”, en *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, CEPC, 1991.
- ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, “Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos”, en *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, CEPC, 1991.
- ALLI ARANGUREN, JUAN CRUZ, *Derecho Administrativo y Globalización*, Madrid, Thomson/ Civitas, 2004.
- ALLISON, GRAHAM, *Conceptual Models and the Cuban Missile Crisis. The American Political Science Review*, n° 3, 1969.
- ALTERINI, Atilio, *La Universidad Pública en un proyecto de Nación*, Bs. As., La Ley, 2006.
- ALTHUSSER, LOUIS, “Los aparatos ideológicos del Estado”, en Beatriz Rajland, y Daniel Campione (comps.), *Estado, Política e Ideología*, 1ra. ed., Bs. As., Letra Buena, 1992.
- AMADEO, EDUARDO, *La salida del abismo. Memoria política de la negociación entre Duhalde y el FMI*, Bs. As., Planeta, 2003.
- AMIN, SAMIR, *Más allá del capitalismo senil. Por un siglo XXI no norteamericano*, Bs. As., Paidós, 2003.
- ANDERSON, PERRY, *El Estado absolutista*, 17a. ed., Bs. As., Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2002.
- ARAZI, ROLAND, *Arbitraje nacional e internacional*, Bs. As., La Ley, 2005, LL. 2005-D, 1433.
- ARCEO, ENRIQUE, “ALCA. Neoliberalismo y Nuevo Pacto Colonial”, 2da. ed., Bs. As., CTA, Instituto de Estudios y Formación, 2002.
- ARRABAL, PABLO, *Comercio internacional y paraísos fiscales*, Madrid, Ediciones Pirámide SA, 1992.
- AVRITZER, LEONARD, “El ascenso del Partido de los Trabajadores en Brasil. La democracia y la distribución participativas como alternativas al neoliberalismo”, en César Rodríguez Garavito, Patrick Barret y D. Chavéz (eds.), *La nueva izquierda en América Latina. Sus orígenes y trayectoria futura*, Bogotá, Norma, 2005.

## FUENTES CITADAS

---

- AZPIAZU, DANIEL y BASUALDO, EDUARDO, “Las privatizaciones en la Argentina. Génesis, desarrollo y principales impactos estructurales”, Sede Argentina, FLACSO, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2004. Ver texto completo en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/argentina/flacso/azpiazu.pdf>
- AZPIAZU, DANIEL, “Privatizaciones y regulación pública en la Argentina: captura institucional y preservación de beneficios extraordinarios”, Sede Argentina, FLACSO, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Área de Economía y Tecnología. Ver texto completo en: <http://cdi.mecon.gov.ar/biblio/docelec/clad/cong6/6nov/38/azpiapi.pdf>
- BADENI, GREGORIO, *Instituciones de Derecho Constitucional*, Ira. reimpresión, Bs. As., Ad Hoc, 2000.
- BARBOSA, NELSON y PEREIRA DE SOUZA, JOSÉ A., “La inflexión del gobierno de Lula: política económica, crecimiento y distribución”, en E. Sader, y M. A. García, *Brasil, entre el pasado y el futuro*, Bs. As., Capital Intelectual, 2010.
- BARBOZA, JULIO, *Derecho Internacional Público*, Bs. As., Zavalía, 2001.
- BARCESAT, EDUARDO S.; Lozada, Salvador M.; ZAMORANO, CARLOS M.; y VIAGGIO, JULIO J. *La ideología de la seguridad nacional*, Bs. As. El Cid Editor, 1983.
- BARCESAT, EDUARDO S., “Del derecho de autodeterminación e independencia económica. Examen sobre la validez de los TBI y el CIA-DI”, en Infojus, [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar), 2011.
- BARRA, RODOLFO, C., *Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público*, Bs. As., La Ley, 1982, Tomo B.
- BAZAN, VÍCTOR, “Estado Constitucional y Derechos Humanos en Latinoamérica: Algunos problemas y desafíos”, en Juan Manuel López Ulla, *Derechos Humanos y Orden Constitucional en América Latina*, Navarra, Civitas/Thomson-Reuters, 2011.
- BECK, ULRICH, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Ira. ed., Barcelona, Paidós, 1998.
- BEESS, JESSICA, “Sovereign Debt Restructuring and Mass Claims Arbitration before the ICSID, The Abaclat Case”, en *Harvard International Law Journal*, Danvers, Clearance Center, vol. 53, n° 2, 2012. Ver: <http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2010/05/HLI206.pdf>
- BELLUSCIO, AUGUSTO (dir.) y ZANNONI, EDUARDO (coord.), *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*, Bs.As, Astrea, 2001, T. 4.
- BEMBI, MARIELA y NEMIÑA, PABLO, *Neoliberalismo y desendeudamiento. La relación Argentina-FMI*, Bs. As., Capital Intelectual, 2007.
- BENHABIB, SEYLA, “La crítica de la razón instrumental”, en Zizek, Slavoj (comp.), *Ideología. Un mapa de la cuestión*, Bs. As., Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2003.
- BERCHOLC, JORGE O. y BERCHOLC, DIEGO J., *Los discursos presidenciales en la Argentina democrática 1983/2011*, Bs. As., Lajouane, 2012.
- BIANCHI, ALBERTO B., “El Estado Nacional ante el arbitraje”, en *Revista Jurídica La Ley*. Bs. As., La Ley, 13/04/2005.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “El control constitucional y el arbitraje”, en *Revista Jurídica La Ley*, suplemento de Derecho Constitucional, Bs. As., La Ley, 17/08/2004.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El Derecho Constitucional Humanitario*, Bs. As., Ediar, 1996.

## FUENTES CITADAS

---

- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Bs. As., Ediar, 1995.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Lecciones Elementales de Política (Sociedad, Estado y Derecho)*, Lima, Grijley, 2002.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución Reformada*, 2da. reimpresión, Bs. As., Ediar, 2001, T. III.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Bs. As., Ediar, 2003, T. II-A.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Bs. As., Ediar, 1995, T. VI: La reforma constitucional de 1994.
- BIELSA, RAFAEL, *Desde el sur*, Bs. As., Altamira, 2005.
- BIELSA, RAFAEL, “La política exterior argentina”, en AA. VV., *Estado y Globalización. El caso argentino*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2005.
- BOBBIO, NORBERTO, *El futuro de la democracia*, Bs. As., Planeta, 1994.
- BOBBIO, NORBERTO, *Teoría General de la Política*, Madrid, Trotta, 2003.
- BORÓN, Atilio A., *Imperio e Imperialismo. Una lectura crítica de Michael Hardt y Antonio Negri*, Bs. As., Clacso, 2002.
- BORÓN, Atilio A., *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*, Bs. As., Clacso, 2004.
- BORÓN, Atilio, “La izquierda latinoamericana a comienzos del siglo XXI”, en César Rodríguez Garavito, Patrick Barret y D. Chávez, *La nueva izquierda en América Latina. Sus orígenes y trayectoria futura*. Bogotá, Norma, 2005.
- BOAVENTURA DE SOUSA, SANTOS, “La reinención del Estado y el Estado plurinacional”, en *OSAL*, Bs. As., Clacso, año VIII, n° 22, septiembre, 2007.
- BREWER CARIAS, ALLAN R., *Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Central de Venezuela y Universidad Externado de Colombia, 2005, T. I.
- BULLARD G., ALFREDO, “Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos”, en Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Ysern (dirs.), *La contratación pública*, 1ra. ed., Bs. As., Hammurabi, 2006, t. 2.
- CAIVANO, ROQUE J., *La revisión de la validez de los laudos arbitrales. ¿Irrenunciable o indisponible?*, Bs. As., Abeledo Perrot Online, 2007, Lexis n° 0003/013154.
- CALAMANDREI, PIERO, *Proceso y democracia*, Bs. As., 1960.
- CALCAGNO, ALFREDO E. y CALCAGNO, ERIC, “El CIADI resulta inconstitucional”, en *Clarín*, Bs. As., 22/03/2005. Ver: <http://edant.clarin.com/diario/2005/03/22/opinion/o-943073.htm>
- CALCAGNO, ERIC, “Renunciar a la soberanía nacional es nulo”, en diario *Página 12*, 21/02/2004.
- CALCAGNO, ERIC, “Tratados de inversiones y CIADI. Renunciar a la soberanía es inconstitucional”, *Le Monde Diplomatique*, junio 2005.
- CALVO, CARLOS, *Derecho Internacional teórico-práctico de Europa y América*, París, D’Amyot Libraire Diplomatique/ Durand et Pedone-Lauriel, 1868, T. I.



## FUENTES CITADAS

---

- CÁMPORA, MARIO (h.), "Notas sobre la jurisdicción de los Tribunales de Nueva York en operaciones de Crédito Público de la República Argentina", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* (304), 89, Bs. As., 2005.
- CANOVA GONZÁLEZ, ANTONIO, "Venezuela", en Antonio Torres del Moral y Javier Tajadura Tejada (dirs.), *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- CAPELLA, JUAN RAMÓN, *Fruta prohibida*, Valladolid, Trotta, 1997.
- CARBONELL, MIGUEL y GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO, *El Canon Neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- CARBONELL, MIGUEL (ed.), *Teoría del Neo-Constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.
- CARNELUTTI, FRANCESCO, *Las miserias del proceso penal*, Nicolás Vázquez (trad.), Bs. As., Rodamillans, 2006.
- CARNOTA, WALTER F., *Meditaciones sobre gestión judicial*, Bs. As., La Ley, 2007, T. E.
- CARNOTA, WALTER F., *Normas Constitucionales (Su Elaboración)*, Bs. As., Legis, 2009.
- CASÁS, JOSÉ O., "Breves reflexiones —a raíz de una sentencia— sobre el arbitraje internacional y el orden público nacional", en *Revista Jurídica La Ley*, suplemento de Derecho Constitucional.
- CASÁS, JOSÉ O., *Los mecanismos alternativos de resolución de controversias tributarias*, Bs. As., Ad-Hoc, 2003.
- CASSAGNE, JUAN C., "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización", en Carello, Luis, *Derecho Constitucional y Administrativo*, Rosario, Ed. Juris, 1999.
- CASSIRER, ERNST, *El mito del Estado*, 8va. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- CASTRO DASSEN, HORACIO N., "Observaciones a la sugerencia de reforma constitucional", en *Revista Jurídica La Ley*, T. 84.
- CAVALLERO, RICARDO J. y HENDLER, EDMUNDO, *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*, 1ra. ed., Bs. As., Ed. Universidad, 1988.
- CHAVAGNEUX, CHRISTIAN y RONEN PALAN, *Los paraísos fiscales*, España, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2007.
- CLASTRES, PIERRE, *La sociedad contra el Estado*, 1ra. ed., Ana Pizarro (trad.), Bs. As., La Plata, Terramar, 2008.
- COMADIRA, JULIO R.; ESCOLA, HÉCTOR J. y COMADIRA, JULIO P., *Curso de Derecho Administrativo*, 1ra. ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 2012.
- COMADIRA, JULIO R., "El Derecho Administrativo como régimen exorbitante en el servicio público", en *Servicio Público, Policía y Fomento, Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Facultad de Derecho, Bs. As., Ed. Rap, 2003.
- CONESA, EDUARDO, "Argentina: ¿cómo convivir con el default?", en *Revista Jurídica La Ley*, suplemento especial "Default y restructuración de la deuda externa", Bs. As., La Ley, 2003.
- CORMICK, MARTÍN, "Red de subterráneos: Un necesario y postergado traspaso a la Ciudad de Bs. As.", en [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar). 2011. Bs. As.
- CORMICK, MARTIN, "Subterráneos: Transferir, adherir, aprobar y ratificar", en [Infojus](http://www.infojus.gov.ar), [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar), Bs. As., 18/04/2012.

## FUENTES CITADAS

---

- CORRÁ, MARÍA INÉS, “La responsabilidad estatal derivada del incumplimiento de las sentencias o laudos arbitrales internacionales contra el Estado. Primera aproximación”, en *Revista de la Administración Pública (RAP)*, Bs. As., 2008. El texto también se puede ver en: <http://www.bomchil.com/publicacion.aspx?PublicacionID=668>
- CORTI, ARÍSTIDES H., “Acerca de la Inmunidad del Estado frente a los Tribunales Arbitrales y Judiciales externos (CIADI y otros)”, en *Infojus*, [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar), Bs. As., 2005.
- CORTI, ARÍSTIDES H., “La aplicación de `astreintes´ a un contratista del Estado por desobedecer una medida cautelar suspensiva de un proceso arbitral”, en *Revista Jurídica La Ley*, T. 2005-C: 651.
- CORTI, ARÍSTIDES H., “Los derechos humanos del siglo XXI. La revolución inconclusa”, en Germán Bidart Campos y Guido Risso (coords.), *Los derechos humanos del siglo XXI. La revolución inconclusa*, Bs. As., Ediar, 2005.
- CORTI, ARÍSTIDES H., “Sobre los abusos arbitrales”, en diario *Página 12*, 10/01/05.
- CORTI, HORACIO G., *Derecho constitucional presupuestario*, Ira. ed., Bs. As., Lexis Nexis Argentina SA, 2007.
- CORTI, HORACIO G., *Derecho financiero*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997.
- CORTI, HORACIO G., *La guerra silenciosa*, Bs. As., EUDEBA, 2000.
- CORTIZO, EDUARDO; KOWALEWSKI, SERGIO y PÁEZ, ROBERTO, “Cancelación de la deuda con el FMI”. Ver texto en [www.voltairenet.org/article136533.html](http://www.voltairenet.org/article136533.html)
- COSTANTE, LILIANA B. y CORTI, ARÍSTIDES H., “Arbitraje, emergencia económica, soberanía y orden público constitucional”, en *Revista del Colegio de Abogados de San Isidro*, n° 115, julio/agosto 2005.
- COSTANTE, LILIANA B. y CORTI, ARÍSTIDES H., “El CIADI. Acerca de los daños generados por la actividad financiera del estado cuando se infringen la Constitución y la Soberanía Nacional”, en *Tesis*, 11, n° 78, agosto/septiembre 2005, pp. 12/14.
- COSTANTE, LILIANA B. y CORTI, ARÍSTIDES H., “Extranjerización de funciones públicas indelegables”, en *Revista Jurídica La Ley*, suplemento Actualidad, 16/03/2004.
- COSTANTE, LILIANA y CORTI, ARÍSTIDES H., “La nueva Corte impone la ley por encima de los arbitrajes”, en diario *Ámbito Financiero*, 18/06/2004.
- COSTANTE, LILIANA B. y CORTI, ARÍSTIDES H., “La soberanía y los tribunales arbitrales del CIADI”, en *Revista Jurídica La Ley*, T. 2005-C: 1032.
- COSTANTE, LILIANA B., “Algunas notas más sobre prórroga de jurisdicción”, en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., La Ley, 30/09/2004.
- COSTANTE, LILIANA B., “Corrompo, luego existo. La ¿nueva? lógica de la exclusión”, en Héctor Sandler (coord.), *Corrupción. Una sociedad bajo sospecha*, Bs. As., Depto. de Publicaciones Facultad de Derecho (UBA)/ La Ley, 1997.
- COSTANTE, LILIANA B., “Del discurso televisivo, del poder y la exclusión. La corona de la lata”, en Daniel Campione, *et. al, Estado y Sociedad. Algunas reflexiones sobre la política en la Argentina actual*, Bs. As., EUDEBA, 1999.
- COSTANTE, LILIANA B., “Notas sobre prórroga de jurisdicción”, en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., LL. 2004-F, 1138.

## FUENTES CITADAS

---

- COSTANTE, LILIANA B., “Soberanía nacional vs. CIADI: ¿Estados o mercados?”, en *Derecho Público*, Bs. As., Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, año 1, n° 2, 2012.
- DA SILVA, LULA, “Comunicado de prensa de la visita del presidente de Argentina, Néstor Kirchner”, Brasilia, DF, 18/01/2006. Ver texto en: [www.mre.gov.br/portugues/politica\\_externa/discursos/discurso\\_detalhe3.asp?ID\\_DISCURSO=2752](http://www.mre.gov.br/portugues/politica_externa/discursos/discurso_detalhe3.asp?ID_DISCURSO=2752).
- DA SILVA, LULA, “Discurso en el acto por el anuncio del programa de alivio de la deuda con el FMI. Brasilia, DF, 16/01/2006. Ver texto en: [www.mre.gov.br/portugues/politica\\_externa/discursos/discurso\\_detalhe3.asp?ID\\_DISCURSO=2749](http://www.mre.gov.br/portugues/politica_externa/discursos/discurso_detalhe3.asp?ID_DISCURSO=2749).
- DA SILVA, LULA, “Discurso en ocasión de una reunión con el Director Gerente del FMI”, Rodrigo de Rato, Brasilia, DF, 10/01/2006. Ver texto en: [www.mre.gov.br/portugues/politica\\_externa/discursos/discurso\\_detalhe3.asp?ID\\_DISCURSO=2747](http://www.mre.gov.br/portugues/politica_externa/discursos/discurso_detalhe3.asp?ID_DISCURSO=2747).
- DALLA VÍA, ALBERTO R., “El Derecho Constitucional y las especializaciones”, en *Academia, Revista sobre la enseñanza del Derecho en Bs. As.*, Bs. As., Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, año 3, n° 5, 2004.
- DALLA VÍA, ALBERTO R., *Derecho Constitucional Económico*, 2da. ed., Bs. As., Lexis Nexis, 2006.
- DAMILL, MARIO; FRENKEL, ROBERTO y RAPETTI, MARTÍN, *La deuda argentina: historia, default y reestructuración*, Bs. As., Cedes, 2005.
- DANA MONTAÑO, SALVADOR M., “La legitimidad del mandato de los Constituyentes (Atribuciones del Gobierno provisional y de la Convención para reformar la Constitución vigente)”, en *Revista Jurídica La Ley*, t. 88.
- DE SOUZA SANTOS, BOAVENTURA, “Una izquierda con futuro”, en César Rodríguez Garavito, Patrick Barret y D. Chavéz (eds.), *La nueva izquierda en América Latina*, Bogota, Norma, 2005.
- DIXIT, AVINASH, *The Making of Economic Policy: A Transaction-Cost Politics Perspective*, Cambridge, 1996.
- DOS SANTOS, THEOTONIO, “La crisis de la teoría del desarrollo y el problema de la dependencia en América Latina”, en H. Bernstein (ed.), *Subdesarrollo y desarrollo*, Harmondsworth, Penguin, 1973.
- DOS SANTOS, THEOTONIO, *La teoría de la dependencia. Balance y perspectivas*, 1ra. ed., Bs. As., Plaza & Janes, 2003.
- DROMI, ROBERTO, “Derecho Administrativo”, 11ma. ed., Bs. As., Hispania Libros, 2006.
- DUVERGER, MAURICE, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1980.
- ECHAIDE, JAVIER y GHIOTTO, LUCIANA “Qué es libre comercio. Entre mitos y realidades”, en José Nun (dir.), *Claves para todos*, 1ra. ed., Bs. As., Capital Intelectual, 2008.
- ELSTER, JON, *Ulysses and the sirens*, Cambridge University Press, 1979.
- ENGELS, F., “El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”, en Marx, Karl y Engels, Friedrich, *Obras escogidas*, Madrid, Akal, 1975, vol. II.
- ESPINAL ARIAS, RIGOBERTO, *Los jueces y su responsabilidad para la vigencia de un Estado de Derecho*, Inst. Interamericano de Derechos Humanos, 1993.
- ETCHEMENDY, SEBASTIÁN y GARAY, CANDELARIA, “Left Populism in Comparative Perspective,

## FUENTES CITADAS

---

- 2003-2009”, en Steven Levitsky y Kennet Roberts, *The Resurgence of Latin American Left*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2011.
- FARINA, JUAN M., *El Derecho Comercial en el Mundo Globalizado. Neoliberalismo. Inversiones extranjeras. Filiales. La República Argentina y CIADI*, Bs. As., Ad-Hoc, 2005.
- FAYT, CARLOS S., *Derecho Político*, Bs. As., Depalma, 1988, T. I.
- FAYT, CARLOS S., *La Constitución Nacional y los Tribunales Internacionales de Arbitraje. CIADI, CNUDMI, Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y Cámara de arbitraje de Estocolmo*, 1ra. ed., Bs. As., La Ley, 2004.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y Garantías (La Ley del más débil)*, Madrid, Trotta, 2010.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Perfecto Andrés Ibáñez (trad.), 6ta. ed., Madrid, Trotta, 2004.
- FERRAJOLI, LUIGI, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo*, 2da. ed., Madrid, Trotta, 2005.
- FERREYRA, RAÚL G., “Corte Suprema de Justicia argentina y control de constitucionalidad. Vicisitudes y retos del papel institucional del tribunal”, en Miguel Carbonell (coord.), *Derecho Constitucional, Memoria*, México, D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- FERREYRA, RAÚL G., “Crisis de las potestades del Congreso. A propósito de algunas patologías del sistema de gobierno presidencialista argentino”, en Cecilia Mora Donato (coord.), *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Relaciones entre Gobierno y Congreso*, México, D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- FLAH, LILY y SMAYEVSKI, MIRIAM, “El arbitraje internacional y el medio ambiente”, en Infojus, [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar) 07/04/1993.
- FREUD, SIGMUND, *Obras completas*, Madrid, Amorrortu Editores, 2007, t. XIII.
- FURTADO, CELSO, *El poder económico: Estados Unidos y América Latina*, Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1971.
- GALBRAITH, JOHN K., *Historia de la Economía*, Bs. As., Ariel Sociedad Económica, 1993.
- GARCÍA-BOLÍVAR, OMAR E., “La jurisdicción del Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI)”, en Revista *Arbitraje y mediación* (Servilex). Ver texto en: [http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/articulo\\_ciadi.php#4](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/articulo_ciadi.php#4).
- GARCÍA COSTA, VÍCTOR O. (ed.), *La miseria en la República Argentina*, Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1988.
- GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Madrid, Thomson/Civitas, 2005.
- GARCÍA LEMA, ALBERTO M. y PAIXAO, ENRIQUE, “Las reformas del sistema institucional. El Núcleo de Coincidencias Básicas”, en *La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 1994.
- GARCÍA LINERA, ÁLVARO, *Las tensiones creativas de la revolución. La quinta fase del Proceso de Cambio*, La Paz, Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional, 2012.
- GARCÍA PELAYO, MANUEL, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.

## FUENTES CITADAS

---

- GARGARELLA, ROBERTO, "Dificultad, inutilidad y necesidad de la reforma constitucional", en *JA*, Bs. As., Lexis Nexis, 2004-III.
- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *Arbitraje internacional y Derechos Humanos*, en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., La Ley, 10/12/2004.
- GIULIANI FONROUGE, CARLOS M.; NAVARRINE, SUSANA CAMILA y ASOREY, RUBÉN OSCAR, *Derecho Financiero*, 9na. ed., Bs. As., La Ley, 2004, t. II.
- GOBIERNO BOLIVARIANO DE VENEZUELA, "Preámbulo", en *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, 1999.
- GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Obras Completas*, Bs. As., Ed. Universidad de La Plata, 1935, T. XI.
- GÖRAN THERBORN, "Las nuevas cuestiones de la subjetividad", en Zizek, Slavoj (comp.), *Ideología. Un mapa de la cuestión*, Ira. ed. en castellano, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2003.
- GRACIARENA, MARÍA CAROLINA, *La inmunidad de ejecución del estado frente a los laudos del CIADI*, Ira. ed., Bs. As., Lexis Nexis, 2006.
- GRÜNER, EDUARDO, *Las formas de la espada. Miserias de la teoría política de la violencia*, Bs. As., Colihue, 1997.
- GUGLIELMINO, OSVALDO C., "Los contratos administrativos y el arbitraje", en *Revista Jurídica La Ley*, suplemento Adm., Bs. As., La Ley, 2010.
- GUIBOURG, RICARDO y MENDONCA, DANIEL, *La Odisea Constitucional. Teoría y método*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- HÄBERLE, PETER, "Desarrollo constitucional y reforma constitucional en Alemania", en *Pensamiento Constitucional*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, año VII, 2000.
- HÄBERLE, PETER, *El Estado Constitucional*, Héctor Fix-Fierro (trad.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n° 47, 2003.
- HÄBERLE, PETER, "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución", en *Retos actuales del Estado Constitucional*, España, IVAP, 1996.
- HARDT, MICHAEL y NEGRI, ANTONIO; *Imperio*, Ira. ed., Bs. As., Paidós Estado y Sociedad, 2002.
- HARFUCH, ANDRÉS, "El juicio por jurados como participación popular en el proceso penal", en AA.VV., *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año VIII, n° 14, Bs. As., Ad Hoc, 2002.
- HART, HERBERT, *El concepto de Derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1992.
- HENDLER, EDMUNDO, *El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas*, Ira. ed., Bs.As., Editores Del Puerto, 2006.
- HENDLER, EDMUNDO, "Los caminos del Derecho penal —entre la guerra y la civilización". Ver texto en: [www.catedrahendler.org/doctrina](http://www.catedrahendler.org/doctrina)
- HERNÁNDEZ, ANTONIO M., "La descentralización del poder en el estado. El federalismo. Nación y Provincias", en AA. VV., *Derecho constitucional*, Bs. As., Editorial Universidad, 2004.
- HERZ, MARIANA, "La irrevisabilidad de los laudos arbitrales del CIADI por los jueces nacionales: la "doctrina Rosatti" y "Los proyectos legislativos", en *El Derecho*, Bs. As., 2005, ED., 214-799.
- HIRST, M y SOARES DE LIMA, R., "Brazil as an intermediate state and regional power: action,

## FUENTES CITADAS

---

- choice and responsibilities", en *International Affairs*, año 1, n° 82, 2006.
- HITTERS, JUAN C., *Revisión de la cosa juzgada*, Bs. As., Librería Editora Platense, 2001.
- HULSMAN, LOUK, "La criminología crítica y el concepto de delito", en AA.VV., *Abolicionismo Penal*, Mariano Ciafardini y Mirta Bondanza (trad.), Bs. As., Ediar, 1989.
- HUNTER, WENDY, "Brazil. The PT in Power", en Kenneth Roberts y Steven Levitsky (eds.), *The Resurgence of Latin American Left*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2011.
- IRONS, PETER, *El coraje de sus convicciones*, Bs. As., Dijkstra, 1994.
- JARACH, DINO, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, 3ra. ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 1999.
- JAURETCHÉ, ARTURO, *Política y economía*, 2da. ed., Bs. As., Peña Lillo, 1984.
- KANENGUISER, MARTÍN, "El canje de la deuda argentina del 2005: una innovación en las reestructuraciones soberanas", Tesis de Maestría en Relaciones Internacionales, FLACSO-Argentina, diciembre de 2006.
- KANENGUISER, MARTÍN, *La maldita herencia. Una historia de la deuda y su impacto en la economía argentina: 1976-2003*, Bs. As., Sudamericana, 2003.
- KAUFMAN, ROBERT, "The Political Left, the Export Boom, and the Populist Temptation", en Steven Levitsky y Kenneth Roberts (eds.), *Latin America's Left Turn*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, julio de 2011.
- KELSEN, HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, D.F., Imprenta Universitaria, 1958.
- KILLICK, TONY, *IMF Programs in Developing Countries: Design and Impact*, Routledge, London, 1995.
- KIRCHNER, NÉSTOR, "Discurso ante el Parlamento de Brasil". Brasilia, DF, 18/01/2006: en [www.caserosada.gov.ar/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4478&Itemid=120](http://www.caserosada.gov.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=4478&Itemid=120)
- KIRCHNER, NÉSTOR, "Discurso en el acto por el anuncio del programa de alivio de la deuda con el FMI", Bs. As. Ver texto en: [www.caserosada.gov.ar/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4468&Itemid=120](http://www.caserosada.gov.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=4468&Itemid=120)
- KNIGHT, M. y SANTAELLA, J. A., "Economic Determinants of Fund Financial Arrangements", en *IMF Working Paper*, 1994. Ver texto en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=883487>
- KRUEGUER, ANNE, "Prevención y resolución de crisis: la experiencia argentina", Discurso pronunciado en la Conferencia sobre La crisis Argentina", Cambridge, 17 de Julio de 2002. Ver texto en: <http://www.imf.org>
- LANDER, EDGARDO, "El Estado y las tensiones de la participación popular en Venezuela", en *OSAL*, Bs. As., Clacso, año VIII, n° 22, septiembre de 2007.
- LASALLE, FERDINAND, *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, Ariel Derecho, 2002.
- LAVAGNA, ROBERTO, "El caso argentino: lecciones macroeconómicas", en Carlos "Chacho" Álvarez (comp.), *La Argentina de Kirchner y el Brasil de Lula*, Bs. As., Prometeo, 2003.
- LEVITSKY STEVEN y ROBERTS KENNETH, "Latin America's Left turn. A framework for analysis", en Kenneth Roberts y Steven Levitsky (eds.), *The Resurgence of Latin American Left*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2011.

## FUENTES CITADAS

---

- LEVY YEYATI, EDUARDO y VALENZUELA, DIEGO, *La Resurrección. Historia de la poscrisis argentina*, Bs. As., Sudamericana, 2007.
- LEWIN, BOLESLAO, *La insurrección de Tupac Amaru*, Bs. As., EUDEBA, 1987.
- LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., “Acerca del problema de la reforma de la Constitución nacional”, en *Revista Jurídica La Ley*, t. 84.
- LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 3ra. ed., Bs. As., Plus Ultra, 1981, t. II.
- LOCKE, JOHN, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1990.
- LUKÍN, TOMÁS y LEWKOWICZ, JAVIER, “Diálogo con Joseph Stiglitz sobre la experiencia Argentina”, en diario *Página 12*, 09/12/11.
- MADRID, RAÚL; HUNTER, WENDY y WEYLAND, KURT, “*The policies and performance of the contestatory and moderate left*”, en *Leftist Governments in Latin America: Successes and Shortcomings*, Cambridge, julio de 2010.
- MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, 2da. ed., Bs. As., Editores del Puerto, 2004, T. I.
- MAIRAL, HÉCTOR, “El concepto de servicio público en el Derecho Argentino Actual”, en *Servicio Público, Policía y Fomento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Facultad de Derecho, Bs. As., Ed. Rap, 2003.
- MASNATTA, HÉCTOR, “Emergencia económica y recurso extraordinario”, en *Revista Jurídica La Ley*, diciembre, 2003.
- MARIANI, PABLO R., “Las inversiones extranjeras, el arbitraje internacional y las demandas contra el estado argentino”. Ver texto en: [www.mariani-abogados.com.ar/documentos/9/Inversiones.doc](http://www.mariani-abogados.com.ar/documentos/9/Inversiones.doc).
- MARTÍNEZ DE SUCRE, VIRGILIO y CORTI, ARÍSTIDES H., *Multinationales y Derecho*, Bs. As., Ediciones de la Flor, 1976.
- MARX, KARL y ENGELS, FRIEDRICH, *El manifiesto comunista*, Bs. As., Bureau Editor, 2001.
- MATIENZO, JOSÉ NICOLÁS, *Cuestiones de Derecho Público Argentino*, Bs. As., Abeledo, 1925, T. I.
- MATILLA CORREA, ANDRY, *Derecho Administrativo y Servicio Público. Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- MIGNOLO, WALTER D., *La idea de América Latina. La herida colonial y la opción de colonial*, Barcelona, Gedisa, 2005.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, “*Análisis n° II: argentina, el FMI y la crisis de la deuda*”, año 1, n° 2, Bs. As., julio de 2004.
- MONTESQUIEU, CHARLES, *Del espíritu de las leyes*, Ira. ed., Bs. As., Ediciones Libertador, 2004.
- MORESO, JOSÉ J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- MUÑOZ, GUILLERMO A., “El arbitraje en los contratos internacionales celebrados por el estado”, en *Actualidad en derecho público*, Bs. As., Ad-Hoc, mayo/agosto de 2009.
- MURILLO, MARÍA VICTORIA; OLIVEROS, VIRGINIA y VAISHNAV, MILAN, *Economic Constraints and Presidential Agency*, en Steven Levitsky

## FUENTES CITADAS

---

- y Kennet Roberts (eds.), *The Resurgence of the Latin American Left*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2011.
- MUSSA, MICHAEL, *Argentina y el FMI. Del triunfo a la tragedia*, Bs. As., World Publications/ Planeta, 2002.
- NATANSON, JOSÉ, *La Nueva Izquierda. Triunfos derrotas de los gobiernos de Argentina, Brasil, Bolivia, Venezuela, Chile, Uruguay y Ecuador*, Bs. As., Sudamericana, 2008.
- NELSON, J. (ed.), *Economic Crisis and Policy Choice*, Princeton University Press, s/d.
- NUN, JOSÉ, "La desigualdad y los impuestos (I)", en José Nun (dir.), *Claves para todos*, Bs.As., Capital Intelectual, 2011.
- NUN, JOSÉ, "La evasión impositiva y el flujo mundial de dinero no declarado. Guaridas fiscales, mal de la época", en diario *La Nación*, 24/05/1.
- O'CONNOR, JAMES, *La crisis fiscal del Estado*, Barcelona, Ediciones Península, 1981.
- O'DONNELL, GUILLERMO, *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Ira. ed., Bs. As., Paidós, 1997.
- O'DONNELL, GUILLERMO, "Desarrollos en la periferia. El aparato estatal en los países del tercer mundo y su relación con el cambio socioeconómico", en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, UNESCO, vol. XXXII, n° 4, 1980.
- OJEA QUINTANA, JULIO M., "Competencia del Gobierno Revolucionario para promover la reforma Constitucional", en *Revista Jurídica La Ley*, T. 85.
- OLMOS GAONA, ALEJANDRO, *La deuda odiosa; el valor de una doctrina jurídica como instrumento de solución*, Bs. As., Continente, 2005.
- ORLASNKI, LEONARDO T., "La defensa de la competencia desde el Derecho Público: su diseño institucional, su interacción con otras formas de intervención estatal en la economía y el procedimiento aplicable". Ver texto en: <http://www.rafyalaw.com/articulos/513555178.pdf>.
- OSAL, "Propuesta de las organizaciones indígenas originarias, campesinas y de colonizadores hacia la asamblea constituyente" en: <http://bibliotecavirtual.clasco.org.ar/ar/libros/osal/osal22/AC22Documento.pdf>, Bs. As., Clasco, año VIII, n° 22, septiembre de 2006.
- PAGÉS, JUAN LUIS, *Sistemas normativos, constitución y ordenamiento*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- PARRY, ADOLFO E., "Intangibilidad de la Constitución de 1853", en *Revista Jurídica La Ley*, T. 83.
- PASQUINO, GIANFRANCO, *La democracia exigente*, Madrid, Alianza Editorial, 2000.
- PEDRAZA PENALVA, ERNESTO, "Sobre la participación popular en la justicia penal", en AA.VV, *Juicio por Jurados en el Proceso Penal*, Ira. ed., Bs. As., Ad Hoc, 2000.
- PEÑA, MILCÍADES, *Alberdi, Sarmiento, el 90*, Bs. As., Fichas, 1973.
- PEÑA, MILCÍADES, *De Mitre a Roca. Consolidación de la oligarquía criolla*, 3ra ed., Bs. As., Fichas, 1975.
- PERÓN, JUAN D., "El pueblo quiere saber de qué se trata", Bs. As., Secretaría de Trabajo y Previsión, 1944.
- PERRINO, PABLO E., Y DURAND, JULIO C., *Las tarifas de los servicios públicos*, Bs. As., La Ley, Tomo 2009-E.



## FUENTES CITADAS

---

- POLAK, J., *The changing nature of IMF conditionality*, Princeton, N.J., Princeton University, 1991.
- POULANTZAS, NICOS, *El poder político y clases sociales en el estado capitalista*, 25a. ed., Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 1990.
- PROGRAMA DE las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadana y ciudadanos. Contribuciones para el debate*, Bs. As., Aguilar/Altea/Taurus/Alfaguara, 2004.
- PUTNAM, ROBERT, *Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games*, International Organization, The MIT Press, vol. 42, n° 3.
- PZEWORSKI, A. y VREELAND, J., "The effect of IMF programs on economic growth", en *Journal of Development Economics*, 2000, vol. 62, 385-421.
- RABASA GAMBOA, EMILIO, *De súbditos a ciudadanos. Sentido y razón de la participación política*, México, UNAM/Miguel Ángel Porrúa, 1994.
- RAFFIN, MARCELO, *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*, Ira. ed., Bs. As., Editores Del Puerto, 2006.
- RAJLAND, BEATRIZ y MARÍA CELIA COTARELO (coords.), *La revolución en el bicentenario. Reflexiones sobre la emancipación, clases y grupos subalternos*, Bs. As., Fisyp/Clasco Libros, 2010.
- RAJLAND, BEATRIZ, *El pacto populista en la Argentina (1945-1955). Proyección teórico-política hacia la actualidad*, Bs. As., CCC (Centro Cultural de la Cooperación Floreal Gorini), 2008.
- RAMA, CARLOS M., *Historia de América Latina*, Barcelona, Brughera, 1978.
- RAMÍREZ GALLEGOS, FRANKLIN y MINGUELAGA, ANALÍA, "El nuevo tiempo del Estado. La política pos-neoliberal del correísmo", en *OSAL*, Bs. As., Clasco, año VIII, n° 22, septiembre de 2007.
- RAPOPORT, MARIO y MEDICI, FLORENCIA, "Corazones de izquierda, bolsillos de derecha: el New Deal, el origen del FMI y el fin de la gran alianza en la posguerra", en *Revista de Ciencias Sociales Desarrollo Económico*, vol. 46, n° 184, enero-marzo, 2007.
- RAVIGNANI, EMILIO (coord.), *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Bs. As., Peuser, 1937, T. 4.
- REDFERN, ALAN; HUNTER, MARTIN; BLACKABY, NIGEL, et al., *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4ta. ed., Bs. As., La Ley, 2007.
- REMMER, K. (1986), "The politics of economic stabilization: IMF standby programs in Latin America, 1954-1984", en *Comparative Politics*, año 1, n° 19, 1-24, 1986.
- RIVERA, JULIO CÉSAR (h.), "Recursos contra el laudo arbitral", en *Jurisprudencia Argentina*, Bs. As., 2007, JA 2007-I-268.
- RODOTÀ S., "Sobre el derecho en la globalización", en *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n° 4., 2000.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR y BARRET, PATRICK, "¿La utopía revivida? Introducción al estudio de la nueva izquierda latinoamericana", en Cesar Rodríguez Garavito, Patrick Barret y D. Chávez *La nueva izquierda en América Latina. Sus orígenes y trayectoria futura*. Bogotá, Norma, 2005.
- ROMERO, CÉSAR E., "Facultades de la Convención reformadora de 1957 (Apuntes para su estudio)", en *Revista Jurídica La Ley*, t. 87.

## FUENTES CITADAS

---

- ROSATTI, HORACIO, “Las dificultades del régimen arbitral CIADI, según la experiencia argentina”, en Reiriz, M. Graciela (coord.), *Revista Jurídica de Bs. As. Derecho Administrativo y aportes para el rediseño institucional de la república*, Bs. As., Lexis Nexis Argentina, Departamento de publicaciones de la UBA, 2004.
- SACRISTÁN, ESTELA, “Naturaleza Jurídica de las Tarifas. Sistemas Tarifarios”, en *Servicio Público, Policía y Fomento*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Bs. As., Ed. Rap, 2003, p. 797
- SAGÜES, NÉSTOR P. y PALOMINGO MANCHEGO, JOSÉ, “Reflexiones sobre la imprevisión constitucional”, en *Imprevisión y reforma: dos problemas contemporáneos del Derecho Constitucional*, Lima, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2005.
- SAGÜES, NÉSTOR P., *La interpretación judicial de la Constitución*, Bs. As., Depalma, 1998.
- SADER, EMIR y GARCÍA, MARCO A., *Brasil, entre el pasado y el futuro*, Bs. As., Capital Intelectual, 2010.
- SALAS, ACDEEL, *Código Civil Anotado*, Depalma, 1999, T.I.
- SALLUM, BRASILIO y KUGUELMAS, EMILIO, “Gobierno de Lula, ¿continuidad, avance o retroceso?”, en Carlos “Chacho” Álvarez (comp.), *La Argentina de Kirchner y el Brasil de Lula*, Bs. As., Prometeo, 2003.
- SAMPAY, ARTURO, “Realidad Económica”, *IADE*, n°11, 1972.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, CARLOS, *Revolución y doctrina de facto*, Bs. As., Claridad, 1946.
- SCATASSA, MARÍA FERNANDA, “El primer acuerdo del gobierno de Kirchner y el FMI: un juego de varios niveles”, Tesis de Maestría en Relaciones Internacionales, FLACSO-Argentina, diciembre, 2007.
- SCHUSTER, FEDERICO, “Izquierda política y movimientos sociales en la Argentina contemporánea”, en César Rodríguez Garavito, Patrick Barret y D. Chavéz (eds.), *La nueva izquierda en América Latina. Sus orígenes y trayectoria futura*. Bogotá, Norma, 2005.
- SCOTT, HAL y WELLONS, PHILIP, *International Finance: Transactions, Policy, and Regulation*, 8va. ed., EEUU, Foundation Press, 2001.
- SISELES, OSVALDO, *La ejecución de laudos arbitrales extranjeros contra el Estado argentino*, Bs. As., Abeledo Perrot Online, 2009, Lexis n° 0003/014333.
- SOLA, JUAN V., *Control de constitucionalidad*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2001.
- SOLOGUREN, XIMENA SORUCO, “Estado plurinacional-pueblo, una construcción inédita en Bolivia”, en *OSAL*, n° 26, Bs. As., Clacso, 2009.
- SPAVENTA, L., “Two Letters of Intent: internal crisis and stabilization policy”, IMF Conditionality Institute for International Economics, Washington, DC, 1983.
- STIGLITZ, JOSEPH E., *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*, Bs. As., Taurus, 2012.
- TAPIA, LUIS, “Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional”, en *OSAL*, Bs. As., Clacso, año VIII, n° 22, septiembre de 2007.
- TENENBAUM, ERNESTO y LOSER, CLAUDIO, *Enemigos*, Bs. As., Grupo Editorial Norma, 2010.
- THERBORN, GORAN, *La ideología del poder y el poder de la ideología*, 2da. ed., Bs. As., Siglo Veintiuno Argentina Editores, 1989.

## FUENTES CITADAS

---

- TOCQUEVILLE, ALEXIS DE, *La democracia en América*, Madrid, Alianza Editorial, 2004, t. II.
- TUSSIE, DIANA y TRUCCO, PABLO, *Nación y región en América del Sur. Los actores nacionales y la economía política de la integración sudamericana*, Bs. As., Teseo, 2010.
- URBIZTONDO, SANTIAGO, "Las telecomunicaciones en la Argentina: Aspectos salientes de la experiencia reciente y perspectivas futuras", setiembre de 1999. Ver texto en <http://scholar.google.com.ar/scholar?hl=es&lr=&cites=3629985181041351198&um=1&ie=UTF-8&sa=X&ei=nRrwUISiIoWC8ASTpYCoCA&ved=0CC8QzgIwAA> 17.
- VALADÉS, DIEGO, *El control del poder*, 2da. ed., México, Porrúa, UNAM, 2000.
- VALADÉS, DIEGO, *La lengua del derecho y el derecho de la lengua. Discurso de ingreso a la Academia Mexicana de la Lengua*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Academia Mexicana de la Lengua, 2005.
- VANOSI, JORGE, *¿Es viable el Estado Federal en la Argentina?*, Bs. As., Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2000.
- VÁZQUEZ MARÍA, I., "La prórroga de jurisdicción en el arbitraje internacional y el federalismo fiscal", en *Revista de Derecho Penal Tributario*, Centro Argentino de Estudios en lo Penal Tributario, Año XIV, n° 13.
- VAUBEL, R., *A public choice approach to international organization. Problems at the IMF, Public choice 51*, Swiss Review of World Affairs, 40 (12), 20-22, 1986.
- VERBIC, FRANCISCO, "El CIADI y la situación de la República Argentina ante sus tribunales", Bs. As., Abeledo-Perrot Online, 2008, Lexis N° 0003/014073 ó 0003/014076.
- VERBITSKY, HORACIO, "¿Qué te puedo cobrar? Los estudios de la dictadura que litigan contra la Argentina", en *Página 12*, Bs. As., 15/03/2009. Ver texto en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-121584-2009-03-15.html>.
- VIZIOLI, LUIS, "¡Liberen a la Fragata! (A propósito de la detención de la Fragata Libertad en Ghana)", en *elDial.com*, ref.: DC197D.
- WAIBEL, MICHAEL, "Abriendo la caja de Pandora: los títulos de deuda pública en el arbitraje internacional", en *Res Publica Argentina*, Bs. As., n° 2011-1 y 2, 2012.
- WEYLAND, KURT, "The performance of leftist governments in Latin America. Conceptual al theoretical issues", en *Leftist Governments in Latin America: Successes and Shortcomings*, Cambridge, julio de 2010.
- WEYLAND, KURT, "The Left. Destroyer or savior of the market model?", en Kenneth Roberts y Steven Levitsky (eds.), *The Resurgence of Latin American Left*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, julio de 2011.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Bs. As., Ediar, 2011.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., *Tratado de Derecho Penal*, Bs. As., Ediar, 1983, T. V.
- ZALDUENDO, EDUARDO, *La deuda externa*, Bs. As., Depalma, 1998.
- ZIZEK, SLAVOJ, *Sobre la violencia. Seis reflexiones marginales*, Ira. ed., Bs. As., Paidós, 2009.

# Índice Temático

## A

ACTO “*IURE IMPERII*” P. 40, 62  
 AUTODETERMINACIÓN P. 4, 8, 22

## C

CARTA MAGNA P. 55  
 CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES P. 3, 4, 5, 6, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 42, 43, 44, 48, 49, 50, 53, 58, 62, 63, 69, 71, 83, 153  
 Reglamento CIADI P. 19, 20, 21  
 Tribunal Arbitral Internacional del CIADI P. 19, 20, 21, 26, 27, 44, 48, 49, 53, 62, 71

CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 11, 29, 30, 32, 33, 51, 53, 57, 127, 145, 147, 151, 156, 157, 158, 161, 165, 169, 173, 174, 176, 177, 178, 210, 214, 217, 220, 247, 251, 252, 258, 263, 281  
 Constitución escrita P. 120, 121, 125, 183  
 Constitución Nacional 1853/60 P. 127, 131, 132, 217, 220  
 Poder Constituido P. 185, 187, 188, 189  
 Poder Constituyente P. 156, 157, 158, 159, 166, 185, 205  
 Principio de supremacía constitucional P. 13, 55, 162  
 Principios de la Constitución Nacional P. 265, 268, 269, 270, 278, 298  
 Constitucionalismo P. 124, 181, 183, 188, 198, 201, 205, 210  
 Constitucionalismo clásico P. 185  
 Constitucionalismo social P. 137, 138  
 Neoconstitucionalismo P. 195, 196, 207, 214, 215

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD P. 11, 12, 13, 17, 171, 209, 214, 249, 250, 302  
 Constitucionalidad de las leyes P. 252, 264, 268, 271, 273, 274, 275, 276, 280, 289, 290  
 CONTROL DE LEGALIDAD P. 9, 10, 14, 15, 199  
 CONTROL DE RAZONABILIDAD P. 10, 11, 15  
 CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS P. 29  
 CONVERTIBILIDAD P. 236, 237, 240  
 CRÉDITO PÚBLICO P. 28, 46, 51, 52, 53, 59, 62, 66, 79

## D

DELITOS DE LESA HUMANIDAD P. 31, 128, 205, 208, 210, 212, 215, 217, 220, 223, 224, 226, 227, 228, 229, 230  
 Crímenes de guerra P. 212, 215, 216, 217, 218, 223, 227, 228, 229  
 Genocidio P. 129, 210, 212, 217, 218, 226, 227  
 Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad P. 223, 224, 226, 227  
 DERECHO ADMINISTRATIVO P. 196, 197, 231, 232, 235  
 DERECHO CONSTITUCIONAL P. 144, 156, 158, 159, 160, 161, 164, 167, 168, 169, 170, 171, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 203, 231, 235, 249  
 DERECHO INTERNACIONAL DE LOS TRATADOS P. 6, 17, 54  
 DERECHOS HUMANOS P. 8, 31, 51, 56, 57, 61, 147, 162, 167, 196, 198, 204, 206, 207, 208, 214, 234  
 Derecho Internacional de los Derechos Humanos P. 182, 206, 207, 209, 214, 223, 224, 225

Tratados Internacionales de Derechos Humanos P. 182, 214, 220, 225

DEUDA EXTERNA P. 14, 30, 39, 90, 91, 93, 94, 96, 153

Cancelación anticipada de deuda P. 87, 88, 94, 95, 96, 98, 102, 103, 104

Canje de deuda P. 91, 92, 93

Reprogramación de la deuda externa P. 39

DEUDA PÚBLICA P. 36, 41, 42, 43, 46, 47, 59, 61, 65, 66, 68, 69, 75, 80, 82, 83

Empréstitos públicos P. 52, 69

DEUDA SOBERANA *Véase* DEUDA PÚBLICA

DOCTRINA CALVO P. 62, 83

DOGMÁTICA JURÍDICA P. 5, 9, 13, 21

## E

ESTADO DE DERECHO P. 15, 131

Estado Constitucional de Derecho P. 204, 207, 214, 230

Estado Liberal de Derecho P. 205, 207

## F

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL P. 85, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104

## H

HÁBEAS CORPUS P. 203, 204

## I

INMUNIDAD DE EJECUCIÓN P. 50, 66, 72, 77, 78

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN P. 62, 66, 68, 79, 80

## J

JURISDICCIÓN FEDERAL P. 63

JURISDICCIÓN UNIVERSAL P. 218

JUSTICIA FEDERAL P. 50, 250, 251, 252, 253, 254, 256, 257, 258, 259, 262, 265, 267, 270, 271, 274, 278, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 289, 290, 301, 302

Ley de la Justicia Federal P. 302

TRIBUNALES FEDERALES P. 251, 252, 254, 255, 261, 262, 267, 269, 271, 276, 278, 293, 299, 301

Jueces Federales P. 253, 262, 266, 276, 278

## L

LEY FUNDAMENTAL P. 67, 161, 298

LEY DE PUNTO FINAL P. 221, 226

LIBERALISMO P. 107, 113, 131, 231

Liberalismo económico P. 119, 132

Liberalismo político P. 119, 131

Neoliberalismo P. 27, 53, 86, 87, 90, 99, 102, 105, 106, 110, 182, 235

## O

OBEDIENCIA DEBIDA P. 210, 221, 223, 224, 226, 266

## P

PODER POLÍTICO P. 9, 13, 14, 15, 35, 112, 113, 115, 117, 119, 122, 147, 160, 164, 205, 253, 254, 255, 260, 263, 265, 282

PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA NACIONAL P. 54

PRINCIPIO DE LEGALIDAD P. 209, 215, 216, 217

PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO P. 9, 15

PRÓRROGA DE LA JURISDICCIÓN P. 28, 30, 31, 33, 36, 37, 39, 48, 53, 57, 59, 65, 68, 69, 72, 82, 83

PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL P. 80

PUEBLOS ORIGINARIOS P. 186, 189, 191, 199

## R

RECURSOS NATURALES P. 55, 61, 125, 136, 138, 153, 173, 174, 192, 199, 201

REELECCIÓN P. 145, 146, 165, 169

REFORMA CONSTITUCIONAL P. 29, 109, 110, 135, 138, 142, 143, 151, 152, 154, 155, 157, 159, 160, 161, 162, 164, 166, 167, 170, 173, 174, 175, 176, 178, 179, 198, 202, 210, 214, 232

Cláusula cerrojo P. 142

Congreso Constituyente P. 287, 296

Convención Constituyente P. 138, 165, 168, 178, 209, 250

Doctrina de las "cláusulas pétreas" P. 152

Proceso constituyente P. 164, 166, 167, 181, 182, 186, 187, 189

Reforma constitucional de 1949 P. 135, 138, 166, 173

Reforma constitucional de 1994 P. 29, 110, 143, 145, 146, 162, 167, 169, 170, 173, 175, 179, 199, 202, 206, 214, 232

RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS  
*Véase* SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

## S

SERVICIO PÚBLICO P. 231, 232, 233, 234, 238, 239, 246

Concesiones de servicios públicos P. 236

Prestación de servicios públicos P. 235

Subsidios a los servicios públicos P. 242

SISTEMA ÚNICO DE BOLETO ELECTRÓNICO P. 242, 243

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS P. 16, 19, 21, 23, 24, 30, 45

SUFRAGIO UNIVERSAL P. 131, 269

## T

TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN P. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 29, 57

TRATADOS BILATERALES DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES P. 29, 33, 44, 45, 51, 53, 57, 61, 63, 82, 83

TRATADOS INTERNACIONALES P. 6, 11, 76, 182, 200, 214

TRIBUNALES ARBITRALES P. 20, 26, 27, 42, 44, 48, 49, 50, 53, 62, 70, 71

## U

UNASUR P. 9, 23, 24, 25, 26, 31, 106







Esta revista, con una tirada de 10.000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en diciembre de 2012.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202  
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar