

Universidad Abierta Interamericana

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Lomas

Carrera de Abogacía

"Periodicidad de la función, órgano judicial y regulación constitucional"

Tutor: Corbalán, Pablo.

Alumno: Arcidiacono, Alan Nahuel

Título al que aspira: Abogado

Fecha de Presentación: 13/10/2021

Teléfono: 01158603168

Correo Electrónico: Alannahuel.arcidiacono@gmail.com

Aceptación de la reserva del tema y del tutor:

Alan Arcidiacono <alannahuel.arcidiacono@gmail.com> 4 sept 2019 12:07

para marilina.miceli

Buenos días, soy Arcidiacono Alan Nahuel, DNI 40.073.515. Quería reservar mi tema de tesis, el título es: "Periodicidad de la función, órgano judicial y regulación constitucional" Mi tutor es Pablo Corbalán.

Marilina.Miceli@uai.edu.ar 4 sept 2019 13:36

para mí

Tema registrado. atte

Dra. Marilina Andrea Miceli
Secretaria Técnica de la
Facultad de Derecho y Cs. Políticas y
Directora de la carrera de Martillero publico,
Corredor y Administrador de consorcios
Universidad Abierta Interamericana
Tel. 4342-77

Lomas de Zamora, 1 de marzo de 2021

Sr. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
De la Universidad Abierta Interamericana
Dr. Marcos Córdoba

De mi mayor consideración:

Por la presente me dirijo a usted a los efectos de comunicarle que acepto desempeñarme como tutor del Trabajo Final del estudiante Alan Nahuel Arcidiacono de la localización Lomas de Zamora.

Lo saludo atentamente.

Dr. Pablo Santiago Carbalán

Lomas de Zamora, 4 de octubre de 2021

Sr. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
De la Universidad Abierta Interamericana
Dr. Marcos Córdoba

De mi mayor consideración:

Por la presente me dirijo a usted a los efectos de comunicarle que el estudiante Alan Nahuel Arcidiacono, perteneciente a la localización Lomas de Zamora, ha realizado el Trabajo Final de la carrera de Abogacía, el cual se titula "Periodicidad de la función, órgano judicial y regulación constitucional".

Lo saludo atentamente.

Dr. Pablo Santiago Corbalán

Índice:

Contenido

Capítulo 1: Metodología. 9
1.1 Títulos: 9
1.1.1 Académico: 9
1.1.2 Comercial: 9
1.2 Área temática: 9
1.3 Marco teórico: 9
1.4 Objetivos: 10
1.4.1 General: 10
1.4.2 Específicos: 10
1.5 Encuadre metodológico: 11
1.5.1 Tipo de tesis: 11
1.5.2 Técnica de recolección de datos: 11
1.6 Planteo del problema: 11
1.7 Hipótesis: 12
Capítulo 2. Formas de Estado y formas de gobierno. 13
2.1: Estado y gobierno. 13
2.1.1 Elementos del Estado: 15
2.2 Formas de Estado: 18
2.2.1 Unitarismo: 18
2.2.2 Federalismo: 19
2.2.3 Confederación: 20
2.3 Formas de gobierno: 20
2.3.1 Parlamentarismo: 21
2.3.2 Presidencialismo: 22
2.4 Formas de gobierno en Argentina: 22
2.5 Conclusión: 26
Capítulo 3. República. 28
3.1 División y control del poder: 28

3.1.1 Función del Poder Legislativo: 29
3.1.2 Función del Poder Ejecutivo: 30
3.1.3 Función del Poder Judicial: 31
3.2 Publicidad de los actos de gobierno: 31
3.3 Responsabilidad de los funcionarios: 31
3.4 Periodicidad de los cargos electivos: 32
3.5 Igualdad de todos ante la ley: 34
3.6 Todos los cargos públicos surgen del voto o sufragio: 34
3.7 Conclusión: 34
Capítulo 4. La Constitución Nacional, su carácter rígido y el poder constituyente: 36
4.1 Origen del constitucionalismo: 36
4.2 La Constitución y sus clasificaciones: 37
4.2.1 Constituciones escritas y no escritas: 37
4.2.2 Constituciones reformables y pétreas: 37
4.2.3 Constituciones racionales-normativas y constituciones historicistas: 37
4.2.4 Constituciones reformables rígidas y reformables flexibles: 38
4.2.5 Tipología de la Constitución Argentina: 38
4.2.6 Estructura de la Constitución Argentina: 39
4.2.7 Tipos de normas: 40
4.3 Poder constituyente y poderes constituidos: 40
4.3.1 Clases: 41
4.3.2 Titularidad: 42
4.3.3 Límites: 42
4.3.4 Poderes constituidos: 43
4.3.5 El poder constituyente de las provincias: 43
4.4 Procedimiento de reforma constitucional: 44
4.4.1 Etapa preconstituyente: 44
4.4.2 Etapa constituyente: 45
4.5 Reformas constitucionales en Argentina: 46
4.5.1 Reforma de 1860: 47
4.5.2 Reforma de 1866: 49
4.5.3 Reforma de 1898: 49
4.5.4 Reforma de 1949: 49

4.5.5 Reforma de 1957: 50
4.5.6 Reforma de 1972: 50
4.5.7 Reforma de 1994: 50
4.6 Conclusión: 54
Capítulo 5. Supremacía constitucional, control de constitucionalidad del proceso de reforma constitucional y plazo de duración del órgano judicial. 56
5.1 Supremacía: 56
5.1.1 Supremacía de la Constitución Nacional: 56
5.2 Control de constitucionalidad: 59
5.2.1 Casos “Marbury vs Madison” y “Elortondo” 59
5.2.2 Sistemas de control: 61
5.2.3 Control de constitucionalidad en Argentina: 63
5.2.4 ¿Puede ser inconstitucional una reforma constitucional?: 65
5.3 Procesos constitucionales: 67
5.3.1 Acción declarativa de inconstitucionalidad: 67
5.3.2 Recurso extraordinario federal: 68
5.3.3 Acción de amparo: 69
5.3.4 Hábeas data: 71
5.3.5 Hábeas Corpus: 71
5.4 Control de convencionalidad: 73
5.5 Conclusión: 73
Capítulo 6. El Poder Judicial: 76
6.1 Caracteres: 77
6.1.1 Derivado: 77
6.1.2 Multiorgánico y colegiado: 78
6.1.3 Descentralizado: 78
6.1.4 Independiente: 78
6.1.5 Discontinuo: 78
6.2 La Corte Suprema de Justicia Nacional: 79
6.2.1 Reformas en su composición: 80
6.2.2 Competencia: 80
6.2.3 Designación de los jueces de la Corte: 82
6.2.4 Remoción de los jueces de la Corte: 83

6.3 Tribunales federales inferiores: 84
6.3.1 Competencia: 84
6.3.2 Designación de los jueces inferiores: 85
6.3.3 Remoción de los jueces inferiores: 86
6.4 El Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento: 87
6.4.1 El Consejo de la Magistratura: 87
6.4.2 El Jurado de Enjuiciamiento: 88
6.6 Inamovilidad de los jueces: 90
6.6.1 El fallo Fayt: 91
6.7 Conclusión: 94
Capítulo 7. Indeterminaciones constitucionales y su impacto en el plazo de duración del órgano judicial: 96
7.1 Tipos de indeterminaciones: 96
7.1.1 Indeterminaciones semánticas: 97
7.1.2 Indeterminaciones sintácticas: 98
7.1.3 Indeterminaciones pragmáticas: 98
7.1.4 Indeterminaciones lógicas: 98
7.2 Coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico: 101
7.2.1 Coherencia del ordenamiento jurídico: 101
7.2.2 Plenitud del ordenamiento jurídico: 103
7.3 Conclusión: 104
Capítulo 8. Conclusión: 106
8.1 Verificación de la hipótesis: 106

Capítulo 1: Metodología.

1.1 Títulos:

1.1.1 Académico:

Periodicidad de la función, órgano judicial y regulación constitucional.

1.1.2 Comercial:

Periodicidad de la función judicial.

1.2 Área temática:

El objeto de estudio de esta tesis encuadra en el área del derecho constitucional.

1.3 Marco teórico:

Existen diversas regulaciones relacionadas al plazo de duración del órgano judicial ya que, nuestra Constitución Nacional que nace en el año 1853 establecía en su artículo 110 (que antes de la reforma del año 1994 era el artículo 96) que los jueces durarán en el cargo en tanto dure su buena conducta. No obstante, en una de las reformas constitucionales (más precisamente la del año 1994) se ha incorporado el artículo 99 inciso 4, que casualmente en su tercer párrafo también establece una regulación respecto del plazo de duración del órgano judicial. *Contrario sensu*, el artículo en cuestión nos marca que una vez que los magistrados lleguen a la edad de 75 años, será necesario un nuevo nombramiento para que continúen en el cargo. Además, dicha designación será por un plazo de 5 años, por lo tanto, vencido el mismo, será necesario un nuevo nombramiento.

Como vemos, la contradicción entre ambas normas se da recién a partir del año 1994 cuando la Convención Constituyente de ese año incorporó el artículo 99 inciso 4. Carlos S. Nino en tal sentido dice que *hay una contradicción lógica entre dos normas cuando la*

solución normativa que una dispone es incompatible con la que dispone la otra para el mismo caso.[1]

Cabe agregar, que la ley N° 24.309 que declaraba la necesidad de reforma, no contemplaba la posibilidad de que se reforme la garantía de inamovilidad de los jueces, sin embargo, la Convención Constituyente se excedió en sus facultades al agregar el artículo 99 inc. 4 y la disposición transitoria undécima. Como vamos a ver, la Convención Constituyente no puede operar de manera ilimitada, sino que, por el contrario, se encuentra limitada por la propia Constitución que pretende reformar, y por lo que la ley que declarativa de necesidad de reforma le indique.

Jurisprudencialmente, nuestro *leading case* es el fallo Fayt[2], quien fuera juez de la Corte Suprema de Justicia Nacional, en donde el máximo tribunal resolvió el día 19 de agosto del año 1999, hacer lugar a la demanda incoada por el Dr. Fayt y declarar la nulidad de la reforma constitucional en su artículo 99 inciso 4, párr. 3°. Con posterioridad al fallo recientemente mencionado, han surgido otros tales como el caso Schiffrin[3], el cual resulta ser la contracara del fallo Fayt ya que la CSJN no ha votado en el mismo sentido y ha cambiado el criterio, por lo tanto, se han inclinado por la aplicación del artículo 99 inciso 4.

1.4 Objetivos:

1.4.1 General:

Examinar si existe una contradicción entre el artículo 99 inciso 4 y el artículo 110, ambos de la Constitución Nacional Argentina, con relación a la regulación del plazo de duración del órgano judicial.

1.4.2 Específicos:

[1] Nino Carlos S.; "Fundamentos de derecho constitucional", 3° reimpresión, pag 96, Astrea, Buenos Aires, 2005.

[2] C.S.J.N., Fallos "Fayt" 322:1616 (1999)

[3] C.S.J.N., Fallos "Schiffrin" 340:257 (2017)

- Diferenciar las formas de gobierno existentes.
- Conceptualizar el término “república” y detallar sus características.
- Analizar el procedimiento de reforma constitucional en Argentina.
- Indicar los límites del poder constituyente derivado.
- Examinar el control de constitucionalidad.
- Detectar las distintas indeterminaciones constitucionales y sus soluciones.

1.5 Encuadre metodológico:

1.5.1 Tipo de tesis: Esta es una tesis de tipo explicativa-descriptiva.

1.5.2 Técnica de recolección de datos: La técnica utilizada para la recolección de datos del presente trabajo es la siguiente: Observación no participativa, individual y de laboratorio.

1.6 Planteo del problema:

El problema surge a raíz de la Convención Constituyente que reformó la Constitución Nacional en el año 1994. En dicha Convención se agregaron distintos artículos a la norma fundamental, uno de ellos fue el artículo 99, que en su inciso 4 establece una regulación sobre el plazo de duración del órgano judicial, que se contradice con lo establecido por el artículo 110 del mismo cuerpo legal. La regulación sobre el plazo de duración del órgano judicial ya se encontraba contemplada en la Carta Magna de 1853, en su artículo 96, actual artículo 110. El artículo 99 inciso 4 tercer párrafo establece:

“*Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite*.”

En cambio, el artículo 110 determina lo siguiente:

"Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones." Por lo tanto, la cuestión a determinar en la presente tesis es la siguiente:

¿Existe contradicción entre los artículos 99 inciso 4 y 110 de la Constitución Nacional al regular ambos el plazo de duración del órgano judicial?

1.7 Hipótesis:

Existe contradicción entre el artículo 99 inciso 4 y el artículo 110 de la Constitución Nacional al regular de manera incompatible el plazo de duración del órgano judicial.

Capítulo 2. Formas de Estado y formas de gobierno.

2.1: Estado y gobierno.

Para el inicio del presente trabajo, es conveniente definir y desarrollar el concepto de "Estado". El concepto de Estado, muchas veces suele confundirse con los términos "nación" y "comunidad", es por ello que antes de adentrarnos en el concepto de Estado, nos resulta menester diferenciar dicho concepto con los antes mencionados.

Comencemos con el concepto de "nación". Suele decirse que el concepto de nación no apunta tanto a lo político, sino a lo sociológico, en tal sentido Félix Lonigro expresa lo siguiente:

"*se trata de un grupo de individuos que comparten la misma cultura e idiosincrasia, que reconocen el mismo origen, profesan la misma religión, hablan el mismo idioma, o pertenecen a una determinada raza.*"[4]

Como podemos ver, no es necesario que las personas convivan dentro de un mismo territorio para ser consideradas parte de una nación, ya que dicho concepto no se refiere al espacio territorial que ocupen los individuos. Lo que sí es necesario, es ese sentimiento o sentido de pertenencia del cual se sienten orgullosos.

Así mismo, Adolfo Ziulu explica:

"*La nación es la comunidad humana que unida por lazos de raza, lengua, historia, costumbres, tradiciones, etc. les permite a sus integrantes participar de una comunión de origen y de destino, que les distingue de los demás.*"[5]

Totalmente distinto es el concepto de "comunidad", al que nos vamos a referir en este momento. *Contrario sensu*, las comunidades son aquellos grupos de personas que viven en un mismo territorio, sin importar cuales sean los vínculos que las unan. Podemos decir

[4] Lonigro Félix V.; "Derecho constitucional", 3° edición ampliada y actualizada, pág 3, Cathedra jurídica, Buenos Aires, 2016.

[5] Ziulu Adolfo G.; "Derecho constitucional", T° I: principios y derechos constitucionales, pág 125, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997.

entonces, que, sin convivencia territorial, no podríamos hablar de una comunidad, cosa que no pasaba con el concepto de nación antes tratado.

El tratamiento de ambos conceptos surge a raíz de que suele conceptualizarse al Estado como "una nación políticamente organizada" o "una comunidad políticamente organizada". Ahora bien, es en virtud de esa convivencia territorial, que surge la necesidad de crear una "organización política". Por lo tanto, parece imposible hablar de comunidad sin hablar también de gobernantes que estén dotados de poder político para que así puedan conducir los destinos de todos los integrantes de esa comunidad, así como también, de normas jurídicas que regulen la vida en sociedad.

A esas "organizaciones políticas, se las suele denominar "Estado", y cuenta con diversos elementos, a saber:

- Gobernantes, que representen a toda la comunidad y conduzcan los destinos del conjunto.
- Poder político o poder de mando, que es aquel del cual los gobernantes tienen que estar dotados para de esa forma realizar en forma eficaz la conducción de los destinos del conjunto.
- Sistema político o forma de gobierno.

Entonces ahora lo que cabe preguntarse es ¿Cómo nace un Estado? Existen 2 respuestas posibles: A través del dictado de una norma jurídica fundamental o Constitución, lo cual daría nacimiento a un "Estado de derecho" que, tal como marca el Dr. Félix Lonigro, Estado de derecho es *una comunidad gobernada por autoridades que ejercer el poder dentro de los límites que establece la Ley Fundamental que le dio origen a ese Estado*[6]; o prescindiendo de dicha norma fundamental o Constitución.

Es conveniente agregar también, que, en los Estados de derecho, la población es quien designa a los representantes y les confieren el poder político, por lo tanto, la organización política se lleva a cabo de abajo hacia arriba, de la población a los gobernantes. Caso contrario sería si no existiese esa norma fundamental o Constitución, porque en tal sentido, la organización política no se llevaría a cabo de abajo hacia arriba, sino de arriba hacia abajo, porque los gobernantes no tienen un marco legal que respetar. En este caso también existiría una organización o Estado, pero no de derecho.

[6] Lonigro, 6.

2.1.1 Elementos del Estado:

Sobre la base de lo antes expuesto podemos, entonces, llegar a la conclusión de que los elementos del Estado son 4: Población, territorio, poder político y gobierno. Empero no toda la doctrina es uniforme respecto de este tema, ya que hay autores que consideran que los elementos del Estado son 3: población, territorio y poder político, dejando fuera al gobierno. Por nuestra parte, nos inclinamos por la postura mencionada en primer término, por lo tanto, consideramos al gobierno como el cuarto elemento del Estado. Pasemos a explicar cada uno de ellos:

2.1.1.1 Población:

El primer elemento del Estado al cual nos vamos a referir en el presente trabajo es la población. Cuando definimos el término "población", es necesario diferenciarlo del concepto de "pueblo" ya que este último concepto, forma parte del primero.

Cuando hablamos de población, hacemos referencia a un concepto más amplio que el de "pueblo". La población, según Lonigro *Se trata del conjunto de individuos que habita en un determinado territorio*[7]. Por otra parte, al concepto de "pueblo" se lo puede entender como algo más estático. En tal sentido, Guido I. Risso y Eugenio Raúl Zaffaroni mencionan:

"*A la población estable se la denomina también 'pueblo', mientras que a la flotante se la define como 'población'. De este modo podemos afirmar que pueblo es aquella parte de la población que reside habitualmente en el territorio."*[8]

No obstante, hay otros autores, como Lonigro que asemejan el concepto de pueblo, con todas aquellas personas que forman parte de la población que se encuentren habilitadas para votar autoridades. Desde esta perspectiva, el término población hace referencia a todas las personas que habiten en un país determinado, mientras que el concepto de pueblo se limita

[7] Lonigro, 8.

[8] Carnota, González, Gusis, Lega, Losinno, Miceli, Morreale, Risso, Sabsay y Zaffaroni; "Lecciones fundamentales de derecho político", pág 214, Hammurabi, Buenos Aires, 2012.

solamente a quienes puedan votar, es decir, personas mayores de 16 años en el caso de que sean argentinos nativos o por opción y personas mayores de 18 años en el caso de argentinos nacionalizados. Por lo tanto, los extranjeros y los que se encuentren inhabilitados para votar según el artículo 3 del Código Nacional Electoral, no estarán inmersos dentro del concepto de pueblo.

2.1.1.2 Territorio:

Como segundo Elemento del Estado tenemos al territorio. Siguiendo la idea de Ziulu *El territorio es la base física o geográfica sobre la cual se asienta el Estado.*[9]

Ahora bien, hay distintos aspectos que componen el territorio, Bidart Campos menciona:

"*el territorio como base física o espacio geográfico, que se compone de b') el suelo o superficie; b'') el subsuelo; b''') el espacio aéreo; b'''') un espacio marítimo a partir del litoral marítimo.*"[10]

El suelo es toda aquella superficie terrestre que se encuentre dentro de los límites del territorio. Comprende tanto las tierras como las aguas interiores (lagos, lagunas, ríos). El subsuelo es la proyección del territorio, pero dirigido hacia el centro de la tierra. El espacio aéreo refiere a lo mismo, es decir que es la proyección del territorio, pero en forma vertical. Por último, respecto del espacio marítimo o lo que se denomina también, las aguas jurisdiccionales, se reconocen 3 tipos de extensiones:

- El mar territorial: Son las primeras 12 millas marinas. En esta extensión de agua, el Estado ejerce soberanía, aun así, debe permitir el paso inofensivo de todos.

- La zona contigua: Son las 12 millas siguientes al mar territorial. En esta zona el Estado ya no ejerce soberanía, pero puede tomar medidas para evitar infracciones a sus leyes aduaneras o de inmigración, por lo tanto, ejerce jurisdicción.

[9] Ziulu, "Derecho constitucional", T° I, 132

[10] Bidart Campos Germán J.; "Compendio de derecho constitucional", primera reimpresión, pág 40, Ediar, Buenos Aires, 2004.

- La zona económica exclusiva: Son las 188 millas siguientes al mar territorial. En esta zona, el Estado tiene la explotación exclusiva de los recursos.

2.1.1.3 Poder:

Nuestro tercer elemento del Estado es el poder o poder político. Nunca ha sido fácil definir el término "poder", tal es así que Linares Quintana en conformidad con Friedrich expresa:

"*el poder es un tema central de la ciencia política; es un fenómeno reconocido por doquier, pero muy difícil de comprender correctamente; como ocurre con todos los datos del mundo real, desafía cualquier definición rigurosa.*"[11]

Siempre que hablamos de poder, nos referimos a la capacidad de imponer decisiones. Nos encontramos frente a una relación de subordinación en la cual los individuos se encuentran sometidos a ese poder, en virtud de la legitimidad del mismo o bien, por la coacción de la cual se encuentra dotado. Carlos Fayt explica:

"*El poder político es siempre un poder dominante. La posibilidad de resistir su coacción no existe, de ahí que cualquiera sea su gradación o jerarquía se presente como irresistible*".[12]

Es necesario dotar de poder a los gobernantes, para que así puedan conducir los destinos de la nación. Entonces, como vemos, el verdadero titular del poder es el pueblo, que mediante el voto le confiere en forma temporal dicho poder a los gobernantes. Mariano Moreno decía en el año 1810 *El poder que os conferimos dimana de nosotros, os lo damos en depósito y no en propiedad ni a título de herencia.*[13]

2.1.1.4 Gobierno:

El cuarto y último elemento del Estado que vamos a tratar en el presente trabajo es el gobierno. Ya habíamos adelantado, que parte de la doctrina no considera que el gobierno

[11] Linares Quintana Segundo V.; "Derecho constitucional e instituciones políticas", T° I, segunda edición, pág 88, Plus Ultra, Buenos Aires, 1976.
[12] Fayt Carlos S.; "Derecho político", T°I, pág 237, Depalma, La Plata, 1998.
[13] Lonigro, 31.

sea un elemento del Estado, dejándolo fuera de la clasificación. Sin embargo, tal como marca Bidart Campos

"*el poder en cuanto potencia necesita ser puesto 'en acto', o sea, tiene que ser impulsado y ejercido. De ahí que haya que añadir como cuarto elemento al gobierno, porque el poder sin gobierno es como un motor al que le falta quien lo accione".*[14]

Por lo tanto, es sensato decir que el gobierno es el conjunto de personas que, a través de los órganos, ejercen el poder político del Estado para conducir los destinos de la nación. En cuanto a sus órganos, pueden existir uno o varios órganos de gobierno. Por un lado, tenemos los sistemas autocráticos, que son aquellos en los cuales la titularidad y el ejercicio del poder están a cargo de unos pocos, que son los que mandan; por otro lado, existen los sistemas republicanos, en los cuales las potestades de gobierno se encuentran distribuidas en varios órganos.

A su vez, dentro del sistema republicano, pueden darse distintas formas de organización gubernamental o formas de gobierno como son el presidencialismo y el parlamentarismo, de los cuales nos vamos a referir más adelante.

2.2 Formas de Estado:

Las formas de Estado son las formas en las cuales se va a distribuir espacialmente la actividad estatal. "*La expresión 'forma de Estado' se utiliza para designar el grado de descentralización –y consiguiente centralización-, con asiento o base territorial, existente en un Estado".* [15]

Podemos decir entonces, que, a través de las formas de Estado, vamos a estudiar cómo se va a distribuir territorial o espacialmente el poder. Se distinguen 3 formas de Estado: Unitarismo, federalismo y confederación, y las mismas serán desarrolladas a continuación:

2.2.1 Unitarismo:

[14] Bidart Campos, "Compendio…", 41.

[15] Justo López Mario.; "Manual de derecho político", segunda edición, reimpresión, pág 299, Depalma, Buenos Aires, 2001.

El unitarismo o Estado unitario es aquella forma de estado que se encuentra caracterizada por la centralización territorial del poder, es decir, existe una única autoridad o gobierno central con competencia territorial en todo el país. Fayt explica lo siguiente: *Cuando la forma es unitaria, el poder es ejercido por autoridades cuyas funciones comprenden todo el territorio y la población de la organización política.*[16] En el caso de admitirse un cierto grado de descentralización, dicha descentralización es de carácter administrativo, no político, ya que pueden existir algunas autoridades locales, pero no gozan de autonomía, ya que las mismas van a recibir sus atribuciones por parte del gobierno central.

En la actualidad, algunos de los países que adoptaron la estructura unitaria son: Ecuador, Uruguay, Francia, Italia, entre otros.

2.2.2 Federalismo:

El federalismo o Estado federal es lo contrario al unitarismo explicado recientemente, ya que implica la unión de varios Estados, por medio de una Constitución. Existe un Estado central que es quien ejerce la soberanía, y varios Estados-miembro o "provincias" como las conocemos en Argentina. Podemos decir entonces, que es un Estado compuesto por varios Estados. Pero para que estemos frente a un Estado federal, es necesario que además de la descentralización territorial de autoridades, esas autoridades tengan autonomía. Lonigro explica:

"*Pues para que el sistema sea realmente federal, es indispensable que las autoridades descentralizadas dicten normas propias sobre atribuciones también propias; y las atribuciones son propias de los gobiernos locales, cuando le son conferidas directamente por la Ley Fundamental o Constitución del país que se trata.*"[17]

El Estado federal tuvo su primera aparición histórica en la Constitución norteamericana del año 1787 y algunos ejemplos de estados federales en la actualidad son: Argentina, Rusia, Brasil, Estados Unidos, entre otros.

Por lo tanto, podemos concluir que la diferencia entre unitarismo y federalismo es que, si bien ambos conceptos refieren a formas de Estado, en un Estado federal, existe un gobierno nacional o central, y varios gobiernos locales los cuales gozan de autonomía; en cambio, en

[16] Fayt, "Derecho político", T° I, 101.
[17] Lonigro, 229.

un sistema unitario, solamente existe un gobierno central y, en el caso de coexistir con gobiernos locales, los mismos no gozan de autonomía.

2.2.3 Confederación:

La confederación o confederación de Estados es aquella unión entre Estados independientes, por medio de convenios o tratados. Cada uno de estos Estados conserva el derecho de separarse de la confederación (derecho de secesión). A diferencia de la federación, como menciona Justo López: *la naturaleza de la norma vinculatoria entre los Estados confederados, que es el 'pacto', y no, como ocurre, con los Estados-miembro de un Estado federal, la 'Constitución.*[18]

La confederación sería el grado máximo de descentralización política y suele tener un órgano supranacional al cual el resto de los Estados le delegan la defensa común y las relaciones internacionales. El Estado central toma decisiones, las cuales pueden ser ratificadas o rechazadas por los miembros de la confederación.

Por último, hay que aclarar que la confederación no afecta a la soberanía de los Estados confederados, y que el poder que ejerce el órgano central, es ejercido sobre los órganos de los demás Estados miembros, y no sobre los ciudadanos que los integran.

Algunos ejemplos de Estados confederales en la historia son: La confederación de los Estados Unidos de América (1776-1787); la confederación suiza (1815-1848), entre otros.

2.3 Formas de gobierno:

Al hablar de formas de gobierno, hablamos de un sistema que nos permite determinar quién o quienes van a ser las personas encargadas de ocupar los cargos de gobierno, y de qué manera van a ejercer dichos cargos, por lo tanto, *se refiere a la estructura del poder, es decir, a la organización del poder de autoridad.*[19] Históricamente la clasificación tripartita de Aristóteles sobre las formas puras de gobierno es la siguiente (categorías clásicas):

[18] Justo López, 300.

[19] Fayt Carlos S..; "derecho político", T° II, pág 47, Depalma, La Plata, 1998.

- Monarquía: O gobierno de uno sólo.
- Aristocracia: O gobierno de los mejores.
- República: O gobierno de todos.

Son denominadas formas "puras" porque el fin perseguido por el gobernante es el bien común. Pero Aristóteles también hace una clasificación respecto de las formas "impuras", respecto de las cuales la finalidad del gobernante ya no es el bien común, sino el beneficio propio:

- Tiranía: Es una monarquía, pero como se dijo, solamente en interés del monarca.
- Oligarquía: Es una aristocracia, pero en interés de unos pocos (los que gobiernan).
- Democracia: Es una república, pero en interés de la mayoría.

Rousseau también ha adherido a la división tripartita efectuada por Aristóteles, agregando que la monarquía solo es conveniente en los grandes Estados, la aristocracia hace alusión a una especie de meritocracia, y la democracia no existe ni existirá jamás, ya que es una suerte de gobierno sin gobierno dado que esta supone el ejercicio del gobierno por todo el pueblo.

En sentido moderno, la clasificación de las formas de gobierno es la formulada por Walter Bagehot, en su ensayo sobre la Constitución inglesa: Presidencialismo y parlamentarismo.

2.3.1 Parlamentarismo:

El **parlamentarismo** tuvo su origen en Inglaterra para luego expandirse por toda Europa, se caracteriza por la composición de su Poder Ejecutivo, el cual es colegiado, teniendo la jefatura de Estado y la jefatura de Gobierno en forma separada. El cargo de jefe de Estado puede ser de 2 formas, electivo (presidente) o hereditario (rey), y su tarea es la representación internacional del país. En cuanto a la jefatura de Gobierno, la misma recae sobre la persona del primer ministro, que además resulta ser el líder político del partido mayoritario dentro del Parlamento. El Parlamento es el órgano cuyos miembros son elegidos mediante la práctica del voto o sufragio y sus miembros duran un tiempo en el cargo.

2.3.2 Presidencialismo:

El **presidencialismo** tuvo su origen en Estados Unidos y luego se difundió por varios países, en especial por los países latinoamericanos y, por el contrario, alude a una composición del Poder Ejecutivo unipersonal (presidente), la calidad de jefe de Estado y de jefe de Gobierno recaen sobre su persona únicamente. Tanto su cargo, como el de los miembros del congreso, son elegidos mediante el voto o sufragio y duran en el cargo un período de tiempo determinado. Esta forma de gobierno la vemos en los países republicanos, ya que surge a raíz de la división de poderes característica de la forma de gobierno republicana (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial).

2.4 Formas de gobierno en Argentina:

Las formas de gobierno en Argentina surgen de los artículos 1, 22, 39 y 40 de La Constitución Nacional.

El artículo 1 establece lo siguiente: "*La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución."* Lonigro nos marca, *cuando la Constitución establece una forma representativa de gobierno, está disponiendo un sistema democrático, y específicamente el indirecto o representativo.*[20]

A su vez, nuestra Constitución determina un sistema republicano, el cual va a ser explicado en el siguiente capítulo, y una forma federal, que como ya hemos explicado *ut supra*, implica la descentralización territorial del poder.

Aunque no lo mencione expresamente en este artículo, nuestro país adopta también la forma de gobierno presidencialista, es decir, el presidente de nuestro país es tanto jefe de Estado como jefe de Gobierno.

[20] Lonigro, 46.

El artículo 22 de nuestra ley suprema reza: "*El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución...*" En el presente artículo, nuestra Constitución vuelve a hacer hincapié en la forma democrática representativa, pero se deja en claro que el pueblo no es quien gobierna, sino que lo hacen sus representantes.

El artículo 39 determina "*Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses.*
El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa.
No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal."

Artículo que ha sido incorporado por la Convención Constituyente en la reforma constitucional del año 1994. La iniciativa popular se encuentra regulada tanto en este artículo 39, como en la ley 24.747. Esta iniciativa popular es la excepción a la regla establecida por el artículo 22 de la Constitución, el cual como hemos mencionado recientemente, establece que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes.
"La iniciativa popular implica el ejercicio de una función pública no estatal mediante la cual los ciudadanos peticionan, en la forma reglada, el tratamiento de un proyecto de ley a fin de lograr la sanción, reforma o derogación de una norma jurídica en la que están interesados"[21]
La cámara de origen respecto de los proyectos de ley que presente la ciudadanía, va a ser siempre la cámara de diputados, por lo tanto, cámara de senadores va a ser la cámara revisora en esta cuestión. Vale aclarar que la cámara no está obligada a sancionar la ley que haya sido presentada, (la cual no puede versar sobre cuestiones penales, tributarias, tratados internacionales, presupuesto ni reforma constitucional) pero sí se encuentra obligada a

[21] Gelli María A.; "Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada", pág 356, La Ley, Buenos Aires, 2004.

tratar el proyecto, teniendo un período de 12 meses para debatirlo. Además, la cantidad de firmas requeridas según el artículo 39 no puede ser superior al 3% del padrón electoral, dentro del cual habrá que contemplar una adecuada distribución territorial.

Cabe mencionar que, ante el silencio de la Constitución, la cámara se encuentra autorizada para sancionar la ley en forma parcial, o incluso para realizarle modificaciones. Y respecto al presidente, se entiende que también puede vetar la ley presentada por el pueblo y sancionada por el congreso, como puede hacerlo con cualquier otra ley.
El resto de las regulaciones sobre el proyecto de ley que puede presentar la ciudadanía mediante la iniciativa popular, se encuentran reguladas, como ya hemos dicho, por la ley 24.747, la cual en líneas generales determina las siguientes pautas:

- El proyecto tiene que ser presentado por escrito y en forma de ley, colocando nombre y domicilio de los promotores del mismo, así como también firma, domicilio y DNI de los firmantes.
- La cantidad de firmas necesarias es del 1,5% del padrón electoral, las cuales deben estar distribuidas en por lo menos 6 provincias o distritos distintos.

El artículo 40 de la Constitución Nacional establece lo siguiente: "*El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática.*
El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio.
El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular."

El mencionado regula lo que se conoce como "consulta popular", otro derecho colectivo que fue agregado en la reforma del año 1994 regulado a su vez, por la ley 25.432. La inclusión de este instituto implica, que los gobernantes, antes de tomar decisiones, consulten la opinión del pueblo.

"*La consulta popular es una de las formas de democracia semidirecta que proporciona la participación más intensa de la ciudadanía pues, mediante ella, el electorado, decide directamente acerca de una cuestión de interés sustantivo para el Estado; sobre el mantenimiento, modificación o derogación de una norma; acerca de la gestión de un gobernante o un gobierno, en todos los casos, por sí o por no.*"[22]

De la lectura del artículo podemos ver entonces, que existen 2 tipos de consulta popular, la vinculante u obligatoria, y la optativa o no vinculante. La primera procede en aquellos casos en los cuales el voto del pueblo es obligatorio, y en caso de que el proyecto sea aprobado por la ciudadanía, dicho proyecto es sancionado y promulgado de manera automática (el pueblo cumpliría con la función que normalmente desarrolla el congreso.) Esta consulta surge solamente a iniciativa de la Cámara de diputados, quien actuará como cámara de origen, y si da media sanción, el proyecto de consulta pasa a Cámara de diputados quien actuará como cámara revisora.

El otro tipo de consulta popular es la optativa o no vinculante, respecto de la cual el pueblo es convocado, pero puede no presentarse y, por lo tanto, no votar. Esta, a diferencia de la anterior, puede ser convocada tanto por Cámara de diputados, como por Cámara de senadores, como por el Presidente de la Nación.

La ley 25.432 establece regulaciones complementarias a las establecidas por el artículo 40 de la Constitución Nacional, como son las siguientes:

- La ley o decreto por el cual se realiza la convocatoria popular, debe ser publicada en el Boletín Oficial, en 2 diarios de mayor circulación a nivel nacional, y en el diario de mayor circulación de cada provincia.
- La fecha en la cual se ha de realizar la consulta, no deberá coincidir con la fecha de otra elección
- Si se trata de una consulta popular de tipo obligatorio o vinculante, se considera que la respuesta del pueblo es afirmativa, si se presenta a votar por lo menos el 35% del padrón electoral, y si de ese 35%, el 50% vota por el SÍ.
- Si la consulta es optativa o no obligatoria, la respuesta se considera afirmativa si se ha obtenido más del 50% de los votos por el SÍ, de aquellos que se hayan presentado a votar.

[22] Gelli, 358.

- La pregunta que se le ha de realizar al pueblo debe estar redactada de tal forma, que solamente se pueda responder por SÍ o por NO.
- Si la respuesta del pueblo se inclina por la negativa, el proyecto no podrá ser tratado, ni convocarse al pueblo por un plazo de 2 años.

2.5 Conclusión:

En el presente capítulo hemos abordado la diferencia conceptual existente entre los términos "Estado" y "Gobierno", así como también hemos mencionado y desarrollado las formas de Estado y las formas de gobierno.

Al comenzar el capítulo se ha dejado en claro que no es lo mismo hablar de Estado, que hablar de gobierno, de hecho, el gobierno es uno de los elementos que componen el Estado (además del territorio, la población y el poder). El Estado resulta ser una nación o comunidad políticamente organizada, mientras que el gobierno *sólo comprende a los representantes específicos*[23], por lo tanto al hablar de gobierno solamente hablamos del grupo de gobernantes que actúa en representación del Estado.

Luego de dejar en clara la diferencia conceptual que existe entre ambos conceptos, y luego de haber explicado a los distintos elementos del Estado, hemos pasado a explicar las formas de Estado. Las formas de Estado son 3: unitarismo, federalismo y confederación, y hablaremos de uno o de otro, dependiendo como se distribuya territorialmente el poder del Estado.

En un Estado unitario, hablamos de una centralización espacial del poder, es decir que el poder es ejercido por una única autoridad cuya función abarca a todo el territorio, sin haber gobiernos locales o bien habiendo, los mismos no tienen autonomía. Por el contrario, al hablar de federalismo o Estado federal, nos referimos a la unión de varios Estados, por medio de una constitución y además, *el poder es ejercido por un gobierno central y varios gobiernos locales*[24] pero en este caso, los gobiernos locales gozan de autonomía. Por otro

[23] Linares Quintana Segundo V.; "Derecho constitucional e instituciones políticas", T° II, tercera edición, pág 9, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981.
[24] Fayt, "derecho político", T° II, 101.

lado, la confederación resulta ser la unión de Estados independientes, no afectando esta unión a la soberanía de la cual se encuentran revestidos los Estados confederados.

Por último, dentro del presente capítulo hemos hablado de las formas de gobierno, centrándonos en las formas de gobierno en la Argentina. La clasificación clásica de las formas de gobierno es la que nos ha brindado Aristóteles, a través de su distinción entre las formas puras de gobierno (monarquía, aristocracia y república), y las formas impuras (tiranía, oligarquía y democracia). Luego llegamos a la clasificación moderna de las formas de gobierno, parlamentarismo y presidencialismo, cuya diferencia principal es: en el sistema parlamentarista la composición del Poder Ejecutivo es colegiada, es decir que hay un jefe de Estado (presidente o rey, dependiendo si el cargo es electivo o hereditario) y un jefe de gobierno (primer ministro); en cambio en el presidencialismo la composición del Poder Ejecutivo es unipersonal, ya que el presidente es jefe de Estado y jefe de gobierno a la vez. Respecto a las formas de gobierno en la Argentina, hemos dicho que, de nuestra Constitución Nacional, se desprenden las siguientes formas de gobierno: Representativa, republicana, federal y presidencialista.

Capítulo 3. República.

Etimológicamente el término "República" proviene del latín *res pública* que significa cosa pública. El sistema republicano de gobierno surge del artículo 1 de nuestra Constitución Nacional:

Art. 1: "*La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución."*

Explica Gelli que la república se define como un sistema político que se caracteriza por la división y control del poder, la publicidad de los actos de gobierno, la responsabilidad de los funcionarios, la periodicidad de los cargos electivos y la igualdad de todos ante la ley.[25] Nosotros podemos agregar otra característica: todos los funcionarios son elegidos a través del voto o sufragio, ya sea de manera directa o indirecta.

Por su parte, Aristóbulo del Valle afirmaba que la república es aquella:

"*comunidad política organizada sobre la base de la igualdad de todos los hombres, cuyo gobierno es simple agente del pueblo, elegido por el pueblo de tiempo en tiempo y responsable ante el pueblo de su administración."*[26]

A continuación, explicaremos cada una de las características del sistema republicano:

3.1 División y control del poder:

La división de poderes implica dividir las funciones del Estado en 3 órganos: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Badeni advierte:

"La llamada doctrina de la división de los poderes consiste en distribuir las funciones del poder estatal, a los fines de su ejercicio, entre varios órganos gubernamentales independientes que están relacionados mediante mecanismos de control recíproco."[27]

Lo que podemos observar, es que la división de poderes tiene como finalidad que el poder del Estado no se concentre en un solo órgano, garantizando de esa manera el control mutuo

[25] Gelli, 19.
[26] Ziulu Adolfo G; "Derecho constitucional", pág. 163, Ediciones Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014.
[27] Badeni Gregorio; "Tratado de derecho constitucional", T° I, pág. 429, La Ley, Buenos Aires, 2006.

entre los distintos poderes siendo cada uno de estos, independiente. Cada uno de estos poderes es, como dijimos, totalmente independiente respecto a los otros, y tal como ha marcado la Corte Suprema de Justicia Nacional, las atribuciones de las cuales gozan cada uno de los poderes le son peculiares y exclusivas ya que, de lo contrario, no podríamos hablar de una verdadera división de poderes, por lo tanto, ninguno de los poderes puede ejercer facultades más allá de las que les son conferidas expresamente por la Constitución Nacional. En este caso aplicaría el siguiente principio: para los ciudadanos, todo lo que no está prohibido, les está permitido, y para los poderes del Estado, todo lo que no les ha sido conferido expresamente por la constitución, les está prohibido. Por ejemplo, si la constitución nos marca que el control de constitucionalidad debe ser ejercido por el poder judicial, dicho control no puede ser llevado a cabo por los otros 2 poderes.

A continuación, vamos a explicar en forma muy somera la función principal de cada uno de los poderes del Estado:

3.1.1 Función del Poder Legislativo:

Primero que nada, debemos dejar en claro que comenzamos desarrollando al Poder Legislativo no por una cuestión de preferencia o por considerar a este poder más importante que los otros, sino porque es el que primero regula nuestra Constitución Nacional en la parte orgánica (arts. 44 a 86).

Para hablar de las características que nuestra constitución le otorga al Congreso, es necesario leer lo que establece su artículo 44, que es el artículo que nos deja saber cómo se encuentra integrado el órgano en cuestión:

Art. 44: "*Un Congreso compuesto por dos Cámaras, una de diputados de la Nación y otra de senadores de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires, será investido del Poder Legislativo de la Nación".*

De su lectura podemos decir entonces, que el Congreso es un órgano de gobierno colegiado y bicameral. Colegiado porque se encuentra integrado por varios individuos, y bicameral porque el mismo está dividido en 2 Cámaras (Cámara de diputados y Cámara de senadores).

El Congreso de la Nación es el órgano encargado de ejercer la función legislativa, es decir, aquel órgano que tiene el poder de dictar las leyes en consonancia con las disposiciones constitucionales ya que, en caso de contradecir a la constitución, dichas leyes serían declaradas inconstitucionales por parte del Poder Judicial. Claro está que para ejercer dicha función se encuentra revestido de la legitimidad que le otorgan los gobernados mediante el voto o sufragio.

3.1.2 Función del Poder Ejecutivo:

El órgano ejecutivo, también conocido como Poder Ejecutivo Nacional (PEN) se encuentra regulado en nuestra Constitución también en la parte orgánica, artículos 87 a 107. Es un poder continuo, ya que no admite recesos ni interrupciones en su ejercicio, además, es un órgano unipersonal, a diferencia del Poder Legislativo que hemos dicho que resulta ser un órgano colegiado. Dicha característica surge de la lectura del artículo 87 de nuestra Carta Magna que reza: "El poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de 'Presidente de la Nación Argentina'. Existe una postura doctrinal minoritaria que considera al PEN como un órgano colegiado ya que para que el presidente pueda dictar un decreto, necesita de la firma de un ministro, y para el caso de los decretos de necesidad y urgencia requiere de la firma de todos los ministros. Si bien resulta ser un buen argumento, de nuestra parte consideramos que es un órgano unipersonal, y que tanto el Jefe de Gabinete como los ministros actúan como secretarios de Estado ya que es el propio presidente quien los elije y remueve según su criterio político.

Diversas son las funciones o tareas de las cuales se ocupa el Ejecutivo, entre las principales: llevar adelante la política gubernativa del país; se encarga de aplicar y hacer cumplir las decisiones que tome el propio órgano ejecutivo o cualquier otro; y cumple además una función administrativa, aun cuando dicha función administrativa también la puedan cumplir los demás órganos.

3.1.3 Función del Poder Judicial:

En el presente capítulo simplemente vamos a mencionar que la principal función del Poder Judicial es la administración de justicia a los efectos de no dejar inconclusa la división de poderes con la cual hemos comenzado el capítulo, pero no le vamos a dar expreso tratamiento aquí dado que, en nuestro trabajo, el órgano Judicial tiene su capítulo respectivo el cual va a ser abordado más adelante. (Cap. 6).

3.2 Publicidad de los actos de gobierno:

Siguiendo el concepto expuesto por Ekmekdjian:

"*Publicidad, en este contexto, significa que tales actos deben ser comunicados a la opinión pública, para que los ciudadanos tengan la posibilidad de tomar conocimiento de aquellos, de su contenido, de su gestación y de su concreción, para ejercer el control del poder que les compete."*[28]

En la Constitución podemos ver algunos casos en los cuales se exige dicha publicidad: el artículo 83 establece que, si el Presidente vetó una ley del Congreso, pero ambas Cámaras insisten con el proyecto de ley y lo vuelven a aprobar, el Presidente deberá promulgar la ley y se deberá publicar el nombre de los sufragantes y los fundamentos expresados, así como también las objeciones efectuadas por el Poder Ejecutivo.[29]

3.3 Responsabilidad de los funcionarios:

Los funcionarios que ocupen cargos públicos tienen una responsabilidad especial ya que justamente gobiernan en nombre de los ciudadanos, Ekmekdjian explica:

"Como toda persona que maneja negocios o bienes ajenos, aquel1os están. sujetos a diversas responsabilidades por las desviaciones, irregularidades, faltas o delitos que

[28] Ekmekdjian Miguel Á., "Tratado de derecho constitucional", T° I, pág. 152, Depalma, Buenos Aires, 2000.
[29] Gelli, 22.

puedan cometer en el cumplimiento de su gestión. Estas responsabilidades deben ser sensiblemente agravadas si se tiene en cuenta que el ejercicio del poder, por su propia naturaleza, tiende a desorbitarse."[30]

Esta responsabilidad alcanza a todos los funcionarios públicos, desde el de menor nivel jerárquico hasta el de mayor nivel, sin excepciones. La responsabilidad puede ser de varios tipos:

a) Civil: es aquella responsabilidad de indemnizar tanto a los particulares como al propio Estado, en caso de causarles un perjuicio a raíz de un mal desempeño en sus funciones.

b) Penal: es aquella responsabilidad que pesa también sobre todos los funcionarios, en caso de cometer un delito.

c) Política: esta es quizás la responsabilidad más pesada de todas, ya que es aquella que tienen el Presidente, vicepresidente, Jefe de Gabinete de ministros, los ministros y los jueces de la Corte Suprema de Justicia Nacional ante el Congreso de la Nación (art. 53), y los legisladores ante sus propias Cámaras (art. 66).[31]

d) Administrativa: es la responsabilidad que tienen todos los funcionarios ante sus superiores jerárquicos.

Es por ello que, dependiendo el tipo de responsabilidad, será el tipo de sanción. La sanción puede ser una indemnización o una condena, como también puede ser el sometimiento del funcionario a un juicio político para su eventual destitución y hasta una prohibición de ejercer cargos públicos.

3.4 Periodicidad de los cargos electivos:

Los funcionarios que ocupen sus cargos mediante la elección del pueblo a través del voto o sufragio duran en el cargo un lapso de tiempo determinado, para de esta manera, garantizar la movilidad de los cargos electivos. Los cambios regulares en el elenco de los gobernantes permite la consolidación del sistema republicano y la subsistencia del mismo sin caer en el

[30] Ekmekdjian, 150-151.
[31] Ekmekdjian, 151.

riesgo de acudir a figuras que, usualmente, se perpetúan en el gobierno forjando regímenes autocráticos.[32]

Este principio está dirigido a los cargos políticos (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo), ya que no aplica para los magistrados judiciales que duran en el cargo mientras dure su buena conducta (art. 110). La finalidad de esta excepción es sustraer a los jueces de los avatares de las lides políticas y garantizar de esta manera, su independencia respecto de los otros 2 poderes.[33] No obstante, esta garantía de inamovilidad de los magistrados judiciales, que implica que los jueces no pueden ser removidos, ni trasladados, ni ascendidos a menos que expresen su consentimiento, fue contrariada y limitada por el artículo 99 inc.4 párrafo 3°, el cual fuera incorporado en la reforma constitucional de 1994 y establece que una vez que los jueces lleguen a la edad de 75 años, necesitarán de un nuevo nombramiento para continuar en el cargo. Dicho nombramiento será válido por 5 años, debiendo luego repetir el procedimiento que puede repetirse de manera indefinida. Ese nombramiento está a cargo del Presidente de la Nación, con acuerdo del Senado por las dos terceras partes de sus miembros presentes.

Badeni considera que esta distinción entre personas mayores y menores de 75 años resulta discriminatoria, pues los constituyentes del año 1994 presumen que las personas mayores de 75 carecen de idoneidad para ejercer la función jurisdiccional a menos que en cada caso concreto se demuestre lo contrario.[34]

Además de lo recientemente mencionado, más adelante vamos a ver que la garantía de inamovilidad de los jueces no era uno de los temas a tratar por la Convención Constituyente que realizó la reforma de 1994, por lo tanto, la misma se excedió en sus facultades, las cuales, al ejercer el poder constituyente derivado, son limitadas.

La garantía de inamovilidad de los jueces es uno de los principios fundamentales del sistema republicano, pues el órgano judicial es el encargado de controlar a los otros 2 poderes del Estado, y la idoneidad de los magistrados no puede medirse en base a su edad, sino a su prestación en el cargo.

[32] Badeni, "Tratado de derecho constitucional", T° I 429.

[33] Ekmekdjian, 152.

[34] Badeni Gregorio; "Tratado de derecho constitucional", T° II, pág. 1820, La Ley, Buenos Aires, 2006.

3.5 Igualdad de todos ante la ley:

La igualdad de los ciudadanos ante la ley es un principio constitucional, consagrado por el artículo 16 que reza:

"La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas."

Para cualquier caso de discriminación, existe la acción de amparo que es una garantía consagrada en el artículo 43, el cual vamos a ver más adelante.

3.6 Todos los cargos públicos surgen del voto o sufragio:

Todos los funcionarios que ostenten un cargo público, serán elegidos por el pueblo a través del voto o sufragio, ya sea de manera directa o indirecta. De manera directa son elegidos el Presidente de la Nación, el vicepresidente y los legisladores, pero también existen cargos que no son elegidos directamente por el pueblo, tal es el caso de los magistrados judiciales y los ministros.

Estos últimos, son elegidos por el cuerpo electoral de manera indirecta, ya que los funcionarios elegidos de manera directa son quienes los designan en el cargo, por ejemplo, el Presidente de la Nación (elegido de manera directa) es el encargado de designar a los ministros (elegidos de manera indirecta).

3.7 Conclusión:

Este capítulo ha tenido como finalidad dejar en claro a qué nos referimos cuando hablamos de "república", y cuáles son las características de aquella. Mencionamos que una de sus características es la división de poderes, que a su vez tiene como finalidad que los poderes se controlen recíprocamente para que, de esa manera, no haya un abuso del mismo. Es por

ello, que la Constitución le asigna a cada órgano una o unas determinadas funciones que le son exclusivas.

Otra de sus características es la publicidad de los actos de gobierno, es decir que los funcionarios deben dar a conocer sus actos, para que de esta manera el pueblo tome conocimiento de los mismos.

Posteriormente hablamos de la especial responsabilidad que tienen los funcionarios públicos. Esta responsabilidad surge a raíz de que actúan en representación de todo el pueblo y en caso de no cumplir con sus funciones o realizar un mal desempeño en el cargo, se les aplicaran las sanciones que correspondan dependiendo el tipo de responsabilidad.

Luego, desarrollamos otra de sus características: la periodicidad de la función de los cargos electivos. Esto significa que los cargos electivos (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo), que resultan ser los cargos políticos, durarán un cierto lapso de tiempo en sus funciones. La finalidad es que el sistema republicano no devenga en autocracia. Al tratar esta característica, nos referimos que la misma no alcanza a los magistrados judiciales, ya que el artículo 110 reconoce la garantía de inamovilidad de los jueces mientras dure su buena conducta. A su vez, dimos un primer pantallazo de la contradicción que generó la incorporación del artículo 99 inc. 4 párrafo 3°, que contraría y limita a la garantía de inamovilidad de los jueces.

Uno de los últimos principios de la república reconoce que todos los ciudadanos son iguales ante la ley, principio reconocido por el artículo 16 de la Carta Magna.

Por último, dijimos que todos los cargos públicos son designados por el pueblo, a través del voto o sufragio, ya sea de manera directa o indirecta.

Capítulo 4. La Constitución Nacional, su carácter rígido y el poder constituyente:

4.1 Origen del constitucionalismo:

El constitucionalismo fue un movimiento histórico-político mediante el cual los diferentes Estados se han ido organizando al amparo de una ley superior, y gracias a este movimiento, se ha limitado el poder ilimitado que tenían los reyes y se han reconocido derechos individuales. El constitucionalismo surge gracias a la revolución inglesa de 1688, norteamericana de 1776 y francesa de 1789, siendo la primera la más influyente del movimiento.

La primera constitución fue la inglesa, aunque esta no haya sido elaborada en un documento escrito y articulado. Por lo tanto, si nos centramos solamente en las constituciones escritas, la primera ha sido la constitución del Estado de Virginia, la cual fue sancionada el 12 de junio del año 1776, pocos días antes de ser aprobada la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos. En esta constitución se ha reconocido por primera vez la división de poderes, el principio de soberanía popular, la periodicidad de las funciones públicas, entre otras cosas.

Las 2 grandes etapas del constitucionalismo que se pueden reconocer son:

a) Constitucionalismo clásico o liberal: cuyo objetivo era el reconocimiento de derechos individuales y limitar la actividad estatal.

b) Constitucionalismo social: En esta etapa, las constituciones dictadas hasta ese momento, fueron paulatinamente reemplazadas por otras en las que ya no se consideró al hombre de manera individual, sino como integrante de una sociedad.[35] En nuestro país, el constitucionalismo social se ve claramente reflejado en la reforma constitucional de 1949, la cual vamos a explicar más adelante en el presente capítulo.

[35] Lonigro, 82-83.

4.2 La Constitución y sus clasificaciones:

Diversos son los conceptos que se han dado sobre lo que es una Constitución, según Fayt *La Constitución es la ley primera, fundamental y suprema de la organización política.*[36] Primera porque no existe ley anterior, fundamental porque todas las leyes derivan de aquella, y suprema por ser inviolable. Quiroga Lavie nos dice que *cuando hablamos de "constitución" nos estamos refiriendo al principio de organización que permite identificar aquello en que consiste el Estado como unidad política.*[37] A pesar de la diversidad de conceptos que los distintos autores han elaborado a lo largo del tiempo, lo que está claro es que los Estados han recogido tradiciones, costumbres, realidades sociales y los han plasmado en una ley suprema.

Las constituciones pueden clasificarse de varias maneras, a saber:

4.2.1 Constituciones escritas y no escritas:

Las constituciones escritas o codificadas son aquellas que podemos encontrar ordenadas en un texto único. Por el contrario, las constituciones no escritas o dispersas son aquellas que no se encuentran ordenadas en un único texto, sino dispersas en la legislación.

4.2.2 Constituciones reformables y pétreas:

Las constituciones reformables son aquellas que pueden ser modificadas, las pétreas no pueden ser modificadas ya sea en alguna parte de su contenido o en su totalidad.

4.2.3 Constituciones racionales-normativas y constituciones historicistas:

[36] Fayt, "derecho político", T° II, 22.
[37] Quiroga Lavié, 1.

Las constituciones racionales-normativas son aquellas que nacen de la razón y no de la tradición, por lo tanto, no nacen amoldadas a la idiosincrasia del pueblo. Las constituciones historicistas, por el contrario, nacen adecuadas a la realidad social del pueblo al cual se dirigen.

4.2.4 Constituciones reformables rígidas y reformables flexibles:

Las constituciones reformables pueden ser, además, rígidas o flexibles. Serán rígidas cuando, para reformarla, se requiere de un procedimiento específico. En cambio, serán flexibles cuando se pueden reformar siguiendo el procedimiento de reforma que se utiliza para sancionar o derogar leyes comunes.

4.2.5 Tipología de la Constitución Argentina:

De acuerdo a la clasificación de las constituciones que hemos abordado, podemos decir entonces que nuestra Constitución Argentina es:

a) Escrita o codificada, porque se encuentra inmersa en un único texto.

b) Es reformable pero rígida, ya que no puede modificarse mediante el mismo procedimiento que se sancionan o derogan leyes, sino que tiene su procedimiento especial regulado por el artículo 30 de la misma Constitución Nacional.

c) Por último, nuestra constitución tiene aristas tanto del tipo racional-normativo, como del tipo historicista. Bidart Campos explica que la constitución tomó del tipo racional-normativo la pretensión de planificar hacia el futuro nuestro régimen político, pero el constituyente no la elaboró con puras abstracciones mentales, sino que, por el contrario,

tuvo un sentido realista de compromiso con todos los elementos de la estructura social de la época: cultura, religión, tradición, creencias, etc. [38]

4.2.6 Estructura de la Constitución Argentina:

Nuestra Constitución Nacional se encuentra conformada por 129 artículos a los cuales se le suma el artículo 14 bis y las 17 disposiciones transitorias.

a) El preámbulo: El preámbulo es el prefacio o prólogo de nuestra Constitución, es la enunciación previa a todo el articulado que contiene, en el preámbulo se comprimen los fines, objetivos, valores y principios propugnados.[39]

b) Parte dogmática: A la primera parte de la Constitución se la conoce como "parte dogmática" y su redacción fue trabajo de Juan María Gutiérrez. Esta parte consta de 43 artículos (1 a 43) y en ella se enuncian los principios que dan fundamento al orden y estructura constitucional. Hasta antes de la reforma constitucional de 1994 la parte dogmática recibía el nombre de "Declaraciones, derechos y garantías". Luego de la reforma la parte dogmática consta de 2 capítulos, el primero denominado "Declaraciones, derechos y garantías", el segundo titulado "nuevos derechos y garantías" y fue incorporado en la reforma antes mencionada.

c) Parte Orgánica: La segunda parte de la Constitución se denomina "parte orgánica" y ha sido redactada por José Benjamín Gorostiaga, comienza en el artículo 44 y finaliza en el artículo 129, conteniendo un total de 86 artículos.
En esta segunda parte se regula el comportamiento de los 3 poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial). La parte orgánica lleva el nombre de "Autoridades de la Nación" y se divide en 2 títulos, el primero denominado "Gobierno Federal", que a su vez se divide en 4 secciones: Poder Legislativo (arts. 44 a 86); Poder Ejecutivo (arts. 87 a 107); Poder Judicial

[38]Bidart Campos Germán J.; "Manual de la constitución reformada", T° I, quinta reimpresión, pág 294, Ediar, Buenos Aires, 2005.
[39] Bidart Campos, "Compendio…", 18.

(arts. 108 a 119); y Ministerio Público (Art. 120). El segundo título se denomina "Gobiernos de provincia" y se regula en los arts. 121 a 129.

4.2.7 Tipos de normas:

Existen 2 tipos de normas en nuestra Constitución, las normas operativas y las normas programáticas.

a) Normas operativas: Las normas operativas son aquellas que no necesitan ser reglamentadas para ser aplicadas. Por ejemplo, el artículo 15: "En la Nación Argentina no hay esclavos".

b) Normas programáticas: Las normas programáticas, en cambio, solo pueden ser aplicadas en caso que hayan sido reglamentadas por una ley. Por ejemplo, el artículo 14 bis establece que las leyes deben asegurar al trabajador una jornada limitada, dicha norma no pudo ser aplicada hasta que se sancionó la ley que determinada que la jornada laboral será de 8 horas diarias o 48 horas semanales.[40]

4.3 Poder constituyente y poderes constituidos:

El concepto de "poder constituyente" ha sido ampliamente tratado por grandes juristas, empero la doctrina comenzó a estudiarlo en el siglo XVIII. A fines de dicho siglo y gracias a la revolución francesa es que surgió una nueva forma de Estado y con ella las constituciones modernas, a partir de las cuales se comenzó a dar tratamiento al concepto de poder constituyente. Miguel Ángel Ekmekdjian señala que el poder constituyente es la capacidad que tiene el pueblo para darse propia constitución.[41]
Por su parte Carlos Fayt manifiesta:

[40] Lonigro, 97.
[41] Zuccherino Ricardo M., Moreno Rithner María J., "Tratado de derecho federal, estadual, estatuyente y municipal", T°I, 2° edición, pág 163, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

"*el poder constituyente es aquella clase de poder en el Estado de cuyo ejercicio es titular el pueblo y a través del cual actúa soberanamente dándose una organización política, o la modifica total o parcialmente en caso necesario.*"[42]

En igual sentido Bidart Campos aporta:
"*Si por 'poder' entendemos una competencia, capacidad o energía para cumplir un fin, y por 'constituyente' el poder que constituye o da constitución al estado, alcanzamos con bastante precisión el concepto global: poder constituyente es la competencia, capacidad o energía para constituir o dar constitución al estado, es decir, para organizarlo, para establecer su estructura jurídico-política*"[43]

4.3.1 Clases:

El poder constituyente puede ser originario o derivado. Es originario el que se ejerce para darle nacimiento y organizar la estructura del Estado, por lo tanto, se ejerce al crear la primera Constitución. En nuestro país fue ejercido al darle nacimiento a la Constitución Nacional en el año 1853.
El poder constituyente derivado, se ejerce para reformar la constitución. En nuestro país fue ejercido en las reformas de 1860, 1866, 1898, 1949, 1957, 1972 y 1994.
A su vez, en los Estados Federales puede clasificarse al poder constituyente en:

a) Poder constituyente de primer grado o federal, que también puede ser originario si se ejerce para el dictado de la primera Constitución a nivel federal; o derivado si se ejerce para modificarla.
b) Poder constituyente de segundo grado o provincial, el cual también puede ser originario si es ejercido para el dictado de la primera Constitución provincial; o derivado si se ejerce para modificar la Constitución provincial.
c) Poder constituyente de tercer grado o municipal, que también puede ser originario si se ejerce para llevar a cabo el dictado de la primera carta orgánica municipal; o derivado si se ejerce para modificarla.

[42] Fayt, "derecho político", T° II, 29.
[43] Bidart Campos, "Manual…", T° I, 373.

4.3.2 Titularidad:

La doctrina contemporánea coincide en que la titularidad del ejercicio del poder constituyente se le ha de atribuir al pueblo, pero este no la ejerce en forma directa, sino indirectamente a través de sus representantes. Esta titularidad ya se encuentra consagrada en el preámbulo de nuestra Constitución Nacional cuando expresa "Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina".

4.3.3 Límites:

Se suele coincidir en la doctrina contemporánea sobre la afirmación de que el poder constituyente originario es ilimitado, pues resulta cierto que no existe limitación alguna en el ámbito del derecho positivo. Puesto con palabras de Linares Quintana:
"*el poder constituyente es jurídicamente ilimitado, en cuanto el pueblo, al constituirse originariamente en Estado y darse las bases de su ordenamiento jurídico, no se encuentra condicionado por limitación alguna de carácter positivo*".[44]
Empero sí existen limitaciones de otro carácter, a su turno Bidart Campos señala 3 categorías: a) Los límites suprapositivos del valor justicia o derecho natural; b) los límites que puedan derivar del derecho internacional público; c) los límites que puedan surgir del condicionamiento de la realidad social.[45]

Por otro lado, el poder constituyente derivado o constituido resulta ser limitado. Se encuentra acotado por las limitaciones antes mencionadas, pero, además, por limitaciones formales y de procedimiento provenientes de la Constitución que se pretende reformar, y por las cláusulas pétreas o intangibles. La intangibilidad puede encontrarse implícita o explícitamente mencionada en la Constitución, por ejemplo, la Constitución de Francia de 1958, establece explícitamente que no puede ser modificado el sistema republicano de gobierno. En cambio, nuestra Constitución no reconoce explícitamente ningún contenido

[44] Linares Quintana, "Derecho constitucional e instituciones políticas", T° II, 413.
[45] Bidart Campos, "Manual…", T° I, 374.

pétreo, sin embargo, autores como Bidart Campos sostienen que existen cláusulas pétreas implícitas como lo son el sistema republicano de gobierno o el sistema federal.

4.3.4 Poderes constituidos:

Los poderes constituidos se encuentran jerárquicamente un escalón por debajo del poder constituyente ya que son una creación de aquel. En nuestro sistema constitucional, los poderes constituidos son el Poder Ejecutivo, El poder Legislativo y el Poder Judicial.
Estos poderes constituidos se encuentran subordinados por el poder constituyente en lo que refiere a su creación, modificación y facultades.[46]
Linares Quintana manifiesta:
"*El poder constituyente, operando en un nivel superior, que no admite otro por encima de él, crea el ordenamiento jurídico del Estado, dando vida a los poderes constituidos –poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial-, a los cuales a través del texto constitucional, encauza y limita, como que tienen su campo de actuación en un nivel inferior al del poder constituyente."*[47]

4.3.5 El poder constituyente de las provincias:

Las provincias, en base al principio de autonomía normativa, pueden ejercer un poder constituyente tanto originario como derivado, el cual se denomina poder constituyente de segundo grado. De hecho, la propia Constitución Nacional en su artículo 5 establece que las provincias dictarán para sí una Constitución. La diferencia radica en que este poder constituyente sí se encuentra limitado por las normas de derecho positivo superiores, más precisamente, por la Constitución Federal. A nosotros nos pareció conveniente aclarar este punto, ya que doctrinariamente se ha discutido sobre si las provincias ejercen un poder constituyente o no, por lo tanto, concluimos manifestando que sí lo hacen, pero que dicho poder es limitado.

[46] Ziulu, "Derecho constitucional", 72-73.
[47] Linares Quintana, "Derecho constitucional…", T° II, 424.

4.4 Procedimiento de reforma constitucional:

Nuestra Constitución Nacional es del tipo reformable, y dentro de esta categoría es del tipo "rígida" y reformarla implica ejercer el poder constituyente derivado. El artículo 30 regula la reforma constitucional de la siguiente manera:

Art. 30: "*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."*

De la lectura del artículo podemos concluir que existen 2 etapas para reformar la Constitución, una etapa "preconstituyente o de iniciativa" y una etapa "constituyente o de revisión".

4.4.1 Etapa preconstituyente:

La primera etapa se encuentra en cabeza del Congreso que deberá ser quien declare la necesidad de reforma. Doctrinariamente se discute si alcanza con que el Congreso declare la necesidad de reforma o dicha declaración deberá ser efectuada a través del dictado de una ley. La discusión comienza por el hecho de pensar que, si el Congreso está obligado a declarar la necesidad de reforma por medio de una ley, el Presidente puede vetarla, en cambio, si lo hace mediante una declaración, no podría hacerlo. No obstante, en la práctica el Congreso siempre declaró la necesidad de reforma mediante el dictado de una ley, aunque entendemos que podría simplemente declarar la necesidad de reforma.

Otro tema que ha sido objeto de discusión es si las Cámaras para declarar la necesidad de reforma deben actuar en forma separada como habitualmente lo hacen, o si debe actuar en asamblea legislativa (ambas Cámaras actúan en forma conjunta). En las reformas que hubo en Argentina las Cámaras, al declarar la necesidad de reforma, siempre han actuado en forma separada, aunque nada impediría que lo hagan en asamblea legislativa.

Una cuestión importante resulta ser el quórum, es decir ¿alcanza con los dos tercios de los miembros presentes o se necesita los dos tercios de los miembros totales de cada Cámara?

Cuando la Constitución Nacional exige que el quórum se calcule sobre los presentes lo hace expresamente (por ej. Art. 75 inc. 22); pero cuando exige que se calcule sobre la totalidad también resulta que lo hace en forma expresa (por ej. Art. 86). La doctrina se inclina por la totalidad de los miembros de cada Cámara, postura a la que adherimos, en tal sentido Ziulu explica: *No se puede reformar la Constitución en un clima de antagonismo político, es necesario privilegiar un consenso importante.*[48]

Ahora bien, ¿qué alcance deberá tener la declaración de necesidad de reforma? Más precisamente las preguntas serían ¿El Congreso debe aclarar cuáles son los puntos a reformar? Si la respuesta es afirmativa cabe preguntarse también ¿El Congreso simplemente establece cuales son los artículos a modificar, o propone la reforma para que la Convención Constituyente la apruebe? La mayoría de la doctrina coincide en afirmar que el Congreso debe establecer cuáles son los puntos a reformar, y luego la Convención Constituyente se encarga de modificar o no los artículos mencionados por el Congreso, es decir, no se encuentra obligada a hacerlo. Lo único que no puede realizar la Convención es reformar o agregar cuestiones que no hayan sido mencionadas por el Congreso de la Nación, ni tampoco reformar los contenidos pétreos.

4.4.2 Etapa constituyente:

La segunda etapa se encuentra en cabeza de la Convención Constituyente. La Constitución no aclara quienes deberán conformar tal Convención, no obstante, ya que reformar la Constitución implica el ejercicio del poder constituyente derivado, y el titular del poder constituyente es el pueblo, se puede llegar a la conclusión de que la Convención deberá estar integrada por un grupo de representantes elegidos por el pueblo mediante el voto o sufragio.

Bidart Campos nos marca cuales son los límites que tiene la Convención Constituyente: a) los contenidos pétreos; b) el temario fijado por el Congreso al declarar la necesidad de reforma; c) el plazo, si es que el Congreso se lo ha fijado.[49]

[48] Ziulu, "Derecho constitucional", 77.
[49] Bidart Campos, "Manual…", T° I, 382.

Generalmente el Congreso ha optado por imponer un plazo en las distintas reformas constitucionales que se han llevado a cabo: En la reforma de 1860 (30 días); en la reforma de 1898 (30 días); en la reforma de 1949 (90 días improrrogables); en la reforma de 1957 (30 días pudiendo la Convención prorrogarlos por 45 días más); en la reforma de 1994 (90 días); en la reforma de 1866 no se determinó plazo.

4.5 Reformas constitucionales en Argentina:

Nuestra Constitución fue sancionada el 1° de mayo del año 1853, promulgada el 25 de mayo y jurada el 9 de julio del mismo año, por las 13 provincias que participaron en el Congreso Constituyente que se llevó a cabo en la provincia de Santa Fe (Catamarca, Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Salta, San Luis, San Juan, Santa Fe, Santiago del Estero y Tucumán).

Gorostiaga presidió la Comisión Redactora de la Constitución Nacional, ya que era de los pocos convencionales constituyentes que conocía el idioma inglés, lo cual sirvió para traducir las fuentes norteamericanas de la Constitución tales como el libro *The Federalist*, de Hamilton, Jay y Madison.[50] Como ya hemos explicado en el presente capítulo, a Gorostiaga se le adjudica la autoría de la parte orgánica de nuestra Constitución, mientras que a Juan María Gutiérrez la de la parte dogmática.

El primer presidente constitucional fue el general Justo José de Urquiza (1854-1860), mientras que Buenos Aires dictaba su propia Constitución en el año 1854, conocida como "Constitución del Estado de Buenos Aires". No obstante, 5 años más tarde en el año 1859 Buenos Aires se une al resto del país a través del conocido Pacto de San José de Flores celebrado el 11 de noviembre del mencionado año. En el Pacto se establecía, entre otras cosas:

- Buenos Aires se unía al resto del país.
- Buenos Aires revisaría la Constitución Nacional, debiendo convocar a una Convención Provincial Constituyente.

[50] Lonigro, 131-132.

- Buenos Aires mantenía a todos los establecimientos públicos que se encuentren en la provincia bajo su dependencia, excepto la aduana.
- Se aseguraba el presupuesto de Buenos Aires del año 1859 por 5 años.

La Constitución Nacional Argentina fue modificada en 7 oportunidades: 1860, 1866, 1898, 1949, 1957, 1972 y 1994 empero las realizadas en los años 1949 y 1972 no se encuentran vigentes. A continuación, una breve síntesis de las principales cuestiones que se modificaron en cada reforma constitucional:

4.5.1 Reforma de 1860:

Se considera que esta no es una verdadera reforma constitucional, sino la finalización del poder constituyente originario ejercido en el año 1853. Algunos autores alegan que esta reforma es ilegítima, ya que cuando se sancionó la Constitución en el año 1853, el artículo 30 prohibía expresamente la modificación de la misma por el término de 10 años. Fue una reforma significativa y muy importante en la historia argentina ya que se tocaron varios puntos importantes, las principales modificaciones fueron las siguientes:

a) Art. 3: Se suprimió la cláusula que establecía que Buenos Aires sería la capital de la república, y se estableció que sería el Congreso quien determine qué provincia sería la capital.

b) Art. 4 y 67 inc. 1: Se dispuso que los impuestos aduaneros seguirían siendo federales hasta el año 1866.

c) Art. 6: La intervención federal se volvió más restrictiva. A partir de la reforma se determinó que para que el Gobierno Federal pueda intervenir a una provincia en caso de sedición, podrá hacerlo únicamente si existe un pedido por parte de esa provincia. Por otro lado, el Gobierno Federal puede intervenir a una provincia por sí solo en caso de ataque exterior y para asegurar la forma republicana de gobierno. Por último, se eliminó la

posibilidad de que sea la Corte Suprema de Justicia Nacional quien intervenga en caso de conflictos de poderes en una provincia.

d) Art. 15: La Constitución ya contemplaba la abolición a la esclavitud, no obstante, nada decía sobre la situación de los extranjeros que ingresen al país luego de 1853. Es por ello que se determinó que los esclavos son libres a partir del momento en que pisen territorio argentino.

e) Art. 30: Por supuesto se eliminó la cláusula que establecía la prohibición para reformar la Constitución por el término de 10 años.

f) Arts. 32, 33, 34 y 35: Fueron agregados.

g) Arts. 45 y 54: Fue agregado el requisito de residencia mínima para ser legislador.

h) Art. 51: Se dejó de exigir que sea únicamente la Cámara de Senadores quien deba iniciar el proceso de declaración de necesidad de reforma.

i) Art. 53: Antes de la reforma, los gobernantes de provincia eran susceptibles de ser sometidos a juicio político. Luego de la reforma y hasta el día de hoy, los gobernantes de provincia no son funcionaros a los cuales se les pueda realizar juicio político.

j) Art. 64 inc. 28: Se eliminó la posibilidad de que el Congreso de la Nación ejerciera el control de la constitucionalidad de las Constituciones provinciales con respecto a la Nacional.[51]

k) Art. 91 (actual 108): La Corte Suprema de Justicia Nacional dejaba de contar con 9 integrantes.

[51] Lonigro, 202.

4.5.2 Reforma de 1866:

En el punto anterior mencionamos que los impuestos aduaneros iban a seguir siendo federales hasta 1866 y llegado el año se convocó a una Convención Nacional Constituyente con la única finalidad de suprimir el límite temporal, por lo tanto, se determinó que los impuestos referidos a importación y exportación corresponden pura y exclusivamente al Gobierno Central, que no se encuentra obligado a compartirlo con las provincias.

4.5.3 Reforma de 1898:

Los temas que se modificaron ese año fueron:

a) La composición de la Cámara de Diputados: Debido al crecimiento poblacional se adecuó la cantidad de Diputados a la cantidad de habitantes. Antes de la reforma la Constitución establecía que la Cámara de diputados debía estar integrada por un diputado cada 25.000 habitantes o fracción no menor a 12.500. Luego de la reforma se determina que habrá un diputado cada 33.000 habitantes o fracción no menor a 16.500.

b) La cantidad de ministros: Antes de la reforma se establecía que habría 5 ministros (de Guerra y Marina, de Hacienda, de Gobierno, de Relaciones Exteriores y de Instrucción Pública). Luego de la reforma ese número se elevó a 8 pero ya no se establecía que ministerios y funciones ejercían, lo cual se delegaba al Congreso de la Nación.

4.5.4 Reforma de 1949:

Como ya hemos adelantado, esta ha sido una de las reformas que no se encuentran vigentes debido a ciertos vicios que la tornan inconstitucional. El Congreso sancionó la ley 13.233 que establecía la necesidad de reforma en el año 1948, y si bien se respetó las 2 etapas que nos marca el artículo 30, la necesidad de reforma fue declarada con los dos tercios de los presentes de cada Cámara, y no con los dos tercios de la totalidad de los miembros de cada una de estas. La provincia de Corrientes no estuvo representada en el Senado al momento

de su aprobación, y las mujeres tampoco pudieron votar. Por último, la ley que declaraba la necesidad de reforma no era precisa sobre los puntos a reformar. No obstante, la reforma fue dejada sin efecto en el año 1955.

4.5.5 Reforma de 1957:

Esta reforma fue realizada durante el gobierno de facto que derrocó al general Juan Domingo Perón. La declaración de reforma fue efectuada por el gobierno militar de facto y no por el Congreso tal como lo marca el artículo 30, motivo por el cual se torna inconstitucional. Además, se deroga expresamente la reforma del año 1949.

Las modificaciones fueron 2: fue agregado el artículo 14 bis que regula los derechos de los trabajadores, de los gremios y los beneficios de la seguridad social, y se agregó también una nueva atribución del Congreso: dictar los códigos del Trabajo y de la Seguridad Social.

4.5.6 Reforma de 1972:

Se trata de la otra reforma constitucional que no se encuentra vigente. Ese año gobernaba la Junta de Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas que había derrocado al presidente Arturo Humberto Illia en el año 1966. Aquí tampoco se respetó el procedimiento que surge del artículo 30, Ziulu dice que la enmienda fue realizada por una típica acción de facto, ya que no se convocó a ninguna Convención Constituyente, sino que se dictó un "Estatuto Fundamental" donde se declara la necesidad de reforma y donde el propio gobierno asegura que lo hacía en ejercicio del poder constituyente.[52] A esta reforma se la conoce también como "la reforma temporaria de 1972", ya que en el año 1976 el golpe militar que derroca a María Estela Martínez de Perón deja sin efecto esta reforma.

4.5.7 Reforma de 1994:

[52] Ziulu, "Derecho constitucional", 92.

Especial atención nos merece la reforma efectuada en 1994, año en el cual ocupaba la presidencia el Dr. Carlos Saúl Menem, ya que fue la modificación más grande en la historia argentina (44 artículos). Esta reforma fue la última realizada sobre nuestra Constitución, y surgió del famoso "Pacto de Olivos" celebrado el 14 de noviembre de 1993, al cual suscribieron el Presidente de la Nación y la cabeza de la principal fuerza opositora Raúl Ricardo Alfonsín (Presidente del Comité Nacional de la Unión Cívica Radical).

Transcurría el año 1993 y se acercaba el final del mandato del ese entonces Presidente Carlos Saúl Menem, es por ello que se pensó en la posibilidad de reformar la Constitución Nacional con la finalidad de eliminar la cláusula que impedía la reelección presidencial inmediata. A raíz de ello y por no tener mayoría en las Cámaras, el presidente quiso llevar a cabo una consulta popular para que el pueblo exprese su conformidad o no con el proyecto de necesidad de reforma. La oposición sabía de la alta popularidad con la cual contaba el Presidente, allí fue cuando, con la finalidad de evitar la consulta popular, Raúl Ricardo Alfonsín propuso la idea de celebrar un pacto en el cual se contemplen los intereses del oficialismo y de la oposición. La reunión tuvo lugar en la quinta de Olivos, de allí es que se lo conoce como el "Pacto de Olivos".

Así fue como en el año 1994 se sancionó la ley declarativa de reforma N° 24.309 la cual constaba de 2 partes claramente marcadas: "El Núcleo de Coincidencias Básicas", y los temas de libre debate. El Núcleo de Coincidencias Básicas, explica Sagüés, reproducía los aspectos esenciales del Pacto de Olivos, y obligaba a la Convención Constituyente a aprobar o desechar en bloque las enmiendas.[53]

El Núcleo de Coincidencias Básicas constaba de 13 ítems, entre los cuales podemos mencionar:

- Reelección inmediata por una única vez del presidente y vicepresidente.
- Elección directa del presidente con doble vuelta.
- Reducción del mandato presidencial a 4 años (antes de la reforma era de 6 años).
- Creación de la figura del Jefe de Gabinete.
- Elección directa de los Senadores Nacionales.
- Reducción del mandato de Senadores a 6 años.

[53] Sagüés Néstor P; "Manual de derecho constitucional", pág 140, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.

- Renovación de la Cámara de Senadores cada 2 años.
- Regulación de los reglamentos o decretos de necesidad y urgencia (DNU).
- Creación del Consejo de la Magistratura.
- Creación del Jurado de Enjuiciamiento.
- Autorizar al Congreso para delegar facultades al Presidente de la Nación.
- Asignar 2 Senadores Nacionales por la Ciudad de Buenos Aires.

El 10 de abril de 1994 se realizaron las elecciones de los convencionales constituyentes que actuarían en la reforma, el 25 de mayo se iniciaron las sesiones que culminaron el 22 de agosto, modificando un total de 44 artículos, entre los temas que se agregaron encontramos: se agregó un nuevo capítulo (el segundo de la primera parte, llamado "nuevos derechos y garantías), que contiene entre otras cosas, la consulta e iniciativa popular; la protección del medio ambiente; reconocimiento constitucional del amparo, el habeas data y el habeas corpus; tutela de los derechos de los consumidores y usuarios.

Se logró el principal objetivo de la reforma: reducción del mandato del presidente con posibilidad de una reelección inmediata; se creó la figura del Jefe de Gabinete de Ministros; el Poder Ejecutivo amplió considerablemente su intervención en el proceso de formación y sanción de las leyes ya que ahora se encuentra facultado para dictar decretos de necesidad y urgencia pudiendo, además, vetar parcial o totalmente las leyes aprobadas por el Congreso.[54] Se agregó la delegación legislativa; se crearon organismos de control como lo son el Defensor del Pueblo y la Auditoría General de la Nación (AGN).

En el ámbito del Poder Judicial también hubo modificaciones: se le quita a la Corte Suprema de Justicia el gobierno del Poder Judicial, confiriéndoselo al Consejo de la Magistratura, a quien le toca administrar dicho Poder, ejercer funciones disciplinarias sobre los jueces, realizar concursos para su preselección y elaborar ternas de candidatos para su posterior remisión al Poder Ejecutivo.[55]

Hubo mucha discusión respecto a la ley que declara la necesidad de reforma, ya que la misma parece limitar el accionar de la Convención Constituyente. Se entiende que el

[54] Ziulu, "Derecho constitucional", 95.
[55] Sagüés, 141.

artículo 5 de la ley, el cual sostenía que "los temas indicados en el artículo 2 de la ley (artículo que contenía el Núcleo de Coincidencias Básicas) debían ser tratados conjuntamente, entendiéndose que la votación afirmativa importará la incorporación constitucional de la totalidad de los mismos, en tanto que la negativa importará el rechazo en su conjunto de dichas normas" violaba el debido proceso con que la Convención Constituyente debía tratar la sanción de los temas a reformar.[56]

No obstante, el tema que más nos interesa respecto a la reforma de 1994 es el exceso de atribuciones que llevó a cabo la Convención Constituyente. La Convención realizó una modificación respecto a la inamovilidad de los jueces, quien no fuera un tema incluido ni implícita ni explícitamente en los artículos 2 y 3 de la ley 24.309 referidos al Núcleo de Coincidencias Básicas y temas de libre debate respectivamente. El actual artículo 110 de la Constitución regula que los jueces conservan su empleo mientras tanto dure su buena conducta, empero en la reforma de 1994 se agregó que la inamovilidad de los jueces dura hasta los 75 años, ya que cumplida esa edad se requiere un nuevo nombramiento para continuar en el cargo (artículo 99 inc. 4).

El primer caso que llegó a la Corte Suprema de Justicia Nacional fue el caso Fayt, en el cual el tribunal sostuvo que la modificación al sistema de inamovilidad de los jueces no estaba incluida entre los artículos que la ley 24.309 declaró necesario modificar, por lo tanto, aplicó a aquella cláusula, las consecuencias previstas en el artículo 6 de la ley declarativa de la necesidad de reforma, esto es, la nulidad absoluta de la norma introducida por la Convención excediendo el mandato del Congreso.[57]

En el considerando 14 del fallo mencionado, la Corte aclara que todo lo referido a la inamovilidad de los jueces es inherente a la naturaleza del Poder Judicial de la Nación, y configura uno de los principios estructurales del sistema político establecido por los constituyentes de 1853, ya que es uno de los puntos sobre los cuales se asienta la independencia del departamento.[58]

No obstante, analizaremos el fallo mencionado y otros tantos otros con más profundidad en el capítulo 6 referido pura y exclusivamente a todo lo concerniente al Poder Judicial.

[56] Quiroga Lavié, 46.
[57] Gelli, 712.
[58] Hernández Antonio M.; "El caso 'Fayt'", pág 13, Abedelo Perrot, Buenos Aires, 2012.

4.6 Conclusión:

Comenzamos el capítulo explicando cómo surgieron las primeras Constituciones en el mundo, a través de las revoluciones más importantes de aquella época. Luego mencionamos que tipo de Constituciones existen actualmente, clasificación que puede resultar más amplia dependiendo del autor que leamos (Constituciones escritas-no escritas; reformables-pétreas; reformables flexibles- reformables rígidas; racionales normativas-historicistas). Y dentro de esa clasificación hemos ubicado a nuestra Constitución Argentina, que resulta ser una Constitución escrita, reformable pero rígida ya que debe cumplir con el procedimiento de reforma establecido por el artículo 30, y que tiene aristas tanto de una Constitución historicista como de una racional-normativa.

Estudiamos un tema sumamente importante como lo es el poder constituyente: las clases, su titularidad, sus límites, diferencia con los poderes constituidos.

Analizamos el procedimiento que nuestra Constitución establece para su reforma, abordando el debate sobre la existencia o no de las denominadas cláusulas pétreas y las 2 etapas con las que cuenta el procedimiento de reforma según la lectura del artículo 30.

Por último, fuimos explorando históricamente a nuestra Constitución, desde su nacimiento en el año 1853, hasta su última reforma. En este punto aprendimos en que año nace nuestra Constitución, que provincias participaron en ese año y abordamos todas sus respectivas reformas (1860, 1866, 1898, 1949, 1957, 1972 y 1994). Bien hemos dicho que las reformas de los años 1949 y 1972 no se encuentran vigentes en la actualidad. Si bien todas las reformas fueron importantes, podemos decir que las de los años 1860 y 1994 fueron las más significativas, porque además de tratar temas de mucha relevancia, fueron las que más temas abarcaron. No obstante, suele considerarse que la reforma de 1860 no es una verdadera reforma, sino que el poder constituyente ejercido por el pueblo en el año 1853, se terminó de ejercer en 1860 con la incorporación de Buenos Aires a la Constitución.

Para terminar, hemos tratado algunos temas de suma relevancia institucional. Desde el Pacto de Olivos hasta que efectivamente se realiza la reforma en 1994 hubo algunas

cuestiones que merecieron extensos debates por parte de la doctrina y la jurisprudencia. El primer tema fue que la ley declarativa de reforma limitaba claramente el ejercicio de la Convención a través del "Núcleo de Coincidencias Básicas"; el segundo tema fue el exceso que la Convención llevó a cabo cuando trató el tema de la inamovilidad de los jueces, el cual no había sido requerido por la ley 24.309.

Capítulo 5. Supremacía constitucional, control de constitucionalidad del proceso de reforma constitucional y plazo de duración del órgano judicial.

5.1 Supremacía:

Suele definirse a la supremacía constitucional como aquel principio mediante el cual se reconoce a la Constitución el carácter de norma superior de todo el ordenamiento normativo del Estado.[59]

Más en profundidad, Bidart Campos explica:

"*La supremacía de la Constitución tiene 2 sentidos. En un sentido fáctico, propio de la constitución material, significa que dicha Constitución o derecho constitucional material es el fundamento y la base de todo el orden jurídico-político de un Estado. Pero el sentido con que el constitucionalismo utiliza la noción de supremacía constitucional es otro. Apunta a la noción de que la constitución formal, revestida de supralegalidad, obliga a que las normas y los actos estatales y privados se ajusten a ella."*[60]

Como punto de partida podemos decir entonces que el concepto o idea de supremacía es una característica propia de cualquier Constitución y surge en la época del constitucionalismo liberal, con el nacimiento de las primeras leyes fundamentales.

5.1.1 Supremacía de la Constitución Nacional:

No existe en nuestra Constitución Nacional un artículo que expresamente reconozca el principio de supremacía constitucional, no obstante, podemos observar dicha supremacía a través de los artículos 5, 27, 28 y 31. A continuación, un somero análisis de los mencionados:

[59] Moreno Guillermo R.; "Manual de historia constitucional Argentina (1942-2011), pág 64, Edulp, La Plata, 2021.

[60] Bidart Campos, "Manual…", T° I, 333-334.

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

Este artículo debe entenderse en concordancia con el 31, ya que deja reflejado el principio de supremacía del derecho federal por sobre el provincial. Gelli explica que el mencionado artículo subordina la capacidad normativa de las provincias al respeto del denominado bloque de constitucionalidad.[61]

Art. 27: *"El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución."*

De la redacción del artículo podemos observar entonces, que los tratados que celebre el Gobierno Nacional deben ajustarse o subordinarse a la normativa de la Constitución Nacional.

Art. 28: *"Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio."*

El artículo 28 explica que, cuando el Congreso dicte leyes que reglamenten los derechos reconocidos por la Constitución Nacional, debe evitar alterarlos ya que las leyes pueden ser declaradas inconstitucionales.

Art. 31: *"Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859."*

[61] Gelli, 42.

Como bien explica Lonigro, esta norma coloca en un pie de igualdad a la Constitución Nacional, las leyes y los tratados internacionales, conformando con ellos un bloque normativo federal, que prevalece por sobre el ordenamiento jurídico de las provincias.[62]

5.1.1.1 Supremacía de los tratados sobre las leyes y decretos:

Ya se ha dejado en claro que la Constitución Nacional prevalece por sobre todo el ordenamiento jurídico nacional y provincial; asimismo, el ordenamiento nacional prevalece por sobre el provincial, por lo tanto, solamente faltaría determinar el orden jerárquico dentro del ordenamiento jurídico nacional.

El artículo 31 pareciera otorgarles la misma jerarquía a los tratados internacionales que a las leyes federales, de hecho, los pone en un pie de igualdad. Hasta la reforma constitucional de 1994 no había un artículo que armonice esta cuestión, por lo que la jurisprudencia entendía que, si había conflicto entre un tratado internacional y una ley nacional, prevalecía el que fuera posterior.

No obstante, todo cambió cuando a través de la ley 19.865 se aprobó la Convención de Viena sobre los tratados. Esta convención en su artículo 27 dispone que un Estado no podría invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación ante el incumplimiento de un tratado internacional, excepto que se haya violado de modo manifiesto una norma de importancia fundamental de ese derecho interno.[63]

La cuestión se terminó de armonizar en 1994, cuando en la reforma se introdujo el artículo 75 inc. 22 que establece que los tratados internaciones tienen jerarquía superior a las leyes. Si bien nada se dice sobre los decretos, se debe entender en el mismo sentido: los decretos gozan de una jerarquía superior a los decretos.

5.1.1.2 Jerarquía entre leyes y decretos nacionales:

En este punto, respecto a los decretos debemos diferenciar si hablamos de los decretos "reglamentarios", "autónomos", "de necesidad y urgencia" o "delegados". Si bien todos son

[62] Lonigro, 159.
[63] Sagüés, 165-166.

utilizados por el Presidente de la Nación para ejercer una de sus atribuciones, podemos decir que los decretos reglamentarios se encuentran en un nivel jerárquico inferior a las leyes. La razón principal sería que un decreto reglamentario no puede alterar el espíritu de la ley que intenta reglamentar, ya que en caso de hacerlo ese decreto sería inconstitucional.
Asimismo, los decretos delegados y los de necesidad y urgencia también son considerados inferiores a las leyes, ya que para mantener su vigencia deben ser ratificados por el Congreso.
Por otra parte, a los decretos autónomos podemos considerarlos en igualdad con las leyes nacionales, ya que los mismos no pueden ser derogados por una ley del Congreso ni viceversa.

5.2 Control de constitucionalidad:

El principio de supremacía constitucional no serviría de nada sin un sistema de control que asegure su cumplimiento, por lo tanto, podemos decir que el control de constitucionalidad es aquel sistema mediante el cual se asegura la supremacía constitucional. Sagüés menciona que para que un sistema de control constitucional sea completo, requiere de los siguientes ingredientes:
a) Una Constitución rígida.
b) Un órgano de control independiente del órgano controlado.
c) Facultades decisorias del órgano de control.
d) Derecho de los perjudicados a reclamar e impulsar el control.
e) Sometimiento de todo el mundo jurídico al control.[64]

5.2.1 Casos "Marbury vs Madison" y "Elortondo"

No existe a día de hoy un caso sobre control de constitucionalidad más emblemático que "Marbury Vs Madison"[65] (1803). Este fallo dictado por la Corte Suprema de los Estados

[64] Sagüés, 99.
[65] Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803)

Unidos constituye un verdadero *leading case*. A continuación, un somero análisis del mismo:

Transcurrían los primeros años del Siglo XIX y se acercaba el fin del mandato del ese entonces Presidente John Adams (partido federalista, actual partido republicano), ya que había perdido las elecciones contra Thomas Jefferson (partido republicano-demócrata, actual partido demócrata). Antes de acabar su mandato, el presidente Adams decide crear nuevos cargos judiciales que serían ocupados por partidarios federalistas, pero el proceso de designación no era sencillo ya que se necesitaba el nombramiento del Presidente, la posterior ratificación por parte del Congreso, y luego que el documento en el cual se encontraba el nombramiento, sea sellado y remitido por correo por el Secretario de Estado (cargo que en ese entonces ocupaba Marshall). William Marbury fue nombrado juez de paz uno de los últimos días del mandato y Marshall no hizo a tiempo para sellar y remitir el documento.

Asume el nuevo Presidente Jefferson y ordena a su nuevo Jefe de Estado James Madison no sellar los documentos restantes. Ante tal situación, el juez Marbury se presenta ante la Corte Suprema de los Estados Unidos solicitando que se librara un nombramiento para que Madison sellara y comunicara los nombramientos.

Sentencia: La Corte Suprema, que en ese momento presidía quien fuera Jefe de Estado durante el mandato de Adams (John Marshall), decidió desestimar la pretensión del juez Marbury ya que, si bien existía una ley que facultaba a la Corte a librar el mandamiento que se le solicitó, dicha ley ampliaba la competencia originaria de la Corte prevista en la Constitución. Es por ello que, ante el conflicto latente entre una ley ordinaria con la Constitución, debía prevalecer esta última.

El 2do caso que vamos a analizar es el caso "Municipalidad de la capital c/ Elortondo"[66], por ser el primer fallo de inconstitucionalidad de una ley en nuestro país. Este fallo fue dictado por la Corte Suprema de Justicia Nacional en el año 1888. A continuación, un breve análisis del mencionado:

Todo comienza cuando el Congreso de la Nación sanciona una ley que declara la utilidad pública de una franja de 30 metros con la finalidad de abrir una avenida (la actual avenida de mayo), pero hizo extensiva esa utilidad a todos los terrenos adyacentes que la

[66] C.S.J.N., Fallos "Elortondo" 33:162 (1888)

Municipalidad crea convenientes. Fue entonces cuando el Procurador Municipal solicita la expropiación de la casa de Isabel Elortondo. La señora Elortondo alega que solo estaba obligada a vender una parte de la finca y no la totalidad del inmueble.
La CSJN falla a favor de Isabel Elortondo ya que la ley resultaba contraria al principio constitucional que reconoce la inviolabilidad de la propiedad privada.

5.2.2 Sistemas de control:

No existe una única manera de ejercer el control de constitucionalidad, por el contrario, existen 3 formas de clasificar a los sistemas de control: Según el órgano que lo realiza; según quien solicita que se ejerza el control; y según los efectos que produce la declaración de inconstitucionalidad.

5.2.2.1 Según el órgano que lo realiza:

Según el órgano que lo realiza, el control puede ser "político", "judicial" o "mixto".

a) Control político: El control de constitucionalidad es político cuando el órgano que realiza el control no es de naturaleza judicial. Algunos ejemplos pueden ser la Constitución Rusa de 1924, que realizaba el control de constitucionalidad a través de un Comité Central Ejecutivo de la Unión; o el control de constitucionalidad que ejerce Francia desde el año 1958, a través de un órgano denominado "Consejo Constitucional" integrado por 9 miembros que duran 9 años en el cargo y no pueden ser reelectos.[67]

b) Control judicial: *Contrario sensu,* el control va a ser judicial cuando el órgano que se encargue de realizarlo es un órgano integrado por jueces. A su vez, el control judicial puede ser "concentrado" o "difuso".

[67] Lonigro, 90.

Será concentrado cuando sólo le corresponde a un órgano judicial en especial resolver la inconstitucionalidad. En cambio, el control es difuso en aquellos casos en los cuales puede ejercerlo cualquier juez.

c) Control Mixto: El control será mixto cuando tanto un tribunal constitucional como los jueces ordinarios invisten competencia, cada cual mediante diversas vías procesales. Por ejemplo Perú y Colombia.[68]

5.2.2.2 Según quien solicita que se ejerza el control:

En este caso el control de constitucionalidad puede ser "concreto" o "abstracto":

a) Concreto: Es concreto en aquellos casos en los cuales el único que puede solicitar la inconstitucionalidad es el afectado por la norma, por lo tanto, deberá probar el daño que esta última le produce.

b) Abstracto: Es abstracto cuando quien solicita que se declare la inconstitucionalidad de una norma, no es el afectado por ella, por lo que tampoco deberá probar daño alguno.

5.2.2.3 Según los efectos que produce la declaración de inconstitucionalidad:

En tal sentido la declaración puede ser de "efecto amplio" o de "efecto limitado".

a) De efecto amplio: El efecto es amplio o *erga omnes* cuando la declaración de inconstitucionalidad provoca la derogación de la norma en conflicto.

b) De efecto limitado: El efecto es limitado cuando se declara la inconstitucionalidad de la norma, pero solo para el caso concreto, es decir, el único beneficiado por la inconstitucionalidad es quien la haya solicitado.

[68] Bidart Campos, "Manual…", T° I, 356.

5.2.3 Control de constitucionalidad en Argentina:

No existe en nuestra Constitución Nacional un artículo que regule que hacer en aquellos casos en los que se viole una norma contenida en su texto normativo. Anteriormente, en la Constitución del año 1953 el artículo 64 inc. 28 establecía que era el Congreso quien se encontraba facultado para examinar las constituciones provinciales, y tenía la potestad de reprobarlas si no se ajustaban a la Constitución Nacional, pero esa disposición fue derogada en la reforma de 1860.

Actualmente, el control de constitucionalidad en Argentina es judicial, ya que solo los jueces pueden controlar la constitucionalidad de las normas. La Corte Suprema de Justicia Nacional ha declarado que no le corresponde al Poder Ejecutivo, pues dicha facultad es exclusiva del Poder Judicial.[69]

Es difuso, porque puede ejercerlo cualquier juez. En tal sentido el artículo 116 de nuestra Carta Magna establece: "*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…"* Sin embargo, existe una excepción en donde el control de constitucionalidad no es difuso, sino concentrado en la Corte Suprema de Justicia Nacional, esto es, cuando se presenta un recurso extraordinario federal.

Es concreto ya que el único que puede pedir la inconstitucionalidad es el afectado por la norma (excepto el Defensor del Pueblo).

Es de efecto limitado, ya que una vez que se declara la inconstitucionalidad de una norma, es solamente para el caso concreto, por lo tanto, la norma sigue vigente hasta tanto no la derogue el mismo órgano que la dictó (Congreso si se trata de una ley o Presidente si se trata de un decreto). La única excepción a esta regla la configuran los casos en los cuales la inconstitucionalidad la pide el Defensor del Pueblo, o un individuo, pero en defensa de derechos de incidencia colectiva.

No obstante ello, y a pesar de que todo el ordenamiento jurídico debe encontrarse sometido al control de constitucionalidad, hay doctrina y jurisprudencia que no reconocen el control

[69] Quiroga Lavié, Benedetti, Cenicacelaya; "Derecho constitucional argentino", T° I, pág 598, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009.

de ciertas materias, a estas materias se las conoce como "cuestiones políticas no justiciables o no judiciables". Para respetar el sistema republicano de gobierno, es necesario respetar la división de poderes, es por ello que las decisiones adoptadas por los poderes Ejecutivo y Legislativo en ejercicio de las facultades que la Constitución les confiere, no son susceptibles de ser sometidas al control de constitucionalidad, en tanto se ajusten a derecho. Con esto queremos decir que el Congreso o el Presidente no pueden dictar leyes o decretos contrarios a la Constitución y excusarse diciendo que, al dictar esa ley o decreto están ejerciendo facultades conferidas por ella ya que, ahí es donde el Poder Judicial ejerce el control de constitucionalidad para hacer respetar el principio de supremacía constitucional.

Dejando en claro la cuestión podemos decir entonces, que las materias controlables son:

a) Las constituciones y normas provinciales.

b) Las leyes.

c) Los decretos del Presidente.

d) Los actos administrativos.

e) Los tratados internaciones.

f) Las sentencias.

g) La actividad de los particulares.

h) Las reformas constitucionales.

La jurisprudencia no ha brindado un concepto unívoco sobre qué es una cuestión política, no obstante, Ricardo Haro expresa: las cuestiones políticas son de una inasibilidad y fluidez tal, que no se ha podido evitar caer en un círculo vicioso en el cual las denominadas cuestiones políticas son aquellas cuestiones no judiciables, y las cuestiones no judiciables son las cuestiones políticas.[70]

Si bien el listado no parece ser taxativo ya que la Corte ha ido modificando su criterio, algunas de las cuestiones políticas no justiciables serían:

a) La declaración de estado de sitio.

b) La designación de los jueces.

c) El proceso de formación y sanción de las leyes.

d) El indulto.

[70] Ziulu, "Derecho constitucional", 117.

e) La intervención federal. Entre otras.

5.2.4 ¿Puede ser inconstitucional una reforma constitucional?:

En el capítulo anterior hemos abordado el tema de la reforma constitucional y las distintas que ha habido en nuestra Ley Fundamental, pues bien, llegó el momento de concluir con ese tema contestando la pregunta que se plantea en el título: ¿Es posible declarar inconstitucional a una reforma constitucional?

La respuesta parece inclinarse por la afirmativa, no tanto si lo que se cuestiona es el contenido material de la reforma (excepto que en ella se vean alterados principios sustanciales), sino más bien cuando lo que se pone en discusión son cuestiones formales. En tal sentido podemos decir entonces, que la inconstitucionalidad de una reforma constitucional puede producirse cuando se violentan los límites establecidos para el ejercicio del poder constituyente derivado.[71]

El control de constitucionalidad no se emplea frente al ejercicio del poder constituyente originario, porque el mismo resulta ser, como ya hemos dicho, ilimitado, pero sí corresponde ejercer el control de constitucionalidad si se trata del ejercicio del poder constituyente derivado, pues el mismo se encuentra limitado por la propia Constitución que pretende reformar, y por la ley declarativa de necesidad de reforma que sancione el Congreso.

Analizando más en profundidad la pregunta que hemos planteado en el título debemos decir entonces, que el control de constitucionalidad puede ejercerse tanto sobre el acto preconstituyente que realiza el Congreso al declarar la necesidad de reforma si el mismo no se ajusta al procedimiento establecido por el artículo 30 de la Constitución Nacional, como también podría ejercerse sobre la etapa constituyente donde la Convención lleva a cabo la reforma, si se modifican cláusulas petras o si la Convención se aparta del temario establecido por el Congreso modificando así cláusulas de la Constitución cuya reforma no fue declarada necesaria.[72]

Lo que queda claro es que la doctrina ha aceptado la idea de que pueda declararse inconstitucional una reforma constitucional, por los motivos antes expuestos.

[71] Hernández, 35.

[72] Badeni, "Tratado de derecho constitucional", T° I, 233.

En nuestro derecho argentino existen 2 posturas bien marcadas, la primera, sostenida por Linares Quintana en la cual el autor afirma que existe inconstitucionalidad de una reforma en los siguientes casos:

- Cuando la enmienda haya sido sancionada en violación de aspectos formales establecidos por la carta modificada.
- Cuando el contenido de la reforma se halla prohibido en forma expresa por la Constitución enmendada.
- Cuando la entidad de la reforma vaya contra principios basales que implícitamente devienen como inalterables.[73]

La otra idea, defendida por Julio César Cueto Rúa, sostiene que hay inconstitucionalidad de una reforma constitucional solamente en los siguientes 2 supuestos:

- Cuando en la sanción de la enmienda se hubiere dejado de lado el procedimiento fijado por la carta modificada.
- Cuando el contenido de la reforma se encontrare como violatorio de una prohibición expresa de la Constitución enmendada.[74]

Como vemos, la segunda postura resulta más restringida, ya que no reconoce que haya inconstitucionalidad en aquellos casos en los que la reforma viole principios implícitos de la Constitución. Por nuestra parte, compartimos la postura liderada por Linares Quintana. También lo hacen autores como Bidart Campos, González Calderón, Rafael Bielsa.

Nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional tuvo varias oportunidades para pronunciarse al respecto. En el fallo "Guerrero Juana A. Soria de v. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. SA"[75] del año 1963 en el cual se había solicitado la invalidez del artículo 14 bis, incorporado en la reforma de 1957 por vicios de procedimiento, la Corte rechazó la cuestión alegando que resultaba ser una cuestión política en la cual no puede intervenir.

[73] Zuccherino, Moreno Rithner, 186.
[74] Zuccherino, Moreno Rithner, 186.
[75] C.S.J.N., Fallos "Guerrero Juana A. Soria de v. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. SA" 256:556 (1963)

Otro fallo más reciente es "Polino Héctor v. Poder Ejecutivo"[76] de 1994. En este caso el recurrente, Diputado de la Nación, cuestionaba el procedimiento legislativo de sanción de la ley 24.309 de 1993 que declaraba la necesidad de reforma. No obstante, la Corte concluye rechazando por mayoría la petición del actor por falta de legitimación, sin embargo, los magistrados Fayt y Boggiano le dieron la razón a Polino y, por lo tanto, reconociendo la inconstitucionalidad.

Recién en el fallo Fayt del año 1999 la Corte se inclinó por determinar que este tema es una cuestión justiciable y declaró la nulidad del artículo 99 inc. 4 párrafo 3°, ya que la Convención Constituyente sobrepasó los límites que le había establecido el Congreso mediante la sanción de la ley declarativa de reforma N° 24.309.

5.3 Procesos constitucionales:

En argentina, el control de constitucionalidad se ejerce tanto por vía directa como por vía indirecta o incidental. Por vía incidental, el control se ejerce a través de lo que se conoce como "excepción de inconstitucionalidad", el concepto de excepción en esta materia debe entenderse en sentido amplio, ya que se procura excluir un caso determinado de lo que se dispone como regla general.[77]

Las vías directas son las que vamos a ver a continuación:

5.3.1 Acción declarativa de inconstitucionalidad:

Esta acción es una acción judicial preventiva y sumarísima de contralor de constitucionalidad que pone en movimiento el juicio por el cual se remueve el obstáculo que impide el ejercicio de un derecho o garantía. Dicho obstáculo sería falta actual de certeza originada por una norma que se considera inconstitucional que acarrea la posibilidad de un perjuicio que no es actual sino futuro. Ello significa que la actualidad radica en la incertidumbre y no en la afectación del derecho.[78]

[76] C.S.J.N., Fallos "Polino Héctor v. Poder Ejecutivo" 317:335 (1994)
[77] Quiroga Lavié, Benedetti, Cenicacelaya, 600.
[78] Quiroga Lavié, Benedetti, Cenicacelaya, 681.

Por lo tanto, la acción declarativa de inconstitucionalidad requiere de ciertos requisitos, a saber:

- La existencia de una relación jurídica.
- Un estado de incertidumbre sobre la constitucionalidad de la norma que regula aquella relación.
- Un perjuicio ocasionado por dicha incertidumbre.
- La ausencia de otra vía procesal más idónea.[79]

5.3.2 Recurso extraordinario federal:

Es la vía procesal que permite elevar a la Corte Suprema todo expediente en el que se haya dictado una sentencia definitiva, emanada de cualquier superior tribunal de la causa del país, a fin de plantearle a aquélla temas de derecho federal.[80]

Como podemos observar, se requiere de una instancia previa para poder presentar un recurso extraordinario federal ante la Corte, con esto queremos decir, que la Corte no ejerce competencia originaria. El recurso extraordinario federal se encuentra regulado en los artículos 14, 15 y 16 de la ley 48, y tiene 3 clases de requisitos: Comunes, propios y formales:

a) Requisitos comunes:

- Previa intervención de un tribunal judicial federal o provincial.
- Que haya habido juicio y haya concluido en sentencia.
- Gravamen por parte de quien presenta el recurso.
- Se trate de una cuestión judiciable.
- Que al momento en que la Corte trate y resuelva el recurso subsistan los requisitos anteriores.

b) Requisitos propios:

- Se trate de un caso federal (artículo 14 de la ley 48).

[79] Sagüés, 181.
[80] Sagüés, 200.

- Que exista relación directa entre la cuestión federal y la resolución de la sentencia recurrida.
- Que la sentencia recurrida se haya resuelto de manera contraria al derecho federal invocado.
- Que la sentencia apelada sea una sentencia definitiva y dictada por el tribunal superior de la causa.

c) Requisitos formales:

- Que la cuestión federal sea correctamente introducida en el juicio. Para explicar este punto, la Corte ha dicho lo siguiente:

"*a) para introducir la cuestión federal no se necesitan términos sacramentales, pero no basta hacer referencias generales, pues se requieren citas concretas que determinen con precisión el derecho federal cuestionado; bastará con indicar el número del artículo de la Constitución, pero su omisión no sería suficiente para tener por incumplido el planteo, si se pudiera identificar de manera indudable la disposición invocada; b) el planteamiento de la cuestión federal no puede ser tácito: se requiere una invocación expresa y categórica; c) es a la Corte a quien le corresponde decidir si la cuestión federal fue correctamente planteada"*[81]

- Mantener la cuestión federal en todas las instancias del juicio.
- Interposición por escrito y fundado.

5.3.3 Acción de amparo:

La acción de amparo es otro de los recursos o garantías que tienen por objetivo servir de instrumento para mantener y controlar la supremacía constitucional, tutelando, además, los derechos y libertades individuales con excepción de la libertad física que ya se encuentra protegida por el hábeas corpus.

Los primeros antecedentes de la acción de amparo son jurisprudenciales, más precisamente los constituyen los casos "Siri, Ángel"[82] (1957) contra actos de autoridad pública, y "Kot

[81] Quiroga Lavié, Benedetti, Cenicacelaya, 712.
[82] C.S.J.N., "Siri", Fallos 239:459 (1957).

SRL"[83] (1958) donde se amplió la protección del amparo también contra actos de particulares.

Su incorporación a la legislación nacional se produjo en el año 1966 con la sanción de la ley 16.986 sobre amparo contra actos estatales, y luego en el año 1968 se regula el amparo contra actos de particulares en el código procesal civil y comercial. En la reforma constitucional de 1994 se incorpora expresamente a la Constitución Nacional (art. 43), aunque hasta ese momento el amparo gozaba de jerarquía constitucional por ser considerado como uno de los derechos implícitos a los cuales hace referencia el artículo 33.

El artículo 43 regula 2 clases de amparo, el individual (primer párrafo) y el colectivo (segundo párrafo).

El primer párrafo del artículo 43 regula al amparo individual de la siguiente manera:

"*Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva."*

La principal discusión gira en torno a la idoneidad que exige la Constitución, Bidart Campos se expresa de la siguiente manera: si una vía procesal, o todas las posibles, no resultan "más idóneas", hay que admitir el amparo en reemplazo de cualquier otra vía "menos idónea", entendiendo que la idoneidad va de la mano con la eficacia que un determinado proceso es capaz de rendir para tutelar el derecho que se supone afectado por un acto arbitrario o manifiestamente ilegal.[84]

El segundo párrafo, que regula el amparo colectivo lo hace de la siguiente manera:

"*Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización."*

[83] C.S.J.N., "Kot", Fallos 241:291 (1958).

[84] Bidart Campos, "Compendio…", 211-212.

En el amparo colectivo se modifica la legitimación activa ya que, a diferencia del amparo individual que puede presentarlo cualquier persona, podrán interponer esta acción el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a tales fines. A su vez, regula los derechos protegidos: toda forma de discriminación; derechos que protegen al ambiente, a la competencia, consumidores y usuarios; y derechos de incidencia colectiva en general.

5.3.4 Hábeas data:

El tercer párrafo del artículo 43 reza:

"*Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística."*

El hábeas data es una especie del amparo, y tiene como finalidad proteger determinados derechos constitucionales ante los excesos del poder informático. [85] El artículo comienza diciendo que cualquier persona puede interponer esta acción, pero inmediatamente después, pareciera aclarar que solo el afectado podrá hacerlo ("*para tomar conocimiento de los datos a ella referidos").*

Podemos concluir entonces que, mediante esta acción, cualquier persona que se considere afectada podrá solicitar que se le exhiban los registros en los cuales figuren sus datos personales, para solicitar la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de los mismos.

5.3.5 Hábeas Corpus:

El artículo 43 *in fine* expresa:

[85] Sagüés, 196.

"*Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio."*

El hábeas corpus es la garantía tradicional que, como acción tutela la libertad física o corporal o de locomoción, a través de un proceso judicial sumario que se tramita en forma de juicio.[86] Antes de ser regulado expresamente en la reforma de 1994, el hábeas corpus encontraba su fundamento en el artículo 18 de la Carta Magna (nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente), aunque también se encuentra regulado por la ley 23.098 del año 1984.

La legitimación activa para interponer esta acción la tiene tanto el afectado como cualquier otra persona en su favor, de hecho, la ley 23.098 regula el habeas corpus de oficio, es decir, que un juez también se encuentra legitimado si toma conocimiento de la afectación a la libertad que está sufriendo una persona.

Ziulu, acertadamente aclara lo siguiente: El hábeas corpus no es, en principio, un procedimiento previsto para el control de constitucionalidad de las leyes, pero que excepcionalmente puede ser necesario ejercer ésta atribución cuando la privación de la libertad se funda en una norma contraria a la Constitución.[87]

Existen distintas clases o especies de hábeas corpus:

a) Hábeas corpus clásico: El hábeas corpus clásico es aquel que se interpone con la finalidad de recuperar la libertad física o ambulatoria frente a actos u omisiones ilegales que la restringen.

b) Hábeas corpus preventivo: Es preventivo porque sirve para objetar amenazas ciertas e inminentes a la libertad física o ambulatoria.

c) Hábeas corpus correctivo: Este tipo de hábeas corpus se interpone cuando se agravan las formas y condiciones de la privación de la libertad de una persona.

[86] Bidart Campos, "Compendio…", 218.
[87] Ziulu, "Derecho constitucional", 122.

d) Hábeas corpus restringido: Se interpone contra molestias o perturbaciones a la libertad de una persona, sin llegar a la privación de la misma.

5.4 Control de convencionalidad:

El control de convencionalidad es un tema relativamente nuevo en el ámbito del derecho, y con ello se hace referencia a la necesidad de confrontar la norma de derecho interno que se analiza, con las disposiciones y jurisprudencia de los órganos internacionales.[88]

El primer organismo en tratar la cuestión fue la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fallo "Almonacid Arellano y otros vs gobierno de Chile"[89] del 2006.

El "control de convencionalidad", como su nombre lo indica, procura hacer prevalecer la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, sobre las reglas locales que se le oponen.[90]

Entonces, la pregunta que todos nos hacemos es ¿Qué pasa si existe contradicción entre la Constitución Nacional y el Pacto de San José de Costa Rica? Néstor Sagüés despeja esa duda de la siguiente manera:

"*si el Estado debe cumplir con la Convención a todo costo, y no puede alegar su Constitución para incumplir al Pacto, esto provoca, como resultado concreto final, que el pacto está jurídicamente por encima de la Constitución"*[91]

Por último, el control de convencionalidad en Argentina es ejercido por el mismo órgano que lleva a cabo el control de constitucionalidad, esto es, cualquier juez.

5.5 Conclusión:

En el capítulo anterior hemos explicado diversos temas relacionados a las Constituciones, puntualizando obviamente en nuestra Carta Magna, es por ello que el objetivo del presente

[88] Ziulu, "derecho constitucional", 125.
[89] C.I.D.H. -"Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile", del 26 de septiembre de 2006.
[90] Sagüés, Nestor P., "el control de convencionalidad. En particular sobre las constituciones nacionales". En: La Ley, año LXXIII, Nro. 35, jueves 19 de febrero de 2009, pág 3.
[91] Sagüés, Nestor P., "el control de convencionalidad. En particular sobre las constituciones nacionales". En: La Ley, año LXXIII, Nro. 35, jueves 19 de febrero de 2009, pág 4.

capítulo ha sido dejar en claro, primeramente, el principio de supremacía constitucional mediante el cual se entiende que la Constitución Nacional se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico, sea este federal, provincial o municipal.

Luego se ha dicho que el principio de supremacía es inaplicable si no existe un sistema creado específicamente para controlar que se cumpla, de allí que surge el control de constitucionalidad. Mediante el control de constitucionalidad, los jueces se encargan de verificar que todo el ordenamiento jurídico se ajuste a la Constitución Nacional, entendiéndose a ella como la ley suprema del país.
Una vez dejado en claro de que trata el control de constitucionalidad, fuimos explicando los distintos sistemas de control que existen, puntualizando en el tipo de control que se realiza en Argentina, siendo este judicial, porque solamente pueden realizarlo los jueces; difuso, porque lo puede llevar a cabo cualquier juez; concreto, porque solamente el afectado por la norma puede pedir la inconstitucionalidad de la misma; de efecto limitado, porque la declaración de inconstitucionalidad opera solamente para el caso concreto, lo que quiere decir que la norma inconstitucional no se deroga.
Asimismo, abordamos un tema de suma importancia: las materias controlables, esto es, las materias, actos y normas que se encuentran sometidas al control de constitucionalidad, ya que como hemos visto, existen las "cuestiones políticas no judiciables", las cuales no pueden ser sometidas al control de constitucionalidad.

En este capítulo terminamos de explicar el tema de las reformas constitucionales, más precisamente, el hecho de si puede o no ser inconstitucional una reforma constitucional. Citando algunos autores de renombre pudimos llegar a la conclusión de que es posible que una reforma constitucional sea inconstitucional, más que nada cuando el vicio se encuentra en el procedimiento de reforma. De igual manera, en el siguiente capítulo vamos a seguir desarrollando algunas cuestiones relacionadas en la reforma de 1994, como por ejemplo el tema del exceso de facultades que se atribuyó la Convención Constituyente al momento de regular el plazo de duración del órgano judicial.

Seguidamente hemos explicado los procesos constitucionales, esto es, las vías procesales que tienen las personas para solicitarle a los jueces que ejerzan el control de

constitucionalidad sobre alguna norma contraria a la Constitución Nacional que les esté generando un perjuicio.

Por último, hemos desarrollado un tema que se ha venido tratando en los últimos años: el control de convencionalidad. Respecto a este tema mencionamos que su primer tratamiento se lo ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2006. El control de convencionalidad resulta ser un tema de suma importancia en cualquier ordenamiento jurídico, ya que este último debe ajustarse al Pacto de San José de Costa Rica, caso contrario, la norma contraria debe ser declarada inconvencional.

Capítulo 6. El Poder Judicial:

Cuando tratamos el tema de la República dijimos que su rasgo más característico es la división de poderes: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial, pues bien, hasta este momento solo hemos desarrollado los 2 primeros, por ende, ya es turno de centrarnos en el Poder Judicial, que es el órgano cuyo conflicto nos ha llevado a escribir este trabajo.

El Poder Judicial se encuentra regulado en la Constitución Nacional en la sección tercera de la segunda parte (parte orgánica), artículos 108 a 119. Se compone de varios órganos que forman parte del Gobierno y que ejercen una de las funciones del poder del Estado: la denominada "administración de justicia" o "función jurisdiccional".[92] Los órganos que integran este poder son: la Corte Suprema de Justicia Nacional, los demás tribunales inferiores creados por el Congreso, el Jurado de Enjuiciamiento y el Consejo de la Magistratura (estos últimos 2 agregados en la reforma de 1994).

Por administración de justicia o función jurisdiccional nos referimos a la función que tienen los jueces de aplicar la ley para resolver conflictos. Los jueces no actúan de oficio, por lo que es necesario motivar su accionar mediante la presentación de una demanda.

Bidart Campos menciona una serie de "principios básicos" que rigen a la administración de justicia en nuestro país, a saber:

- Los jueces son servidores del derecho para la realización de la justicia.
- Para la defensa en juicio, es indispensable el ejercicio imparcial de la administración de justicia.
- La sentencia debe ser una acorde al orden jurídico vigente.
- El respeto a la voluntad del legislador no requiere admitir soluciones notoriamente injustas.
- El apartamiento deliberado de la verdad es indispensable para ejercer una adecuada administración de justicia.
- La verdad objetiva o material debe prevalecer sobre la verdad formal.
- La intervención del Poder Judicial no puede ser excluida. Dicha exclusión implicaría un agravio al derecho de defensa.

[92] Bidart Campos, "Compendio…", 369.

- En sus sentencias, los jueces deben alcanzar la solución objetivamente justa del caso con arreglo a las circunstancias del mismo y al derecho que resulte aplicable.[93]

El modo que tienen los jueces para ejercer dicha administración de justicia es la sentencia. Siguiendo la línea de pensamiento de Bidart Campos, a la cual adherimos, el juez al dictar una sentencia, extrae del derecho preexistente, la norma impresa en la sentencia, de modo que no crea derecho nuevo.[94]
Una sentencia debe cumplir con una serie de requisitos, entre ellos podemos mencionar:

- Motivada, por lo que dijimos anteriormente, que los jueces no actúan de oficio.
- Fundada, en el derecho vigente.
- Justa, para el caso concreto.
- Oportuna en el tiempo, ya que la justicia tardía no es justicia.
- Imparcial.
- No dejar de lado la verdad material para anteponer la verdad formal.

6.1 Caracteres:

El Poder Judicial tiene sus caracteres propios que lo distinguen de los demás poderes del Estado, estos caracteres son: es derivado; multiorgánico y colegiado; descentralizado; independiente y; discontinuo.[95]

6.1.1 Derivado:

Históricamente se considera que el único poder originario es el Poder Ejecutivo, y que de ese poder se desprendieron los demás, ya que anteriormente, quien ostentaba el Poder Ejecutivo también ejercía los otros poderes del Estado.

[93] Bidart Campos, "Manual…" T° III, 392-393.
[94] Sagüés, 424.
[95] Ziulu, "Derecho constitucional", 754-755.

6.1.2 Multiorgánico y colegiado:

Este caracter responde a la diversidad de tribunales judiciales existentes ya que, como hemos dicho cuando tratamos al órgano legislativo de gobierno, la Constitución Nacional solamente ha creado a la Corte Suprema, pero le ha asignado al Congreso la facultad de crear tribunales judiciales inferiores.

El artículo 108 reza: "*El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación."*

6.1.3 Descentralizado:

Esta característica debe entenderse en consonancia con la anterior mencionada, ya que el artículo 108 *in fine* establece la distribución de los tribunales judiciales inferiores por todo el territorio de la Nación. A diferencia de los poderes Ejecutivo y Legislativo que centralizan su actividad en órganos que constituyen un único centro de poder, ubicados en la Capital Federal.[96]

6.1.4 Independiente:

Ningún otro poder del Estado puede ejercer las facultades correspondientes al órgano judicial de Gobierno, pues este último es el único encargado de llevar a cabo la administración de justicia del país. El artículo 109 expresa lo siguiente: *"En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas."*

6.1.5 Discontinuo:

[96] Ziulu, "Derecho constitucional", 755.

Cuando tratamos al Poder Ejecutivo dijimos que es un poder continuo, porque no admite pausas en sus funciones, en cambio, el Poder Judicial si bien es un órgano permanente, para actuar necesita el incentivo generado por una causa o controversia, es por ello que el artículo 116 determina que las atribuciones del Poder Judicial están referidas a "causas".[97]

6.2 La Corte Suprema de Justicia Nacional:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación es el máximo tribunal jurisdiccional de la república. Según su propia jurisprudencia, la condición de suprema significa que sus decisiones son finales e irrevocables.[98] Empero posteriormente con la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede suceder que un fallo dictado por esta última deje sin efecto una sentencia dictada por nuestra Corte Suprema.

No cualquier juez llega a ser juez de la Corte Suprema de Justicia Nacional, el artículo 111 menciona cuales son los requisitos para llegar a serlo:

a) Ser abogado de la Nación con 8 años de ejercicio.

b) Reunir los requisitos necesarios para ser Senador.

Además, el artículo 112 establece que cuando se designe a un nuevo juez de la Corte, este deberá prestar su juramento frente al Presidente de la Nación, e inmediatamente después, lo harán frente al Presidente de la CSJN.

Como dijimos anteriormente cuando analizamos el artículo 108, la CSJN es el único tribunal creado por la Constitución Nacional, dejando así al Congreso la obligación de crear a los tribunales inferiores a lo largo y ancho del territorio nacional. A pesar de que el mencionado artículo ya se encontraba consagrado en la Constitución de 1853, fue recién el 15 de enero de 1863 cuando se dio creación a la CSJN, y los primeros jueces fueron designados por Bartolomé Mitre, con acuerdo del Senado. Ellos eran: Valentín Alsina, Salvador María del Carril, José Barros Pasos, Francisco Delgado y Francisco de las Carreras.

[97] Ziulu, "Derecho constitucional", 756.
[98] Sagüés, 394.

6.2.1 Reformas en su composición:

La Constitución originaria de 1853 establecía que la CSJN debía estar integrada por 9 jueces y 2 fiscales, pero como dijimos, la CSJN no fue creada sino hasta 1863. En 1860 se eliminó de la Constitución Nacional la cantidad de magistrados que debía contener, dejando tal facultad al Congreso de la Nación. El Poder Legislativo fue modificando la cantidad de magistrados de la Corte a lo largo de los años mediante el dictado de distintas leyes:

La ley 27, sancionada el 13 de octubre de 1862 disponía en su artículo 6 que la CSJN debía estar integrada por 5 jueces y un procurador General.

La ley 15.271 sancionada el 3 de febrero de 1960 aumentó el número de jueces: 7 jueces y un Procurador General.

La ley 16.895 del 5 de julio de 1966 volvió a disminuir el número de jueces a 5, y un Procurador General.

La ley 23.774 sancionada el 5 de abril de 1990 dispuso que serán 9 los jueces que integrarán la CSJN.

Finalmente, la ley 26.183 sancionada el 29 de noviembre de 2006 determinó que serán 5 los jueces integrantes de la Corte y así es hasta el día de hoy, donde los integrantes del Tribunal Supremo son: Carlos Rosenkrantz (Presidente), Elena Highton de Nolasco (Vicepresidenta), Horacio Rosatti, Ricardo Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda.

6.2.2 Competencia:

La Corte tiene 2 tipos de competencia: Originaria y exclusiva; y derivada.

a) Originaria y exclusiva: Es la excepción, el artículo 117 es uno de los que regula las atribuciones del Poder Judicial, pues bien, en el mencionado artículo la Constitución establece que la CSJN tiene competencia originaria en 2 supuestos:

- Juicios en los cuales alguna de las partes sean embajadores, ministros o cónsules extranjeros.
- Juicios en los que una provincia sea parte. (pero no en todos los supuestos, sino solamente cuando litiga una provincia con otra; una provincia con un vecino de otra

provincia; una provincia con un habitante extranjero; y una provincia contra un Estado extranjero).[99]

Solamente en estos casos, la Corte ejerce una competencia originaria y exclusiva, es decir, que la cuestión no pasa por un tribunal inferior, sino que se trata de casos que comienzan en la Corte y son resueltos por la misma.

b) Derivada: La competencia derivada de la CSJN es la regla, siendo los 2 supuestos antes mencionados las únicas 2 excepciones. A la competencia derivada también se la conoce como "competencia por apelación", porque la Corte va a tratar una cuestión que ya ha sido resuelta por las instancias inferiores, es por ello, que actuaría como una especie de Cámara revisora. Las distintas maneras de llegar a la Corte por medio de la apelación son las siguientes:

1) Recurso ordinario de apelación: Regulado por el artículo 24 inc. 6 del decreto-ley 1285/58. En estos casos se podría decir que la Corte actúa como una "tercera instancia" y se interpone en los siguientes supuestos:

- Contra sentencias definitivas de Cámaras de nacionales de apelaciones, en los casos en los cuales la Nación sea parte y lo debatido supere un determinado monto (que se actualiza por la Corte mediante la ley 21.708)[100]
- Sentencias de extradición de criminales reclamados por otro Estado.
- Sentencias de juicios ordinarios sobre causas a que dieron lugar los apresamientos o embargos marítimos en tiempo de guerra, sobre salvamento militar y sobre nacionalidad del buque, legitimidad de su patente o regularidad de sus papeles.

2) Recurso extraordinario de apelación: Este recurso es el regulado por el artículo 14 de la ley 48: el recurso extraordinario federal. (Ver 5.3.2)

[99] Lonigro, 842.
[100] Sagüés, 541.

3) Recurso de queja por apelación denegada: Regulado por el artículo 24 inc. 4 del decreto-ley 1285/58. Como sabemos, cuando se presenta un recurso de apelación, ya se ordinaria o extraordinaria, el mismo debe presentarse ante el mismo juez o tribunal que ha dictada la sentencia que se pretende recurrir, pues bien, si ese recurso de apelación es rechazado, lo que puede hacerse es presentar un recurso de queja directamente ante la CSJN.

4) Recurso de revisión: Regulado por los artículos 479 a 489 del Código Procesal Penal de la Nación y por el artículo 24 inc. 3 del decreto-ley 1285/58. Se interpone contra sentencias condenatorias firmes de índole penal, en las cuales se demuestre que ha sido dictada con prevaricato o cohecho, si se demuestra que el hecho delictuoso no existió, cuando aparezca una ley nueva que resulte más beneficiosa para el reo por lo tanto se aplica retroactivamente, etc.

5) El "per saltum": Bidart Campos explica que significa procesalmente salteamiento de instancias en un proceso. Alcanzar la última instancia de la Corte sin haber recorrido todas las inferiores a ella.[101]
Este recurso fue un invento de la propia Corte durante la presidencia del Dr. Carlos Saúl Ménem, aunque actualmente se encuentra regulado por el artículo 257 bis del Código Procesal Civil y Comercial donde se prevé la interposición del recurso solamente en casos de competencia federal en las cuales se acredite una notoria gravedad institucional.

6.2.3 Designación de los jueces de la Corte:

El artículo 99 inc. 4 de nuestra Ley Fundamental establece que a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia Nacional los nombra el presidente con acuerdo del Senado, con el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes, en una sesión pública convocada al efecto. Claro está que hay que tener en cuenta los requisitos para ser juez de la Corte, antes mencionados cuando hicimos referencia al artículo 111 de la Carta Magna.

[101] Bidart Campos, "Manual…", T° III, 498.

6.2.4 Remoción de los jueces de la Corte:

Los artículos 53, 59 y 60 de la Constitución Nacional regulan el procedimiento del juicio político. La finalidad del juicio político es la eventual destitución del funcionario incurso en alguna de las causales previstas para la remoción.[102]

Los únicos funcionarios que pueden ser sometidos a juicio político son: el Presidente de la Nación, el vicepresidente, el Jefe de Gabinete, los ministros y los Jueces de la Corte Suprema. De igual manera, como marca Lonigro:

"*Otros funcionarios pueden ser sometidos a juicio político en la medida que las leyes así lo dispongan (es el caso del Procurador General de la Nación o del Defensor General de la Nación, a quienes se les aplica ese procedimiento de destitución, pero no porque esté dispuesto en la Ley Fundamental, sino en las leyes 27.148 y 27.149 respectivamente."*[103]

Las causales de remoción son: mal desempeño del cargo, comisión de delitos en ejercicio de sus funciones, y comisión de delitos comunes.

Los últimos 2 supuestos no causan complicación alguna: delitos comunes hablamos de un robo, un hurto, etc. Delito en ejercicio de sus funciones podría ser la apropiación de bienes públicos. La discusión aparece en el primer supuesto, ¿Cuándo se considera que hay mal desempeño del cargo?

La ley 24.937 que regula al Consejo de la Magistratura y al Jurado de Enjuiciamiento elaboró una enumeración no taxativa, sino ejemplificativa de algunas conductas que son consideradas como "mal desempeño":

- El desconocimiento del derecho.
- El incumplimiento reiterado de la Constitucion Nacional y de las leyes en general.
- Negligencia y arbitrariedad en el ejercicio del cargo.
- Abandono de sus funciones.
- Reiteradas sanciones disciplinarias.
- Incapacidad física o psíquica sobreviniente a la asunción del cargo.[104]

No obstante, es el Senado quien en última instancia determina si hubo o no un "mal desempeño del cargo".

[102] Gelli, 455.
[103] Lonigro, 677.
[104] Lonigro, 681.

El procedimiento del juicio político consta de 2 etapas bien marcadas: la acusación y el juicio propiamente dicho.

La acusación está en cabeza de la Cámara de Diputados tal como lo marca el artículo 53, que también establece que, para llevar a cabo la acusación, requiere del voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros presentes.

El juicio propiamente dicho está a cargo de la Cámara de Senadores (arts. 59 y 60). El Senado recibe la acusación efectuada por la Cámara de Diputados y debate si corresponde sancionar o no al funcionario en cuestión. En caso de declararlo culpable, deberá necesitar el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros presentes, y la sanción puede ser solamente la destitución, o la destitución más una inhabilitación para ocupar cargos públicos.

6.3 Tribunales federales inferiores:

Cuando hablamos de la Corte citamos al artículo 108 que establece que el Poder Judicial será ejercido por la Corte Suprema de Justifica Nacional y los tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio nacional. En este punto vamos a tratar solamente a los tribunales federales inferiores. Por tribunales federales inferiores nos referimos a todos los juzgados y tribunales federales, inferiores a la Corte, cuya competencia se encuentra limitada únicamente a cuestiones federales.

6.3.1 Competencia:

Primeramente, aclaremos a que nos referimos cuando hablamos de competencia. Suele confundirse a este concepto con el de “jurisdicción”, pues este último es la atribución que tienen los jueces para juzgar, para decir cuál es el derecho aplicable; en cambio la competencia es la jurisdicción que tienen los jueces en determinada materia. Todos los jueces tienen jurisdicción mas no todos tendrán competencia.

La competencia puede ser:

a) En razón de la materia: la justicia federal es competente en razón de la materia en 3 casos: las cuestiones que versen sobre la Constitución Nacional; sobre las leyes federales; y sobre los tratados internacionales.

b) En razón de las personas: Conocen en las siguientes causas: en las que la Nación sea parte; causas civiles entre un vecino de la provincia donde haya provocado el pleito y un vecino de otra provincia; casos entre un argentino con un extranjero o con otro Estado.

c) En razón del lugar: Quiroga Lavié indica lo siguiente:
"*conocen en todas las causas producidas en el territorio federal de su jurisdicción: vinculadas a prestaciones reales, a prestaciones personales y a los lugares adquiridos por compra o cesión en las provincias para fijar establecimientos de utilidad nacional."* [105]

6.3.2 Designación de los jueces inferiores:

El decreto-ley 1285/58 establece cuales son los requisitos para ser juez nacional:

a) Para ser juez nacional de primera instancia los requisitos son: ser argentino, abogado con 4 años de ejercicio profesional y 25 años de edad (art. 6)

b) Para ser juez de segunda instancia (Cámara Federal de Casación Penal, de la Cámara Nacional de Casación Penal, de las cámaras federales y nacionales de apelaciones y de los tribunales federales y nacionales de juicio) se requiere: ser argentino, abogado con 6 años de ejercicio profesional y 30 años de edad (art. 5)

La forma de designación es la dispuesta por el artículo 99 inc. 4 de la Constitución Nacional: Al igual que con los jueces de la Corte, los nombra el Presidente con acuerdo del Senado, la diferencia está en que aquí la Constitución no exige un quórum especial. Lonigro agrega:

[105] Quiroga Lavié, 183.

"*La particularidad que presente la designación de los jueces inferiores es que existe un organismo denominado* Consejo de la Magistratura, *que cuando se produce una vacante organiza un concurso público, selecciona a tres candidatos, y eleva la terna al Presidente de la República para que elija a uno de ellos (arts. 99, inc. 4 y 114 C.N.)"*[106]

6.3.3 Remoción de los jueces inferiores:

Antes de la reforma constitucional de 1994, tanto los jueces de la Corte como los jueces inferiores eran removidos mediante el juicio político. Luego de la reforma, como ya hemos explicado, los jueces de la Corte siguen siendo sometidos a ese procedimiento de remoción, mientras que para los jueces inferiores son removidos por un Jurado de Enjuiciamiento, luego de que el Consejo de la Magistratura haya dispuesto la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, formulando la acusación correspondiente.[107]

No nos vamos a detener puntualmente en el Jurado de Enjuiciamiento ni en el Consejo de la Magistratura, ya que de los mismos hablaremos más adelante, pero sí vamos a explicar el procedimiento de remoción de los jueces inferiores. Las causales de destitución son las mismas que en el caso del juicio político: mal desempeño del cargo, delito en el ejercicio de sus funciones, y delitos comunes.

El procedimiento comienza cuando el Consejo de la Magistratura formula la correspondiente acusación ante el Jurado de Enjuiciamiento. Este último es el que decide si corresponde o no la destitución del juez acusado, y mientras tanto puede suspender el ejercicio de sus funciones. Se establece un plazo de caducidad, ya que corresponde archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez que hubiese sido suspendido si transcurriesen 180 días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción.[108]

Por último, el fallo que dicte el Jurado de Enjuiciamiento, sea este condenatorio o absolutorio, requiere del voto de las dos terceras partes del Jurado.

[106] Lonigro, 869
[107] Ziulu, "Derecho constitucional", 785.
[108] Sagüés, 421

6.4 El Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento:

6.4.1 El Consejo de la Magistratura:

El Consejo de la Magistratura, institución que fue creada a partir de la reforma constitucional de 1994, se encuentra vinculado al proceso de selección y designación de magistrados judiciales mediante la realización de concursos públicos, basándose en el principio de idoneidad de los postulados.[109]

El artículo 114 de la Constitución Nacional no menciona como estará conformado, pero sí menciona cuales son las atribuciones del Consejo:

- Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.
- Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.
- Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.
- Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados.
- Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente.
- Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

La composición del Consejo ha de surgir de la ley, aunque lo que sí menciona la Constitución es que la función de los miembros del Consejo es temporaria, y que debe haber un "equilibrio" entre los representantes que surgirán: de órganos políticos (Congreso y Poder Ejecutivo), de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula federal y de otras personas que integren el ámbito académico y científico.

[109] Ziulu, "derecho constitucional", 763

No obstante, su composición fue regulada por la ley 24.937, que días más tarde fue "corregida" por la ley 24.939, que rige actualmente con las reformas introducidas por la ley 26.080 y la ley 26.855. La composición que se ha regulado es la siguiente:

- 3 jueces del Poder Judicial de la Nación: Uno de ellos debe ser camarista nacional, otro debe ser juez nacional de primera instancia, y el restante un juez con competencia federal del interior del país,[110] asegurando así, la representación del interior del país.
- 6 legisladores (3 Diputados y 3 Senadores): A ellos los elige el Presidente de la Cámara respectiva, pero 2 deben ser del partido político que tenga mayoría en la Cámara, y 1 del partido que sea primera minoría.
- 2 abogados que tengan matrícula federal: Designados por el voto directo de los mismos abogados matriculados en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.
- Un representante del Poder Ejecutivo.
- Un representante del ámbito académico y científico: que sea profesor titular de cátedra de derecho de facultades nacionales con reconocida trayectoria y prestigio, electo por el Consejo Interuniversitario Nacional (art. 2°, según ley 26.080).[111]

A su vez, la ley 24.937 dispone que sus miembros durarán 4 años en el cargo, no pudiendo ser reelectos de manera inmediata, por lo tanto, debe haber intervalo de por lo menos un período.

6.4.2 El Jurado de Enjuiciamiento:

Este órgano, también fue creado en la reforma constitucional de 1994, con la principal finalidad de acelerar el procedimiento de remoción de los jueces inferiores a la Corte, ya que como hemos dicho con anterioridad, para los magistrados de la Corte se sigue aplicando el procedimiento del juicio político.

[110] Lonigro, 880
[111] Sagüés, 407.

El artículo 115 de nuestra Constitución establece que el Jurado de Enjuiciamiento estará integrado por: legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal; agregando que, en la misma ley especial en la cual se regule al Consejo de la Magistratura, se deberá determinar la integración y procedimiento del Jurado.
Fue así, en la ley 26.080 que el Congreso determinó que el Jurado de Enjuiciamiento contará con 7 miembros:

- 2 jueces de Cámara (uno debe pertenecer al fuero federal de la Capital Federal, y otro al mismo fuero, pero con asiento en el interior del país).
- 4 legisladores (2 Diputados y 2 Senadores): Uno del partido que tenga mayoría en la respectiva Cámara, y el otro del partido que sea primera minoría.
- Un abogado con matricula federal: Que además de reunir los requisitos para ser juez de la Corte Suprema de Justicia Nacional, deberá estar inscripto en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, o en una Cámara Federal del interior del país.

Su función ya la hemos explicado, la de remover jueces inferiores a la Corte, pues bien, podemos agregar que el mismo artículo 115 de la Carta Magna aclara que su fallo es irrecurrible. Respecto a este tema la Corte se ha ido flexibilizando, es decir, se ha ido admitiendo que los fallos destitutorios sean sometidos al control y revisión judicial, pero esta recurribilidad, explica Bidart Campos, debe entenderse tal como la entendió la Corte en el fallo "Nicosia":
"escapa a la competencia judicial el encuadre y la valoración que el jurado hace de las conductas *que toma de base para la remoción, y la* decisión *misma de remover, pero sigue siendo* revisable *todo lo que atañe a la* competencia *del órgano y las* formalidades *de su ejercicio, así como las* garantías *del enjuiciado en orden al debido proceso y el derecho de defensa."*[112]

Por último, podemos decir que los integrantes del Jurado de Enjuiciamiento son elegidos de manera semestral (todos los meses de julio y diciembre) a través de un sorteo, y que por cada integrante titular se seleccionará un suplente. Duran en el cargo mientras se

[112] Bidart Campos, "Manual…" T° III, 385.

encuentren en trámite los juzgamientos de los magistrados que les hayan sido encomendados.[113]

Sus miembros pueden ser removidos por el propio Jurado, con el voto de las tres cuartas partes de sus miembros, por las mismas causales del juicio político.

6.6 Inamovilidad de los jueces:

Por inamovilidad nos referimos a que los jueces no pueden ser removidos del cargo mientras dure su buena conducta, esta garantía fue ya reconocida en la Constitución de 1853, en su artículo 96, actual artículo 110 el cual reza:

"Artículo 110.- *Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones."*

La garantía de inamovilidad de los jueces resulta indispensable principalmente por 2 cuestiones: Primero, para afirmar la condición de independiente que tiene el Poder Judicial; segundo, para preservar su carácter de órgano no político.[114]

No obstante, la inamovilidad no alcanza únicamente a los casos de remoción, sino también al grado ocupado, al tribunal y la sede donde el juez ejerce su jurisdicción, por lo tanto, no puede modificarse ninguna de esas cuestiones sin el previo consentimiento del juez. El principio o garantía de inamovilidad fue entendido así, en su sentido amplio, en el fallo "Dana Montaño", donde la Corte sostuvo que el traslado de los jueces atenta contra la garantía de inamovilidad si no media el consentimiento de los trasladados.[115]

Más allá de eso, en la reforma de 1994 fue agregado el artículo 99 inc. 4, el cual pareciera limitar esa inamovilidad de la siguiente manera:

[113] Sagüés, 412.
[114] Zuccherino, Moreno Rithner, 525.
[115] C.S.J.N., Fallos "Daña Montaño" 201:245, (1945).

Art. 99 inc. 4 último párrafo: "*Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite."*

Como se puede ver, la garantía de inamovilidad fue "limitada" por razones de edad de los magistrados (haber cumplido 75 años). Lo cierto, es que como hemos analizado con anterioridad, la garantía de inamovilidad de los jueces no era uno de los temas contemplados por la ley que declaró la necesidad de reforma constitucional. Otra de las cuestiones que estamos observando como cierta es, que ambos artículos mencionados regulan una misma cuestión: el plazo de duración o periodicidad de la función judicial.
El principal antecedente jurisprudencial lo configura el fallo Fayt, al cual nos vamos a referir a la brevedad, ya que ha sido el primero y el más trascendente de los casos resueltos por la Corte cuando a periodicidad de la función judicial nos referimos.

6.6.1 El fallo Fayt:

El fallo debe su nombre al Dr. Carlos Santiago Fayt, quien fuera juez de la Corte Suprema de Justicia Nacional. El magistrado interpuso una acción declarativa de inconstitucionalidad contra el artículo 99 inc. 4 párrafo 3° de la Constitución Nacional, y contra la disposición transitoria undécima, ambas disposiciones incorporadas en la reforma constitucional de 1994, fundando su petición en que la Convención Constituyente se había excedido en sus facultades, las cuales se encontraban señaladas en la ley 24.309 que declaró la necesidad de reforma. El artículo mencionado, establece que una vez que los jueces federales cumplan la edad de 75 años, para continuar en el cargo necesitarán de un nuevo nombramiento efectuado por el Presidente de la Nación, con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, y que dicho nombramiento será necesario realizarlo cada 5 años, pudiendo repetirse este procedimiento indefinidamente.

Por otro lado, la disposición transitoria undécima nos marca que la caducidad de los nombramientos y la duración indicada en el artículo antes mencionado, entraría en vigencia a los 5 años contados desde la sanción de la reforma, es decir, el 24 de agosto de 1999.
Luego de pasar por las instancias correspondientes, la Corte resolvió el 19 de agosto de 1999 declarar la nulidad de las disposiciones contenidas en el artículo 99 inc. 4 párrafo 3° y en la disposición transitoria undécima.

De igual manera, vamos a analizar más en profundidad la resolución a la cual abordó el máximo tribunal:
Primero, la Corte sostuvo que se trataba de una cuestión justiciable, dada la existencia de una causa ya que el actor ha invocado ante el Poder Judicial la protección de un derecho, el de inamovilidad de los jueces.[116]
Seguidamente, la Corte también recordó que corresponde aplicar el control de constitucionalidad a los procesos de reformas constitucionales y que, *la facultad de reformar la Constitución no puede exceder el marco de la regulación –constitucional- en que descansa.*[117] En el presente trabajo hemos explicado que existe un poder constituyente originario, y un poder constituyente derivado, también hemos dicho que el segundo es limitado. (ver 4.3.3).
Con posterioridad, ya en el considerando 8°, el máximo tribunal mencionó que el procedimiento de reforma constitucional consta de 2 etapas (tema que también hemos abordado, ver 4.4), la primera etapa, declarar la necesidad de reforma constitucional, a cargo del Congreso; la segunda etapa, la reforma propiamente dicha, a cargo de la Convención Constituyente, y que centrará su decisión en la relación existente entre la ley 24.309 que declaró la necesidad de reforma, y la actividad de la Convención reformadora.[118]
Ulteriormente, la Corte pasó a recordar que el artículo 6 de la ley 24.306 establecía la nulidad de todas las erogaciones, modificaciones y agregados que la Convención Constituyente realice apartándose de la competencia establecida en los artículos 2 y 3 de la misma ley (artículos que contenían los núcleos de coincidencias básicas y los temas de libre debate respectivamente). Es por ello, que luego de analizar la ley, el alto tribunal dijo que

[116] Hernández, 6.
[117] Hernández, 8.
[118] C.S.J.N., Fallos "Fayt", 322:1616 (1999), consid. 8.

en ninguno de los puntos del núcleo de coincidencias básicas relativos a la designación y remoción de magistrados federales aparece algún contenido que pudiera interpretarse como relativo a la posibilidad de fijar un término a la garantía de inamovilidad de los jueces federales.[119]

Por todo lo expuesto, la Corte resolvió hacer lugar al pedido del juez Fayt, y aplicar el artículo 6 de la ley 24.309, declarando así la nulidad absoluta de las disposiciones contenidas en los artículos 99 inc.4 párrafo 3° y la disposición transitoria undécima, ya que la Convención Constituyente se había excedido en las facultades que se le había otorgado en dicha ley.

"El fallo de la Corte Suprema, en cuanto a su fundamentación, fue compartido por Ekmekdjian porque, la cláusula que garantiza la inamovilidad de los jueces mientras dure su buena conducta, no es susceptible de reforma al afectar la independencia del Poder Judicial con la consiguiente ruptura del principio de la división de los poderes."[120]

El único antecedente jurisprudencial lo configura el fallo "Iribarren, Casiano Rafael v. Santa Fe, provincia de s/acción declarativa".[121] En el mencionado, la Corte había declarado, unos meses antes de dictar sentencia sobre el caso Fayt, la inconstitucionalidad de una reforma introducida a la Constitución de la provincia de Santa Fe. En dicha reforma también se había limitado el ejercicio de la función judicial.

Un fallo más actual y que también ha tenido gran renombre es el caso "Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional". Aquí la Corte ha resuelto dejar de lado la doctrina emanada del fallo Fayt, por lo cual reconoció el límite de edad establecido por el artículo 99 inc. 4 párrafo 3°, por lo tanto, se sostuvo que la Convención Constituyente no se había excedido en sus facultades.

Sin perjuicio de lo que se haya decidido en uno u otro fallo, lo que queremos dejar en claro es que existe una contradicción entre en artículo 99 inc. 4 párrafo 3°, y el artículo 110 ya que ambos regulan la garantía de inamovilidad de los jueces federales: el artículo 110 reconociendo la garantía, y el 99 inc. 4 párrafo 3° limitando la misma. En tal sentido Sagüés menciona lo siguiente:

---

[119] Hernández, 12.

[120] Badeni, "Tratado de derecho constitucional" T° I, 238.

[121] C.S.J.N., Fallos "Iribarren"322:1253, (1999)

"*Debe observarse que el actual art. 99, inc. 4, de la Constitución no guarda coherencia con el art. 110 (que garantiza la estabilidad judicial permanente, mientras dure la buena conducta del juez).*"[122]

6.7 Conclusión:

El objeto de este capítulo ha sido analizar al Poder Judicial, el último de los poderes que nos faltaba por exponer. Primero hemos ubicado al Poder Judicial en la Constitución Nacional, pasando por sus funciones y caracteres principales. Dijimos que su principal función es la denominada "administración de justicia", y que la principal herramienta para logar dicho cometido es la sentencia.

Nos detuvimos a analizar con profundidad el artículo 108, el cual establece que el Poder Judicial será ejercido por una Corte Suprema de Justicia Nacional y por los demás tribunales inferiores que deba crear y distribuir territorialmente el Congreso de la Nación. Al analizar el mencionado artículo, fuimos explicando la estructura y funcionamiento del máximo tribunal: cuando fue creada la Corte, que requisitos exige la Constitución para llegar a ser juez del tribunal supremo, las distintas leyes que han modificado la composición de la misma, las distintas competencias que la Corte posee (originaria y derivada), como y quien designa a los magistrados que integran la Corte Suprema y por último, la forma de remover a dichos magistrados mediante el procedimiento denominado "juicio político".

Luego pasamos a los tribunales federales inferiores, que son todos los tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia Nacional, que tengan competencia federal. Sobre estos tribunales también hemos explicado su competencia, la manera de designar y remover a los jueces.

Con posterioridad explicamos la composición y funcionamiento de 2 órganos que fueron incorporados en la reforma constitucional de 1994: el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento. Dijimos que el primero se encarga, entre otras cosas del procedimiento de selección de jueces federales inferiores, mientras que el segundo fue

[122] Sagüés, 423.

creado con la finalidad de acelerar el procedimiento de remoción de los jueces inferiores, que hasta antes de la creación del órgano, también eran sometidos al juicio político.
Hemos hablado también del Ministerio Público, explicando que resulta ser un órgano bicéfalo, compuesto por 2 sectores claramente diferenciados: el Ministerio Público Fiscal, a cargo del Procurador General de la Nación; y el Ministerio Público de Defensa, a cargo del Defensor General de la Nación.

Por último, llegamos al tema que nos ha motivado a realizar el presente trabajo de investigación, la garantía constitucional de inamovilidad de los jueces. Este principio, reconocido por el artículo 110 de nuestra Ley Fundamental, establece que los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores a ella, durarán en el cargo mientras dure su buena conducta. Esta garantía fue limitada en 1994, cuando en la reforma de dicho año se agregó el actual artículo 99 inc.4, que en su párrafo 3° establece que los jueces necesitarán de un nuevo nombramiento una vez que cumplan la edad de 75 años. El nombramiento estará en cabeza del Presidente de la Nación de acuerdo con el Senado por las dos terceras partes de los miembros presentes, y podrá repetirse el procedimiento de manera indefinida.
Para dejar más en evidencia la contradicción, hemos analizado algunos fallos emitidos por la propia Corte. El primero, el fallo "Iribarren" donde se declaró inconstitucional la disposición que limitaba la garantía de inamovilidad de los jueces provinciales. Luego analizamos el fallo Fayt, donde el juez del máximo tribunal solicitaba la nulidad de las disposiciones contenidas en los artículos 99 inc. 4 párrafo 3° y de la disposición transitoria undécima, ya que la garantía de inamovilidad de los jueces no era un tema contemplado en la ley 24.309 que declaraba la necesidad de reforma constitucional. Como analizamos, en el mencionado fallo la Corte resolvió declarar la nulidad de las disposiciones mencionadas. Con posterioridad, ya en el año 2017 nos encontramos con el fallo Schiffrin, donde la Corte se inclinó por dejar de lado la doctrina del fallo Fayt, y reconocer la validez del artículo 99 inc. 4 párrafo 3°.
No obstante, lo que nosotros quisimos dejar en claro es la contradicción que existe entre ambos artículos, al regular un mismo tema (la garantía de inamovilidad de los jueces).

Capítulo 7. Indeterminaciones constitucionales y su impacto en el plazo de duración del órgano judicial:

El lenguaje que se emplea al redactar una Constitución es muy particular puesto que generalmente surgen a raíz de intensas luchas entre ideologías contradictorias, en tal sentido Alberdi decía:

"*La Constitución está llamada a contemporizar, a complacer hasta cierto grado algunas exigencias contradictorias, que no se deben mirar por el lado de una justicia absoluta, sino por el de su poder de resistencia, para combinarlas con prudencia y del modo posible con los intereses del progreso general del país.*"[123]

Con esto queremos decir, que el lenguaje con el cual se redacta una Constitución, debe ser lo suficientemente vago puesto que es la Ley Suprema que va a regir a un país por un tiempo indeterminado, además de esa manera, pueden asumir gobiernos de distintas tendencias políticas sin que la Constitución sea un inconveniente.
Badeni explica lo siguiente:

"*Las normas constitucionales deben ser genéricas, procurando el constituyente englobar en ellas la mayor cantidad de hipótesis fácticas posibles. Una constitución no puede ocuparse de los detalles, sino de los grandes principios en los cuales se desarrollan aquéllos.*"[124]

7.1 Tipos de indeterminaciones:

Carlos Nino afirma que las indeterminaciones no siempre son el resultado de defectos de redacción, sino que, en la gran mayoría de los casos, se utiliza como un recurso para que la Constitución se pueda adaptar a diversas circunstancias y para hacer un compromiso entre diferentes exigencias.[125]

[123] Nino Carlos S.; "Fundamentos…", 89.
[124] Badeni, "Tratado de derecho constitucional", T° I 89.
[125] Nino Carlos S.; "Fundamentos…", 90.

Para su estudio teórico, resulta menester hacer una clasificación de los distintos tipos de indeterminaciones existentes. Las indeterminaciones pueden ser: semánticas; sintácticas; pragmáticas y lógicas.

7.1.1 Indeterminaciones semánticas:

Cuando hablamos de indeterminaciones semánticas, hablamos de 2 conceptos que explicaremos a continuación: vaguedad y ambigüedad.

7.1.1.1 Vaguedad:

Por vaguedad nos referimos a aquellas palabras o expresiones que carecen de precisión, motivo por el cual se le pueden dar infinidad de conceptos. En nuestra Constitución un ejemplo claro de vaguedad lo vemos en el artículo 14 que establece que los derechos enumerados en ese artículo deben ser ejercidos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, leyes que, según el artículo 28 no pueden alterar esos derechos.[126]

7.1.1.2 Ambigüedad:

La ambigüedad se presenta cuando una palabra puede tener más de un significado. En este trabajo de investigación ya hemos hecho referencia a algunos casos de ambigüedad presentada en nuestra Constitución, como por ejemplo el artículo 30 que establece el procedimiento de reforma constitucional. Cuando abordamos el tema, dijimos que la doctrina mayoritaria entiende que cuando el artículo afirma que la declaración de necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto afirmativo de las dos terceras partes de sus miembros, esa mayoría debe contabilizarse sobre la totalidad de los miembros, y no sobre la totalidad de los presentes.

[126] Nino Carlos S.; "Fundamentos…", 91.

7.1.2 Indeterminaciones sintácticas:

Las indeterminaciones se presentan en casos en los cuales hay ambigüedad, pero ya no solamente en una palabra, sino en una oración. Carlos Nino nos brinda el ejemplo del articulo 19 primera parte, que reza: "*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero…"*, de la lectura es posible sostener que la referencia a "acciones privadas", a "acciones que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública" y a "acciones que no perjudiquen a un tercero", son todas alternativas de la misma propiedad de las acciones.[127]

7.1.3 Indeterminaciones pragmáticas:

Estamos frente a una indeterminación pragmática cuando la duda está en lo que se hace con la oración en cuestión, es decir, si la oración es una afirmación, una pregunta, una suposición, etc. La indeterminación pragmática más elocuente en nuestra Constitución es el preámbulo, dada la discusión doctrinaria en torno a si el preámbulo expresa solamente un conjunto de aspiraciones, o si tiene valor prescriptivo para interpretar las demás clausulas constitucionales.[128]

7.1.4 Indeterminaciones lógicas:

Las indeterminaciones lógicas se presentan cuando nos encontramos frente a una relación entre normas jurídicas. Hay 3 tipos de indeterminaciones lógicas: las lagunas, las contradicciones y las redundancias.

7.1.4.1 Lagunas:

Suele considerarse a las lagunas como la ausencia de regulación legal sobre algún tema determinado. Norberto Bobbio va un poco más allá y expresa lo siguiente:

[127] Nino Carlos S.; "Fundamentos…", 93.
[128] Nino Carlos S.; "Fundamentos…", 94.

"*Tambien se entiende por 'laguna' la ausencia no ya de una solución cualquiera que esta sea, sino de una* solución satisfactoria, *es decir, no la ausencia de una norma, sino la falta de una* norma justa…"[129]

No obstante, algunos importantes autores tales como Kelsen, Cossio y Von Wright consideran que no existen las lagunas normativas, cada uno dando sus propios argumentos.

En nuestra Constitución un ejemplo de laguna lo encontramos en el artículo 30 sobre el procedimiento de reforma constitucional que ya hemos tratado, ya que la norma no aclara como debe ser declarada la necesidad de reforma, si por una ley o basta con una simple declaración.

7.1.4.2 Contradicciones:

En el marco teórico del presente trabajo de investigación ya hemos conceptualizado el término "contradicción" (ver 1.3). Para que haya contradicción, lo principal, es que ambas normas se refieran a las mismas circunstancias fácticas.[130]

A la contradicción entre 2 normas se la suele llamar "antinomia". Bobbio nos deja en claro que para que haya antinomia, es necesario que se presenten las siguientes 2 condiciones:

Primero, las 2 normas deben permanecer a un mismo ordenamiento jurídico; segundo, las 2 normas deben tener el mismo ámbito de validez. Para dejar en claro la segunda condición, es necesario distinguir entre 4 tipos de validez:

"*a) validez temporal: 'Está prohibido fumar de las cinco a las siete' no es incompatible con 'Está prohibido fumar desde las siete hasta las nueve';*

b) validez espacial: 'Está prohibido fumar en la sala de cine' no es incompatible con 'Está permitido fumar en la sala de espera";

c) validez personal: 'Se prohíbe fumar a los menores de 18 años' no es incompatible con 'Se permite fumar a los adultos';

d) validez material: 'Se prohíbe fumar cigarros' no es incompatible con 'Se permite fumar cigarrillos'.[131]

[129] Bobbio Norberto, "Teoría general del derecho", pág. 217, Temis, Bogotá, 2017.
[130] Nino Carlos S.; "Introducción al análisis del derecho", 12° reimpresión, pag 274, Astrea, Buenos Aires, 2003.
[131] Bobbio, 182.

Entonces podemos concluir que, para estar frente a una antinomia o contradicción entre normas, no solo dichas normas tienen que brindar distintas soluciones para un mismo caso, sino que además ambas normas deben permanecer al mismo ordenamiento jurídico y al mismo ámbito de aplicación.

Un ejemplo de antinomia en nuestra Constitución Nacional es la que nos ha llevado a escribir el presente trabajo de investigación: la contradicción entre el artículo 99 inc. 4 tercer párrafo con el artículo 110, ya que ambos regulan de manera distinta, al plazo de duración del órgano judicial. Esta contradicción como bien hemos dicho anteriormente, nace con la introducción de la reforma constitucional de 1994, a pesar de que la garantía de inamovilidad de los jueces no era un tema a tratar por la Convención Constituyente.

Este problema lleva a la inseguridad jurídica, ya que los jueces tienen en sus manos 2 soluciones completamente distintas para un mismo caso, tanto es así, que la Corte primeramente se ha inclinado por aplicar el artículo 110 (caso Fayt en adelante), pero luego adoptó la doctrina empleada en el fallo Schiffrin, es decir, aplicar el criterio empleado en el artículo 99 inc. 4 párrafo tercero.

Doctrinariamente se han reconocido 3 criterios para solucionar el problema de las antinomias: el criterio cronológico, el criterio jerárquico y el criterio de la especialidad.

La trilogía de criterios no ofrece mayor dificultad a la hora de su estudio:

a) Criterio cronológico: según este criterio, si hay una incompatibilidad de normas, la ley posterior prevalece sobre la ley anterior. Ya los romanos advirtieron que la solución correcta era asignarle a la norma más reciente una preponderancia sobre la más antigua, de tal suerte que el conflicto entre 2 normas de igual jerarquía se resolvería con la derogación tácita de la norma anterior por la posterior.[132] *Lex posterior derogat priori.*

b) Criterio jerárquico: en este caso, al darse la antinomia, prevalece siempre la norma superior sobre la norma inferior. *Lex superior derogat inferiori.*

[132] Vilanova José, "Elementos de filosofía del derecho", pág. 218, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1977.

c) Criterio de la especialidad: este criterio se aplica cuando la contradicción se da entre una ley general y una ley especial. En tal caso la ley que prevalece es la ley especial. *Lex specialis derogat generali.*

No obstante, puede suceder que no pueda aplicarse ninguno de los 3 criterios, porque las normas se encuentran en el mismo cuerpo legal, por ende, dictadas al mismo tiempo, de igual jerarquía y ambas generales o especiales. Parecería ser el caso planteado en esta tesis, la contradicción entre el artículo 99 inc. y el artículo 110 de la Constitución Nacional. Para tales casos no hay una única solución, es por eso que nuestra Corte ha ido cambiando el criterio sobre la garantía de inamovilidad de los jueces. Lo que queremos decir es que los jueces son los últimos intérpretes de las normas, por lo tanto, en estos casos de antinomias a los cuales no puede aplicarse alguno de los criterios antes mencionados, son ellos los que deciden que norma prevalece.
Lo que se ha dejado de lado, es que ambos artículos no son simultáneos, ya que el artículo 110 nace con la Constitución Nacional de 1853, mientras que el artículo 99 inc. 4 se introdujo en la reforma constitucional de 1994 por una extralimitación de la Convención Constituyente.

7.1.4.3 Redundancias:

Las redundancias se dan cuando se reiteran, en el mismo ordenamiento jurídico, soluciones para el mismo caso. Nuestra Ley Fundamental entra en este tipo de indeterminación al promover varias veces el juicio por jurados.

7.2 Coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico:

7.2.1 Coherencia del ordenamiento jurídico:

Un ordenamiento jurídico sería coherente si no presentara conflictos entre normas, esto es, antinomias, y en caso de haber alguna contradicción entre normas, el mismo ordenamiento debería ser capaz de superar la misma. Bobbio menciona que la regla de la coherencia

puede ser formulada de la siguiente manera: "en un ordenamiento jurídico no deben existir antinomias", pero que una regla que se refiere a las normas de un ordenamiento no puede estar dirigida sino a quienes tienen que ver en la producción (legislador) y en la aplicación (juez) de las normas.[133]

Siguiendo la regla de la coherencia antes mencionada, Bobbio nos propone imaginarnos 3 supuestos:

El primero, la antinomia entre normas de diferente nivel jerárquico: si aplicamos la regla de la coherencia, el órgano autorizado para dictar normas inferiores debe hace asegurarse que dichas normas no sean contrarias a las normas superiores. Respecto al juez, aplicando la regla, este deberá aplicar siempre la norma superior.[134]

El segundo supuesto, las normas de igual nivel jerárquico pero sucesivas en el tiempo: en este caso, no existe aplicación de la regla de la coherencia para el legislador, mientras que si lo hace para el caso del juez. Es por ello, que el juez ante este tipo de antinomias, debe aplicar siempre la norma posterior. En tal sentido Bobbio expresa lo siguiente:

"*Se puede decir entonces que el legislador es perfectamente libre para contradecirse, pero la coherencia se salva igualmente porque de las dos normas contrarias una cae, y la otra permanece como válida."*[135]

El tercer y último supuesto, se trata de normas del mismo nivel jerárquico, contemporáneas, esto es, dictadas al mismo tiempo: en este supuesto, no existe obligación jurídicamente cualificada ni para el legislador ni para el juez. Con esto queremos decir que una ley sancionada por el legislador, que contenga 2 disposiciones contradictorias es perfectamente válida, y no es válida solamente la ley, sino también las 2 disposiciones que se contradicen entre sí. Lo que sí existe es un deber moral del legislador de no contradecirse, puesto que una ley contradictoria se torna de dificultosa interpretación y puede entorpecer la administración de justicia.[136] Respecto al juez, este tampoco se encuentra obligado a eliminar la antinomia, puesto que alcanzará con que aplique una de las disposiciones y deseche la otra.

[133] Bobbio, 198.
[134] Bobbio, 198.
[135] Bobbio, 198.
[136] Bobbio, 199.

En este último supuesto, más allá de la norma que el juez decida aplicar, la otra norma contradictoria seguirá existiendo en el ordenamiento jurídico hasta tanto no se la derogue, por lo cual, en otro caso distinto, otro juez puede inclinarse por la aplicación de la norma que el juez anterior eligió desechar. Bobbio explica que cuando esto sucede, se violan 2 exigencias fundamentales de los ordenamientos jurídicos: la existencia de la certeza y de la justicia:

"*Cuando existen dos normas antinómicas, ambas válidas, y por tanto aplicables, el ordenamiento jurídico no logra garantizar la certeza, entendida como la posibilidad del ciudadano de prever con exactitud la consecuencia jurídica de su propia conducta, ni la justicia, entendida como tratamiento igual a las personas que pertenecen a la misma categoría.''*[137]

7.2.2 Plenitud del ordenamiento jurídico:

Un ordenamiento jurídico es pleno cuando no tiene lagunas, es decir, el propio ordenamiento tiene una solución para cada caso, lo cual pareciera resultar imposible ya que a las normas se les puede dar distintos tipos de interpretación y, además, como ya sabemos, el derecho siempre va detrás de los hechos por lo tanto siempre surge alguna cuestión nueva que carece de regulación hasta tanto no se la trate por el órgano correspondiente.

Giorgio del Vecchio dijo en una conferencia:

"Al expresar que todo ordenamiento es pleno, significamos únicamente que mediante la aplicación de las fuentes subsidiarias y en última instancia de los principios generales del Derecho, el órgano jurisdiccional dará una solución a toda controversia."[138]

Con esto queremos decir, que cuando el órgano encargado de resolver una cuestión, no encuentra en el ordenamiento una norma expresa que la resuelva, ni tampoco puede valerse de la costumbre o de normas análogas, deberá aplicar los principios generales del derecho contenidos en el propio ordenamiento jurídico.

Bobbio agrega que la plenitud es una condición necesaria para aquellos ordenamientos en los cuales existan las siguientes 2 reglas:

- El juez está obligado a juzgar todas las controversias que se le presenten;

[137] Bobbio, 200.

[138] Díaz Couselo José M., "Los principios generales del derecho", pág. 23, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971.

- El juez está obligado a fundamentar su decisión con normas que pertenezcan al sistema.[139]

Para concluir el tema podemos decir que existen 2 maneras en las cuales un ordenamiento jurídico puede "completarse": la heterointegración y la autointegración.
La heterointegración es un método mediante el cual el juez se vale de otros ordenamientos para cubrir la laguna normativa. Por ejemplo, cuando el juez se ampara en el derecho natural, entendiendo a éste como un ordenamiento superior y perfecto, a diferencia de los ordenamientos jurídicos positivos que son imperfectos.
Contrario sensu, la autointegración se lleva a cabo cuando el juez no recurre a otros ordenamientos, sino que resuelve el caso utilizando las fuentes del propio ordenamiento jurídico.

7.3 Conclusión:

El objeto de este capítulo ha sido dejar en claro el impacto de las indeterminaciones constitucionales en la función judicial, haciendo especial hincapié en las contradicciones ya que a raíz de una contradicción es que surge este trabajo de investigación.
Siguiendo al gran autor Carlos Nino, pudimos observar que no siempre las indeterminaciones son problemáticas, por lo menos en el ámbito del derecho constitucional, ya que el lenguaje empleado al redactar la Carta Magna debe ser lo suficientemente vago como para que abarque la mayor cantidad de casos posibles.
El verdadero problema surge con las contradicciones, que se dan cuando 2 normas regulan una misma cuestión, pero cada una de ellas le otorga una solución diferente, como es el caso de la contradicción entre el artículo 99 inc. 4 párrafo 3° y el artículo 110.
Para cerrar el capítulo hemos explicado someramente los conceptos de coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico. El primero se refiere a que en un ordenamiento jurídico no existen contradicciones o antinomias, y en el caso de existir, el mismo ordenamiento ya les otorga una solución a los jueces que deban resolver entre aplicar una norma u otra.

[139] Bobbio, 203.

Por otro lado, la plenitud se trata de que en un ordenamiento jurídico no existen lagunas, es decir, las normas que integran el ordenamiento son capaces de cubrir todos y cada uno de las controversias que se presenten ante un juez.

Capítulo 8. Conclusión:

Por todo lo expuesto en el presente trabajo podemos llegar entonces a la verificación de la hipótesis planteada en el capítulo 1 “Metodología”.

8.1 Verificación de la hipótesis:

A los efectos de verificar la hipótesis planteada, teniendo presente las conclusiones parciales efectuadas en los capítulos anteriores, formulo las siguientes conclusiones generales:

1. El poder constituyente derivado es limitado por la propia Constitución a la cual pretende reformar, y por el temario que le indique el Congreso al sancionar la ley declarativa de reforma. Es por ello que la Convención Constituyente se extralimitó en sus funciones introduciendo el artículo 99 inc. 4 tercer párrafo que contradice a lo prescripto por el artículo 110.

2. Existe contradicción entre el artículo 110 y el 99 inc. 4 párrafo 3° de la Constitución Nacional, dado que el primero reconoce la garantía de inamovilidad de los jueces en tanto dure su buena conducta, mientras que el segundo limita dicha garantía una vez que los jueces lleguen a la edad de 75 años.

3. Las indeterminaciones generalmente tienen una solución, excepto cuando se trata de una contradicción entre 2 normas del mismo nivel jerárquico, dictadas simultáneamente y que ambas sean generales. No obstante, los artículos 110 y 99 inc. 4 tienen la misma prelación normativa y no son simultáneos, ya que el primero nace con la Constitución de 1853 mientras que el segundo se introdujo en la reforma de 1994.

4. Mediante el control de constitucionalidad los jueces pueden declarar inconstitucional a una reforma constitucional, empero en el caso Fayt la Corte no declaró la inconstitucionalidad del artículo 99 inc. 4 tercer párrafo, sino la nulidad del mismo, mientras que el caso Schiffrin el máximo tribunal dispuso que ambos artículos no son contradictorios, por lo tanto, reconoció el límite de edad impuesto a la función judicial.

Resulta claro que ante una misma cuestión la Corte resolvió de dos maneras diferentes, de modo tal que ante la inexistencia, en la doctrina del supremo tribunal federal, de un criterio único al respecto, es válido considerar que existe una contradicción entre los artículos 110 y 99 inc. 4 de la Constitución y que el pronunciamiento judicial que mayor resuelve es el emitido en el caso Fayt.

Bibliografía:

- Badeni Gregorio; “Tratado de derecho constitucional”, T° I, La Ley, Buenos Aires, 2006.

- Badeni Gregorio; “Tratado de derecho constitucional”, T° II, La Ley, Buenos Aires, 2006.

- Bidart Campos Germán J.; “Compendio de derecho constitucional”, primera reimpresión, Ediar, Buenos Aires, 2004.

- Bidart Campos Germán J.; “Manual de la constitución reformada”, T° I, quinta reimpresión, Ediar, Buenos Aires, 2005.

- Bidart Campos Germán J.; “Manual de la constitución reformada”, T° III, quinta reimpresión, Ediar, Buenos Aires, 2005.

- Bobbio Norberto, “Teoría general del derecho”, Temis, Bogotá, 2017.

- Carnota, González, Gusis, Lega, Losinno, Miceli, Morreale, Risso, Sabsay y Zaffaroni; “Lecciones fundamentales de derecho político”, Hammurabi, Buenos Aires, 2012.

- Díaz Couselo José M., “Los principios generales del derecho”, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971.

- Ekmekdjian Miguel Á., “Tratado de derecho constitucional”, T° I, Depalma, Buenos Aires, 2000.

- Fayt Carlos S.; “Derecho político”, T°I, Depalma, La Plata, 1998.

- Fayt Carlos S..; “derecho político”, T° II, Depalma, La Plata, 1998.

- Gelli María A.; “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”, La Ley, Buenos Aires, 2004.

- Hernández Antonio M.; “El caso ‘Fayt’”, Abedelo Perrot, Buenos Aires, 2012.

- Justo López Mario.; “Manual de derecho político”, segunda edición, reimpresión, Depalma, Buenos Aires, 2001.

- Linares Quintana Segundo V.; “Derecho constitucional e instituciones políticas”, T° I, segunda edición, Plus Ultra, Buenos Aires, 1976.

- Linares Quintana Segundo V.; “Derecho constitucional e instituciones políticas”, T° II, tercera edición, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981.

- Lonigro Félix V.; “Derecho constitucional”, 3° edición ampliada y actualizada, Cathedra jurídica, Buenos Aires, 2016.

- Moreno Guillermo R.; “Manual de historia constitucional Argentina (1942-2011), Edulp, La Plata, 2021.

- Nino Carlos S.; “Fundamentos de derecho constitucional”, 3° reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2005.

- Nino Carlos S.; “Introducción al análisis del derecho”, 12° reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2003.

- Quiroga Lavié Humberto; “Lecciones de derecho constitucional”, Depalma, Buenos Aires, 1995.

- Quiroga Lavié, Benedetti, Cenicacelaya; “Derecho constitucional argentino”, T° I, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009.

- Sagüés, Nestor P., “el control de convencionalidad. En particular sobre las constituciones nacionales”. En: La Ley, año LXXIII, Nro. 35, jueves 19 de febrero de 2009.

- Sagüés Néstor P; “Manual de derecho constitucional”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.

- Vilanova José, “Elementos de filosofía del derecho”, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1977.

- Ziulu Adolfo G; “Derecho constitucional”, Ediciones Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014.

- Ziulu Adolfo G.; “Derecho constitucional”, T° I: principios y derechos constitucionales, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997.

- Zuccherino Ricardo M., Moreno Rithner María J., “Tratado de derecho federal, estadual, estatuyente y municipal”, T°I, 2° edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

Jurisprudencia:

- C.S.J.N., Fallos “Fayt” 322:1616 (1999)
- C.S.J.N., Fallos “Schiffrin” 340:257 (2017)
- C.S.J.N., Fallos “Elortondo” 33:162 (1888)
- Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803)
- C.S.J.N., Fallos “Guerrero Juana A. Soria de v. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. SA” 256:556 (1963)
- C.S.J.N., Fallos “Polino Héctor v. Poder Ejecutivo” 317:335 (1994)
- C.S.J.N., “Siri”, Fallos 239:459 (1957)
- C.S.J.N., “Kot”, Fallos 241:291 (1958)
- C.I.D.H. -"Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile", del 26 de septiembre de 2006.
- C.S.J.N., Fallos “Daña Montaño” 201:245, (1945)
- C.S.J.N., Fallos “Iribarren”322:1253, (1999)

Legislación:

- Constitución Nacional Argentina:

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm

- Ley que declara la necesidad de reforma de 1994 N° 24.309:

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/693/norma.htm

- Ley de iniciativa popular N° 24.747:

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/41025/norma.htm

- Ley de consulta popular N° 25.432:

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/67518/texact.htm

- Ley que aprueba la Convención de Viena sobre los Tratados N° 19.865:

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217116/norma.htm

- Ley sobre jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales N° 48:

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/116296/texact.htm

- Ley sobre el procedimiento del hábeas corpus N° 23.098:

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/48612/norma.htm

- Ley sobre la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 26.183:

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123154/norma.htm

- Decreto/ley sobre la justicia nacional N° 1285/58:

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37915/texact.htm

- Código Procesal Penal:

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm#23

- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación:

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm#5

- Ley sobre el Consejo de la Magistratura N° 24.939:

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/48229/norma.htm

- Leyes que modifican a la sobre el Consejo de la Magistratura N° 26.080 y N° 26.855:

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/114258/norma.htm (26.080)

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/215215/norma.htm (26.855)