***CONSTITUCIONAL***

**UNIDAD N° 1**

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

***Art. 2.*** *El gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano*

***Art. 16****. 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.*

***Art. 17.*** *La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Art. 4ª. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal Argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.*

***Art. 18****. Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que lo autorice.*

***Art. 19****. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*

***Art. 22.*** *El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición.*

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

***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 ellas, 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.*

***Art.109****. En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.*

**El Estado. Concepto**

Es la Nación jurídica y políticamente organizada.

El Estado es una organización política que detenta la soberanía (que pertenece a la población) en función de agente.

Es el depositario de la soberanía popular, por tanto:

Es una entidad independiente frente a los otros estados del mundo.

No obedece a nadie

Tiene un poder que está autolimitado por el Derecho.

Puede extender su voluntad sobre todo el territorio nacional.

Tiene la facultad de ser obedecido por todos.

Es una forma de vida social históricamente diferenciada y es una estructura política que cuenta con elementos constitutivos.

El Estado moderno surge de la concentración de los instrumentos de mando militares, burocráticos y económicos, en una unidad de acción política en contra de la arbitrariedad.

**Constitución Nacional**:

Es la norma fundamental o regla de reconocimiento destinada a la organización de la convivencia social en la divergencia, requiriendo para ello que el país en el que se aplica esté dispuesto a aceptar determinados límites sustentados en valores principios y reglas. Por tal razón, es un instrumento para estructurar el ejercicio del poder, establecer sus límites y, de tal manera, garantir el ámbito de libertades y derechos fundamentales protegidos de la persona. Además, es posible afirmar que, para el cumplimiento de tales objetivos, la constitución nacional nace como un verdadero programa de gobierno que exige políticas públicas de naturaleza social, económica, cultural e institucional para su desarrollo.

-es la ley fundamental de un Estado, con rango superior al resto de las leyes, que define el régimen de los derechos y libertades de los ciudadanos y delimita los poderes e instituciones de la organización política.

Sin perjuicio de referirse concretamente al gobierno federal y los gobiernos de provincias en la parte orgánica, la Constitución en sus primeros seis artículos realiza enunciaciones dogmáticas que guardan relación con el elemento gobierno del Estado, describiendo la forma de Estado y dé gobierno (art. 1°), la confesionalidad del Estado o el sostenimiento de la religión mayoritaria por parte del gobierno (art. 2°), la sede de la capital federal (art. 3°), las rentas, porque como señalaba Alberdi, sin rentas no hay gobierno y sin gobierno no hay Estado ni Nación (art. 4°), el fundamento constitucional de los gobiernos de provincias (art. 5) y la posibilidad de intervenir en los mismo si graves circunstancias los ponen en peligro o así ellas mismas lo requieren (art. 6°).

**El constitucionalismo. Concepto y antecedentes**

Es el proceso histórico en virtud del cual se van incorporando a las leyes principales de los estados, disposiciones que protegen la libertad y la dignidad del hombre y limitan adecuadamente el ejercicio del poder público. Es la institucionalización del poder a través de una constitución escrita que establece las relaciones armónicas del poder y del pueblo. Es extenso, gradual e inconcluso.

 *Extenso:*  porque comprende toda la historia de la humanidad

 *Gradual:* porque sus logros se ven progresivamente

 *Inconcluso:* porque nunca se termina.

 El constitucionalismo de la primera etapa (siglos XVII a XIX) está al servicio del tercer estado (llamado, **también, estado llano o burguesía: comerciantes, industriales, pro**fesionales, clase media alta) que a partir del siglo XVII' triunfa sobre el primer estado (el rey y la aristocracia) y el segundo estado (el clero). Esa victoria se concreta en tres grandes revoluciones, que producen diversos documentos constitucionales de gran predi**camento posterior.**

Ubicamos dentro de los antecedentes el largo ciclo histórico que precedió al advenimiento de las primeras grandes constituciones de fines del siglo XVIII:

 La *Revolución inglesa*. Es el proceso histórico que durante el S.XVII acabó con el absolutismo en Inglaterra y reafirmó el principio de la soberanía parlamentaria. Aparece el *Agrement of the people (Pacto Popular)*, que fue elaborado en 1647 por el consejo de guerra de Cromwel. El pacto distinguía los principios fundamentales, de los no fundamentales. Los primeros eran los derechos del pueblo que no podían ser afectados por el parlamento. Los segundos, tienen que ver con los derechos y obligaciones del parlamento. Si bien no fue sancionado, sus principios influyeron en el Instrument of Goverment, que promulgó en 1653, y que al decir de algunos es la única constitución escrita que tiene Inglaterra, aparecen los derechos del pueblo y las obligaciones de los parlamentarios.

 La *Carta Magna*, que constituye uno de los antecedentes más importantes del constitucionalismo. Este documento se caracterizó por dar soluciones concretas y precisas a problemas determinados. Limita el poder del rey y enuncia

 El rey debe respetar los derechos de la comunidad fijados por el rey o la costumbre. No se establecerán impuestos que no sean discutidos por los representantes. Nadie puede ser condenado sin un juicio conforme a la ley.

La carta magna marca la iniciación de una nueva etapa en la dura lucha del individuo por la libertad y debemos reconocer en él a un venerable y glorioso antecesor del moderno constitucionalismo. Fue otorgado al clero y a los nobles en el año 1215 por el Rey Juan Sin Tierra.

REVOLUCIÓN ESTADOUNIDENSE. Tuvo lugar en 1776, y produjo primero varias constituciones estaduales o locales (como la de Virginia de 1776) y luego la federal de 1787.

c) REVOLUCI6N FRANCESA. Iniciada en 1789, estableció primero la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (27 de agosto de 1789) y después la Constitución de 1791.

**La Constitución Nacional. Antecedentes**

**Real Cédula de 1519 otorgada por Carlos I**. Política de los Dos Hemisferios. Establece que la vinculación política de América era con la persona del Rey de Castilla, no con España ni con Castilla. El Rey asumía la obligación de sostener y proteger esas tierras. Esto tiene importancia por ser un antecedente institucional que sirvió de base y argumento en las jornadas de mayo de 1810 para aquellos que favorecían la independencia y la separación de España, ya que su rey, Fernando VII, estaba prisionero, por lo tanto, el poder político debía volver al pueblo. Emanan de estas cédulas los conceptos de pacto y delegación del poder.

**Segundo Triunvirato**. Crea una comisión que intenta crear una Constitución, que debía ser tratada por la Asamblea de 1813, cosa que no sucedió. Estableció una república unitaria y confesional.

**"Constitución" de 1819**. Establecía lo mismo que la anterior y además una representación sectorial del Senado, que se debía integrar con:

1 obispo y 3 eclesiásticos, el Director saliente, 3 militares de alta jerarquía, representantes de las provincias.

**"Constitución" de 1826**: Crea la figura del Presidente. Unitaria y confesional, pero ya había aparecido la idea de que fuera federal, sobre todo en representantes de las provincias. No exige la misma composición del Senado que la de 1819, estableciendo sólo que deben ser 2 por cada provincia, uno de los cuales debe ser ajeno a ella.

Hay autores que consideran también como antecedentes de la Constitución a:

1. Reglamento del 22 de octubre de 1811.

2. Estatutos Provisionales de 1811 y 1815

3. Reglamento Provisorio de 1817

**Constitucionalismo Argentino**

Se diferencian dos tramos principales:

*1- Constitucionalismo del periodo Hispánico*

a- Instituciones peninsulares

- Organismos en España

- Máxima autoridad: el rey.

- Doctrina de Suarez y Vitoria: autoridad limitada.

- Doctrina de los últimos reyes (Habsburgo): despotismo ilustrado, poder absoluto.

- Organigrama respecto de América:

Consejos de indias

Casa de contratación

Junta de guerra

- Organismos en América:

- *Virrey*: máxima autoridad luego de la figura del adelantado. Seria hoy el poder ejecutivo.

- Bajo las órdenes del virrey, los gobernadores e intendentes.

- La audiencia (hoy poder judicial).

- La presidia el virrey

- La integraban alcaldes y jueces reales.

- Hubo tribunales especiales: consulado, juntas de haciendas, protomedicato, fuero universitario, santa inquisición, etc.

- En el ámbito provincial y municipal, los cabildos cumplían funciones administrativas, electorales y judiciales.

**Constitucionalismo del periodo patrio**

Se distinguen 3 subperiodos:

*1- Constitucionalismo precario y transitorio*

 1810-1831

 Características principales:

- Etapa de inestabilidad y disgregación.

- Se suceden distintos regímenes y autoridades

- Se confeccionan documentos de nivel constitucional

- Incompletos y transitorios

- Mas tarde perfeccionados, no tuvieron aplicación ni eficacia.

**La primera junta y sus reglamentos**

 Asume el 25 de mayo de 1810, de tipo colegiado.

 Atribuciones preferentemente ejecutivos

 Se regulo por dos documentos:

1- Reglamento de gobierno (dictado por el cabildo)

2- El reglamento del 28 de mayo (sancionado por la propia junta)

 Se considera los dos primeros instrumentos constitucionales argentinos.

**Proyecto o traducción de Mariano Moreno**

- Secretario de la junta, tradujo la constitución norteamericana.

- Le introdujo modificaciones

- Algunos autores ven esto como una especie de proyecto constitucional.

- Aceptada esta tesis, este trabajo sería el primer esbozo de iniciativa constitucional

**Junta grande o conservadora**

- El 18 de diciembre de 1810, interpretando el reglamento del 25 de mayo, se incorporan los diputados del interior.

- En 1811 al sumarse los mismos, pasa a llamarse de esa manera (conservadora de los derechos del rey) o junta grande o segunda junta.

**Reglamento sobre la libertad de imprenta**

- Importancia a favor del liberalismo como nuevo estilo político

- Libertad de escribir, imprimir y publicar

- Elimina los juzgados de imprenta y censura de ideas políticas

- Mantiene los escritos en materia religiosa

- Se nombre la junta suprema de censura (asegurar el precepto y contener su abuso).

- Este reglamento adopto la junta grande

**Creación del triunvirato**

 Se crea por decreto de la junta grande

 Era responsable ante ella y fue justificado por razones de celebridad y energía que precisaban ciertas cuestiones.

**Reglamento de la división de los poderes de 1811**

- Para algunos autores es la primera constitución del pueblo argentino

- Lo sanciono la junta grande a pedido del triunvirato

- Contenía 3 secciones:

1- *Poder legislativo*: lo detentaba la junta conservadora (ex junta grande) declaración de paz, de guerra, tregua, tratados internacionales, creación de tribunales, nombra miembros del PE.

2- *Poder ejecutivo*: el propio triunvirato como ente autónomo.

3- *Poder judicial*: se independizaba y su función era custodia de la libertad y seguridad de los súbditos.

**Disolución de la junta grande**

 Fue abolida por el triunvirato aliado con el cabildo

 Fue, quizás el primer golpe de estado argentino.

**Estatuto provisional de 1811**

- Llamado también provisional del gobierno superior de las provincias unidas del Rio de la Plata

- Sancionado por el primer triunvirato

- Los construía:

1- El estatuto provisional propiamente dicho

2- El decreto sobre libertad de imprenta

3- El decreto sobre seguridad individual

- Determinada varios órganos: el gobierno (triunvirato) la asamblea general y los tribunales.

**Decretos sobre libertad de imprenta y seguridad individual**

Sobre libertad de imprenta:

- Sigue los lineamientos del primero de los decretos dictados por el triunvirato.

Sobre sobre seguridad individual

- Enuncia derechos luego incorporados a la CN de 1853

- No ser penado sin juicio previo

- Sentencia legal

- Derecho al debido trato en las prisiones

- Derecho de permanecer o salir del territorio

- No ser arrestado sin prueba

- Prohibición de incomunicación luego de confesar, etc.

**La constitución de Cádiz**

 Jurada en 1812 no tuvo aplicación en Argentina

 Incluía a estos territorios, donde debía regir.

 Algunas de sus cláusulas se incluyen en la CN

 Gobierno tripartito.

 Derechos y garantías (cárceles para seguridad y no para castigo, prohibición de tormentos, de confiscación de bienes).

 Recorte a las atribuciones del rey, similares a las actuales del presidente (imponer penas, ejercer funciones judiciales, conocer en causas pendientes, restablecer juicios concluidos).

**Revolución del 8 de octubre de 1812. Segundo triunvirato**

 El cabildo disolvió el primer triunvirato, creando el segundo.

 Nombro a los miembros del segundo triunvirato (en contra de lo establecido en el estatuto provisional).

 El segundo triunvirato convoco a una asamblea general.

**Asamblea general constituyente de 1813**

- Obra institucional:

*1- Estatuto del poder ejecutivo delegado*

 Reiteraba un PE tripartito

 Competencia del PE: comandar las fuerzas armadas, nombrar embajadores, cónsules, jueces, presentar obispos a Roma, etc.

*2- Leyes constitucionales*

 Supresión de títulos nobiliarios

 Eliminación del mayorazgo

*3- Creación del directorio*

 En 1814 la asamblea transformo el poder ejecutivo tripartito en unipersonal

 Director supremo (atribuciones del anterior triunvirato).

 Consejo de estado (9 vocales que intervenían en guerra, la paz, comercio asuntos graves.

**Proyectos constitucionales**

Durante la gestión de la asamblea se suscitaron varias iniciativas de constitución:

*1- De la comisión oficial:*

- Unitario

- Poder ejecutivo colegiado

- Poder ejecutivo bicameral

- Poder judicial: corte suprema y tribunales superiores en cada provincia.

*2- De la sociedad patriótica:*

- Unitario

- Poder ejecutivo unipersonal elegido popularmente

- Poder legislativo: dos cámaras- senadores, diputados.

- Poder judicial: supremo poder de justicia, sala de apelaciones en las provincias.

- En las provincias el poder ejecutivo lo ejercía un representante nombrado por el presidente de la república.

*3-Anónimo*

-unitaria

-Repite división de poderes

-Se inspira en la CN de USA y en la de Venezuela.

4- federal

- Elaborado por el diputado Cardozo, uruguayo

- Seguía instrucciones artiguitas

- Normas confederativas

- Poder ejecutivo: presidente elegido por el sorteo entre candidatos de cada provincia.

- Poder legislativo: dos cámaras

- Poder judicial: regulado por cada provincia, con una corte de las provincias.

**Disolución de la asamblea del año 13**

 El cabildo reasume la autoridad soberana del pueblo por la sublevación de FONTEZUELAS

 1815

 Nuevo organigrama de poder:

 El Cabildo con facultades constituyentes

 El director provisional: poder ejecutivo hasta el Congreso constituyente

Junta de Observación: constituida por ciudadanos virtuosos. (junto con el Cabildo dicta un nuevo Estatuto provisional)

**Estatuto provisional de 1815**

- También llamado para dirección y administración de estado

- Para algunos autores es la primera constitución por las características internas y externas.

- Extenso

- Guarda relación con la constitución de Cádiz

- Contemplaba derechos, deberes, ciudadanía, poder tripartito, fuerzas armadas.

- De corte unitario, fue rechazado por varias provincias.

- Importancia: prevé la realización de un congreso constituyente en Tucumán.

**Congreso de Tucumán- declaración de la independencia**

- Comenzó sus sesiones en Tucumán

- Las finalizo en Buenos Aires

- No concurrieron Santa Fe, Entre Ríos ni Corrientes.

- Hizo 3 constituciones: 1816, 1817, 1819.

- Declaro la independencia.

**Estatuto provisional de 1816**

 Fue aprobada por el congreso constituyente pero observada por el director supremo Pueyrredón.

 Enuncia derechos personales

 Diseña estructura de poder singular: poder ejecutivo (un director) poder judicial similar al del estatuto de 1815 y un congreso con poderes constituyentes.

 Subsistía la junta de observación para velar por el cumplimiento del estatuto.

 Aparecía tímidamente un tinte de federalismo: los gobernadores eran nombrados por el director sobre lista elaborada por los cabildos.

**Traslado del congreso constituyente a Buenos Aires reglamento provisorio de 1817**

- Fue mandado a cumplir por decreto

- Similar al de 1815, elimina la junta de observaciones.

**Constitución de las provincias unidas de Sudamérica 1819**

- Es la primera que adopta formalmente esta denominación

- Régimen mixto con integrantes monárquicos en el PE, aristocráticos en el senado, democráticos en la cámara de diputados.

- Fuentes: constitución de Francia, Cádiz y USA.

- Poder principal: legislativo (dos cámaras)

- Conformación unitaria

- Técnicamente la más elaborada

- No fue jurada nunca en todo el territorio.

**Disolución del gobierno nacional**

 Luego de la batalla de Cepeda de 1820 triunfan los federales

 El congreso constituyente se disuelve

 El director Rondeau renuncia

 El Cabildo reasume el mando nombrando a un gobernador interino

 Se extingue el gobierno nacional, al quedar las provincias libradas a su mejor conveniencia

 No obstante la continúan integradas en pactos interprovinciales.

**Tratado de Pilar y de Benegas: congreso de Córdoba.**

 Tratado de pilar

- Para algunos autores es el primer pacto preexistente

- Suscripto por Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos.

- Reconoce una Nación

- Las provincias firmantes admiten una federación

- Invitan a las demás provincias a reunirse en San Lorenzo para organizar un gobierno central.

- 1820

 Tratado de Benegas

- noviembre de 1820

- Insta a un próximo congreso en Córdoba el cual solo tuvo reuniones preliminares

**Tratado del cuadrilátero, instalación del congreso general**

 1822

 Suscrito por Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes.

 Logro instalar un congreso general que funciono hasta 1827 desde 1824.

**Leyes fundamentales del congreso constituyente**

- Antes de la sanción de la constitución de 1826, dicto leyes importantes.

- Ley fundamental:

- 1825

- Ratifica la unión entre las provincias y declara constituyente el congreso

- Encomienda a la provincia de Buenos Aires que lleva adelante el poder ejecutivo y la facultad para celebrar tratados.

- Ley de presidencia:

- 1826

- Creo el poder ejecutivo nacional permanente con el título de presidente de las provincias unidas del Rio de la Plata.

- Designo a Bernardino Rivadavia para tal puesto.

- Ley de capitalización:

- 1826

- Dividió la provincia de Buenos Aires en dos partes;

- Una de ellas fue declarada Capital de la Republica.

**Constitución de la republica de 1826**

 Fue inspirada en la constitución del 19

 Sus cláusulas incidieron en la constitución del 53

 Respondía al liberalismo individualista de la época

 Régimen unitario con poder tripartito

 Contaba con derechos personales fuente en parte, de los actuales.

**Rechazo de la constitución de 1826**

 Varias provincias se opusieron a esta nueva constitución (Córdoba, Santa Fe, Entre Ríos, Mendoza, San Luis, Corrientes, San Juan).

 No tuvo vigencia

 Solo Uruguay se adhirió.

 Permanecieron neutrales Santiago del Estero y La Rioja.

 En 1827 el congreso y el gobierno nacional se auto disolvieron y extinguieron

 Se recomendó a la legislatura de la provincia de Buenos Aires la dirección de guerras y relaciones exteriores.

**Convención nacional de Santa Fe**

- 1828-29

- El pacto federativo que rechazaba la constitución de 1826, invitaba a la reunión de un nuevo congreso bajo la fórmula federal.

- Este nuevo congreso constituyente se reunió en Santa Fe tomando ciertas decisiones, pero no cumplió su misión constituyente

- Se declaró en receso en 1829

**2-Constitucionalismo inorgánico**

*Introducción*

Como respuesta a la liga del interior unitaria en 1834 se firma el pacto federal

- Suscripto por Santa Fe, Buenos Aires y Entre Ríos.

- Luego se adhirieron todas a este pacto

- Es reputado como el documento más significativo desde 1810 a 53 y base de la Confederación argentina, sistema político que impero por más de 20 años.

**Estructura institucional de la confederación argentina**

 Este pacto reconoce la existencia de un Estado Argentino organizado como república y formado por las provincias del país que conforman una federación

 Estructuro la comisión representativa de los gobiernos de las provincias litorales cuya misión era, la de convocar a un congreso constituyente.

 En 1832 se auto disolvió y le confirió el manejo de las relaciones exteriores al gobernador de la provincia de Buenos Aires.

 Desde 1832 la confederación contaba con un instrumento jurídico fundamental

 El pacto federal y las normas de delegación de la comisión representativa con un órgano de gobierno.

 El gobernador de Buenos Aires con amplias facultades que acrecentó no solo su propio poder sino el de la provincia misma.

**3-Constitucionalismo orgánico**

Es la etapa que comienza con la constitución de 1853

***El Preámbulo***

**Significación**

No forma parte de la normativa consagrada en la Constitución. Brinda una herramienta para la interpretación sistemática de las normas constitucionales.

Expresa los objetivos y valores fundamentales en el marco de los cuales se dicta la Constitución.

Es una declaración formal y solemne que motiva y otorga fundamentos a la CN*.*

**Análisis**

***Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina***: Alude a la representatividad por un acuerdo previo.

***reunidos en Congreso General Constituyente***: Denota que la nuestra es una Constitución auto impuesta.

***por voluntad y elección de las provincias que la componen***: En realidad los constituyentes fueron designados por los gobernadores de cada provincia.

***en cumplimiento de pactos preexistentes***:

Se referían al logro de una paz firme, de una verdadera amistad y unión permanentes entre las provincias contratantes, se comprometían a respetar recíprocamente su libertad, independencia, representación y sus derechos. Se obligaban a no declararse la guerra y a concurrir con sus recursos y sus tropas cada vez que una de ellas fuese atacada por otra provincia o poder extranjero, regulaban el comercio tanto marítimo, fluvial como terrestre.

En estos pactos se advierte una vocación de unión nacional a través de una organización federativa a alcanzarse por un congreso general de diputados elegidos libremente por el pueblo de cada provincia, lo que demuestra que este derecho público contractual, fue el fermento de la arquitectura constitucional federalista de 1853 y que impidió el centralismo y el unitarismo que proclamaban las constituciones de 1819 y 1826.

**-Pacto Federal de 1831**: Entre Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe. Con el objetivo de crear la Liga Federal. Se asume el compromiso de establecer una *Comisión Representativa* (un diputado por provincia) que tendrá entre sus atribuciones la de convocar a un *Congreso General Federativo*, cuyos objetivos eran:

Organizar el país bajo el régimen federal;

respetar la libertad de tránsito y de comercio interprovinciales.

**-Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos de 1852**: Firmado por 11 provincias (Bs. As., Corrientes, Catamarca, Entre Ríos, La Rioja, Mendoza, San Juan, San Luis, Santa Fe, Santiago del Estero y Tucumán). Su objetivo era reunir un Congreso en Santa Fe, con plena igualdad de representantes, para que se sancionara una Constitución bajo el sistema federal.

**-Otros pactos interprovinciales**: Tratados del Pilar (1820), de Venegas (1820), del Cuadrilátero (1822).

*C****on el objeto de****:*

***Constituir la unión nacional***: Organizar el Estado Nacional.

***Afianzar la justicia***: Supone afirmar el valor Justicia, es decir que la interpretación de la Constitución debe guiarse por ese valor, y la estructuración del Poder Judicial.

***Consolidar la paz interior***: Estructuración de fuerzas de seguridad nacionales, evitando a la vez el uso de la fuerza para dirimir conflictos interprovinciales.

***Proveer a la defensa común***: Para prevenir problemas limítrofes, garantizando la solidez de las fronteras.

***Promover el bienestar general***: Se refiere al bienestar de la comunidad y al Estado como motor del desarrollo.

***y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino***: Esta cláusula, quizás única en el mundo, amplia y generosa, tiene su explicación y base en la política inmigratoria que se trataba de llevar a cabo, siguiendo las ideas de Alberdi ("Gobernar es poblar"). Lo enunciado en este párrafo se refleja en los artículos 14 y 20 de la Constitución.

***invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia***: Es una invocación amplia, ecuménica. Expresa que por sobre el derecho positivo está el derecho natural; se dirige a todos aquellos que crean en Dios, sin importar su religión.

***ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Nación Argentina:*** involucra el acto mismo de ejercicio del poder político de sancionar una constitución.

**Tipologías de las constituciones**

|  |  |
| --- | --- |
| **Racional-normativo** | Pretenden modificar la realidad y adecuarla a un determinado esquema jurídico por el sólo hecho de la existencia de un conjunto de normas fundamentalmente escritas y ordenado racionalmente, disolviendo todo lo que es meramente fáctico, todo lo que ha sido creado por la tradición, por la autoridad o por la revelación. Todo se subsume en la Constitución, la super-ley. Considera que las normas son el principio ordenador del régimen constitucional. La CN como conjunto de normas reunidas en un cuerpo codificado. Una planificación racional. Profesa la creencia en la fuerza estructurada de la ley, como principio ordenador de la realidad.  |
| **Histórico-Tradicional:** | Cuando surgen de un proceso histórico, de una tradición que lleva a una sociedad a tener determinadas y particulares reglas, diferentes de las de otras sociedades con procesos históricos distintos. No se elabora ni se escribe racionalmente. Descarta la generalidad, para quedarse con lo particular, lo individual, lo concreto. Pone acento en la legitimidad de la constitución a través del tiempo.  |
| **Sociológicas:** | Responden a la circunstancia de que la Constitución sea considerada socialmente vigente en el presente. Una Constitución de este tipo estaría integrada por las normas políticas que en un momento determinado sean asumidas por la sociedad como obligatorias. Encara la vigencia sociológica en la constitución material presente.  |

**Clasificación**

|  |  |
| --- | --- |
| **Formales, codificadas o escritas:** | Conjunto de normas relacionadas entre sí que forman un cuerpo único sistematizado. Son aquellas a las que, para calificarlas de tales, se tiene en cuenta sólo su carácter normativo. Es decir, constituyen un instrumento, una ley, con jerarquía superior por ser originada en el ejercicio del poder constituyente, escrita y codificada |
| **Dispersas o no escritas:** | Conjunto de normas que, teniendo contenido constitucional, no están reunidas en un cuerpo único y, por lo tanto, se encuentran dispersas en el ordenamiento normativo. En general son parcialmente escritas y se diferencian de las codificadas en el método. Sus normas no están en un cuerpo único y carecen de sistematización. (la del Reino Unido que es parcialmente escrita y conformada por múltiples documentos) |
| **Mixtas:** | Se inicia como codificada, pero incorpora apéndices o constitucionaliza normas que alteran su fisonomía inicial; es el caso actual de la Argentina (Sagúes) |
| **Rígidas:** | El mecanismo de reforma es diferente del que se aplica para la sanción y derogación de leyes ordinarias. Tiende a considerar a la Ley Fundamental como modificables por modos ad hoc (Argentina, Brasil México).Algunas necesitan referéndum popular (Perú, Japón). |
| **Pétreas:** | Es aquella que se declara irreformable. Generalmente este concepto no es utilizado para toda la constitución, sino para ciertos contenidos de esta, que por su importancia resultan irreformables. como por ejemplo la Constitución de Bonn de 1949, pétrea en la imposibilidad de modificar el régimen republicano de gobierno.La irreformabilidad puede ser establecida por un lapso de tiempo; por ejemplo la Constitución Nacional de 1853 se declaró irreformable durante 10 años |
| **Flexibles:** | El órgano legislativo puede reformarla por los mismos medios que la legislación ordinaria (Israel, Nueva Zelanda). |
| **Eficaces e ineficaces:** | Las primeras o exactas, son tales si logran obediencia; las segundas o inexactas, en caso contrario.- |
| **Semi-flexibles:** | Se diferencian de las flexibles en que para reformar algunos contenidos se requieren modos ad hoc (la derogada de Sudáfrica, la de Canadá de 1982) |
| **Otorgadas o Autocráticas:** | Se originan en la decisión unilateral de un líder, que otorga determinados derechos, regímenes, etc.; como por ejemplo las Constitución provisional otorgada a Perú por San Martín en 1821, y la de Mónaco de 1.962, dictada por el príncipe soberano de ese Estado. |
| **Pactadas:** | Surgen de un acuerdo entre sectores enfrentados de una comunidad (Reino Unido). |
| **Formal:**  | Definida por la forma externa de la codificación normativa.  |
| **Material:**  | Es la vigente y real en la dimensión sociológica presente, como modo de estructura y ordenación de un régimen.  |
| **Auto impuestas o Democráticas:** | Los miembros de una comunidad ejercen el poder constituyente, dándose a si mismos una constitución. Esto ocurre con la mayoría de las constituciones vigentes. Esto se da generalmente a través de Congresos y Asambleas. |
| **Totalitarias:** | Subordina de modo absoluto el hombre al Estado.- |
| **Autoritarias:** | Significa una fuerte concentración de poder en el Estado, aunque en dosis menor a la anterior (el caso de España en el período de 1.939-1.978) |
| **Restringidas o moderadas:** | Reconoce un amplio espectro de derechos personales, sin perjuicio de su restricción en situaciones de emergencia, pero encuadrando esas limitaciones según pautas de razonabilidad |
| **Definitivas y de transición** | Las primeras son propias de países consolidados y las segundas de países en vías de formación o en una situación histórica coyuntural |

Nuestra constitución formal, es escrita, rígida y contiene ciertos contenidos pétreos. Como la democracia como forma de estado, el federalismo, la forma republicana de gobierno, la confesionalidad del estado.

De acuerdo a los tipos, podemos afirmar que la CN es de tipo racional normativo, ya que encontramos en ella la intención de planificar el futuro a través de normas. Sin embargo, también contiene caracteres del tipo historicista, porque tienen en cuenta elementos provenientes de nuestra tradición, cultura, ideología, etc.

**Partes de la Constitución (Sagúes, pág. 33)**

Habitualmente son tres:

*- Preámbulo.*  Aunque hay constituciones que no lo tienen como la de Holanda.

*- Cuerpo.* Dividido por lo común en dos piezas: la parte *Dogmática,* o de declaraciones, derechos y garantías, y la *orgánica*, o de estructuración del poder del Estado y

*- Apéndices*. Cláusulas complementarias, enmiendas, reglas interpretativas, transitorias, de sanción y promulgación, entrada en vigencia, etc. También se incluyen aquí tratados o instrumentos internacionales.

**Constitución Argentina**

Nuestra constitución nacional consta de un preámbulo y 129 artículos, divididos en dos grandes partes.

**Parte Dogmática**: A partir de la reforma de 1994 está dividida en dos secciones:

**Declaraciones, derechos y garantías**.

**Nuevos derechos y garantías**.

**Parte Orgánica**: Separada en dos títulos y organizada de la siguiente manera:

 \***Gobierno Federal**:

Poder Legislativo.

Poder Ejecutivo.

Poder Judicial.

Ministerio Público.

\***Gobiernos de provincia**. Incluye el otorgamiento de la autonomía a la Ciudad de Buenos Aires. (art. 129)

**Forma de Gobierno y forma de Estado (art. 1° C.N.)**:

Para la mejor comprensión de la disposición y su alcance, es necesario precisar que la “forma representativa republicana” determina la forma en que se ejercerá el gobierno, mientras que “forma federal” apunta a la distribución del poder en el ámbito territorial (Estado). -

**Forma de Gobierno**:

El modo en que ha sido terminológicamente individualizada la forma de gobierno, sin decirlo expresamente, consagra el sistema de democracia indirecta, según el cual el pueblo ejerce su soberanía a través de sus representantes. A su vez, el término “republicana” califica al sistema de democracia representativa al sujetar el accionar gubernamental a los principios que son propios de una república, a saber: división de poderes, publicidad de los actos de gobierno, responsabilidad de los funcionarios, libertad e igualdad, alternancia en el ejercicio de los cargos públicos. -

**Forma de Estado:**

La elección de la forma de estado federal significa haber optado por una distribución territorial del poder que se caracteriza por la coexistencia de más de un centro de creación de normas. Por ello, la organización del poder reconoce al gobierno central y a los gobiernos provinciales y establece una compleja trama de facultades propias y exclusivas del gobierno central, propias y exclusivas de los gobiernos locales y concurrentes. Se trata de un federalismo atenuado, el poder legislativo nacional tiene la facultad de dictar lo que se denomina la legislación de fondo, única y común en todo el territorio de la nación, y las provincias conservan para sí la facultad de dictar los códigos de procedimientos y aquella reglamentación ligada a cuestiones propias del ámbito local. La estructura federal diseñada en el texto constitucional argentino formula relaciones de subordinación al estado federal; de participación a través de la integración del Senado como órgano del Congreso Nacional; y de coordinación en las materias de competencia concurrente. -

**El Estado de Derecho**

Para algunos autores, todo *Estado* lo es de *Derecho,* puesto que se rige por normas jurídicas, cualquiera sea su procedencia o la autoridad de que dimanen; con tal que tenga la posibilidad de hacer cumplir sus determinaciones dentro del orden interno, aplicable lo mismo a un gobierno democrático y tiránico. Sin embargo, la mejor doctrina es absolutamente contraria por entender que el Derecho no puede estar representado por la voluntad de una persona o de una minoría que se impone a una mayoría; sólo es el Derecho la norma emanada de la soberanía popular en uso de su poder constituyente. De ahí, *Estado de derecho*¸ equivale a *Estado Constitucional.*

El *Estado de Derecho* es aquel en que los tres poderes del gobierno, interdependientes y coordinados, representan, conforme a la conocida frase de Lincoln, el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo.

Sánchez Viamonte: “los tres poderes o ramas del gobierno –pertenecientes a un tronco común- nacen del pueblo en forma más o menos directa. Los tres actúan, pues, en su nombre, bajo el imperio de las normas constitucionales. El gobierno es la colaboración y concurrencia de los tres, identificados a través de la norma jurídica; que fundamenta y caracteriza al *Estado de Derecho”.*

**El modelo constitucional y el pensamiento de Juan Bautista Alberdi (Dalla Vía pág. 26)**

Juan Bautista Alberdi en 1835 formó parte del *Salón Literario*, una entidad cultural interesada en los temas políticos y filosóficos. En 1838 colaboró en la creación de la *Asociación de la Joven Generación Argentina*, que proponía una alianza de jóvenes para trabajar por la patria, como propuesta intermedia entre unitarios y federales. Ese año, cuando debía recibir su título de abogado, se negó a prestar juramento a la causa federal como había establecido Rosas y se marchó a Montevideo. Después de la caída de Rosas, en 1852, publicó la primera edición de *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina,* el libro que sirvió de guía para la redacción de la Constitución. Una vez terminado remitió sendos ejemplares a varias personas representativas de la época. La publicación de las *Bases* tuvo el mayor éxito. El presidente Justo José de Urquiza dispuso en fecha 14 de junio de 1855 la edición de los trabajos de Alberdi con fondos oficiales. En 1880 Roca dispuso similar medida. Mitre escribió una serie de artículos críticos sobre la obra de Alberdi, a las que luego se le sumaron otros escritores. Así se ha dicho que el *Proyecto de Constitución* era una mala copia del proyecto escrito en 1832 para los cantones suizos, que era visible la influencia de una traducción de la Constitución estadounidense, de la chilena y de la francesa de 1791, concluyendo los críticos que la influencia de Alberdi en la Constitución de 1853 fue completamente secundaria.

A estos argumentos críticos, corresponde replicar con otros de mucha fuerza que realzan la importancia de la obra de Alberdi y su real influencia en la labor constituyente de 1853.

Alberdi, como Sarmiento, contempló el panorama nacional, estudió sus problemas, y con visión genial de estadista, preparó un plan general. El proyecto de Constitución es el medio de realización de las doctrinas expuestas en las *Bases*. Él no se preocupó de ser original; lo que interesaba en el momento era determinar cómo progresaría la patria. Consultó libros argentinos y extranjeros, revisó constituciones, y al conjunto, les imprimió su sello personal.

Más allá de las críticas que puedan formularse y pese a que los convencionales conocieron otras fuentes, surge clara la influencia de las *Bases* y del *Proyecto* de Juan Bautista Alberdi en los debates y en las actas de la Convención de 1853, ya que el Congreso General Constituyente siguió con muy pocas variantes el plan esbozado en el *Proyecto*. Muchos de los artículos conservan, inclusive, su redacción original. Tampoco puede afirmarse seriamente que la Convención de Buenos Aires de 1860 haya alterado sustancialmente su estructura.

La polémica planteada no atenúa el prestigio de Alberdi, cuyo talento ha sido reconocido por todos, incluyendo a Sarmiento y a Mitre, sus más ardientes adversarios han admitido que el publicista orientó el célebre Congreso de Santa Fe, desde las *Bases* y su *Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas*, así como desde *El sistema Económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, que significó la primera obra de interpretación de la Constitución histórica.

Reivindicaba a los gauchos y a los caudillos, considerándolos los verdaderos representantes de la campaña, único punto de partida para construir el país. En su libro *El crimen de la guerra* (1870) expresó sus ideas pacifistas y propuso la creación de una liga de naciones que pudiera arbitrar en caso de conflictos.

**Teoría constitucional: supremacía y control**

**Supremacía constitucional: Art. 31 Constitución Nacional**

La supremacía de la CN es definida como la doctrina según la cual, sus normas prevalecen sobre todas las demás normas.

Ninguna de las leyes o normas legales que se dicten para regular aspectos concretos de la vida nacional puede estar en oposición a las normas constitucionales, so pena de nulidad, derivada precisamente de su inconstitucionalidad porque, de otro modo, la Constitución resultaría letra muerta y violado el principio de supremacía.

La jerarquización es útil para solucionar las posibles contradicciones entre las leyes, especialmente en un sistema federal, que se basa en la descentralización con base territorial, existiendo diversos niveles (Gobierno Federal, provincias, municipios).

El principio de supremacía constitucional está sostenido explícitamente en el art. 31

El pacto aludido es el de San José de Flores, firmado entre la Confederación y Buenos Aires, cuyo objetivo era incorporar Buenos Aires a la Confederación.

El primer interrogante que se plantea es el orden jerárquico de las diversas normas que menciona el art. 31. Cuando se analiza el caso de la constitución con relación a las demás leyes, la solución parece clara. Si las leyes deben ser dictadas en su consecuencia por el Congreso, es lógico concluir que ellas tienen que guardar armonía con la constitución; por lo tanto, primero está la constitución y luego las leyes. Estas deben cumplir con el principio de legalidad, que implica una evidente subordinación a la ley fundamental. Mas difícil es en cambio determinar el lugar que ocupan los tratados internacionales y su relación con la constitución.

Lo expresado por este artículo también se refleja en los artículos 5 y 123, dejándose constancia en el art. 6 de las medidas a que puede recurrir el Gobierno Federal si la jerarquía establecida no es respetada (intervención)

La reforma constitucional de 1994 ha conferido la misma jerarquía de la constitución a algunos instrumentos internacionales de derechos humanos (declaraciones. y tratados o pactos) en el art. 75 inc. 22, y a los que no quedan dotados de jerarquía constitucional los ha definido como superiores a las leyes. Con tal supralegalidad queda investido el derecho de la integración y el derecho comunitario derivado. Conviene añadir que ninguna norma de tales instrumentos es inaplicable o queda descartada por algún artículo de la primera parte de la constitución; sencillamente, unas normas y otras *se suman,* sin que, entre sí, alguna sufra derogación o inaplicación por causa de otra; Los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional no f*orman parte del texto de la constitución;* pero se sitúan *a su mismo nivel,* y en común con la constitución *encabezan* el vértice del ordenamiento jurídico argentino; esto significa que, también en paridad con la constitución, forman parte de lo que cabe denominar el ***"bloque de constitucionalidad* federal".**

**Supremacía y control**

Es definida como la doctrina sobre la cual las normas de la CN prevalecen sobre todas las normas.

El control de constitucionalidad es un procedimiento mediante el cual se le da efectividad a la supremacía de la constitución, cuando esta es infringida por normas o actos provenientes del estado o de los particulares.

En esta materia la constitución de los EEUU. y la práctica jurisprudencial a partir de dicho texto, han sido los antecedentes del sistema argentino. Por ello, el control de constitucionalidad ejercido por el poder judicial de la nación, y, dentro de éste, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su carácter de cabeza del mismo, es la última intérprete de la norma fundamental. La última, pero no la única. El mandato constituyente debería ser vinculante para todos los poderes constituidos y cada uno de ellos en el marco de sus facultades tiene el deber de ajustar el ejercicio de su accionar a los principios, reglas y valores que conforman el plexo jurídico de base. Para ello, el grado de respeto por el orden jurídico en general, y por la función que cumple en una sociedad la norma base, constituyen variables de naturaleza cultural que determinarán el mayor o menor acatamiento.

El control de constitucionalidad en la Argentina es jurisdiccional y difuso. **Jurisdiccional** porque está en manos de los tribunales de justicia. **Difuso**, porque todos los jueces están facultados, y tienen el deber de ejercer el control. La declaración de inconstitucionalidad de normas o actos es un supuesto de extrema gravedad en el sistema, ya que su consecuencia es la descalificación normativa en el caso concreto. A su vez, significa el conflicto entre las funciones de los poderes netamente políticos, generadores de las normas o actos cuestionados, y aquellas propias del poder judicial. Sin embargo, el sentido último de tal control es la vigencia plena de la Constitución Nacional mediante la facultad de revisión de las decisiones políticas que impactan en el ejercicio de los derechos fundamentales. Por lo tanto, la primera regla constitucional es que los tres poderes constituidos están sometidos a la norma fundamental y, por las particularidades de las funciones asignadas a cada uno de los tres poderes clásicos, el poder judicial, al aplicar las normas al caso concreto, es el directamente obligado a resguardar la supremacía constitucional. El Sistema argentino, conforme la constitución vigente, está estructurado en esos términos. Nada impide que tales relaciones de poder sean modificadas mediante una reforma constitucional, pero el respeto al orden jurídico constitucional imperante obliga a que, mientras ello no ocurra, cada poder ejerza las facultades que justifican su recepción en el plexo jurídico de base. Esta establecida una gradación jerárquica, en la que la constitución ocupa el primer lugar.

**La fuerza normativa de la constitución**

La Constitución formal o escrita es jurídica, es normativa, contiene normas jurídicas. Por eso cabe decir que es “Derecho”: el Derecho de la Constitución.

De esta juricidad que se predica de todo el texto constitucional incluido su preámbulo y sus disposiciones transitorias se desprende la llamada fuerza normativa. La Constitución posee en sí misma **fuerza o vigor normativos**, lo que significa que es **exigible, obligatoria, aplicable y vinculante**. Y lo es para todos, para los gobernantes y para los particulares.

La fuerza normativa del derecho de la Constitución no quiere decir que sus normas consigan por sí solas y automáticamente el cumplimiento debido. Las normas por sí mismas no disponen de tal capacidad para lograr que las conductas se ajusten a la descripción que de ellas hacen las normas, pero su fuerza normativa obliga a que se adopten todos los condicionamientos necesarios de toda clase para alcanzar ese resultado.

En suma, la fuerza normativa está en las normas del derecho de la Constitución, pero se dirige a realizarse en la dimensión sociológica de las conductas. Es decir, apunta a alcanzar la efectividad de las normas escritas en la vigencia sociológica.

**UNIDAD II**

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

***Art.3****. Las autoridades que ejercen el Gobierno federal, residen en la ciudad que se declare capital de la República por una ley especial del Congreso, previa cesión hecha por una o más legislaturas provinciales, del territorio que haya de federalizarse*

***Art.7.*** *Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás; y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos, y los efectos legales que producirán.*

***Art. 16.*** *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.*

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

***Art.76****. Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.*

*La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.*

***Art.109****. En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.*

**LA ESTRUCTURA DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONSTITUCION NACIONAL**Son una serie de principios que están estrechamente vinculados entre sí para el buen funcionamiento del sistema constitucional, es decir, la reunión, el cumplimiento de todos esos principios es un presupuesto para que podamos hablar de la vigencia de la constitución. Esos principios se han enumerado:

**Limitación**

la idea y origen y cual finalidad e incluso las dos partes de la constitución en la relación en la que se encuentran los derechos y las garantías que son fines que acompañan a la persona que a su vez son un fin en sí mismo, para poder desplegar y desenvolver su eminente dignidad y la estructura del poder a través de limitaciones que es un medio es decir, una herramienta, un instrumento para que no exista un poder ilimitado que ahogue o sofoque a el ejercicio de los derechos de la persona por personas, entendemos los grupos sociales, las personas jurídicas y todo aquello que como de existencia visible ofrece la sociedad dinámicamente considerada . No puede haber una ilimitación del poder como tampoco puede haber un ejercicio ilimitado de los derechos, todo tiene su limitación, el principio que gobierna esa limitación es la “regla de razonabilidad” que se traduce en una cierta proporcionalidad entre el medio elegido y el fin perseguido, y esto es justipreciado por el gobernante, lo fija la ley, lo controla el juez y pude ser declarado inconstitucional por no haber guardado esa proporcionalidad debida, es decir, todo apunta a preservar una esfera de la libertad, y solo acotarlo en la medida que sea necesario para la coexistencia, para la solidaridad, para las funciones sociales y el bien común que debe animar a toda sociedad orgánicamente establecida.

**La funcionalidad**:

La necesidad de que el sistema tenga una dinámica en virtud de la cual no haya una atrofia de unos órganos sobre otros órganos o que algún órgano deje de funcionar y no acompañe al normal funcionamiento de los demás. Esto, algo sabido y consabido y muchas veces lo demuestran las encuestas cuando el punto de vista de la visualización por los ciudadanos o por los habitantes están en el ranking mucho mejor ubicados algunos óranos de poder que otros órganos de poder, o a veces órganos para estatales o ajenos al poder público con respecto a los órganos de poder propiamente estatales.
Hay una expresión utilizado por el constitucionalismo de hace más de 100 años ,las mutaciones constitucionales que han sido utilizadas con distintos alcances ,los autores que iniciaron esto: Ihering (alemán), Bidart Campos, “la palabra apunta a una especie de constitución no escrita, una especie de constitución material que no está verbalizada o no transcripta en los textos pero que opera en el orden de la conducta y de los comportamientos, no sólo a nivel de la sociedad sino también de la forma que se desenvuelven los poderes del estado, a veces hay predominio de una sobre otra, a veces hay equilibrio y así sucesivamente. Pero la funcionalidad para el común de la gente se traduce en “que funcione” en que sea “edificante”, en que produzcan resultados, en qué lugar lo pueden hacer y que lo que no deben hacer no lo hagan. Por eso en algunos países existen remedios procesales que se llaman “mandamientos” (mandamus) que hay para obligar a un organismo a que cumpla un deber que no está cumpliendo, “haga algo que debe hacer o para que se abstenga de hacer algo que está prohibido efectuar pero que sin embargo lo está consumando”.

**Cooperación:**

los órganos tienen separación entre sí pero no son estados separados dentro del estado. Por eso no puede hablarse del gobierno de los jueces, como despectivamente se hablo en una época, por parte de un autor francés refiriéndose a lo que en EEUU se conoció “el carnaval de la inconstitucionalidad” donde los jueces querían sustituir a los legisladores y a los gobernantes fijando todas las normas y detalles en materias de política económica, social, laboral, etc. ¡no!
Cada uno está dentro de su incumbencia y esa idea de la cooperación supone naturalmente que un organismo tiene que ceñirse a sus incumbencias y tiene que colaborar para que el otro pueda llevar adelante sus incumbencias con eficiencia y siempre y cuando no se estén lesionando derechos y el control tenga que anular alguna medida exorbitante. Por eso no parece razonable cuando, a veces, un órgano quiere lisa y llanamente reemplazar la función del otro; por ejemplo en nuestro país en cierto momento, cuando se discutía el tema de divorcio o no divorcio, y el tema tenía que decidirlo el legislador, porque es un tema de derecho de familia y las leyes de familia estas forman parte de la legislación civil- eso está en el Cód. civil y leyes complementarias- hubo jueces e incluso la corte suprema – en un fallo llamado Sejiam- declaró la inconstitucionalidad del matrimonio indisoluble, y esto dejo muy preocupado no solo a los divorcistas sino también a los no divorcistas porque en definitiva el juez quiso sustituir al legislador, la organización de la familia el determinar cómo se compone, o de qué manera se recompone es materia legislativa en donde el legislador tiene que motivarse en las creencias predominantes, en los valores que hay que darle preeminencia, etc., pero el criterio lo fija la ley y no puede ser sustituido o reemplazado por la decisión judicial. (Pongo ese ejemplo muy polémico en su momento porque obviamente fue el fallo superado por el legislador, cuando el legislador modificó las normas vinculadas con el matrimonio, pero el que había estado mal era el poder judicial al querer reemplazar, lisa y llanamente al legislador.
**No bloqueo:**

apunta a evitar las llamadas situaciones, en las que un poder se interpone para que no funcionen otros poderes o para que no puedan cumplir sus funciones propiamente dichas, esto se llama obstruccionismo y es una forma de afectar lo que hoy se llama gobernabilidad, es decir, que hoy una situación puede ser susceptible de ser gobernada, dirigida por los poderes que tienen las competencias respectivas
El filibusterismo, por ejemplo, es una expresión utilizada en algunos países aludiendo a esa práctica negativa de los corsarios piratas y otras especies negativas, no solo en el mar sino también en tierra se podían realizar actos filibusteros, como desconocer la autoridad, quitarle al estado el monopolio de la fuerza, remplazar al estado por el justiciero que se hace justicia por la mano propia, hacer justicia sacándoles a unos y dándole a otros sin que medie ni la ley, ni el juicio, ni la sentencia, ni estén comprobadas las razones por la cual haya que hacerlo, es decir un Estado de desorganización en virtud de que alguien está bloqueando a quien tendría o debería actuar porque le corresponde en esa materia.

Situaciones de este caso existen muchos, es imposible enumerarlas a todas, lo que es importante que quede claro es que todo órgano, todo poder, tiene incumbencia, pero esas incumbencias no llegan a ser extensibles o dilatables a un punto tal a que bloqueen a las incumbencias y a las competencias de otros órganos del estado. Por eso en algunos países se habla de los distintos departamentos del gobierno federal. La palabra departamento está significando que está en un edificio común, por eso en vez de hablar de independencia total de poderes es preferible hablar de separación de los poderes, están separados cada uno en su órbita, cada uno en su competencia, pero no son soberanos en el sentido de que puedan hacer lo que se les antoje o estar desconectados del resto de los poderes. Además, se controlan entre ellos y por lo tanto hay muchas veces que puede haber competencias, que pueden estar compartidos o compuestas, que requiere la reunión de dos voluntades, por ejemplo; cuando el ejecutivo necesita el acuerdo del senado para el nombramiento que la constitución así prescribe que debe hacerse y otros casos.

**Supremacía**

Muchas reglas de derecho constitucional, tienen supremacía, es decir, superioridad. El derecho opuesto a la constitución es derecho inválido.

Este principio se contempla con la tesis de rigidez de la constitución, no puede reformarse si no es por medio de procedimientos especiales, más difíciles que los del cambio de una norma común.

La doctrina kelseniana ha advertido que existe una norma de habilitación, la decisión de una corte suprema, al ser irrecurrible, es siempre formalmente constitucional, aunque materialmente vaya contra la constitución.

El rango superior de la constitución por sobre el resto de las leyes y normas implica, además de que el resto de estas normas no podrán contradecir a la ley fundamental, que los poderes públicos están habilitados a actuar en virtud de la constitución que opera como limite a sus atribuciones, ya que solo podrá calificarse de legitima aquella actuación de cualquier poder que respete o no transgreda los preceptos constitucionales. Si cualquier poder se excediera en sus facultades tal actuación podrá declararse inconstitucional a través de la jurisdicción constitucional, remedio propio para corregir tal disfuncionalidad.

**Estabilidad:**

La estabilidad significa el cumplimiento de los plazos o de los términos para lo cual están elegidos los gobernantes y funcionarios Hay gobiernos que tienen una duración determinada otros, indeterminada. Pero es hasta que dure su buena conducta y puedan ser removidos por las causales que la constitución y la ley prevén, caso de los magistrados judiciales. Hay gobernantes que pueden ser reelegidos indefinidamente, como los legisladores. Otros que solo pueden ser reelegidos temporariamente como el Poder Ejecutivo y luego viene el período de no reelección. (En otra época bajo la vieja constitución, la reelección presidencial inmediata salvo que mediara un periodo intermedio y en los otros países van acomodando el tema según lo establecen los poderes constituyentes respectivos, otro tanto ocurre en las provincias donde no todas tienen el mismo sistema o la misma duración o el mismo régimen de estabilidad). Pero la estabilidad en si es un valor, es algo fundamental porque la interrupción en forma anómala, al margen de las reglas del juego, es tan grave como cuando no tenemos certeza respecto de la estabilidad de las normas jurídicas que rigen los actos de los particulares. El tema de la estabilidad es omnicomprensivo, tanto para los gobernantes como también para el respecto de los derechos adquiridos por parte de los gobernados. Por eso ustedes leerán, escucharan y verán que en las demandas que se dirigen, desde el punto de vista de la insatisfacción acerca inseguridad jurídica y la necesidad de apuntalar un grado mayor de mejor calidad de seguridad jurídica, esta estabilidad de los marcos que nos rige, ya sea en las contrataciones, ya sea en la previsión de la inversión que se quiera hacer, ya sea en la valides de los actos jurídicos hay algo que hace en definitiva, a lo que también llamamos “regla de previsibilidad o de predictibilidad”, en virtud de la cual muchas personas o el pueblo en general adecuan o conforman su comportamiento a la previsión de cual será las consecuencias de su actitudes, antes de realizar una operación, antes de concretar un acto, antes de ejecutar o no ejecutar determinada situación tienen que conocer cuáles son las consecuencias jurídicas desde el punto de vista penal, civil, laboral, etc., porque de lo contrario el temor, la incertidumbre, la falta de certeza provoca una inmovilidad y en muchas sociedades que han entrado en crisis por la inmovilidad a causa de la inseguridad jurídica y esto como consecuencia de la inestabilidad de gobernantes y de reglas también atinentes a los gobernados.

**Principio de “equilibrio” en el funcionamiento del estado de derecho: la necesaria correlación entre el crecimiento del poder y el vigorizamiento del control.**

En un estado de derecho no queda lugar para el accionar libre y ni siquiera los funcionarios más encumbrados de un gobierno pueden actuar de Legibus solutus. El gobierno se regirá por la ley y estar sujeto a ella, incluyendo la creación de derecho que está en sí mismo legalmente regulado.

Para que el derecho sea realidad, necesita contar con el elemento de seguridad que le permita aplicarlo, el dará nacimiento a la norma que se impone coactivamente, esta no se puede detener ante la voluntad del sujeto, sino que obliga a respetarla. Cuando no contamos con la seguridad para obtener el cumplimiento de una obligación normativa, atentamos contra la estabilidad. Porque “no hay derecho donde no hay orden cierto y seguridad. Pero no basta con crear un orden cierto y seguro, este debe ser justo. Tampoco puede haber justicia donde no hay seguridad. Por lo tanto, cabe que haya un derecho que no sea justo. Pero no cabe que en la sociedad haya justicia sin seguridad.
Se resume en una regla que nosotros hemos llamado “ la regla de oro” de todo sistema de democracia constitucional: “a todo acrecentamiento de poder debe corresponder un vigorizamiento de los controles, un fortalecimiento de las garantías y una acentuación o asentamiento de las responsabilidades, es decir a mas poder mas control mejores garantías superiores responsabilidades”. Es una ecuación que no puede seccionarse, requiere: ser mirada, ser adoptada y practicada en su conjunto, esta regla del equilibrio cuando se desvirtúa, cuando se rompe, cuando se desnaturaliza, provoca lo contrario, es decir un desequilibrio, es cuando hablamos o decimos que las cosas se salen de quicio se produce un desquicio, aquí pasa lo mismo, cuando se rompe el equilibrio se entra en el caos. La propia corte ha dicho hace muchísimos años en términos más genéricos cuando hablaba: fuera de la constitución solo podía esperarse la anarquía o la tiranía, es decir situaciones extremas de descomposición social o política.

Luego la corte incorporó el lenguaje de la seguridad jurídica y ya en muchas circunstancias ha dicho: que la predictibilidad de los comportamientos, en cuanto a las consecuencias que traen aparejadas es algo fundamental para la existencia de un estado de derecho, por eso podemos decir sin exagerar que la seguridad jurídica es algo más que un ingrediente de estado de derecho es un presupuesto, es un cimiento; no sería apropiado hablar de que se tiene un estado de derecho o se goza de un estado de derecho, o se vive de un estado de derecho, sino esta la seguridad jurídica firmemente anclada, firmemente establecida y efectivizada por órganos independientes de control que permita poner las cosas nuevamente en su quicio si alguien se llegara a exorbitar.

**La eficacia de los mecanismos de responsabilidad**

Entre las notas esenciales de la república se destaca la publicidad de los actos de gobierno, requisito del estado de derecho, que hace a la esencia del control.

La problemática del control de los actos estatales en las democracias, donde el flagelo de la corrupción protagoniza el gran desafío ético de erradicarlo.

Para combatir a la corrupción se requiere de un proceso sistemático. Ejemplo crear mecanismos para fomentar la participación del ciudadano en el control de la corrupción. También es necesario difundir el conocimiento de técnicas de control de la administración pública y perfeccionar el ordenamiento jurídico represivo.

Debe estimularse la presentación de reclamos contra actos practicaos por funcionarios públicos, pero sin caer en la caza de brujas. Es indispensable que las instituciones superiores de control o fiscalización disfruten de completa independencia, tenga alto rigor técnico en su desenvolvimiento y no estén subordinadas a ningún poder estatal, a fin de evitar que su actuación se vea comprometida por injerencias políticas.

Es indispensable que el órgano fiscalizador además de un control a posteriori tenga un control concurrente y una fiscalización previa. Es necesario que la entidad fiscalizadora posea herramientas que le garanticen el ejercicio de sus privilegios y tengan aun la posibilidad de aplicar sanciones a los responsables por actos de corrupción.

El control debe ser independiente, real y efectivo solo así la mayor complejidad de un Estado de derecho podrá ser compensada con controles agiles, dinámicos, adaptados a las circunstancias que hagan posible que el estado de derecho sea también un estado de justicia.

**UNIDAD III**

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

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

***Art. 14****. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticiona a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.*

***Art.14 bis****. El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial*

*Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.*

*El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.*

***Art. 15.*** *En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que de lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República.*

***Art. 16****. 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.*

***Art. 17****. La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sin o en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Art. 4ª. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal Argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.*

***Art. 18****. Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisione especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que lo autorice.*

***Art. 22****. el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición.*

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

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

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

***Art. 99:*** *….*

***Art.109****. En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.*

EL CONTITUCIONALISMO (SINTESIS)

El Constitucionalismo, que nace en el siglo XVIII en Europa Occidental y Norteamérica (aunque sus antecedentes van mucho más atrás en el tiempo) tenía como postulados, entre otros, la libertad del hombre; la igualdad ante la ley (ya no se reconocen ya prerrogativas de sangre ni de nobleza, y no se le conceden privilegios a ciertas personas por el mero hecho de quiénes fueron sus padres); la limitación del Poder; la separación de Poderes; el sistema representativo (los gobernantes debían ser elegidos por el pueblo, no debían gobernar reyes como gobernantes absolutos, cuyo único mérito era ser hijos de otros reyes); la supremacía constitucional (los actos del poder debían estar subordinados a lo que establece la constitución, que está por encima de las disposiciones de los titulares del Poder, cuyas disposiciones deben ajustarse a la Norma Fundamental); el principio de legalidad (la conducta del hombre solo puede ser limitada por una ley previa que establezca una previsión especifica; todo lo que no está expresamente prohibido está permitido).

El Constitucionalismo, que se plasmó en constituciones como la norteamericana de 1787 o la francesa de 1791, y las que lo siguieron en otros países a lo largo del siglo XIX, implicó cambios más o menos profundos en la forma de organización de las sociedades en las que se aplicó (tanto más profundos cuanto más absolutistas, jerarquizadas y con menor participación de la población en las decisiones gubernamentales eran las sociedades en las que se aplicó).

Desde el punto de vista económico, este período (desde cerca de 1780 hasta cerca de 1900), de lo que se conoce como “Constitucionalismo Clásico”, coincidió con un modelo económico de corte individualista-liberal, basado en la inviolabilidad de la propiedad humana y en el respeto a la libertad individual. Bajo el Constitucionalismo, se consagraron derechos tales como la libertad de industria, la libertad para la adquisición y disposición de bienes, la inviolabilidad del domicilio, la libertad para trabajar y ejercer toda industria lícita, el derecho a enseñar y aprender, entre muchos otros.

Dado que el Constitucionalismo nace como reacción ante el absolutismo monárquico, en el cual las decisiones estaban concentradas en monarcas que se pensaba que gobernaban por Derecho Divino, y cuyas decisiones no podían ser cuestionadas, el primer constitucionalismo buscó limitar el poder, y, consecuentemente, el Estado. Los constitucionalistas no deseaban un Estado sumamente poderoso, sino uno que fuera limitado y dejara a los individuos lo más tranquilos posible, de modo que cada persona pudiera ocuparse de sus asuntos en libertad. La idea era que el Estado se ocupase fundamentalmente de la seguridad interior y de la defensa exterior, así como también de garantizar un servicio de justicia que les permitiera a los particulares zanjar pacíficamente los conflictos que pudieran surgir entre ellos.

Ahora bien, este modelo, que se aplicó en países de Europa y en Estados Unidos durante la primera mitad del siglo XIX (y más allá en el tiempo), coincidió con la revolución industrial. Liberadas de las restricciones que las afectaban, y garantizados los derechos de propiedad, surgieron nuevos inventos como el ferrocarril, el telégrafo, el barco de vapor y las fábricas que producían mecánicamente, sin depender sólo de la fuerza humana o animal. Se crearon numerosas fábricas, la producción se expandió enormemente, y la población campesina de los países de Europa occidental se desplazó a las ciudades a trabajar en las nuevas fábricas industriales.

CRISIS DEL CONTITUCIONALISMO

Con el tiempo se vio que, al mismo tiempo que crecía la prosperidad material, crecía también la desigualdad. Las condiciones de vida de los trabajadores que llegaban a las ciudades eran muy inferiores a la de los dueños de las fábricas (los dueños del capital, o “capitalistas”), cuya riqueza aumentaba día a día. Había trabajo, pero los salarios eran bajos, las viviendas muy poco dignas, y si un trabajador tenía un accidente, el patrón podía despedirlo sin ninguna indemnización. No había derecho a las vacaciones pagas, y se trabajaba de lunes a domingo. Se pensaba que los contratos laborales eran como cualquier contrato, y que las partes (empleador y empleado) eran libres como para acordar lo que quisieran, por más que una parte fuera mucho más poderosa que la otra. El estado no intervenía, porque se creía que debía limitarse a brindar justicia y seguridad, no salud ni vivienda, por ejemplo. Esos eran temas de los que cada persona tenía que ocuparse por sí misma.

Esta situación generó descontento entre sectores de las clases trabajadoras europeas, que se organizaron en sindicatos y apoyaron nuevos partidos políticos. La teoría abstencionista respecto de cuál debía ser el rol del Estado (“laissez faire, laissez passer”, “dejar hacer, dejar pasar”) no satisfizo las exigencias de la época contemporánea. El juego de las libertades y la supuesta armonía que se esperaba encumbraron al fuerte sobre el débil. Sectores de población quedaron estancados en un nivel de vida indigno de seres humanos. Al plantearse la cuestión social, se vio que había cuestiones en las que, atento a principios de justicia, el Estado no podían ser indiferente. Se llegó a pensar que el fin del Estado no podía ser solamente tutelar las libertades, interviniendo lo menos posible; había algo positivo por hacer.

 Cómo reacción a estas nuevas demandas, tras un periodo de tensión que abarcó la segunda mitad del siglo XIX y los primeros años del siglo XX, surgió el Constitucionalismo social, que amplió los derechos que se suponía que las constituciones debían garantizar. Además de los derechos tradicionales, que implicaban que el Estado no se inmiscuyera en la vida de los individuos (dejándoles expresarse libremente, hacer lo que quisieran en su domicilio, escribir lo que quisieran en su correspondencia, etc.) surgieron nuevos derechos, que implicaban una acción POSITIVA del Estado para garantizarlos: derecho a la salud, a la educación, a la vivienda digna, derechos laborales, etc. Este proceso, que se plasmó en constituciones como la mejicana de 1917 o la de Weimar de 1919, se acentuó a lo largo del siglo XX. Al momento de inflexión entre el constitucionalismo “clásico” y el constitucionalismo social” se lo conoce como “crisis del constitucionalismo clásico”.

Decir que el constitucionalismo clásico entró en crisis quiere decir que algunas de las creencias básicas en que se sustentaba su funcionamiento perdieron vigencia. Significa que el mundo cambió su repertorio de creencias. Algunos de los problemas de los que el constitucionalismo clásico se hacía cargo (limitar el Poder del Estado) fueron desplazados por otros de importancia mayor (por ejemplo, garantizar no sólo una igualdad ante la ley, sino una igualdad real de oportunidades, la que no puede lograrse si se permite que muchas personas nazcan y vivan toda su vida sin vivienda digna, sin posibilidad de educación, sin salud y sin una posibilidad real de un trabajo digno).

En suma, a lo largo del siglo XX, el liberalismo, que coincidió con el Constitucionalismo clásico de fines del siglo XVIII y del s. XIX, entró en crisis.

También entró crisis la idea positivista de la legalidad: en el siglo XIX, todo giraba en torno de la legalidad, de la regulación normativa, sin hacer cuestión del contenido o de la finalidad de las normas dictadas. Tras la crisis del constitucionalismo, todo ese normativismo legal ha sufrido un impacto tremendo con la vuelta a la realidad, a la vida real, a lo social; resultó necesario focalizarse en las conductas y no solamente a las normas, no solo al deber ser sino también al ser. Hoy se piensa que a la hora de interpretar la Constitución deben entrar otros elementos además de la letra de lo allí escrito: la realidad política, las conductas, y también las valoraciones. Se piensa que la ley sola no basta. Para estudiar Derecho Constitucional, no hay que ver sólo lo que dice la Constitución, sino también la práctica: de hecho, muchas de las formulaciones normativas han sido desplazadas en la práctica: por ejemplo, las delegaciones legislativas que se consideraron lesivas del principio clásico de división de poderes, en la Argentina y en muchos otros países han acentuado su vigencia, y hoy son una realidad (de hecho, terminaron siendo permitidas por la Constitución tras la reforma de 1994).

Todo esto ha coincidido con una tendencia universal a la concentración de facultades mayores en el Poder Ejecutivo. La legislación ya no es considerada la primera ni la más importante de las funciones estatales, como lo fue a fines del siglo XVIII. La dirección política acentúa en el Poder Ejecutivo la supremacía efectiva. A lo largo del siglo XX, los parlamentos fueron perdiendo importancia relativa. Los Estados fueron adquiriendo nuevas funciones: brindar salud, educación, proteger los derechos laborales, controlar que se proteja el medio ambiente, garantizar los derechos de los consumidores, y todas esas funciones requieren de fondos públicos. Los fondos los siguen aprobando los parlamentos al aprobar el Presupuesto, pero los nuevos empleados que se contratan con esos fondos, para cumplir con las nuevas funciones asignadas al Estado, pasan a depender de los Poderes Ejecutivos. La Administración del país –función asignada al Poder Ejecutivo- se torna cada vez más compleja, y además, la realidad moderna requiere de la toma de decisiones rápidas, que no se condicen a menudo con los tiempos que demanda la aprobación de leyes en los parlamentos. Todo esto llevó a que, a lo largo del siglo XX, aún en los países más democráticos y liberales (como Estados Unidos o el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte), los Poderes Ejecutivos hayan aumentado su poder.

En muchos Estados, incluso, se abandonó por completo la democracia representativa en algún momento del siglo XX. Una sacudida tremenda en el constitucionalismo clásico fueron los totalitarismos contemporáneos. La aparición del nazismo alemán (1933-1945), el fascismo italiano (1922-1945), el bolchevismo ruso (1918-1991), propugnaron remplazar la democracia representativa por otros tipos de organización, mucho más autoritarias, en los que los estados tenían una influencia que llegaba a todos los aspectos de la vida de los individuos. En estos países, la libertad de expresión se vio suprimida o gravemente restringida, y la posibilidad de elección de los individuos se vio sumamente limitada. En Latinoamérica, la democracia se vio reemplazada en la mayoría de los países por dictaduras militares, que implicaron la concentración del poder en militares que detentaron el Poder Ejecutivo, el cierre de los parlamentos, y la restricción de derechos esenciales como el de no ser arrestado arbitrariamente ni condenado sin juicio previo fundado en ley anterior.

Estos modelos antiliberales fueron abandonados en la mayor parte de los países latinoamericanos y de Occidente para fines del siglo XX (en muchos casos bastante antes), pero dejaron heridas profundas en todos los Estados en los que se implementaron, y llevaron a que se adoptaran diferentes medidas, constitucionales y de otro tipo, en procura de que no vuelvan a producirse crisis como las que llevaron a la implantación de regímenes autoritarios.

Los ecos de la crisis del constitucionalismo clásico llegan hasta el día de hoy. El problema constitucional más agudo hoy no está en redactar constituciones técnicamente perfectas; está en asentar un orden que dé vigencia a las pautas de valor que se desea ver encarnadas en la realidad social. De nada sirve, por ejemplo, declarar en una Constitución derechos que nadie niega, si después esos derechos no se pueden garantizar efectivamente por falta de recursos.

LA REPERCUSIÓN DE LA CRISIS DEL CONSTITUCIONALISMO CLÁSICO EN EL RÉGIMEN ARGENTINO.

En nuestro país puede decirse que el constitucionalismo social ingresa con la Constitución de 1949, reforma cuestionada por la forma en que se aprobó la convención constitucional que la redactó, lo que llevó a que fuera dejada sin efecto en 1956. La declaración de la necesidad de la reforma fue aprobada en el congreso por el voto de dos tercios de los legisladores PRESENTES, cuando muchos consideran que se requería el voto de las dos terceras partes de la TOTALIDAD de los miembros del Congreso, estuvieran presentes o ausentes. Ahora bien, no puede obviarse que tanto en la sanción de la Constitución de 1949 como en la decisión de volver a la Constitución de 1853 (con las reformas de 1860, 1866 y 1898) que se tomó en 1956 influyeron factores políticos: la reforma de 1949 había sido sancionada bajo el gobierno de Juan Domingo Perón, y fue dejada sin efecto cuando este gobierno fue derrocado.

Un año después, con la Reforma de 1957 se incorporó el art. 14 bis, artículo en el cual quedaron consagrados derechos sociales y económicos que figuraban en la Constitución de 1949. Este artículo permanece vigente en la Constitución argentina actual.

El art. 14 bis de la CN habla de la protección del trabajo y asociación sindical (condiciones dignas y equitativas de labor del trabajador, jornada limitada, descanso y vacaciones pagados, salario mínimo vital móvil, protección contra el despido arbitrario, organización sindical libre y democrática, etc.); de los derechos gremiales (pueden los gremios concertar convenios colectivos de trabajo, recurrir a la conciliación y al arbitraje, tienen el derecho de huelga, y se establecen garantías para los representantes gremiales); y de la seguridad social (la cual tiene el carácter de integral e irrenunciable, estableciéndose un seguro social obligatorio, jubilaciones y pensiones móviles, garantizándose la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna).

También representan una vertiente muy importante por donde ha ingresado el constitucionalismo social a nuestro orden jurídico constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por nuestro país, varios de los cuales, como el Pacto de San José de Costa Rica, gozan de jerarquía constitucional desde la Reforma constitucional de 1994 (Art. 75 inc. 22). La propia reforma constitucional de 1994 ha reforzado la trama propia del constitucionalismo social por sobre la trama de corte liberal de la Constitución histórica de 1853.

TENDENCIAS CONSTITUCIONALES CONTEMPORÁNEAS:

A) CENTRALIZACIÓN DEL PODER

Desde hace décadas, la centralización del poder se ha acentuado: por una parte, el poder central ha crecido en detrimento de los poderes provinciales y municipales; por otra, el Poder Ejecutivo ha aumentado su influencia en detrimento del Poder Legislativo y del Poder Judicial.

B) CRECIMIENTO DEL PODER EJECUTIVO

El crecimiento del Poder Ejecutivo se da no sólo en los regímenes presidencialistas como el argentino, sino también en regímenes de tipo parlamentario, como los europeos. Está relacionado con el hecho de que el Poder Ejecutivo necesita a menudo dar respuestas prontas y urgentes que ni el Poder Legislativo ni el Judicial están en condiciones de dar, al menos no en el momento en que se las necesita. Cuestiones como la renegociación de un préstamo internacional, o la fijación de la política monetaria ante una crisis externa requieren, en el mundo hipercomunicado de hoy, de la toma de medidas rápidas, que exceden los tiempos que lleva la adopción de leyes en el Poder Legislativo.

Ahora bien, es esencial, para compensar esta tendencia al crecimiento del Poder Ejecutivo, que los otros dos poderes se reserven la posibilidad de controlar, anular e incluso, reemplazar las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo. Es clave, por ejemplo que los Parlamentos no pierdan la facultad propiamente indelegable que es la de sancionar las normas. La Constitución argentina reformada en 1994 va en ese sentido: en 1994 se le dio al Poder Ejecutivo, en circunstancias excepcionales, la facultad de dictar medidas de carácter legislativo como lo son los decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inciso 3): pero éstos están sujetos a revisión por el Poder Legislativo, quien puede siempre dejarlos sin efecto, sea directamente, sea sancionando una ley sobre la misma materia pero de un contenido diferente al del decreto. Algo semejante sucede con la delegación legislativa (art. 76).

C) LIDERAZGO

El liderazgo es un fenómeno que se da tanto en países más democráticos como en países más autoritarios. La gran diferencia es que en los países democráticos el liderazgo es fluido: el pueblo elige al líder de turno, su mandato dura un tiempo limitado, el pueblo eventualmente lo sustituye por otro, y puede incluso, en muchos casos, deponerlo antes de la finalización de su mandato por los mecanismos constitucionales previstos (el juicio político los sistemas presidencialistas como el argentino). En cambio, en los regímenes de tipo personalistas o de alta concentración de poder, para que se produzca un cambio de liderazgo suelen haber rupturas violentas, pues los líderes autoritarios a menudo sólo abandonan el poder si se ven forzados a ello.

 D) INTERVENCIÓN ESTATAL

La intervención estatal en la economía no es un fenómeno reciente en la Argentina. Si bien hay ejemplos de intervención estatal previos, surge con fuerza en la década de 1930, como reacción a la crisis económica mundial de 1929. Desde 1853 y hasta ese momento, primaba la visión liberal de que lo conveniente era que el Estado no interviniera en la economía, que no se metiera en contratos privados como los de alquiler o los laborales, o que no tuviera a su cargo fábricas ni actividades productivas, sino que “dejara hacer” a los privados (laissez faire, laissez passer). Pero la crisis de 1929, que redujo sensiblemente las divisas que ingresaban por la exportación de nuestros productos –y que nos permitían comprar productos manufacturados en Europa- causó una enorme cantidad de dificultades, que hizo necesario crear las juntas reguladoras (para controlar la cantidad que se producía y asegurarles un ingreso mínimo a los productores), llevó a que el congreso aprobara moratorias para pagos hipotecarios, o a que se congelaran los alquileres pactados. La Jurisprudencia argentina convalidó estas medidas en atención al contexto de emergencia en que se dictaron, a pesar que implicaron lo que se llama “limitaciones normales y permanentes de los derechos” (por ejemplo, limitaron el derecho del propietario de un inmueble a pactar con un inquilino el alquiler que desearan, porque se consideró que el inquilino estaba en inferioridad de condiciones, y que si no se limitaba temporalmente este derecho, dada la crisis económica, muchos inquilinos quedarían en la calle al no poder pagar los alquileres que pedían los propietarios). La Jurisprudencia lo justificó en el entendido de que ningún derecho es absoluto: todos los derechos son relativos y se ejercen conforme a las leyes que lo reglamentan; a veces la situación es tan grave que se justifican las limitaciones anormales de derechos; pero, eso sí, estas limitaciones deben ser transitorias: cuando cesan las causas tienen que cesar los efectos, debería volverse al régimen jurídico normal o habitual.

Cuál es el grado de intervención estatal “adecuado” es un tema de permanente discusión en todo el mundo. Los líderes y partidos políticos suelen tener opiniones diversas sobre este tema, y esta es habitualmente una de las cuestiones que se discuten –o al menos están implícitas- en las campañas electorales en los países democráticos. A lo largo del siglo XX y de lo que va del siglo XXI, ha habido en casi todos los países –incluido el nuestro- variaciones en cuanto al grado de intervencionismo estatal. Sin perjuicio de ello, podría decirse que, en líneas generales, el grado de intervencionismo estatal en la economía en Argentina ha sido, de 1930 para acá, en promedio, mayor que el de la mayoría de los países de nuestra región (con algunas excepciones). La valoración, positiva o negativa, que pueda hacerse de esa experiencia argentina ha sido objeto de numerosos debates, que siguen hasta el día de hoy.

 E) BUROCRACIA

La burocracia es un fenómeno propio de la dinámica del estado contemporáneo. El término burocracia proviene del francés “bureaucratie”, cuya raíz es bureau (“oficina”). Si bien tiene una connotación negativa en el lenguaje corriente, el concepto permite nombrar a toda organización que está regulada por normas que buscan un orden racional en la gestión y distribución de sus asuntos, y se caracteriza por la existencia de procedimientos centralizados y descentralizados, división de responsabilidades, especialización del trabajo, y relaciones de jerarquía e interpersonales reguladas. Los funcionarios públicos integran la burocracia estatal: tienen funciones delimitadas, y forman parte de la estructura que les permite a los detentores del poder que sus decisiones y políticas se apliquen en el territorio nacional. La burocracia resulta necesaria para que las decisiones que se tomen en el más alto nivel político no queden en meras declaraciones: si, por ejemplo, el Gobierno federal quisiera implementar medidas para, por ejemplo, combatir la venta de drogas ilícitas o para evitar la violencia de género, necesariamente requerirá de la burocracia estatal (conformada por empleados del Gobierno Nacional, de los gobiernos provinciales y de los municipios) para que esas políticas puedan implementarse tanto en los centros urbanos más poblados como en los pueblos más alejados del país.

En el siglo XIX (de 1800 a 1900) muchos políticos y pensadores abrazaban la idea de la limitación del poder. Trataban de resumir su pensamiento con una frase muy escueta: “el mejor Estado es el menor Estado”. Los franceses acuñaron en ese siglo la expresión “laissez faire, laissez paser” “dejar hacer dejar pasar”, no intervenir. Pero surgió un momento, ya entrado el siglo XX, en el cual la necesidad del Estado de intervenir en la economía y en la Sociedad se impuso atento a que cada vez eran mayores las exigencias que la sociedad demandaba o dirigía al Estado. Ese Estado tuvo que agrandarse y, obviamente, la burocracia lo acompañó. Un estado que tiene a su cargo el manejo de servicios como la energía eléctrica, la provisión de servicios telefónicos, el transporte aéreo o la exploración petrolífera (como el Estado argentino en la década de 1940) necesariamente requiere de más empleados públicos que uno en el que todas esas actividades estaban en manos privadas (como lo era el Estado argentino en los años 1920, excepto en materia petrolera); un Estado como el Argentino de 1940 requería de una burocracia más grande que el uno como el de veinte años antes.

El crecimiento de la burocracia en la Argentina a lo largo del siglo XX, especialmente a partir de 1930, llevó eventualmente a lo que algunos llamaron despectivamente, el “Estado elefante”, entendido como un estado pesado, lento, y, a la postre, ineficiente, que en definitiva no beneficiaba sino que perjudicaba a los administrados, es decir, a los propios ciudadanos o habitantes, quienes se veían en la necesidad de tener que realizar el sacrificio de aportar cada vez más recursos para el sostenimiento de un Estado de grandes dimensiones que brindaba servicios de baja calidad. Esto llevó a que, en los años 80, el déficit de las cuentas públicas fuera cada vez mayor, y a que los servicios que brindaba el Estado (luz, gas, comunicaciones telefónicas, transporte ferroviario, fluvial y marítimo, etc.) fueran de baja calidad (en los años 80, por ejemplo, se tardaba mucho tiempo en lograr que instalaran una línea telefónica fija en un domicilio particular). En este contexto, a principios de los años 90 el Estado redujo su tamaño mediante la privatización de empresas públicas (YPF, Aerolíneas Argentinas, ENTEL, SEGBA, ELMA, etc.) y la reducción del número de empleados estatales. La valoración sobre el modo en que tuvo lugar este proceso ha sido objeto de discusión hasta el día de hoy, y las opiniones sobre el período difieren enormemente según a quién se consulte. En cualquier caso, la situación reducción del tamaño del Estado se revirtió en la década del 2000, cuando el número de empleados públicos volvió a aumentar, y algunas de las empresas que habían sido privatizadas –algunas, no todas- volvieron a manos del Estado, como por ejemplo Aerolíneas Argentinas (en 2008) o YPF S.A. (en 2012). YPF sigue siendo hoy una Sociedad anónima, pero la mayoría de sus acciones están en manos del Estado.

F) PLANIFICACIÓN

La planificación implica que los decisores –que, en el caso de la planificación estatal, normalmente son los titulares del poder Ejecutivo o los funcionarios bajo su órbita- se pongan uno o más objetivos y definan las acciones requeridas para alcanzarlos exitosamente, teniendo en cuenta la situación actual y los factores internos y externos que pueden influir en el logro de los objetivos trazados. La planificación implica la adopción de políticas que necesariamente llevan tiempo, y que deben ser sostenidas a lo largo de años para lograr cumplir con los objetivos trazados.

La planificación opera del siguiente modo: el primer paso es identificar un problema, como podría ser, por ejemplo, la falta de energía eléctrica suficiente para satisfacer la demanda actual de electricidad (y la que se espera en un futuro próximo). Luego se barajan alternativas, y finalmente se elige la que se considera más conveniente: por ejemplo, construir 10 nuevas represas hirdroeléctricas de hoy a 5 años. Luego, se dictan las normas pertinentes y se procede a la ejecución del plan.

La planificación estatal no es un fenómeno reciente, y ocurre en todos los regímenes contemporáneos. Lo que sucede es que la planificación es distinta en un estado democrático que un estado totalitario. La planificación democrática requiere todo un proceso de elaboración con notas participativas muy intensas. Hoy en día se hablan de distintas etapas en un proceso que va desde la previsión, la consulta, la planificación y después llega la decisión que puede estar en uno o varios órganos. A posteriori de la decisión se accede a la ejecución de esa decisión, y luego viene el control para verificar si la decisión ha sido ejecutada como corresponde; después del control viene la etapa de responsabilidad, es decir, el de que recaiga sobre el funcionario responsable una sanción si ha incumplido la reglamentación, o la reparación, si eso correspondiere.

En el mismo ejemplo que se planteó antes, bajo un régimen democrático el plan no se ejecutará sin consultar a las poblaciones afectadas (por ejemplo, los que viven en las zonas cercanas a donde se construirán las represas, cuyas viviendas se verán inundadas o afectadas de otro modo). En un régimen totalitario como el de Corea del Norte, en cambio, si así lo decide el detentor del poder, el plan trazado se ejecutará, aunque la población se oponga, y aunque el medio ambiente se vea seriamente afectado.

En un régimen democrático, en el que los gobernantes rotan, la planificación debe contemplar el hecho de que el gobierno bajo el que se decide empezar un plan o una obra no será necesariamente el mismo que el que la termine. Si las diferencias que existen en un país entre los diferentes partidos políticos son muy marcadas, puede suceder que los planes iniciados bajo un gobierno sean abandonados por el que sigue, y que los que el nuevo gobierno inicie no sean continuados por el que lo siga a éste, lo que dificulta la planificación a largo plazo.

G) ORDEN PÚBLICO

El “Orden público” es un concepto que fue cobrando una dimensión a medida que el estado y los regímenes constitucionales se transformaban. El concepto jurídico de orden público difiere del que se usa en leguaje corriente: en el sentido que lo utilizamos, el concepto va mucho más allá de la connotación de “seguridad ciudadana” que tiene en el lenguaje corriente.

En realidad, el orden público tiene en el mundo jurídico múltiples manifestaciones, según sea el área del Derecho que se tome. En términos muy generales puede decirse que integra el orden público todo aquello que viene impuesto por la autoridad a las personas, y que actúa como límite a su libertad.

De este modo, en DERECHO PRIVADO, el orden público actúa como un límite a la autonomía de la voluntad, y hace que se consideren nulos aquellos actos o contratos cuyo contenido sea contrario a los intereses colectivos de una comunidad. Según su contenido se habla de orden público económico, laboral, etc.

En cambio, en la esfera del DERECHO PÚBLICO, el orden público está representado por la tranquilidad y paz social que proviene del respeto generalizado al ordenamiento jurídico. El "mantenimiento del orden público" habilita a la Administración pública, a través dl dictado de normas, para imponer órdenes, prohibiciones y sanciones. Desde el punto de vista del Derecho administrativo, la noción de “orden público” constituye un “título de intervención”, que habilita al Estado a intervenir en una esfera habitualmente considerada privada. En un sentido similar, a causa de los procesos de expansión del derecho penal que se vive en algunos países iberoamericanos, el orden público es objeto de protección a través de sanciones en el ámbito del Derecho penal. De este modo, los “atentados al orden público”, entendido como un determinado estado de cosas en los espacios públicos, puede incluso constituir delito y llevar aparejado el cumplimiento de una pena.

La idea de orden público queda hoy un poco desdibujada, debido el uso y abuso del que se ha hecho uso para justificar la adopción de determinadas medidas estatales.

Pero hay un consenso general en cuanto a que hay ciertas cuestiones que, por ser de orden público, constituyen es un mínimo jurídico inderogable e indisponible por las partes. Por ejemplo, no puede, válidamente, entre un menor y un mayor, celebrarse un contrato que los menores no están habilitados para celebrar, ello, aunque el menor y el mayor estén de acuerdo en celebrar ese contrato, porque eso violaría son normas de orden público. Las normas penales son normas de orden público: por más que la víctima de un delito perdone en su fuero íntimo a su agresor, el Estado sancionará al que lo cometió. Las normas vinculadas con ciertos límites que se fijan en materia indemnizatoria o a ciertos umbrales que hay que respetar en materia de sueldos, salarios o remuneraciones, son también normas de orden público que las partes no pueden modificar.

El orden público manifiesta o da testimonio de una voluntad social que se sobreimpone por encima del deseo que podría tener la parte más fuerte en un contrato de imponerle cláusulas exorbitantes a la parte más débil o más frágil.

H) SOCIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS

Otra de las tendencias contemporáneas está relacionada con la socialización de los derechos. El derecho constitucional la reconoce y la recoge a través de normas que imprimen una nota de solidaridad o de solidarismo a muchos comportamientos, que se traducen a veces en normas que el Estado sanciona para darle una cierta seguridad a los individuos, que los proteja, al menos en cierta medida, de los accidentes de la vida, tanto de los evitables (una incapacidad por un accidente laboral) como los que no (la disminución de las capacidades que ocurre en la vejez).

Para ello se establecen normas como las que obligan a todos los trabajadores activos a contribuir parte de su sueldo a un fondo de seguridad social, que permitirá pagar la jubilación de aquellos trabajadores que ya no estén, por su edad o por haber sufrido un accidente o enfermedad, en condiciones de trabajar.

Se habla de socialización de los derechos porque, en lugar de dejar que cada individuo se las arregle lo mejor que pueda, los Estados comenzaron, en el siglo XX, a obligar a las personas a que contribuyan, solidariamente, una parte de sus recursos, para así financiar a aquellos que ya no pueden generar ingresos –en lugar de dejarlos librados a su suerte o a la de sus familias, como ocurría en el siglo XIX, por ejemplo-.

Un famoso autor inglés habló del establecimiento de una protección que iba desde “la cuna y hasta la tumba”, es decir, que implicaba la cobertura de ciertos riesgos por parte de la sociedad, a efectos de poder proteger a aquellos que caen en situaciones de desamparo, inferioridad o de impotencia, cubriendo los riesgos de la vejez, de la niñez, de los discapacitados, de los que quedan sin trabajo en épocas de crisis, o de quienes no tienen vivienda. Con pequeñas contribuciones de cada persona, los individuos que se hallen en una situación de desamparo no quedan librados a su suerte.

Esta socialización de los derechos puede darse –y de hecho se ha dado- bajo estados de corte liberal, que mantienen una concepción basada en la idea de libertad, pero que entienden que el Estado no puede estar ausente ante determinadas circunstancias.

I) PARTICIPACIÓN

Desde hace décadas muchos ciudadanos no desean que su única participación en la toma de decisiones públicas sea elegir a sus representantes cada dos, cuatro o más años, sino que buscan involucrarse más en los asuntos públicos. Las constituciones más recientes procuran darle cauces institucionales a este deseo de los ciudadanos de participar en los asuntos públicos más allá de a través de la elección periódica de sus representantes.

Ahora bien, más allá de los mecanismos que se establezcan en las Constituciones y en otras normas (audiencias públicas, consultas populares, iniciativas populares, etc.) la participación requiere partícipes, y así como no hay república sin republicanos y no hay democracia sin demócratas, tampoco hay participación si no hay voluntad de participación. La voluntad de participación requiere de ciudadanos que salgan de la pasividad y de sus cuestiones privadas y se interesen en los asuntos públicos. A veces, el interés en participar no es suficiente: poder participar requiere de contar con tiempo, con recursos y tener un mínimo de conocimiento para tomar intervención. Si una persona trabaja 12 horas por día para mantener a su familia, difícilmente pueda ir a una audiencia pública en la que se discuta la tarifa de un determinado servicio público, por más que el tema sea de su interés. La participación requiere además de canales para ejercerse. Las audiencias públicas, los consejos económicos y sociales, son organismos de tipo consultivos no decisorios: son órganos consultivos donde se tomaba en cuenta la opinión de los principales sectores del quehacer económico y social, reemplazando las consultas ocasionales, esporádicas, por un tipo de consulta orgánica y permanente que dé participación a los sectores más relevantes en determinadas esferas, incluidas las universidades, los centros culturales y de investigación, etc..

Siempre es mejor para los gobernantes escuchar y tomar en cuenta la opinión de la ciudadanía sobre las decisiones a adoptar, porque ello puede llevar a la toma de decisiones mejores.

Hoy en día hay muchas organizaciones no gubernamentales (O.N.G.) que participan activamente en el control de los gobernantes, señalado los errores que cometen las autoridades, las omisiones en las que incurren o los excesos que dan lugar a abusos. A través de una prensa libre y de las redes de comunicación, la opinión pública puede conocer los informes de estas ONGs, e instar a los gobernantes a corregir sus errores, bajo amenaza de reemplazarlos por otros en la próxima elección si no lo hacen.

Para que las ONGs puedan hacer su trabajo, es esencial que haya normas de acceso a la información, que obliguen a los funcionarios a brindar a la sociedad la información con la que cuentan, a efectos de hacer más transparente el funcionamiento del Estado. Ciertamente, parte de la información que manejan los Gobiernos contiene datos sensibles que no deberían ser revelados a riesgo de dañar a terceros; pero lo ideal es que las condiciones bajo las cuales la Administración puede negarse a brindar información estén reguladas y sean lo más limitadas posibles. Es clave para la sociedad conocer, por ejemplo, cuánto ganan los gobernantes, cuánto cuestan realmente las obras que se encaran o cuántos empleados tiene determinada repartición.

LA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO: EL SURGIMIENTO DEL “ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO”

El “Estado democrático y social de derecho” surge en el siglo XX, de la mano del Constitucionalismo social. Las mayores demandas de la sociedad llevaron a que en varios países, a lo largo del siglo XX, se modificaran las constituciones y, sin abandonar la economía capitalista ni la democracia liberal, se reconociera que la desigual distribución de la riqueza nacional era un problema serio. En los países que siguieron este modelo se intentó equilibrar las asimetrías y los desfasajes que se daban entre los sectores más ricos y los menos favorecidos. Por consiguiente, estos estados procuraron reducir la desigualdad a través, entre otros mecanismos, de la seguridad social, de los impuestos progresivos, de la sanción de leyes laborales que les dieron a los trabajadores derecho, por ejemplo, a vacaciones pagas, a ganar al menos un determinado salario mínimo y no trabajar más de una determinada cantidad de horas al día.

A partir de los años 20, distintos países fueron adoptando el modelo de Estado democrático y social de derecho. Italia lo hizo en 1947, una vez liquidado el régimen fascista, al sancionar una constitución que proclama que Italia es una República democrática fundada en el trabajo. Francia y la República Federal Alemana adoptaron también el modelo de estado Democrático y Social de Derecho. España lo hizo luego del regreso de la democracia, a fines de los años 70. Incluso Estados Unidos, bajo las sucesivas presidencias de Franklin D. Roosvelt (1932 a 1945) adoptó políticas que implicaron cierta dosis de intervención del estado, para poder superar esa terrible crisis de los años 29 y 30 que durante casi toda la década siguiente sacudió a una potencia económicamente tan fuerte como EEUU. E incluso en otros países del mundo que no tienen una constitución codificada, como el Reino Unido, a través de distintos programas se incorporaron luego de 1945 muchas normas de orden social.

En los años 80 y principios de los 90, en la mayoría de los países democráticos el nivel de intervención del estado en la Economía, aunque sin llegar nunca a los niveles que existían antes de los años 1920, y sin que se dejara de considerar que los Estados debían tomar medidas para atender la cuestión de la desigualdad social. Cómo conciliar el crecimiento económico con la existencia de sociedades que no sean marcadamente desiguales es uno de los temas que todavía se discute en todos los países, incluido el nuestro.

**Crisis del constitucionalismo. (Clase del Dr. Jorge Reinaldo Vanossi)**

El autor Adolfo Posadas, un gran maestro en derecho político español, del derecho constitucional, dice: que el Estado y la constitución siempre han estado en crisis, porque en todas las épocas se han registrado cambios, en todas las épocas ha habido transformaciones, en todas las épocas ha habido situaciones imprevistas de modo que no es novedoso que aparezca una crisis, lo que puede ser novedoso es la forma con que se manifiesta y las respuestas que se dan para superarla (que mi profesor de Derecho Constitucional, Sánchez Viamonte prefería hablar de las vicisitudes del constitucionalismo y por vicisitudes, englobaba todo, tanto crisis dentro del propio sistema como así también cuando estallaba o hacía eclosión y se cambiaba un sistema de un determinado tipo de democracia por otro que podía ser otra clase de democracia o no ser, ya lisa y llanamente democracia sino que podía ser un régimen autoritario o totalitario. Por eso en nuestro programa, se habla de la transformación del Estado y de la transformación constitucional porque nos parece que es el concepto más adecuado, es mejor hablar de ¿Cómo se va transformando el régimen institucional de un Estado? ¿Qué novedades aparecen? ¿Qué instituciones desaparecen? ¿Cuáles las reemplazan? Etc.

Nuestro país ofrece alguna peculiaridad en esta materia, porque desde el surgimiento mismo de la nacionalidad hemos tenido distintas épocas en las cuales se fue gestando lo que en definitiva sería el modelo de constitución que nos rigió mucho tiempo y que ha tenido además reformas, la última de las cuales es conocida por ustedes, como es del año 1994. Otros países se organizan a la vez en todo, en un solo momento, en pocos instantes, no es el caso nuestro. Veamos las fechas: en 1810 sucede con la revolución de mayo que significa, obviamente, un proceso de onda transformación frente a la situación que estaba España ante la invasión Napoleónica; pero no se declara la independencia, es una revolución, se establece un gobierno patrio, hay autoridades propias elegidas localmente y no digitadas desde la metrópoli.
Recién en 1816 se declara, en Tucumán, la independencia pero no se dicta una constitución, en ese período que va hasta 1819 hay estatutos, reglamentos hay otro tipo de norma pero no una constitución propiamente dicha que recién aparece en la fecha que acabo de señalar (1819) esa constitución definía algunas cosas y dejaba otras sin definir porque la situación europea era incierta y por lo tanto era incierto también la suerte que pudieran correr las ex colonias en América. Por eso, por Ej.: no se definía abiertamente por una monarquía o por una república, en el manifiesto inicial que antecede al articulado enuncia el régimen por exclusión dice: “no adaptamos ni la democracia forosa de Atenas, ni el régimen espartano, ni la complicada federación de algunos estados, ni el despotismo de los zares y sultanes” y era todo un no, un ni, pero no decía que era, ¿por qué? Porque todavía estaba abierta la puerta para una posibilidad monárquica, que al año siguiente se finiquito, se extirpó totalmente, por motivo del alzamiento de los pueblos caudillos del interior. Esa constitución no llegó a aplicarse, cayó el gobierno central de Buenos Aires y ya la república no se discutió más como una forma de gobierno para estos pueblos del Sud del continente americano.
Pero tampoco allí termino la cosa porque en 1826 hay una constitución de tipo unitario, es decir, ya la república no se discutía, pero el debate sobre la forma de Estado entre unidad y federación estaba caldeándose en forma cada vez más intensa, esa constitución tampoco pudo llegar a regir. Estaba muy bien redactada, habían intervenido grandes figuras, era notoria la superioridad que tenía con respecto a los ensayos anteriores, pero no fue aceptada por los pueblos, es decir, por las provincias del interior que hay famosas anécdotas que relatan un poco el espectáculo surrealista, el contraste surrealista que significaba el precisismo de las normas y la realidad social subyacente, cuando comparase uno de los distinguidos constituyentes a una de las provincias del interior en pleno mes de enero, de 1827, es decir, la constitución de 1826 se había sancionado en vísperas de navidad, ve que nadie lo está recibiendo, no hay ningún ceremonial, no hay ningún protocolo y entra a la casa de gobierno y ve que hay alguien en ropas menores, bañándose en una pileta al lado del aljibe y en ese momento se manifiesta su sorpresa y era el gobernador, era un caudillo bastante afamado en esa época y le pregunta ¿a qué viene usted? Y el constituyente explica: “le vengo a traer el texto de la constitución” ¿y cómo es esa constitución? “y es unitaria”.

Y entonces agarra y dice: ¡no sirve este cuadernito, y usted tiene 24 hs. para dejar el territorio de la provincia con vida! Esa anécdota puede ser muy cruel, muy dura, pero revela lo que eran esos tiempos tan agitados.

Recién en 1831 con la celebración del Pacto Federal del 4 de enero, en Santa Fe y a los que fueron adhiriendo todas las provincias, el tema del Estado federal quedo consolidado y no se discutía ya mas, es decir república y federal eran dos cosas indiscutibles, pero faltaba la organización nacional; había caudillos federales que la querían, el caso de Quiroga por ejemplo, la famosa carta de al hacienda de Figueroa, Rosas no la quería decía que no era el momento oportuno que no había llegado la oportunidad que no llegaba, viene el pronunciamiento de Urquiza en 1851, la Batalla de Caseros, la caída de Rosas, la convocatoria al congreso general constituyente en Santa Fe, se sanciona la Constitución luego de abrirse los debates a fines de 1852 y en 1853 comienzan a tratarse los despachos ¿pero qué pasaba? No era una constitución para todo el país, la provincia de Buenos Aires, la más importante en ese momento porque además tenía La Aduana había producido su secesión, e incluso va más lejos y al año siguiente sanciona su propia constitución como un estado libre en 1854. El gobierno federal se tiene que instalar en Paraná, y ese período llamado “el período de la confederación” tiene también sus vicisitudes; faltaban todavía 2 batallas la de Cepeda primero, el Pacto de San José de Flores en 1859 con la reunificación de todo el país, pero reconociéndole a Buenos Aires el derecho a examinar la constitución de 1853 en la cual no había intervenido, y ahí hay 2 convenciones que es bueno tenerlo presente porque hay hasta error en los textos, la convención examinadora que es provincial y que es la que propone las enmiendas y la convención reformadora que se reúnen nuevamente en Santa Fe y que es la que tiene que aceptar- algunas si otras no- las reformas propuestas por la provincia de Buenos Aires. Y bueno, allí sí, ya reunificado el país se tiene la estructura jurídica completa. Pero faltaban cosas, tuvo que venir otra batalla, para que en definitiva terminaran ciertas luchas que quedaban pendientes y 20 años para que se resolviera el problema de la Capital Federal, de 1860 hasta 1880 vanos intentos, varias leyes vetadas donde la capital se establecía en Rosario o se buscaba otra ciudad, finalmente el destino histórico hizo que fuera Buenos Aires, pero mediando una crisis, mediando una lucha de armada con algún derramamiento de sangre, el presidente Avellaneda tuvo que trasladar a los poderes nacionales a las afueras de Buenos Aires, a Belgrano que todavía era un distrito de la provincia no formaba parte del distrito federal y con la derrota del gobernador Tejedor finalmente se proclama capital a la ciudad de Buenos Aires. Pero también le quedaban pendientes otros problemas, quedaba sobre todo pendiente el problema del sufragio de el derecho electoral y ese tema va a llevar más que un veinteno va a llevar otros 20 años un poquito más hasta que con la presidencia de Roque Sáenz Peña y mediando en el camino 3 revoluciones la de 1890, 1893 y 1905 todas derrotadas finalmente, pero con la bandera levantada de reclamar el sufragio universal, secreto, igualitario, los padrones limpios y permanentes; y allí finalmente sale la Ley Sáenz Peña que permite el acceso de la mayoría popular, de aquel entonces, a los comicios, y la historia posterior ya es más fresca, ya es más conocida. En 1930 se inicia lo que se llama el proceso, porque algunos autores que lo denominan así de desconstitucionalización a través de la ruptura y rotura de la continuidad constitucional y la aparición de los gobiernos “de facto” que era una figura no conocida, hasta ese entonces no había ninguna revolución triunfante, salvo aquella que la corte había reconocido después de la Batalla de Pavón para reconocer la legitimidad que Mitre había celebrado en el ínterin entre ese triunfo y el acceso legal a la presidencia de la República, pero la figura de gobernante de facto fue tomado del derecho administrativo para aquellas cosas en que funcionarios de una jerarquía relativa dentro del escalafón, celebraban actos que no podían anularse erga omes, todos ellos, porque si no había casamientos que no se habían celebrado, actas de defunción de gente que seguramente no se la podía resucitar y otras paradojas por el estilo, la corte dicto una acordada luego otra en 1943, y luego ya viene todo un proceso al cual nos vamos a ir refiriendo a medida que toquemos puntualmente los temas del programa.

Hemos querido hacer esta recapitulación de fechas y de temas para demostrar como la consolidación de la organización constitucional de la República Argentina no superó en un solo acto y para todos los temas, sino en un proceso muy prolongado en el cual hay 2 etapas, diríamos, bien definidas.

Una después de 1853 y 1860 hasta la Ley Sáenz Peña que podemos llamar el régimen de los notables, el reinado de la constitución, pero el reinado a través de un proceso en el cual solo participaba la minoría de la población y los gobernantes eran elegidos dentro de ese círculo, y que por supuesto imprimieron al país una gran nota de progreso, una gran nota de crecimiento, dictaron los grandes códigos civil, comercial, penal de procedimientos en las cuales se empezaron a implementar las cláusulas de la constitución: la ley de ciudadanía, la ley de inmigración, una cantidad enorme de normas que eran fundamentales para organizar el sistema económico y rentístico del país, las finanzas, y sobre todo las leyes de educación: las leyes vinculadas con la educación popular entre las cuales la 1420 tuvo en su momento una gran importancia, surgieron instituciones dedicadas a la investigación, a la ciencia, a la cultura; al progreso del país. Pero faltaba, esa sabia nutritiva que significaba la participación de voluntad popular y por eso puede decirse que la segunda etapa se inicia con lo que alguien llamo la revolución por las urnas o la quimera de un romántico porque se creía que Roque Sáenz Peña, como quienes luchaban también por la misma bandera, estaban adornados por un romanticismo, pero percibían muy bien algo que en la misma época y en otros países de América ya se hacías sentir. En México la revolución que llevo al presidente Madero en reemplazo del porfiriato, el porfiriato se llamaba así por el presidente Porfirio Días que se hacía reelegir ininterrumpidamente y gobernaba en forma totalmente elitista. Y en Brasil la lucha de Luis Barbosa por el sufragio universal limpio transparente frente a las viejas oligarquías que habían hecho un régimen de cacicazgo en los estados de Brasil, país que llega mucho después que nosotros a la república porque recién fue proclamada cuando se abolió el imperio en 1890.
¿Qué queremos significar también con esto? Que muchas de las TENDENCIAS CONSTITUCIONALES CONTEMPORANEAS que se señalan aquí (en la parte final del primer módulo) tienen su raíz, tienen su origen en antecedentes que vienen de lejos, no son producto de una improvisación, no hay una barita mágica del rey Midas que todo lo que toca lo transforma. Aquí van a ver ustedes en los textos la centralización del poder que se ha acentuado, a veces en poder central en detrimento de los poderes provinciales y municipales, otras veces en el poder ejecutivo en detrimento del poder legislativo y del poder judicial.

El crecimiento del poder ejecutivo se da no solo en los regímenes presidencialistas como el nuestro donde se llega a hablar del hiperpresidencialismo ya como una deformación patológica del presidencialismo, sino también en regímenes de tipo parlamentario donde el brazo ejecutivo, por la exigencias propias de la dinámica de la sociedad contemporánea requieren respuestas prontas y urgentes que no están los demás órganos del poder en condiciones de dar en el momento exacto, pero si tienen que reservarse la posibilidad de controlar, anular o reemplazar es decir de no perder la facultad propiamente indelegable que es la de sancionar las normas.
Liderazgo se da en países archi-democráticos, como en países contrarios a la democracia, solo que en los países archi-democráticos el liderazgo es fluido: la circulación de las elites permite que vayan cambiando los líderes, el pueblo los reemplaza, los elige, los sustituye, los puede incluso deponer por los mecanismos constitucionales previstos (como el stigman en EE UU); el voto de censura en los regímenes parlamentarios, el juicio político entre nosotros, en cambio el los regímenes de tipo personalistas o altamente de alta concentración de poder suele haber rupturas que requieren expresiones de violencia (que no son obviamente de desear)
La intervención estatal no es un fenómeno de hoy o de ayer o de antes de ayer en nuestro país, aún bajo gobiernos de inspiración liberal conservadora y liberal y conservadora en la década del 30 se vieron precisadas a crear las juntas reguladoras, a crear o disponer por el congreso moratorias para pagos hipotecarios, congelar alquileres frente a situaciones en que lo que habitualmente se llama “limitaciones normales y permanentes de los derechos”, porque ningún derecho es absoluto todos los derechos son relativos y se ejercen conforme a las leyes que lo reglamentan; a veces las situación es tan grave, el estado de necesidad es tan acuciante que se sancionan las limitaciones anormales, pero eso si transitorias cuando cesan las causas tienen que cesar los efectos, cuando termina la situación de crisis que generó esa medida de carácter excepcional tiene que volverse al régimen jurídico normal o habitual, es decir, con menos restricciones a los derechos individuales.

La burocracia: La burocracia es también un fenómeno propio de la dinámica del estado contemporáneo. En el siglo XIX muchos políticos y pensadores que abrazaban la idea de la limitación del poder en términos muy estrictos, como había sido predicado por quienes crearon la doctrina de la separación de poderes y por lo tanto la limitación del poder para que sólo el poder contenga al poder. Como decía Montesquieu, trataban de resumir su pensamiento con una frese muy escueta “ el mejor Estado es el menor Estado” y los franceses acuñaron la expresión “laiser faire laise paser” “dejar hacer dejar pasar” no intervenir , pero surgió un momento en el cual la necesidad de intervenir se impuso y necesidad de intervenir frente a que cada vez eran mayores las exigencias que la sociedad demandaba o dirigía al Estado en el que el estado dejaba de ser un Estado pasivo para ser un estado activo, en el que el Estado no se limitaba ya a garantizar los derechos sino a brindar ciertas prestaciones concretas que se le podían requerir porque aparecieron normas que así la proclamaron y así lo consagraban .Ese Estado tuvo que agrandarse, tuvo que dimensionarse de otra manera y en algunos casos se sobredimensionó y obviamente la burocracia lo acompañó: y dentro de la burocracia surgió como género una especie –dentro de ese género- la tecno-burocracia porque el avance de la tecnología llevó a que también el Estado tuviera que contar con las novedades, con elementos, con los instrumentos, con las herramientas que pudieran satisfacer de una forma más adecuada los requerimientos que la sociedad le dirigía a ese Estado. Y esto creó lo que despectivamente, lo que algunos han llamado, pero una expresión muy elocuente: El Estado elefantiásico, un elefante. Un estado pesado, lento que se había traducido, a la postre, en ineficiencia, y eso lo que en definitiva no beneficiaba, sino que perjudicaba a los administrados, es decir, a los propios ciudadanos o habitantes que tenían que gozar del beneficio y no del sacrificio de tener que aportar más recursos para el sostenimiento de un Estado de mayores dimensiones que en definitiva no prestaba equivalentes retribuciones a quienes se sentían acreedores a recibir mejores beneficios. De modo que entonces nada de esto es novedoso.
Planificación: la planificación surge de mucho tiempo lo que ocurre es que la planificación es distinta en un estado democrático que un estado totalitario. La planificación democrática requiere todo un proceso de elaboración con notas participativas muy intensas en las cuales se escucha, se toma en cuenta, se atienden las razones de muchos, y esto le vale incluso de encarar de otra manera las viejas separaciones de poder, que ya no puede coincidir en forma tan aritmética, tan geométricamente simétrica como en otras épocas el poder ejecutivo, legislativo y judicial, y punto, ¡NO! Hoy en día se hablan de distintas etapas en un ítem o un proceso que va desde la previsión la consulta, la planificación y después llega la decisión que puede estar en uno o varios órganos a posteriori de la decisión se accede a la ejecución de esa decisión, luego viene el control para verificar si la decisión ha sido ejecutado como corresponde o con desviación de poder o demasía exorbitancias y después del control viene la etapa de responsabilidad, es decir, el de que recaiga sobre el responsable la sanción, si lo ha hecho mal, o la reparación, si eso correspondiere, y en definitiva la responsabilidad es lo que la ciudadanía persigue como una de las notas esenciales de la forma republicana de gobierno, que como ustedes saben, incluye la voluntad popular, incluye la separación de poderes, incluye la igualdad ante la ley, incluye la periodicidad en los cargos públicos, incluye la publicidad de los actos estatales, incluye la responsabilidad de los gobernantes no solo de los funcionarios sino de todos cualesquiera sea la categoría en el empleo público; hasta hay autores que desde el punto de vista de acentuar la responsabilidad elude la distinción entre funcionario y empleado porque dice que todo empleo público va acompañado de una determinada responsabilidad cuya dosis puede variar de acuerdo a una regla según la cual “a mayores alturas hay mayores responsabilidades” si esto lo dice el propio Cód. Civil para regir el comportamiento de los particulares, es decir de las personas privadas, y hay un artículo específicamente dedicadas a señalar eso, con mayor razón hay que admitirlo en el Derecho Constitucional, y conviene recordar que muchos artículos del Cód. Civil, ya sea en el capítulo inicial o en estos que me estoy refiriendo en materia de responsabilidades deberían tener jerarquía constitucional porque son principios elementales del sentido común.

A mayor jerarquía, a mayor ubicación en la pirámide del escalafonamiento estatal tiene que haber mayores responsabilidades.

Orden público: es un concepto que fue cobrando una dimensión a medida que el estado y los regímenes constitucionales se transformaban y por supuesto cuando las transformaciones llegaban al nivel de una crisis propiamente dicha, con mayor razón la idea de orden público, que hoy se hace uso y abuso de ella tanto que llega a quedar un poco desdibujada, un poco perdida ahí en una nebulosa, significa que hay ciertas partes del derecho que los interesados pueden reemplazar por normas haciendo jugar la autonomía de su voluntad, el famoso artículo 1197 del CC: el contrato es la ley para las partes, las partes acuerdan las cláusulas que más les convienen, los términos y contenidos que resultan del consenso del común acuerdo. Pero hay ciertas cosas que están en el nivel de las normas del orden público que es un mínimo jurídico inderogable e indisponible por las partes, no puede entre un menor y un mayor celebrarse un contrato que los menores no pueden celebrar aunque se quieran poner de acuerdo el menor con el mayor y el mayor esté de acuerdo con el menor de edad lo celebre porque son normas de orden público, los delitos son normas de orden público: la víctima no tiene porque consentir el delito que va a sufrir (aunque sea un ejemplo disparatado) las normas vinculadas con ciertos límites que se fijan en materia de indemnizatoria o ciertos umbrales que hay que respetar en materia de sueldos, salarios o remuneraciones son también normas de orden público que las partes no pueden variar, pueden variar en las que no sean de orden público. El orden público manifiesto o da testimonio de una voluntad social que se sobre impone por encima del egoísmo con que la parte más fuerte puede imponerle cláusulas exorbitantes, en una contratación, a la parte más débil o la parte más frágil. De modo que el orden público es un concepto muy útil en la medida que no se lo degenere no se lo pervierta pero muy valioso y de mucha equidad cuando se trata de hacer justicia, de guardar equidad y tomar en cuenta las desigualdades que existen en el orden de la realidad o de las realidades sociales y económicas.
La socialización de los derechos: acá la palabra está aplicada no en los términos de una ideología, sino en los términos de que el individualismo puro, es decir, la concepción del individuo, del ciudadano aislado como alguien que no está interdependiente involucrado en una sociedad también ha sido superado. Y en derecho constitucional la reconoce y los recoge a través de normas que imprimen una nota de solidaridad o de solidarismo a muchos comportamientos que se traducen a veces en normas que el Estado sanciona para proteger la seguridad social, incluso el famoso autor inglés habló de la protección desde “la cuna y hasta la tumba”, es decir, la cobertura de ciertos riesgos por la sociedad a efectos de poder cubrir situaciones de desamparo, inferioridad o de impotencia, cubrir los riesgos de la vejez, cubrir los riesgos de la niñez, cubrir los riesgos de los discapacitados, cubrir los riesgos de los que quedan sin trabajo en épocas de crisis, cubrir los riesgos del que no tiene vivienda, etc. Eso dentro de una concepción que sigue estando amparada por una idea de libertad, de propiedad, de ahorro, de inversión, etc. pero donde el Estado no puede estar ausente porque ciertos derechos implican también ciertos deberes, ciertos derechos tienen que ser ejercidos de manera tal que no entren en conflicto con el ejercicio de otros derechos, o impliquen el olvido de los deberes de solidaridad , que están consagrados en otras normas a las cuales no puede uno decir , como en el derecho sucesorio cuando se acepta una herencia con beneficio de inventario ( quiere decir que sólo se acepta el haber)pero no las deudas.
En el derecho constitucional hay que anotarse como dirían los romanos en “connubium”-la ventaja- pero sabiendo que también hay que soportar el riesgo
La participación. Esta nota, propia de la evolución del constitucionalismo es sumamente importante porque hoy en día el hombre se lo considera por lo que es, pero también por lo que hace, es decir por su situación concreta en la sociedad El hombre vale por lo que es `por lo que hace y es respetable en ambas calidades, porque de esto no se puede escindir. El individualismo puro, el individualismo egoísta creía que solo debía considerar la igualdad legal, el hombre: somos todos iguales ante la ley , hombres mujeres genero( yo prefiero hablar de sexo y no de género porque es una terminología que puede prestarse ha mucho debate) la igualdad formal la igualdad puramente legal ,esta hoy complementada , no por la igualdad real , que es una meta ,que es una utopía es un ideal , pero si por la llamada igualdad de oportunidades, la posibilidad de tener más derecho de acceso, la posibilidad de que haya una realidad de oportunidades a la mano tangible que a veces no se ven pero que se pueden obtener con la ayuda de toda la sociedad y también de planes para eso está la planificación en el cual estado puede dar prioridad en sus recursos para que, sobre todo, a través de la capacitación que es el gran capital del futuro la juventud pueda estar dotada de mejores herramientas para afrontar la lucha por la vida. Ya pensadores de varios siglos: “el conocimiento es riqueza” “el conocimiento es poder porque precisamente la posibilidad de participar está vinculada con tener tiempo, recursos y tener un mínimo de conocimiento para tomar intervención, injerencia en los temas donde hay que dar opinión u ofrecer alternativas a los planes o a los proyectos que se le ofrecen a las ciudadanías.

Pero la participación requiere partícipes, así como se ha dicho que no hay república sin republicanos y no hay democracia sin demócratas, no hay participación si no hay voluntad de participación. Y la voluntad de participación impone salir de la pasividad del decir no me interesas, del desentenderse de la suerte común, del egoísmo de no dedicar alguna parte del tiempo al bien común, al buen interés general y aprovechar esa oportunidad de volver al resto de la sociedad lo mucho que se recibe por quienes tienen la posibilidad de acceder a niveles de mejor capacitación.

La participación requiere canales, ¿Cómo de distintas maneras se abren esos canales? Las audiencias públicas (que están muy de moda e incluso en nuestro país se han puesto en varias constituciones como la de ciudad de Buenos Aires y otras provincias del interior)los consejos económicos y sociales (que se inauguraron en Europa después la primer guerra mundial), son organismos de tipo consultivos no decisorios, para evitar todo tipo de confusión con el corporativismo: son órganos consultivos donde se tomaba en cuenta la opinión de los principales sectores del quehacer económico y social, reemplazando esas consultas ocasionales, esporádicas muchas veces selectivas o caprichosamente selectivas por un tipo de consulta orgánica y permanente que diera participación a los sectores más importantes incluidas las universidades, los centros culturales y de investigación etc.; a fin de dar idea o criterio respecto de normas que hay que sancionar, todavía no están sancionadas o que hay que reformar ya son viejas y no responden a las realidades de otra época. Entonces es mejor escuchar y tomar en cuenta la participación porque eso enriquece el contenido y puede dar un mayor éxito en el hallazgo, en el acierto; en el hallazgo de las soluciones, y por lo tanto, facilitar la implementación, y porque no la participación en el control, hoy en día hay muchos organismos no gubernamentales (ONG) que participan activamente en el control de los estatales, del funcionamiento de los cuerpos públicos señalando qué errores cometen o en qué omisiones incurren o en qué casos están dando notas de abusos, y eso ilustra a la opinión pública y a través de una prensa libre y a través de la posibilidad de tener al acceso a la información, hoy muy postergada por nuestro congreso y que no termina nunca de sancionarse porque muchos funcionarios temen que la transparencia y el libre conocimiento de los datos públicos acopien su poder, les impida desenvolverse libremente, concepto que es erróneo. El acceso a la información permite que haya mayor participación a efectos de que conociendo muchos más datos se puedan dar opiniones y ofrecer alternativas valiosas.

Surgimiento del Estado democrático y social de derecho: el surgimiento de un estado que se ha llamado democrático y social de derecho, esto está incorporado ya a muchas constituciones que se manejan con un sistema capitalista, con un sistema liberal, con un sistema de democracia constitucional clásico, pero que reconozcan esa faceta social de una problemática, que ya sea a través de la seguridad social y de otras formas de acudir, tiene predisposición y deber para tratar de equilibrar las asimetrías y los desfasajes que se dan en esos grandes sadismos que hay entre los que están tan altos en la escala de poder que ni siquiera miran hacia abajo y los que están tan abajo que ni siquiera pueden mirar arriba porque sus lomos están doblados trabajando y no tienen tiempo libre para poderse ocupar de otras cosas.

Alemania en su constitución se proclama una democracia social, Francia también, Italia: la constitución que rige desde 1948 se proclama una república social fundada en el trabajo y eso fue votado por unanimidad por los constituyentes. España en su constitución de la era democrática que vive España desde hace ya más de un cuarto de siglo se proclama un estado democrático y social de derecho y han gobernado partidos –social demócrata, social cristiano, liberales- bajo el reinado de una constitución y una monarquía que respeta esa regla fundamental. Lo mismo ocurre en muchos estados de América, hay estados que por origen lingüístico y tradición cultural no utilizan esa expresión ¿pero qué otra cosa puede urdir del presidente Roosevelt en EEUU sino una forma de constitucionalismo social y de cierta dosis de intervención del estado para poder superar esa terrible crisis de los años 29 y 30 que durante casi toda la década siguiente sacudió a una potencia económicamente tan fuerte como EEUU pero donde el cimbronazo de Wall Strite, octubre de29, sacudió a todos los sectores y creo grandes masas de desocupados y una miseria muy generalizada.

Y así también en otros países del mundo que no tienen constitución codificada como Inglaterra, donde solo una parte pequeñísima de las cláusulas constitucionales están por escrito y el resto son lo que se llama convenciones constitucionales es decir costumbres

y prácticas que han quedado incorporadas al sistema, pero en Inglaterra precisamente a través de los programas, no solo del partido laborista, sino también de los propios conservadores y antes de los conservadores los liberales se incorporaron muchas normas de orden social. De modo que la palabra social no tiene porque ser demonizada ni tiene porque asustarnos, como otras palabras que están también, están hoy demonizadas como gestionar: cumplir una buena gestión, saber administrar, es algo positivo y no debe ser demonizado. Garantías o garantimos, todo el derecho constitucional es un sistema de garantías, por supuesto no hay que confundirlo con el abolicionismo de las penas que es otro caso totalmente diferente.

**UNIDAD IV**

***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 está obligadas a conformarse a ellas, 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.*

***Art. 116*** *Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del* ***Art. 75****; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias, y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.*

***Art. 117.*** *En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en lo que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.*

**El control de constitucionalidad. Concepto**

Es un instrumento con eficacia suficiente para resguardarla de los posibles ataques que pudiera sufrir. Es el régimen con el cual se asegura la supremacía constitucional. El control judicial es realizado a través de la actividad judicial. El control jurisdiccional puede subdividirse en:

1) *difuso*: cuando cualquier órgano judicial puede ejercerlo.

2) *concentrado*: cuando corresponde a un órgano jurisdiccional único y específico que ejerce con exclusividad el control.

Con respecto a las vías procesales pueden ser:

1) *por vía directa*: el proceso se promueve con el objeto de atacar la presunta inconstitucionalidad de una norma.

2) *por vía indirecta*: la cuestión de constitucionalidad se introduce en forma incidental dentro de un proceso cuyo objeto principal no es la posible declaración de inconstitucionalidad.

Con respecto al sujeto que esta legitimado para provocar el control puede ser:

1) *el titular de un derecho* o un interés legitimo que se ve agraviado por una norma o acto inconstitucional.

2) *cualquier persona*, en cuyo caso la acción es directa.

3) *un tercero* o

4) *el propio juez de la causa*.

respecto a los efectos del control puede agruparse en dos grandes grupos:

1) cuando la sentencia declarativa de inconstitucionalidad solo implica no aplicar la norma en el caso resuelto, el efecto es limitado.

2) cuando la sentencia invalida la norma declarada inconstitucional va mas allá del caso, el efecto es amplio. Este puede revestir dos modalidades:

a) que la norma quede automáticamente derogada o

b) que la sentencia irrogue la obligación de derogar la norma inconstitucional por parte del órgano que la dictó.

 **Diversos sistemas**

Clasificaciones de los sistemas de control en el *derecho comparado:*

*1- En función de su admisión:*

- Positivos: completos, incompletos, expresos e implícitos.

- Negativos

*2- En función del órgano:*

- Por su dependencia:

 judiciales o con fisonomía judicial: comunes (difusos o concentrados) y especializados, mixtos.

 No judiciales: parlamentarios, institucional, ejecutivos, electorales, órganos sui generis.

 Nacionales- internacionales.

*3- De control*

- Por su composición: letrados, legos, mixtos

- Por su duración: permanentes, ad-Hoc.

*4- En función del procedimiento de control*

- Por el momento: preventivo, reparados y mixto

- Por el modo de articularlo: como acción, como excepción.

- Por la forma de tramitarlo: condicionada, incondicionada

- En razón de los sujetos que lo impulsan: restringido, amplio, amplísimo, automático.

*5- En función del radio de acción*

- Por la cobertura del control: total, parcial

- Por la naturaleza del acto controlado: actos, omisiones.

*6- En función del efecto:*

 -no decisorio

Decisorio: para el caso concreto, erga omnes, intermedios.

**Sistemas políticos y judiciales**

Los sistemas de control de constitucionalidad ofrecen múltiples variantes, según el órgano que lo lleve acabo, el modo de promoverlo y los alcances o los efectos de la eventual declaración de inconstitucionalidad. Según el órgano competente, los sistemas de control se distinguen en políticos y judiciales. En el primer caso el control esta a cargo de los propios poderes políticos, generalmente el legislativo. Aquí se encuentra limitada la participación del ciudadano. En el segundo lo realiza el poder judicial. Uno de las innegables ventajas que presenta el sistema de control judicial es la de permitir que cualquier ciudadano pueda impugnar la constitucionalidad de una norma. También hay regímenes mixtos.

*1- Sistema político*

La función de asegurar la supremacía constitucional está a cargo de un órgano de naturaleza política, ya sea que se trate de un órgano político ordinario (congreso) o de un órgano político extraordinario (órgano creado exclusivamente para ejercer el control de constitucionalidad).

Quienes idearon el sistema político sostenían que el parlamento cuando dictaban leyes estaba representando la voluntad popular ya que sus integrantes eran elegidos por el pueblo. Para controlar la constitucionalidad de estas leyes debe designarse a un órgano político (senado) porque representa mejor al pueblo que un órgano judicial.

Estaba mal visto que un juez que nunca es elegido por el pueblo, declarara la inconstitucionalidad de una ley.

El caso más significativo es el que estableció la constitución francesa de 1958:

1- El control de constitucionalidad es ejercido por un órgano político extraordinario. El consejo constitucional.

2- Este órgano control a la constitucionalidad de las leyes antes de que sean sancionadas.

3- Si considera que una ley es inconstitucional, impide su sanción y entrada en vigencia.

4- Sus decisiones son definitivas e inapelables.

5- Los partidos no pueden acudir a este órgano para pedir la inconstitucionalidad de una norma.

*2- Sistema judicial*

La función de velar por la supremacía de la constitución le corresponde a un órgano judicial.

Este sistema comenzó a gestarse en los EE. UU en el siglo XVIII. Su antecedente es el caso de Marbury vs Madison año 1803 (ver pág. 62 cartilla).

Quienes consagran el sistema judicial afirman que es mucho más eficaz que el sistema político. Sostiene que la tarea de verificar si una ley contradice a la constitución es una función esencialmente jurídica y es por eso que la tarea debe ser asignada a los órganos mejor preparados en la materia, los órganos judiciales.

Los jueces cuando ejercen el control de constitucionalidad, no analizan la utilidad o conveniencia de la ley. Solamente se limita a verificar si contradice en algún punto a la constitución y si así fuera proceden a declararla inconstitucional.

**Los tribunales constitucionales**

Los tribunales constitucionales son órganos jurídico - políticos especializados en el control de constitucionalidad, tiene a su cargo otras funciones como, el control de constitucionalidad de las leyes. Sus miembros son designados por los poderes políticos y gozan de inamovilidad. Tienen origen y mayor desarrollo en Europa.

En nuestro país, la constitución de la provincia de Tucumán de 1990 creó un tribunal constitucional compuesto por cinco miembros, designados por el poder ejecutivo de una nómina elegida por la Corte Suprema y las cámaras de apelación de la provincia. Duran en sus funciones diez años y pueden ser removidos. Aquel tiene a su cargo, entre otras atribuciones, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

**El control de constitucionalidad en el derecho argentino.**

**Caracteres. Bases constitucionales**

En nuestro país, el control de constitucionalidad esta ejercido por el poder judicial. La constitución adoptó el sistema norteamericano (arts. 31, 27, 28, 99 inc. 2, 116, 108, 5), disponiendo en art. 116, corresponde a la Corte Suprema de justicia y a los tribunales inferiores de la nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución. Es aplicable, en principio, a las leyes y los demás actos de los poderes públicos federales y provinciales (ejecutivo, las cámaras legislativas, los órganos administrativos de toda especie, así como las sentencias judiciales) y a los tratados. Es ejercido por la vía indirecta, esto significa que puede ser planteado al órgano competente por la persona que tenga un interés afectado, y únicamente como excepción o defensa. No se puede reclamar por la norma en si, nos tiene que afectar. La declaración de inconstitucionalidad acarrea en el derecho federal argentino, la inaplicabilidad de la norma o acto así declarado al caso concreto que fue planteado. En el derecho constitucional federal de nuestro país podemos sintetizar el control así:

Es difuso por que todos los jueces pueden llevarlo a cabo, sin perjuicio de llegar a la Corte Suprema como tribunal ultimo por vía del recurso extraordinario; solo el poder judicial puede ejercer control, es el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el Poder Legislativo. En cuanto a las vías procesales utilizables no existe vía directa, de acción o de demanda. El art. 2 de la ley 27 prescribe que los tribunales federales solo ejercen jurisdicción en casos contenciosas. No procede por vía de consulta sobre la inconstitucionalidad de la legislación. Como sujeto legitimado para provocar el control, la corte suprema solo reconoce al titular actual de un derecho propio que se pretende ofendido. El interés que puede tener un tercero en impugnar como inconstitucional una norma que él debe cumplir no es aceptada por la corte para investirlo de legitimación con la promoción del control. Inconstitucionalidad de oficio significa que, si el juez advierte que una norma es inconstitucional, pero ello no ha sido planteado por las partes, no puede declararlo. Solo procede a pedido de parte interesada. El control de constitucionalidad es aplicable a las leyes y a los demás actos de los poderes públicos federales y provinciales. Este solo puede efectuarse en el marco de una causa judicial conforme lo determina el art. 116 de la Constitución Nacional. También se aplica a los tratados, sentencias judiciales y actos particulares. Quedan excluidas las cuestiones hipotéticas, las consultas, las causas simuladas, las abstractas y las causas políticas. En lo referente a las causas políticas, la jurisprudencia las excluye del control constitucional por considerarlas no judiciables. Se incluyen entre otras: la declaración de la intervención federal, la declaración del estado de sitio, la reforma constitucional, la declaración de la utilidad pública de la expropiación, el proceso de formación y sanción de leyes, el ejercicio de los poderes de guerra, el juicio político, el indulto y la acefalía presidencial.

**Las materias controlables y excluidas. Fundamentos. Jurisprudencia**

La jurisprudencia de nuestros tribunales, siguiendo el criterio de los tribunales de los Estados Unidos, excluye del control de constitucionalidad las causas políticas, por considerar que estas no son judiciables.

No se trata, en el caso, de seguir un mandamiento constitucional específico, sino, mas bien, de una autorrestricción del poder judicial, que tiene su fundamento principal en el principio de la división y el equilibrio de los poderes, propio de la forma republicana de gobierno. Se sostiene siguiendo esta línea argumental, que, si los jueces y tribunales juzgasen acerca de cuestiones estrictamente reservadas a los poderes políticos, se distorsionaría el reparto de competencias previsto en la constitución y estaríamos ante un sistema de gobierno de los jueces.

Según esta doctrina, cada uno de los poderes políticos del estado tiene una zona de reserva que no puede ser invadida por el poder judicial. Se trata de las decisiones políticas, en las cuales el mérito, la oportunidad o la conveniencia del acto son sustancias.

Dentro de esta categoría de cuestiones políticas no judiciables, la jurisprudencia de la Corte Suprema se encuentra: la declaración de la intervención federal, la declaración del estado de sitio, la reforma constitucional, la declaración de la utilidad pública en la expropiación; el proceso de formación y sanción de las leyes, el ejercicio de los poderes de guerra, el juicio político, el indulto y la acefalía presidencial.

**Control de constitucionalidad.**

Poco vale el principio de supremacía constitucional si no se planifica un aparato de control de esa supremacía. Esto es, una *magistratura constitucional,* que opere como órgano de control, y *procesos constitucionales,* mediante los cuales pueda efectivizarse realmente la superioridad de la constitución, cuando es infringida por normas, omisiones y actos de los poderes constituidos o de los particulares.

La importancia de este tema ha hecho nacer una nueva disciplina, el *derecho procesal constitucional,* que precisamente se ocupa de la magistratura constitucional y de los procesos constitucionales.

Condiciones:

Constitución rígida

un órgano de control independiente del órgano controlado

Facultades decisorias del órgano de control

Derecho de los perjudicados a reclamar e impulsar el control

Sometimiento de todo el mundo jurídico al control

Clasificaciones de los sistemas de control en el derecho comparado:

 Completos

*En función* Positivos Incompletos

*De su*  Expresos

*Admisión*  Implícitos

 Negativos

 Judiciales o con Comunes (difusos, concentrados)

 Fisonomía

 Judicial Especializados mixtos

 Por su dependencia Parlamentarios institucional

 No judiciales ejecutivos electorales

 Órganos *sui generis*

En función Nacionales

Del órgano Internacionales

De control

 Letrados

 Por su composición Legos

 Mixtos

 Permanentes

 Por su duración

 Ad-Hoc

 Preventivo

 Por el momento Reparador

 Mixto

 Por el modo Como Acción

En función de articularlo Como excepción

Del procedimiento Por la forma Condicionado

De control de tramitarlo incondicionado

 Restringido

 En razón de los sujetos Amplio

 Que lo impulsan Amplísimo

 Automático

 Por la cobertura Total

En función del control Parcial

Del radio

De acción Por la naturaleza Actos

 del acto controlado Omisiones

 No decisorio

En función Para el caso concreto

Del efecto Decisorio *Erga omnes*

 Intermedios

*En función de la admisión del control: sistemas “positivos” (completos e incompletos) y “negativos”.* La mayoría de los países programa en su constitución de modo *explícito*, o admite *tácitamente*, mediante su derecho constitucional consuetudinario, algún régimen de control de constitucionalidad consuetudinario, algún régimen de control de constitucionalidad (método, pues *positivo* de revisión). El sistema es *completo* si cubre las cinco condiciones descriptas, o *incompleto* si solamente satisface algunas de ellas. Normalmente, los Estados tienen sistemas *incompletos.*

Muy pocas naciones carecen de control de constitucionalidad (sistema *negativo).* Países como Francia, durante la Tercera República, Luxemburgo y el Vaticano son ejemplos de la casi inexistencia de tal mecanismo de examen.

*En función de los órganos de control. Control judicial. Sistema del “control difuso”*. En razón de quién controla. Pueden distinguirse tres variables: *Sistemas judiciales* (o con fisonomía judicial); *no judiciales* (parlamentarios, ejecutivos, electorales, sui géneris) y *nacionales o internacionales*. El modelo estadounidense propicia el *control judicial*, de tipo *difuso o desconcentrado*: cualquier juez puede evaluar la constitucionalidad, de una norma o acto (y el efecto de su decisión, por lo común, se ciñe al caso concreto). Es un sistema *no especializado*, ya que el juez de la magistratura constitucional desempeña, al mismo tiempo, tareas de juez en lo civil, penal, laboral, etc. Rige también en la República Argentina.

*Control judicial especializado: el “fuero constitucional”.* Programado especialmente por Kelsen, se lo llama *sistema austríaco* por haberse implantado en la Constitución de tal país en 1920. Propone un régimen *concentrado* de revisión de constitucionalidad, es decir, centralizado en un “tribunal constitucional” que opera como órgano extrapoder (fuera de los tres poderes clásicos). El Plan de Kelsen parte de estos supuestos:

No hay control efectivo de constitucionalidad si el órgano de control no está habilitado para fallar con efectos generales (*erga omnes)* y hasta para derogar a la norma inconstitucional.

Eso importa un enorme poder político-institucional. Que no puede confiarse al Poder Judicial clásico, sino a un cuerpo intermedio, situado a mitad de camino entre el viejo Poder Judicial y el parlamento

El control constitucional exige un cuerpo especializado, a fin de garantizar una mayor capacitación entre sus miembros y una suerte de *mentalidad constitucionalista* al dictar sus sentencias. (Austria, Italia, España, Portugal y Alemania)

*Sistemas Mixtos.* Compatibiliza las bases del sistema estadounidense con el austríaco (Perú, Grecia, Guatemala,etc.). La fórmula puede ser: todo juez puede conocer en litigios de constitucionalidad (régimen estadounidense), tomando decisiones con valor par el caso concreto; pero ciertas acciones, que pueden promover sólo determinados sujetos (ejm. El presidente o el fiscal general), se diligencias exclusivamente en el tribunal constitucional; y la sentencia de éste tiene efectos *erga omnes.*

*Sistemas no judiciales.* *Control parlamentario.* En numerosos países el control de constitucionalidad no está sometido a la judicatura ya por que se desconfía de ésta o ya entendérsela demasiado conservadora. En otros, se impugna su carácter no popular. En los países tributarios del constitucionalismo marxista-leninista, lo usual ha sido conferir el control de constitucionalidad al propio órgano que sanciona las leyes, es decir, el mismo Poder Legislativo. En estos países, el control parlamentario se justifica, además por la tesis del *centralismo democrático;* el órgano más representativo del pueblo (el Poder Legislativo) debe prevalecer sobre los demás. En los países occidentales, el parlamento realiza también control de constitucionalidad cuando deroga una ley por reputarla inconstitucional.

*Control ejecutivo.* En los países occidentales, el Poder Ejecutivo ejerce algunas veces control de constitucionalidad sobre el congreso mediante el *veto* (entre otras cosas por inconstitucionalidad)

*Control por el electorado.* Es un caso no habitual. En los Estados Unidos de América fue instrumentado en la Constitución del Estado de Colorado. Si el Superior Tribunal del Estado declaraba inconstitucional una norma, el 5% del electorado tenía el derecho a que se sometiera a referéndum lo resuelto por el tribunal (esto se llamó *apelación popular de sentencias)*

*Control por órganos sui géneris.*

 Portugal: *Consejo de la Revolución}*

Irán*: Consejo de los Custodios.*

Francia*. Consejo Constitucional.*

*Control Nacional y control supranacional*. Los Tribunales transnacionales han sido creados por convenios internacionales con la misión de tutelar el derecho comunitario, y cuyas sentencias definitivas son obligatorias para los Estados, quienes deben cumplirlas. Esta jurisdicción transnacional está autorizada para revisar lo decidido por la Corte Suprema nacional, por ejemplo sobre la libertad de cultos y esto importa un control, por ejemplo sobre la libertad de cultos y esto importa un control transnacional del derecho reconocido o enunciado en la constitución local.

*Órganos de control letrados, legos y mixtos.* Habitualmente los cuerpos de control judiciales son letrados, pero algunas veces se admiten jueces legos, especialmente en los sistemas de control difuso, donde cualquier juez (incluso no abogado) puede revisar la constitucionalidad de una norma.

*Clasificación de los sistemas en razón del procedimiento de control. Según el momento: control preventivo, reparador y mixto.* Con relación al momento del control de constitucionalidad, éste puede presentar diversas características:

*Preventivo.* Se lleva a cabo antes de que la norma sea tal.

*Reparador:* tiene lugar después de entrar en vigencia la norma controlada (EEUU., América, España, Austria, etc.)

*Mixto.* Se puede practicar *antes y después* de que la norma se sancione. (Ejm. Irlanda, el control preventivo se concreta a iniciativa del presidente de la República y queda a cargo del Tribunal Supremo, respecto de un proyecto de ley; y el reparador, también por el mismo tribunal)

*Según el modo de articular la impugnación de inconstitucionalidad: Contrl Abstracto y control Concreto.*

En el control judicial de constitucionalidad se divisan dos variables principales:

*Control abstracto.* Quien lo promueve puede no estar, necesariamente, involucrado en una relación jurídica específica donde se aplique la norma que él juzga inconstitucional. Esto pasa en algunas *acciones populares* y en ciertas *acciones declarativas puras* de inconstitucionalidad, articulables en el derecho comparado por determinados funcionarios (Ej. El presidente de la Repùblica, fiscal de la nación, etc.)

*Control concreto.* Solo está autorizado para impulsarlo quien tenga determinado interés (derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple, según los casos) afectado por la norma que califica como inconstitucional.

*Control condicionado e incondicionado.* El primero se presenta cuando, para acceder al órgano de control de constitucionalidad, es necesario pasar previamente por un *órgano de preselección,* que decide si los autos se remiten o no al primero. En el control incondicionado el órgano de control no está subordinado al parecer de otro mecanismo anterior a él.

*Según los sujetos autorizados a impulsar el trámite control restringido, amplio, amplísimo y automático.*

En el restringido, sólo determinados sujetos están habilitados para reclamar el funcionamiento del órgano de control de constitucionalidad (ejm. Francia, donde únicamente el presidente de la República, los presidentes de las cámaras, el primer ministro y sesenta diputados o senadores están legitimados para actuar ante el Consejo Constitucional)

EEUU. y Argentina propician un control *amplio*: quien tenga un derecho subjetivo, o un interés legítimo vulnerados por una norma constitucional (según algunos, también si media interés simple, en ciertos casos), está habilitado para impetrar ante la justicia la declaración de inconstitucionalidad de una norma.

El control *amplísimo* se da en las *acciones populares*. En la argentina un caso parecido es la acción de hábeas corpus, promovible por cualquier persona, aunque no fuese pariente ni apoderado del detenido.

El control *automático* ocurre, según Naranjo Mesa, cuando sin que nadie lo requiera, por mero imperativo constitucional, un órgano está obligado a evaluar la constitucionalidad de una norma o acto.

*Según el radio de cobertura: total o parcial.* Un régimen *total* de control sometería a todas las normas y actos estatales al juicio de constitucionalidad sometería a todas las normas y actos estatales al juicio de constitucionalidad que emita el órgano de control.

Es difícil hallar un tipo total de control; normalmente hay áreas de la actividad del Estado exentas de él. Por ejemplo normas que tratan las llamadas cuestiones políticas no justiciables (declaración de guerra, de estado de sitio)

*En función del efecto del control: sistemas no decisorios y decisorios. Inconstitucionalidades relativas y evolutivas.* En los sistemas no *decisorios*, el órgano de control de la constitucionalidad dicta pronunciamientos que no invalidan la norma reputada inconstitucional: emite un dictamen en tal sentido, pero transfiere la decisión definitiva a otro ente.

En cambio, en los sistemas *decisorios* lo resuelto por el órgano de control invalida a la norma inconstitucional, ya sólo para el *caso concreto* (los EEUU, Argentina, aunque hay excepciones, especialmente respecto de los fallos de la Corte Suprema, con eficacia más general) , ya *erga omnes* (España, Italia)

Cuando el efecto de la “cosa juzgada constitucional” es *erga omnes*, la ley declarada inconstitucional es abolida o derogada. Cuando es *inter partes,* la norma es invalidada para el caso judicial concreto, pero persiste vigente¸ en otro expediente, el mismo tribunal puede reputarla constitucional.

El sistema estadounidense permite recepcionar mejor la doctrina de las *inconstitucionalidades relativas y evolutivas.* En el primer caso puede ocurrir que una ley sea declarada inconstitucional en determinado proceso, pero que en otro no causa agravio a la constitución y que, por ende, no se la declare inconstitucional.

Las evolutivas o “sobrevivientes” cambian con el tiempo, según las variaciones en las creencias sociales y el contexto de vida. (Ejm. En argentina se reputó constitucional el régimen que sólo admitía el divorcio “no vincular” (sin posibilidad de contraer nuevo matrimonio) y luego reputó inconstitucional aquel precepto legal.

*Sistemas retroactivos y no retroactivos.* En ciertos casos la declaración de inconstitucionalidad no tiene efectos retroactivos, mientras que en otros sí. En nuestro país, la norma reputada inconstitucional por la justicia se considera como derecho no válido, con efecto retroactivo.

*Sentencias constitucionales. Evaluación.*

El pronunciamiento que haga un órgano de la jurisdicción constitucional ante un planteo de inconstitucionalidad, puede configurar una sentencia *estimatoria*, si lo acepta y fulmina de inconstitucionalidad a la norma, o una sentencia *desestimatoria*, si lo rechaza. Desde luego, la decisión puede ser *total o parcial*, según se invalide todo o parte de una norma.

La doctrina habla de sentencias constitucionales de *estimación parcial o manipulativas*, cuando el pronunciamiento de inconstitucionalidad se refiere no estrictamente a una norma, sino a una *interpretación* dada a tal norma. Aquí se está *descartando*, por inconstitucional, *una* variable interpretativa*.*

A su turno hay sentencias constitucionales *aditivas* o *acumulativas* cuando el juez de la magistratura constitucional infiere de un texto constitucional, un precepto o directriz que reputa constitucional, o cuando cubre un vacío normativo de la constitución por medio de la integración; y sentencias *sustitutivas* cuando rechaza por inconstitucional una norma extraída por interpretación de un texto legal, e indica cuál es la norma compatible con la constitución que debe entenderse incluida en dicho texto.

En las sentencias *exhortativas*, se encomienda (generalmente al Poder Legislativo) cambiar a una norma, para tornarla compatible con la constitución.

Pueden clasificarse según:

**La naturaleza del órgano**:

- Político: Típico del Francia, que creó un Consejo Constitucional al cual deben someterse todas las leyes orgánicas antes de su promulgación (siempre que no sea declarada inconstitucional)

- Judicial: a su vez el control por parte de este órgano puede ser:

*Concentrado*: Hay un órgano judicial único y específico que tiene la competencia exclusiva para las declaraciones de inconstitucionalidad. (Uruguay, Italia)

*Difuso*: cualquier órgano (y todos) pueden declararla.

**La vía procesal***:* puede ser a su vez:

Directa: Se promueve directamente una demanda de inconstitucionalidad.

Indirecta: Cuando el objeto de la demanda no es la declaración de inconstitucionalidad, pero ese tópico se introduce indirectamente en el proceso.

**Los efectos**: pueden ser:

Limitados: La norma declarada inconstitucional no se aplica al caso concreto, pero sigue vigente.

Amplios: La sentencia puede derogar automáticamente la norma u obligar al órgano que la dictó a que la modifique o derogue.

Los sistemas de control en nuestro país son:

jurisdiccional difuso

efecto limitado

vía indirecta.

**Orden jerárquico de las normas**

El bloque federal está constituido por:

Constitución Nacional

Tratados y concordatos con potencias extranjeras y organizaciones supranacionales.

Leyes del Congreso de carácter federal o nacional.

**La constitución como norma fundamental. La fuerza normativa de la constitución.**

La constitución es la “norma fundamental” del sistema, es decir, una especie de “super ley” que impone las limitaciones sustanciales a las atribuciones de los órganos constituidos que ejercen el poder político. Lo fracciona y lo encierra y limita mediante diversos artificios, como, por ejemplo, ampliando el catálogo de los derechos del hombre, a los que sacraliza, y por ende, otorga intangibilidad.

En realidad, esa ley suprema define las garantías para la defensa de los derechos declarados, enumerados o implícitos y crea permanentemente otras nuevas. Patentiza una apreciable desconfianza hacia el poder y hacia sus titulares, traducida en el célebre axioma pautando que “el mejor gobierno es el que menos gobierna” base del constitucionalismo moderno o clásico, como vimos, nacido por efecto de la reacción contra el absolutismo monárquico.

La norma fundamental está en el vértice de la pirámide jurídica, y es norma operativa. Impregna desde lo formal y material la creación y contenido de las normas infraconstitucionales de cualquier jerarquía hasta llegar a la sentencia, en su condición de norma jurídica para el caso concreto. El principio de supremacía encuentra en la rigidez constitucional, que impide que la norma fundamental sea modificada por una ley de jerarquía inferior, la razón por la cual estatuye, para su concreción práctica, la garantía de tal principio en el procedimiento de reforma especial con mayoría agravada, prevista en el art. 30

**El recurso extraordinario**

**Concepto, finalidad, requisitos de procedencia y procedimiento**

Como primera descripción, cabe decir que el recurso extraordinario es un recurso, o sea una vía de acceso a la Corte que no es originaria, sino posterior a una instancia previa o anterior. En ese sentido, responde a la previsión constitucional de que haya una jurisdicción no originaria (apelada) de la Corte.

Se discute si es un recurso de apelación. En tanto el acceso a la Corte que por el se obtiene no es originario, cabe responder que sí, aun cuando no habilita una revisión total del fallo inferior.

De todos modos, sus características son especiales. Por algo se lo llama extraordinario, o sea, no ordinario. Esa naturaleza extraordinaria consiste en que no es un recurso de apelación común, sino excepcional, restringido y de materia federal. En este aspecto, puede decirse que es parcial porque recae sobre la parte federal y exclusivamente.

El objeto del recurso extraordinario consiste en asegurar en última instancia ante la Corte el control de la supremacía constitucional. Puede desglosarse este control en dos: a) interpretación constitucional; b) conflicto de constitucionalidad.

La revisión constitucional en instancia extraordinaria en torno del objeto propio del recurso ante la Corte, confiere primordial importancia a lo que en él se llama cuestión constitucional (o caso federal), requisito inexorable sin cuya concurrencia el mismo recurso pierde su meollo. En instancia extraordinaria se recurre contra una sentencia que se sitúa dentro del marco de un juicio; la misma debe provenir de tribunales del poder judicial sean federales o provinciales.

Con respecto a los requisitos pueden agruparse en tres grupos:

1) Requisitos comunes:

a) previa intervención de un tribunal judicial federal o provincial que haya tenido lugar en un juicio y concluido con una sentencia.

b) decisión en la sentencia de una cuestión que sea judiciable.

c) gravamen o agravio para quien deduce el recurso, con interés personal en la cuestión.

d) subsistencia actual de los requisitos anteriores en el momento en que la Corte va a sentenciar la causa.

**Requisitos propios:**

a) existencia en la causa de una cuestión (o caso) constitucional (o federal)

b) relación directa entre esa cuestión constitucional y la solución que la sentencia recurrida ha dado al juicio.

c) que la sentencia recurrida haya sido contraria (y no favorable) al derecho federal invocado por el proponente,

d) existencia de sentencia definitiva dictada por el superior tribunal componente de la causa

3) Requisitos formales:

a) introducción oportuna y clara de la cuestión constitucional en el juicio, por parte de quien luego interpone el recurso.

b) mantenimiento sucesivo de dicha cuestión en todas las instancias del juicio

c) interposición por escrito del recurso, contra la sentencia definitiva, con debido fundamento y con relación completa de las circunstancias del juicio que se vinculan a la cuestión constitucional planteada.

**La cuestión constitucional: clases**

Se puede definir la cuestión constitucional como una cuestión de derecho en que, directa o indirectamente, está comprometida la constitución federal.

La cuestión constitucional se abre en dos grandes rubros o clases: a) cuestión constitucional simple; b) cuestión constitucional compleja.

La cuestión constitucional simple versa siempre sobre la interpretación pura y simple de normas o actos de naturaleza federal. La cuestión constitucional compleja versa siempre sobre un conflicto de constitucionalidad entre normas o actos infraconstitucionales y la constitución federal.

La cuestión constitución simple pone bajo interpretación a normas o actos federales, de forma que queda fuera de ella la interpretación de normas o actos no federales (derecho común, derecho provincial). Recae, entonces, sobre la interpretación de:

a) la propia constitución federal y los tratados con jerarquía constitucional

b) las leyes federales

c) los demás tratados internacionales

d) los decretos reglamentarios de leyes federales

e) otras normas federales (por ejemplo, reglamentos autónomos del poder ejecutivo, resoluciones o instrucciones ministeriales, etc.)

f) los actos federales de órganos del gobierno federal

La cuestión constitucional compleja se subdivide en:

a) compleja directa, cuando el conflicto de constitucionalidad se suscita directamente, entre una norma o un acto infraconstitucionales y la constitución federal.

b) compleja indirecta, cuando el conflicto de suscita entre normas o actos infraconstitucionales que, dentro de su gradación jerárquica, infringen indirectamente a la constitución federal que establece la prelación de la norma o del acto superiores sobre los inferiores.

Ejemplos de cuestión constitucional compleja directa son los conflictos entre la constitución federal mas los tratados con jerarquía constitucional por un lado y por el otro, una ley del congreso, un tratado sin jerarquía constitucional, etc.

Ejemplos de cuestión constitucional compleja indirecta son:

a) conflicto entre normas o actos de autoridad federales, por ejemplo, entre un decreto reglamentario y la ley reglamentaria.

b) conflicto entre normas federales y locales, por ejemplo, entre una ley federal y una ley o decreto provincial.

c) conflicto entre normas nacionales de derecho común y normas provinciales, por ejemplo, entre una norma del código civil y una constitución o ley provinciales.

d) conflicto entre normas federales y actos provinciales.

e) conflicto entre actos federales y normas provinciales.

f) conflicto entre actos federales y actos provinciales.

**La sentencia definitiva del tribunal superior de la causa: jurisprudencia**

Para estar en condiciones de abrir el recurso extraordinario, es menester que el mismo se interponga contra una sentencia definitiva, que en el respectivo juicio debe haber dictado el superior tribunal de la causa.

La sentencia definitiva es la decisión que pone fin a la cuestión debatida en el juicio, de forma que tal cuestión no pueda ya renovarse o replantearse ni en ese juicio ni en otro posterior.

La Corte también considera como sentencia definitiva a todas las decisiones judiciales que en cualquier etapa del juicio impiden su continuación, o que causan un agravio de imposible, difícil o deficiente reparación ulterior.

El requisito de sentencia definitiva puede asimismo ser eximido cuando sobre la cuestión constitucional anidada en el juicio se dicta una resolución que, sin ser sentencia definitiva, reviste gravedad institucional.

Es fácil advertir que no son sentencias definitivas las que admiten un recurso para ser revisadas; las que no concluyen el proceso ni traban su continuación; las que permiten proseguir la causa judicial por otra vía, etc..

La sentencia definitiva de cada juicio ha de haber abarcado y resuelto la cuestión constitucional inserta en el juicio, que es la materia propia del recurso extraordinario.

Cuando se trata de procesos tramitados ante tribunales provinciales, el derecho judicial de la Corte solo considera sentencia definitiva a la que emana del superior tribunal de justicia de la provincia.

**El recurso por arbitrariedad**

Tratándose de una sentencia que, por arbitrariedad, s inconstitucional, hay mas que fundamento para sostener que se trata de una cuestión constitucional compleja directa

Nos parece importante hacer sumariamente la enumeración de supuestos que tipifican arbitrariedad de sentencia

1) Sentencias arbitrarias con relación al derecho aplicable: la que decide en contra de la ley; la que carece de fundamento normativo; la que solo se basa en afirmaciones dogmáticas del juez que relevan apoyo en su mera voluntad personal; la que se aparta del derecho aplicable, etc..

2) Sentencias arbitrarias con relación a las pretensiones de las partes: la que omite decidir pretensiones articuladas; la que excede las pretensiones de las partes, decidiendo cuestiones no propuestas; la que omite considerar pruebas conducentes a la decisión que se han rendido en el proceso; la que considera probado algo que no está probado en el proceso; la que valora arbitrariamente la prueba.

3) Sentencias arbitrarias en relación a la irrevisabilidad o inmutabilidad de resoluciones o actos procesales: la que viola la cosa juzgada; la que incurre en exceso de jurisdicción, reviendo en la alzada cuestiones que, por no integrar la materia del recurso, adquirieron fuerza de cosa juzgada en la instancia inferior; la que viola la preclusión procesal.

4) Sentencias arbitrarias por exceso ritual manifiesto: la que desnaturalizando las formas procesales en desmedro de la verdad objetiva o material, utiliza excesivo rigor formal en la interpretación de los hechos o del derecho aplicable.

5) Sentencias arbitrarias por autocontradicción: la que usa fundamentos contradictorios o incomprensibles entre sí; la que en su parte dispositiva resuelve en contra de lo razonado en los considerandos que le sirven de fundamento.

**La gravedad institucional**

A criterio de la Corte, una cuestión es de interés o gravedad institucional cuando lo resuelto en la causa excede el mero interés individual de las partes y atañe a la colectividad.

La teoría jurisprudencial de la gravedad institucional ha servido para suavizar requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario (ápices procesales) y hacer procedente el recurso; también para disponer la suspensión de la sentencia inferior recurrida ante la Corte.

Nosotros solamente admitimos la llamada gravedad institucional dentro de una cuestión constitucional o federal, a fin de atenuar lo que se denomina ápices procesales, es decir, para sortear o ablandar uno o mas requisitos formales del recurso, o para moderar su rigor; pero en modo alguno admitimos que con la gravedad institucional se fabrique una causal más o una causal independiente para el andamiento del recurso extraordinario, cuando no se tipifica la cuestión constitucional o federal que el exige.

**El certiorari. Concepto y alcances**

La ley 23774 del año 1990, incorporó el certiorari en el art. 280 del código procesal civil y comercial, al que, para el caso de queja por denegación del recurso extraordinario, remite el art. 285. Según la nueva norma, la Corte puede, según su sana discreción y con la sola invocación del art. 280 rechazar el recurso extraordinario en tres supuestos, que están tipificados así: a) cuando falta agravio federal suficiente, b) cuando las cuestiones planteadas son insustanciales, c) cuando esas mismas cuestiones carecen de transcendencia.

Fundamentalmente, el certiorari argentino es visto como negativo, porque la norma que lo habilita prevé supuestos en que la Corte puede excluir su intervención. Aún siendo así, hay un perfil de certiorari positivo porque ante la diversidad de causas llegadas a la jurisdicción apelada de la Corte, el tribunal que selecciona cuáles excluye en virtud del art. 280 del código procesal, también opta por cuales va a conocer y decidir.

La inexistencia de agravio federal suficiente o de sustancialidad o transcendencia de la cuestión, solamente es evaluada por la propia Corte, de forma que no incumbe al tribunal ante el cual se interpone el recurso expedirse sobre tales aspectos cuando dicta la resolución que concede o niega dicho recurso.

No cabe duda de que, tanto si la Corte emplea el certiorari para restringir como para asumir el acceso de una causa, el certiorari argentino es un instrumento procesal discrecional en manos de la Corte.

**El per saltum: concepto**

Per saltum significa procesalmente salteamiento de instancias en un proceso. En otros términos, significa alcanzar la instancia última de la Corte Suprema sin haber recorrido todas las inferiores a ella que, para cada proceso, están previstas en las leyes de procedimiento aplicables a él.

Tal forma de abreviar las etapas y la duración del proceso es siempre reputada excepcional, porque responde a situaciones de urgencia y gravedad institucional de alta intensidad en la causa en que el salteamiento se produce. Al certiorari se le llama “by pass” porque hace de puente hacia la Corte desde el tribunal cuya decisión llega a ella con salteamiento de instancias intermedias.

Estamos rotundamente convencidos de que el per saltum sin ley del congreso que lo prevea es inconstitucional. Las razones son: a) una primera, nos recuerda que la jurisprudencia apelada de la Corte funciona según las reglas y excepciones que establece el congreso (art. 117); b) las leyes tienen reglamentadas las instancias procesales de las causas que pueden llegar en último término a la Corte; sin habilitación legal, la Corte no puede abreviar los procesos con salteamiento de esas instancias; c) una cosa es aliviar excepcionalmente los recaudos propios de la instancia extraordinaria ante la Corte, y otra muy distinta es arrasar etapas establecidas en las leyes procesales, que son de orden público indisponible; d) si existiendo diversidad de instancias la propia Corte afirma que no puede privarse al justiciable del derecho a usarlas y recorrerlas, parece imposible que ella misma, al saltearlas, impida que aquél ejerza ese derecho.

**UNIDAD N° V**

*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*

*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 está obligadas a conformarse a ellas, 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.*

*Art. 75. Corresponde al congreso:*

*inc. 22Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículos derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*

*Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.*

*inc. 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.*

*La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara después de de ciento veinte días del acto declarativo.*

*La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*

*Art. 99. El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:*

*inc. 11. Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules.*

**El derecho constitucional Internacional:**

El Estado nacional como marco del derecho constitucional clásico.

Estado, es la entidad jurídica de un pueblo, manifestada por la acción de un gobierno, que ejerce su poder en un territorio determinado y orienta su finalidad en procura de lograr el bien común.

Elementos del Estado:

a) Humano o población: esta constituye la causa material del estado, pudiendo definirla: “como el conjunto de individuos que formal el elemento humano de la comunidad política. S/Legón: “el estado no es una realidad previa que luego busque el elemento humano para aprovecharlo y surgir; surge con un determinado capital de hombres”

b) Geográfico o territorio: es el elemento geográfico del estado

c) Formal o poder. Es una fuerza social que impone comportamientos humanos en la dirección que establece quien la ejerce, o lo que es lo mismo es una libre energía que asume la empresa del gobierno de un grupo humano.

d) Gobierno y órganos que ejercen el poder. El Gobierno, afirma Linares Quintana: “indica la acción y el efecto de mandar con autoridad, ordenar, dirigir y regir, su fin se desenvuelve y actúa mediante el gobierno.

e) Finalidad y objetivos propuestos. El bien común es el objetivo o finalidad que la empresa política llamada estado tiene en miras alcanzar. S/Francisco Suárez “es un estatus en el cual los hombres viven en un orden de paz y justicia, con bienes suficientes para conservar y desarrollar su vida material y con la probidad moral necesaria para preservar la paz, felicidad, cuerpo político y la conservación continua de la naturaleza humana”

El estado argentino surge en 1853 y se organiza en la Constitución de ese año, aunque de naturaleza abierto, recuerda Bidart Campos- a 1860 ocasión de la reincorporación de Bs. As. En la Federación luego de suscribirse el Pacto de San José de Flores.

Nuestro país recibe diversos nombres a partir de 1810, así lo indica el texto del art. 35 de la C.N., empleándose República Argentina y Nación Argentina.

En cuanto a los elementos de estado (población, territorio, poder, gobierno, bien común) cuadra hacerlo para la Nación Argentina, pero respetando las particularidades que le son propias.

Relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional

El Art. 31 de la C.N. califica como ley suprema a los tratados internacionales. Habrá que determinar si éstos ocupan el mismo escalón jerárquico que la constitución o al contrario si se hallan por encima de esta o en subordinación de ella. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha acogido, en general a un enfoque dualista, que parte del supuesto del reconocimiento de dos ordenamientos jurídicos: uno interno propio de cada estado y otro internacional que deberá subordinarse al primero. Sin embargo, la propia Corte Suprema ha aceptad la aplicación de la tesis monista que parte del reconocimiento de un único ordenamiento jurídico internacional, al cual queda necesariamente subordinado el ordenamiento jurídico de cada estado. Ahora la Constitución Nacional reconoce al menos seis tipos diferentes de acuerdos internacionales a los cuales otorga tratamiento constitucional distinto. Ellos son:

Los Tratados Internacionales con otros estados y los concordatos: tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75 inc. 22, 1° párrafo)

Los Tratados, Convenciones y Declaraciones sobre derechos humanos: mencionados en el Art. 75 inc. 22 segundo párrafo, tienen jerarquía Constitucional.

Los Tratados y Convenciones de derechos humanos, que el Congreso apruebe, en el futuro, con las mayorías especiales requeridas por el art. 75 inc. 22, tercer párrafo. Ellos también adquieren jerarquía constitucional.

Los Tratados de integración con estados latinoamericanos que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales, tienen jerarquía superior a las leyes, Art. 75 inc. 24, primer párrafo.

Los Tratados de integración con países no latinoamericanos que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales. Estos tienen jerarquía superior a las leyes.

Los Convenios internacionales que celebren las provincias, en virtud de la autorización del art. 124, entendemos que están subordinados a la constitución y las leyes federales, por lo tanto, ocupan un grado inferior a ellas.

El Art. 27 de la Constitución Nacional

Esta norma impone la conformidad de los tratados “con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”, lo que significa que aquellos deben ajustarse a la supremacía de la ley fundamental, de la misma manera que las leyes y los demás actos del derecho público interno del Estado. El Art. 27, en este sentido, hace a la superlegalidad constitucional. Por el Art. 31, resulta que los tratados forman parte de la “ley suprema de la Nación”, junto con la propia Constitución y loas leyes nacionales que “en su consecuencia se dicten por el Congreso”: ello indica la supremacía del *derecho federal* sobre el *derecho local* de cada una de las provincias, haciendo de los *tratados* parte componente del primero. El Art. 27 resulta entonces, una norma dirigida a los poderes públicos encargados de la conducción de las relaciones exteriores, a quienes fija los límites de su potestad, encuadrándola en la subordinación al derecho público de la Constitución. Ésta es una limitación del *contenido* de los tratados, que coloca a éstos dentro del control jurisdiccional al que están sometidos los demás actos estatales, haciendo factible la hipótesis de que por la vía de ese control se pueda llegar eventualmente a la impugnación de inconstitucionalidad de un tratado cuyo contenido fuese violatorio de principios que la Constitución asegura. Lo antedicho vale en el orden interno , ya que en un caso de violación el tratado cuestionado rige como obligación internacional, más en virtud del Art. 27 no cabría su aplicación como derecho nacional por los jueces internos.

Según Vélez Sarsfield *“El tratado es una ley particular que no puede destruir la Constitución. Por consiguiente, diciendo la Constitución, no hay esclavos, ninguna ley puede decir hay esclavos en un caso dado”.* Y contestando a Mitre que equiparaba los tratados con la Constitución, éste aclaraba: *“ninguna Constitución puede decir que un tratado es ley constitutiva. Es ley suprema, con relación a las leyes provinciales”*

El artículo no fue modificado en la reforma Constitucional de 1994, dada la prohibición expresa al constituyente de realizar cambio alguno en la primera pare del texto constitucional. Sin embargo, su alcance se ha visto influido por la reforma del Art. 75, incs. 22 y 24, respectivamente, que se refieren a los efectos de los tratados internacionales sobre derechos humanos y de integración, respectivamente. En especial el Art. 75 Inc. 22, en su primera parte señala que los tratados internacionales son superiores en jerarquía a las leyes, afectando especialmente el alcance del Art. 31 y superando la antigua polémica entre “monismo” y “dualismo”, a favor de la primera posición.

**Los tratados internacionales a partir de la reforma de 1994**

La reforma constitucional de 1994 fue la más extensa e importante de las reformas constitucionales que se han realizado en nuestro país utilizando la vía prevista por la propia Constitución en el Art. 30. Entre ellos quedaron involucrados los tratados internacionales. En el texto histórico eran siete las disposiciones referidas a esta temática, en tanto han pasado a ser once los artículos que en la actualidad se refieren a diferentes aspectos y clases de tratados internacionales.

Alberto García Lema, decía en el recinto de sesiones, “...debemos examinar si existe un verdadero impedimento en los arts. 27,30 y 31 de la Constitución para que se otorgue jerarquía constitucional a los tratados internacionales. Esa prescripción no violenta el Art. 31 de la Constitución puesto que no hace otra cosa que explicitar el orden de prelación de la Constitución, de los tratados y de las leyes para el futuro.

Miguel Ángel Ekmekdjian, que en general ha sido un crítico del actual proceso de reforma, señala que no existe ningún impedimento para llegar a esta solución.

Bidart Campos dice que el Art. 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, de la que es parte la República Argentina, impide que un Estado invoque derecho interno par incumplir los términos de un tratado. En tal sentido, sostiene que no es posible alegar la supremacía de la Constitución para eludir el cumplimiento de un tratado internacional, incorporado al derecho interno para su ratificación...”

Diferentes razones confluyeron para la envergadura alcanzada por la reforma, como era el caso de los tratados de integración con otros países, que permitiesen delegar competencias en organismos internacionales, así como el problema referido al orden jerárquico que debían ocupar los tratados sobre derechos humanos.

El debate interno sobre esta última cuestión arrancó con especial énfasis al adherir nuestro país a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Una publicación realizada por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional da cuenta de las posiciones asumidas por nuestros constitucionalistas frente a un problema jurídico complejo donde la tendencia generalizada a dar directa recepción en el derecho interno a los tratados sobre derechos humanos chocaba contra la valla del Art. 27 de nuestro texto constitucional, y donde especialmente, el reconocimiento de jurisdicción a un tribunal internacional chocaba frontalmente con la redacción del Art. 116 C.N, a la par que tanto la adscripción a nuevos tratados internacionales sobre derechos humanos, como así también el avance en los procesos de integración regional, a partir del hito que significó la firma del Tratado con el Brasil en el año 1986, abriría la puerta para que en 1990 se firmara el Tratado de Asunción que diera el punto de partida para la conformación del Mercado Común del Sur (MERCOSUR). A fines de 1994 tuvo lugar la firma del Protocolo de Ouro Preto y en esa misma línea de avance se inscriben los acuerdos especiales firmados con Bolivia, con Chile y con la Unión Europea.

Otros temas no estaban específicamente previstos, como fue el caso del orden de prelación normativo entre leyes y tratados internacionales.

El Art. 27 en cuanto determina los requisitos y condiciones que deben cumplir los tratados internacionales para poder ser incorporados al derecho interno, siendo el primero de ellos el de no ser contrarios a la Constitución.

El Art. 31 en cuanto determina la jerarquía del derecho federal sobre el derecho público provincial en el ámbito interno tampoco ha sufrido modificaciones y se mantiene inalterado, aunque ha recibido una importante aclaración complementaria en la primera parte del Art. 75 Inc. 22, al establecer que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

El Prof. Néstor Sagües calificó con la expresión “contrabando normativo” a la actitud de la Convención de realizar reformas indirectas sobre la parte dogmática –donde estaba prohibido hacer reformas- haciéndolo con modificaciones en la parte orgánica que afectaron el significado de aquéllas.

La Dra. Elisa Carrió, destacó que el núcleo ideológico de la reforma se encontraba en el Art. 75 referido a las atribuciones del Congreso. Las razones de ese “desplazamiento ideológico” de la parte dogmática son las mismas apuntadas por el Dr. Sagües.

La consecuencia más importante de mantenerse inalterados los Art. 27, 31 y 116 ha sido que le acento reformista se centrara en la disposición del Art. 67inc. 19, que con las modificaciones del caso pasó a denominarse Art. 75 Inc. 22, agregándose un inciso nuevo, el 24 del mismo artículo, donde específicamente se trata la problemática de los tratados de integración.

De todos los proyectos y antecedentes de reforma, los que más se han reflejado en la labor constituyente fueron los de la Reforma Transitoria de 1972 y los Dictámenes del denominado Consejo para la Consolidación de la Democracia. El derecho público provincial tuvo también una importante influencia como consecuencia de la oleada de reformas a las constituciones provinciales. Es desde esa vertiente federalista donde toman origen las facultadas (limitadas) de las provincias de suscribir tratados internacionales, contando con la debida autorización del Congreso.

Los dictámenes del Consejo para la Consolidación de la Democracia (1986/1987) propusieron mantener sin alteraciones el texto del Art. 27, aunque modificando el orden de prelación normativo del Art. 31 “...*estableciéndose que los tratados, hayan sido celebrados con anterioridad o con posterioridad a la sanción de la ley, tendrán preeminencia respecto de ésta...”*

A los efectos de evitar una tacha de inconstitucionalidad de los tratados suscriptos por nuestro país, en el segundo dictamen se consideró la necesidad de modificar los Art. 94 y 100 CN., admitiendo instancias jurídicas superiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la delegación de competencia federal en árbitros internacionales o tribunales jurisdiccionales judiciales o administrativos de carácter internacional.

Una de las características salientes de la reforma constitucional de 1994 fue también la influencia del derecho continental europeo y –especialmente- de la Constitución española de 1978 y la Constitución italiana de 1947.

**El asiento jurídico de la decisión política en materia de relaciones internacionales.**

Los ejes principales de la reforma constitucional de 1994 se orientan a dar cabida a la problemática de los tratados en materia de derechos humanos y a los tratados de integración, pero sin modificar en modo alguno el mecanismo de firma, aprobación y ratificación de los tratados internacionales ni el reparto de competencias entre los poderes del Estado en materia de relaciones exteriores.

Sí, por vía indirecta, al afirmarse la primacía de tratados y concordatos sobre las leyes se ha seguido una línea doctrinaria que reafirma la vigencia plena de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, con todas sus consecuencias procedimentales en materia de firma, aprobación, ratificación, canje, denuncia y reservas.

El Prof. Juan Vicente Solá, entiende que la atribución de competencia en materia de relaciones exteriores ha recibido un impacto reformista con la incorporación del jefe de Gabinete de Ministros (Art. 100CN.), quien si bien no tiene atribución directa en materia de política exterior puede llegar a tenerla por vía de la delegación de funciones “...al jefe de gabinete le corresponde convocar y coordinar las reuniones del gabinete de ministros, recaudar las rentas y ejecutar la ley de presupuesto. No es el jefe de gobierno de un régimen parlamentario puro, pero es mucho más que un ministro secretario en la antigua organización constitucional. Si cuenta con suficiente apoyo parlamentario podrá llegar a conducir la política exterior de la Nación.

La exacta relevancia, está aún discutida en nuestra doctrina. En general existe coincidencia en cuanto a que su importancia puede verse acrecentada en situaciones de crisis institucional o cuando el presidente de la Nación esté debilitado de apoyo parlamentario. A nuestro juicio en nada alteran la atribución de funciones en materia de relaciones exteriores y en donde la facultad de celebrar tratados continúa siendo propia del presidente de la Nación (Art. 99 Inc. 11), y la delegación en el jefe de gabinete y otro ministro continúa siendo una facultad propia que evaluará según las circunstancias pero que en modo alguno se modifica por decisión del Congreso.

Solá reconoce que el jefe de gabinete no tiene *visibilidad internacional* y que sus dos funciones importantes en las relaciones exteriores, son: como auxiliar del presidente de la Nación y en la función gubernamental autónoma de jefe de administración.

La reforma constitucional de 1994 no ha producido modificaciones en el tema de competencias, toda vez que, no se cumplieron las expectativas sobre reformas de fondo que recortaran el poder presidencial, de manera tal que la conducción de las relaciones internacionales sigue siendo una facultad exclusiva del presidente de la Nación, quien ni siquiera depende de una concurrencia o aprobación previa del Senado, el papel del Congreso se limita a la aprobación o al rechazo de un tratado o concordato, en tanto que el control judicial de constitucionalidad es por su propia naturaleza y tradición enmarcada en el sistema de control “difuso”, un control posterior.-

Las críticas en parte se basan en la poca participación que tiene el poder más representativo de la voluntad popular en la elaboración de la política exterior que, en definitiva, depende de quien ocupe el poder ejecutivo. En la literatura jurídica europea, se realizan frecuentes referencias al “déficit democrático” y la escasa influencia de los parlamentos. Esa característica se observa también, aunque de manera aún más agravada, en los países del MERCOSUR.

A fines de 1984, con motivo de la aceptación de la propuesta papal para dar fin al litigio con Chile sobre el Canal de Beagle, el poder Ejecutivo forzó la decisión legislativa recurriendo al mecanismo de una consulta popular no vinculante donde obtuvo un muy importante apoyo al presentar la cuestión ante la opinión pública como una alternativa entre paz o conflicto con el país vecino.

En este aspecto, puede afirmarse que la reforma constitucional de 1994, al incorporar el nuevo Art. 40, ha legitimado esa posibilidad para situaciones similares, afirmando aún más las facultades del Poder Ejecutivo en materia de política exterior, aunque cabe señalar que el propio Congreso puede convocar también a una consulta popular no vinculante o a una consulta de carácter vinculante si se trata de un proyecto de ley, que, de ser aprobado, no podría ser vetado.

Queda como tema final la posibilidad del control previo de constitucionalidad de un tratado internacional, que si bien no responde a las modalidades en que se desenvuelve nuestro sistema difuso de control de constitucionalidad encontraría fundamentos importantes en el Art. 27 CN que manda a los tratados internacionales no vulnerar el derecho interno. Toda vez que asumir compromisos en el orden internacional y dejar después de cumplirlos puede acarrear consecuencias en materia de responsabilidad del Estado en el orden internacional (Art. 27 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), aparece *prima facie*, como una propuesta muy razonable que tanto el control político a cargo del Congreso como el control jurídico que debería realizar la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Art. 116 y 117 CN) se ejerzan *a priori.*

**Diferentes tratados contemplados en la Constitución Nacional**

La constitución histórica se refería a los tratados en varias oportunidades, pero las que interesan son las siguientes:

El Art. 31, al incluir los tratados dentro del derecho federal, se refiere a la supremacía de éste respecto del derecho local.

El Art. 27, al establecer la relación entre la primacía de la Constitución Nacional y los tratados prescribiendo que éstos deben guardar conformidad con el derecho público de la norma fundamental

En materia de provincias, estaban previstos los tratados interprovinciales, pero no se las habilitaba para la celebración de tratados externos.

Por supuesto la Constitución mencionaba los concordatos, en plural.

El Art. 31 no ha sufrido ningún cambio.

El Art. 27, en cambio, sí puede ser reinterpretado. Si bien el texto, desde el punto de vista formal, no quedó incluido dentro de las modificaciones habilitadas por la ley que declaró la necesidad de la reforma –por estar en la parte dogmática de la Constitución, expresamente excluida por ley-, los incs. 22 y 24 del nuevo Art. 75 tienen, por supuesto, una incidencia directa e inmediata en su contenido.

Respecto de la situación de las provincias, el Art. 124 introduce también una modificación importante desde el momento en que ellas pueden celebrar cierto tipo de tratados externos.

No obstante, lo más importante del nuevo texto legal está en los incs. 22 y 24 del Art. 75, referido a las facultades del Congreso, que son las normas a través de las cuales ha penetrado este conjunto de cambios.

El Art. 23, que se refiere a la igualdad real de oportunidades, a la protección del niño, y también a las normas vinculadas con mujeres, ancianos y discapacitados. La técnica de los constituyentes no tuvo el buen cuidado de colocar los contenidos vinculados con los tratados en forma conjunta o en dos incisos consecutivos, introdujo, en vez, en el medio otro inciso que no tiene en realidad, relación directa e inmediata con este tema.

Del análisis de estos dos incisos mencionados resulta que pueden celebrarse cinco tipos de tratados:

-Un primer grupo sería el de los tratados clásicos, que pueden ser bilaterales o multilaterales.

-Un segundo grupo es el de los tratados y demás normas vinculadas con derechos humanos que aparecen “con nombre y apellido” en el inc. 22 del Art. 75, y que, según el constituyente, formarían o constituirían en su conjunto un sistema.

-Un tercer grupo son los otros tratados de derechos humanos, “los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos”

-Un cuarto grupo de tratados son los de integración con los países latinoamericanos, que tienen una forma de sanción y una determinada consecuencia

-El quinto y último grupo serían los tratados de integración con Estados no latinoamericanos.

El tema clave, entonces, es la asignación de jerarquía a los distintos tratados en la pirámide jurídica.

**Simples tratados**

Para los tratados comunes se ha previsto un rango tal que cubre la laguna que existía en la Constitución de 1853

La Corte Suprema de Justicia, durante más de un siglo, la interpretó en el sentido de la paridad de rango y, por lo tanto, como tratado y ley estaban en una misma jerarquía, la norma posterior podía modificar a la anterior. Esto no era grave si el tratado modificaba a la ley anterior. Pero sí traía consecuencias si la ley posterior era la que modificaba a un tratado anterior. Para el juez interno había que aplicar el principio *lex posteriori derogat a priori*, sin embargo, desde el punto de vista externo, subsistía o aparecía la responsabilidad del Estado argentino, por incumplimiento de un tratado no denunciado, y que supuestamente seguía vigente desde el plano internacional.

La jurisprudencia más reciente de la Corte dejó de lado esta postura dualista, y adoptó la tesis dominante en el derecho constitucional moderno, esto es, asignar a los tratados una prevalencia sobre dos leyes internas ordinarias de un país.

**Tratados sobre derechos humanos específicamente enunciados en la Constitución.**

Respecto de los tratados enunciados “con nombre y apellido”, aparece una gran innovación: se les reconoce jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia. Esto quiere decir, que tienen el mismo rango que las demás cláusulas de la Constitución.

Para una primera interpretación posible parecería querer decir que se trata de la forma en que estos tratados rigen, es decir, si al ratificar alguno de éstos tratados o convenciones la Argentina formuló reservas (el Pacto de San José de Costa Rica, por ejemplo tiene dos reservas y una mal llamada “cláusula de entendimiento”)

Para el caso de que el país quisiera apartarse de su régimen, la Constitución prescribe que sólo podrán ser denunciados por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Hasta entonces, el Ejecutivo acudía al Congreso sólo al momento de la aprobación. La reforma de 1994, en este aspecto, logra dos cuestiones importantes. En primer lugar, institucionaliza el papel del Congreso con una suerte de paralelismo de las competencias, es decir, si el Congreso debe intervenir en la aprobación, también debe hacerlo en la denuncia. En segundo lugar exige una mayoría agravada para el conjunto de estos tratados y convenios.

En cuanto a las normas internacionales de derechos humanos de alcance regional, sólo se ha incorporado las más famosa, el Pacto de San José de Costa Rica, pero no son menos importantes, otras cinco, vinculadas con la tortura, la condición de los extranjeros, la nacionalidad de la mujer, la concesión de derechos políticos a la mujer y la concesión de derechos civiles a la mujer.

**Otros tratados sobre derechos humanos**

Respecto de los demás tratados y convenciones de derechos humanos, la Constitución establece que luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional, es decir, está abierta la posibilidad de que también adquiera jerarquía constitucional un número indeterminado de tratados, pactos y convenios sobre derechos humanos.

**Tratados de integración**

Se entiende que, a este respecto, el constituyente ha adoptado la decisión política fundamental de apoyar los procesos de integración, caso contrario no hubiera incluido el inc. 24 del Art. 75, con los pormenores con que lo ha hecho. En general, las constituciones latinoamericanas han contemplado un artículo o cláusula donde queda expuesta la decisión política a favor del proceso de integración y de la inserción de la respectiva Nación en ese proceso, y, por otro, un mecanismo de habilitación de competencias para la delegación en organismos supranacionales.

En nuestro caso el constituyente se refiere, en el mismo inciso, por un lado, a las condiciones en que se va a aceptar la delegación de competencias y jurisdicción (“en condiciones de reciprocidad e igualdad, y a continuación, con carácter genérico, que las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

De esta manera, se resuelva el problema que fatalmente se va a producir el día en que los organismos supranacionales o comunitarios, comiencen a emitir normas que deban ser aplicadas directamente en nuestro país porque no esté previsto un derecho de veto al respecto y porque tengan además carácter *self-executing*, es decir que sean autoaplicativas y no dependan de normas a dictar por otros organismos del Estado.

Si se diera jerarquía superior a las leyes respecto de las normas supranacionales, el proceso de integración –cualquiera que sea éste- carecería de seguridad jurídica y sobre todo de firmeza, podría estar permanentemente pendiente de normas internas que entrarán en colisión con las supranacionales, o de impugnaciones que pretendieran que, por esa vía jurisdiccional, se le asignara primacía al derecho local.

Un tipo de integración como la contemplada en el nuevo artículo de la Constitución, requiere un organismo jurisdiccional supranacional, y nosotros entendemos que esto está contemplado en el Inc. 24 del Art. 75 porque, al delegar la competencia y jurisdicción a organizaciones superestatales, obviamente también está aceptando una jurisdicción judicial, no la excluye. De modo que es dable pensar que a la brevedad, si el MERCOSUR avanza u otras formas de integración progresan, se contemple el funcionamiento de una Corte Supranacional cuyas decisiones van a ser válidas *erga omnes*, y directamente operativas para todos los países incorporados a esa zona comunitaria.

El Párr. 2° del Inc. 24 del Art. 75 de la Constitución establece una distinción en materia de aprobación de los tratados de integración, diferenciando los celebrados entre países de América latina y los formados con otros Estados. Así, la norma dice: “*la aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”*, y luego agrega “*en el caso de tratados con miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo”*

Entonces, para los tratados de integración con Estados no latinoamericanos, se establece un mecanismo dividido en dos pasos, temporalmente separados por un plazo determinado y dos votaciones distintas, es decir se ha prescripto un recaudo agravado, más complicado para los casos de integración con otros países.

En cuanto a la denuncia de los tratados de integración en general, se prevé un mecanismo especial. La norma prescribe: “*la denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cántara?” (art. 75, inc. 24, párr. 3°. CN.)*. por lo tanto, será más difícil denunciar un tratado sobre derechos humanos que un tratado de integración.

**Tratados celebrados por las provincias.**

El Art. 124 después de contemplar la posibilidad de que las provincias formen regiones entre sí, las faculta también para celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o el crédito público de la Nación, con el requisito del conocimiento del Congreso –nótese que no se exige su aprobación-

Esta norma se aparta algo de la estructura del Estado federal y nos aproxima a la idea de confederaciones. Vale aclarar que en 1853 se interpretó que la delegación del manejo de las relaciones exteriores en el gobierno federal debía ser total, y por ello la facultad de celebrar tratados debía ser exclusiva y excluyente del poder federal. Sin embargo, el artículo citado no se refiere a tratados, sino a convenios internacionales.

Cualquiera fuese la lectura que se haga del Art. 124, el hecho es que en la práctica no excluye de responsabilidad internacional al Estado federal. Porque, como resulta de la convención de viene en materia de tratados –que se suele llamar”el tratado de los tratados”- los Estados no pueden ampararse o precaverse para el cumplimiento de compromisos internacionales en el incumplimiento formal de normas del derecho público interno.

Entonces creemos que el Art. 124, era innecesario, porque en vez de poner coto a una práctica que ya había merecido críticas por las dificultades que traía, ha abierto un espectro de posibilidades donde no hay una contención debida. Ya que los únicos límites que pone es *“en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas del Gobierno federal, o el crédito público de la Nación”*, y es muy probable que la Nación considere que son incompatibles y afectan esas facultades o al crédito nacional, y la provincia lo niegue.

**Acuerdos ejecutivos.**

El constituyente ha guardado silencio respecto de las normas internacionales que más abundan hoy en el derecho moderno, y que no son ni tratados, ni convenios, ni pactos. Son aquellas normas que, al margen de la intervención parlamentaria, se utilizan para celebrar compromisos que suelen ser formalizados entre los poderes ejecutivos de los Estados que se comprometen entre sí. Se llaman “acuerdos en forma simplificada”, en tanto que los anglosajones van directamente al grano, y los llaman *executive agreements* (acuerdos ejecutivos), porque se celebran de Ejecutivo a Ejecutivo.

La práctica demuestra que este tipo de actos internacionales se ha simplificado más, y ya esta clase de acuerdos es tan simplificada que se celebran de Cancillería a Cancillería, a través de una modalidad llamada “notas reversales”. Esta deformación en el manejo de las relaciones exteriores viene de larga data, por lo menos desde los últimos sesenta años, e incluso grandes acontecimientos internacionales han tenido lugar mediante esta forma, y no de los tratados clásicos que requieren la aprobación parlamentaria.

Por ejemplo, cuando Hitler y Mussolini claudicaron frente a Francia e Inglaterra en Munich, permitiendo la mutilación y el consiguiente reparto de Checoslovaquia, lo hicieron sin que interviniera el parlamento francés, o el inglés, ni siquiera el de Checoslovaquia, país que resultaba mutilado, sino simplemente mediante acuerdos ejecutivos. Muchos de los compromisos resultantes de la Segunda Guerra Mundial también fueron acuerdos en forma simplificada. Las guerras de Cores y de Vietnam empezaron y terminaron con este tipo de normas.

Lo que queremos señalar es la omisión del constituyente de regular internamente –de acuerdo con el derecho público interno-el trámite de intervención de los poderes. Creemos que se perdió la gran oportunidad de dar participación al Congreso. Esto es lo que se conoce en derecho internacional como el “escamoteo de la política parlamentaria”

En tiempos más actuales, la Argentina, recientemente ha asumido compromisos muy importantes con simples notas reversales (sin intervención del Congreso); estas situaciones acarrearán tarde o temprano impugnaciones judiciales, sin que exista en la Constitución una norma clara que resuelva el problema.

**Supremacía Constitucional en relación con el Derecho internacional público.**

s/JEAN BODIN la soberanía es la cualidad esencial y perpetua de una República. Esa soberanía como característica distintiva de los estados se manifiesta en el orden internacional y en el orden interno. En el ámbito de las relaciones internacionales, la expresión de la soberanía se denomina independencia, de manera que una nación soberana es independiente en el plano internacional. De allí también que en la época de apogeo del estado nación fueran frecuentes las declaraciones de independencia, como ocurrió en nuestro país el 9 de julio de 1816. cuando un estado declara su independencia, adquiere reconocimiento en el derecho internacional público. En los tiempos que corren, ya no existe la independencia en términos absolutos y por ello los estados han variado así hacia la “interdependencia” como concepto de convivencia entre las naciones.

En el estado constitucional de derecho, la supremacía de la constitución es al orden normativo interno, lo mismo que la independencia es al orden externo de las relaciones internacionales. La supremacía de la constitución es un concepto clave en la interpretación constitucional y es también una condición o cualidad que hace a la definición de la constitución en sí misma. Sobre todo, para los sistemas que adscribimos a una concepción racional-normativa de constitución.

**Limitaciones en materia de soberanía:**

**El estado y las relaciones internacionales. Regímenes de los tratados.**

El estado no es una comunidad aislada, la existencia de la sociedad internacional es un hecho imposible de negar. Debido al hecho de coexistir los estados y las personas internacionales, no se puede deducirlos como construcciones cerradas, en ignorancia o prescindencia mutua. Si los estados al igual que los hombres conviven y se influencian, la sociedad internacional es un hecho, un fenómeno social.

El Derecho internacional, a su vez, existe para regular estas relaciones, aún antes de toda constitución nacional elaborado como contrato o como ley.

s/Carlos Alberto Alcorta, “el estado individual no representa el orden jurídico más elevado que existe en la tierra; precisamente porque la humanidad no vive en un solo estado sino en una multitud de ellos. Por eso al par de la vida de aquel aparece la vida internacional como consecuencia de la necesaria unión universal que los estados forman, unión que requiere una norma de justicia que atendiendo a la comunidad estado, como organización legal de un grupo de hombres, se dirige al conjunto de todos ellos precisamente porque a todos los grupos de hombres corresponde siempre una protección de estricta igualdad jurídica. Y esa norma de justicia es lo que se llama derecho internacional”.

La interdependencia de las personas internacionales alcanza hoy un nivel muy alto y exige una organización especial, parcialmente lograda en estructura como la ONU, OEA, UE, etc. Como asimismo debe también expresarse que resultan incompatibles con el desarrollo que demuestra la humanidad, pretender escudarse en argumentaciones que invocan el derecho de no intervención, cuando con tal sistema se pretenden cubrir u ocultar flagrantes violaciones a los derechos fundamentales a la persona humana, caracterizado por los regímenes totalitarios. Ante ello la teoría de la intervención de humanidad, propicia el reconocimiento con categoría de derecho el ejercicio del control internacional sobre los actos estatales de soberanía. Cada vez que los derechos humanos de un pueblo han sido desconocidos por sus gobernantes, uno o varios estados pueden intervenir en nombre de la sociedad de las naciones unidas, sea para requerir actuaciones puntuales, o para suplir la inactividad del gobierno de que se trate.

Y bien, siendo los tratados genéricamente considerados el vínculo jurídico que reúne a las personas de derecho internacional por motivaciones de variada naturaleza, corresponde señalar que la convención de Viena a propósito del derecho de los tratados, define al mismo como “una acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados” (agregamos por nuestra parte la denominación de “sujeto de derecho internacional” que es mas comprensiva que el de “estados”) y regidos por el derecho internacional.

La concertación de tratados exige el cumplimiento de formalidades internas que el derecho positivo de cada uno de los suscriptores impone transitar, tal el caso de nuestro país cuya constitución, vía del Art. 99 Inc. 11, al instituir las atribuciones del poder ejecutivo, marca que el presidente de la nación “concluye y firma tratados, concordatos, y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules”; el Art. 27 dice “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” ; además ateniéndonos a lo marcado por el Art. 75 Inc. 22, es materia atribuida al congreso, “aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los Tratados y los Concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

Por último, en este tema de los tratados debemos mencionar que antes de la reforma se entendía que los “Tratados internacionales” se encontraban en igual ubicación jerárquica que las leyes de la nación, siendo que tal situación ha variado sustancialmente a raíz de las disposiciones contenidas en los Inc. 22 y 24 del Art. 75 C.N. los que establecen “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”, esto es que las segundas quedan subordinadas a los primeros.

**La integración supraestatal**

El Art. 75 inc. 24 asigna al congreso la facultad de “aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes...”

La indicada normativa era imprescindible, si se quería encarar con realismo un fenómeno universal aperturista, favorable a las integraciones supraestatales y al derecho comunitario que es propio de ellas.

La transferencia de competencias referidas con la palabra delegación-es un presupuesto indispensable, una vez que se prevé la incorporación a sistemas de integración mediante los tratados que los organizan. Se impone una serie de condiciones, la norma cita cuatro:

reciprocidad

igualdad

respeto del orden democrático

respeto de los derechos humanos

Para el desarrollo nacional es menester hacer conciencia que para nuestros países latinoamericanos es indispensable una acción integrada. Integración tanto económica como política que es requerida por una serie de factores entre los que podemos indicar:

“Limitación de los mercados nacionales

“la necesidad de una política común con respecto a los Estados Unidos.

“pérdida de poder de decisión en la política mundial actuando aisladamente.

El ejemplo de Europa unida es significativo, ya que el mercado común europeo se ha definido como el medio de crear –con un mercado ampliado- las condiciones más favorables para la utilización del progreso técnico y para la expansión económica, para mejorar el nivel de vida.

Es menester reflexionar sobre este hecho. Si Europa con su alto nivel de vida y su potencial económico ha necesitado la integración, cuanto más los latinoamericanos.

**Limitaciones en materia de soberanía (del otro resumen)**

La soberanía como atributo esencial del estado, se manifiesta en el derecho fundamental que tiene el mismo para organizarse en el orden interno y desempeñarse en el externo con prescindencia de cualquier otro poder. Constituye el máximo de facultades con que puede actuar un estado en la vida de relación.

La soberanía es el derecho de un estado a no reconocer autoridad superior a la suya propia.

El concepto de soberanía absoluta va siendo superado ante las necesidades y dinámica de la convivencia internacional, aunque los estados continúan siendo independientes, al ser miembros de la comunidad internacional sus relaciones están sometidas a la interdependencia.

La capacidad soberana de los estados se encuentra limitada en el marco de las organizaciones internacionales, las que se crean en torno a objetivos e intereses a los que debe supeditarse las acciones de cada miembro.

Otro aspecto que constituye una limitación a la soberanía de un estado es el sometimiento hasta ahora voluntario a una jurisdicción arbitral o judicial encargada de dirimir sus conflictos.

**La interdependencia de la comunidad internacional contemporánea**

La comunidad internacional contemporánea es una sociedad con poder de autodeterminación de entes colectivos autónomos con una gran pluralidad de miembros sumamente individualistas con relaciones en tanto estables y que aceptan los reguladores de dichas relaciones. Las relaciones que se manejan dentro de esta sociedad, configuran un todo complejo que ocasionan dos tendencias contradictorias entre sí, la centrifuga y la centrípeta.

La sociedad internacional es indispensable de la sociedad nacional por su excesiva interacción. El poder se encuentra descentralizado y distribuido en grupos que monopolizan en sus respectivos territorios.

La sociedad internacional contemporánea es sinónimo de interdependencia desigual, se trata de una sociedad con fronteras permeables, donde los problemas de unos se asumen como propios. Esta interdependencia es desigual porque no podemos equiparar la dependencia de unos países con otros.

El actor principal de esta sociedad sigue siendo el Estado. Pero una de las características de esta sociedad es el hecho de que las relaciones se dan ya no solo entre estados, sino existen una pluralidad de actores como las organizaciones internacionales, ON, etc.

La teoría de la intervención de humanidad, propicia el reconocimiento con categoría de derecho el ejercicio del control internacional sobre los actos estatales de soberanía. Cada vez que los derechos humanos de un pueblo son desconocidos por sus gobernantes, uno o varios estados pueden intervenir en nombre de la sociedad de las naciones unidas.

**Relaciones con los organismos internacionales**

El derecho internacional ingresa en el derecho interno, los tratados forman parte de él cuándo el estado los ratifica internacionalmente o adhiere a ellos. Con la ratificación el derecho interno recibe al derecho internacional contractual.

El derecho interno penetra en el derecho internacional. Se puede decir que el tratado hace suyos los derechos surgidos de fuente interna del estado. Esto exhibe el carácter abierto de los tratados y la tendencia a la optimización de los derechos, tanta como el carácter mínimo y subsidiario del derecho internacional de los derechos humanos.

**Relaciones con organismos supranacionales: el derecho comunitario o derecho de integración**

Las constituciones latinoamericanas establecieron una separación:

1- Contemplaron un artículo o clausula donde queda expuesta la decisión política fundamental a favor del proceso de integración.

2- Mecanismo de habilitación de competencias para la delegación en organismos supranacionales.

Un tipo de integración como la contemplada en el art. 75 inc 22 requiere de un organismo jurisdiccional supranacional.

Si el MERCOSUR avanza u otras formas de integración progresan, entonces se contempla el funcionamiento de una corte supranacional cuyas decisiones van a ser validas erga omnes y operativas para todos los países incorporados a esa zona comunitaria.

Por un lado, tenemos el *derecho comunitario*: es el conjunto de competencias transferidas voluntariamente por los estados miembros a través de mecanismos previstos en sus constituciones.

También surge la categoría de los *tratados de integración*: con mayores requisitos desde el punto de vista constitucional que los tratados internacionales ordinarios.

La doctrina europea entiende que se trata de una decisión soberana y voluntaria de cada estado de ceder por el mecanismo constitucional adecuado, aquellas competencias que forman parte de políticas comunes.

Al finalizar la segunda guerra mundial comenzó a desarrollarse, en diversos ámbitos espaciales, una relación interestatal de características propias, con objetivos que iban desde lo político-económico-social-cultural a aspectos exclusivamente centrados en el desarrollo o en la cooperación entre los estados.

Como resultados de estas interacciones surgen instituciones jurídicas nuevas, con características propias, diferentes de las conocidas en el derecho internacional clásico.

Los nuevos estamentos jurídicos, al irse afirmando e independizándose, abren camino para la construcción de principios autónomos de derecho, hasta llegar al desarrollo del derecho de la integración y del derecho comunitario, convirtiéndolos en tema común, al punto de emplearse ambas expresiones como sinónimos.

A su vez el derecho comunitario fue identificado como el que emana de los órganos dotados de supranacionalidad por los estados miembros.

El derecho de integración y derecho comunitario es una relación de género a especie y el derecho comunitario puede emanar tanto de órganos dotados de supranacionalidad por los estados miembros o de órganos intergubernamentales.

**Problemas constitucionales de la integración latinoamericana**

Uno de los aspectos fundamentales del derecho público de un país, es el vínculo entre el derecho interno del mismo y el derecho internacional. Existen dos teorías: la monismo y dualismo.

La primera supone la existencia de un único sistema jurídico universal, el derecho internacional, al que los derechos nacionales deben subordinarse.

La segunda se pronuncia por la autonomía de los derechos nacionales en relación con el derecho internacional, imponiéndose el procedimiento de incorporación específico para que las normas de este último puedan introducirse en los primeros.

Este fenómeno trajo aparejado un debilitamiento de la noción tradicional de soberanía. La integración desde la óptica del derecho importa forzosamente la delegación de potestades nacionales a favor de ámbitos supranacionales.

De una primera observación de la situación en cada una de los cuatro países miembros del MERCOSUR, surge una situación de falta de armonía entre los regímenes constitucionales de cada uno de ellos.

**Delegación de competencias en órganos supraestatales**

El art. 75 in. 24 de la CN asigna al congreso la facultad de aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La transferencia de competencias es un presupuesto indispensable, una vez que se prevé la incorporación a sistemas de integración mediante los tratados que los organizan. Se impone una serie de condiciones para habilitar el ingreso del Estado a uno de esos sistemas:

1- Reciprocidad

2- Igualdad

3- Respeto del orden democrático

4- Respeto de los derechos humanos

**UNIDAD N° VI**

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

***Art. 25****. El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.*

***Art. 75****. Corresponde al Congreso*

***Inc. 2****. Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables.*

**Formación del Tesoro Nacional**

De acuerdo al art. 4º, el Tesoro Nacional se integra con fondos provenientes de:

**Derechos aduaneros**: Esto se encuentra complementado por el art. 9º, que elimina las aduanas interiores y establece que las tarifas (que deben ser uniformes) serán determinadas por el Congreso.

**Venta o locación de tierras de propiedad nacional**: Se refiere a los bienes del dominio privado del Estado, no a los del dominio público, que son inalienables.

**Renta de correos**: en la actualidad esto rige para la porción no privatizada.

**Contribuciones de la población**: impuestas a ella por ley del Congreso.

**Empréstitos y operaciones de crédito**: Deben ser operaciones decretadas y autorizadas por el Congreso. En este caso, el "deber ser" no se ajusta a la realidad. Esta dicotomía entre la norma y la realidad permite caracterizar a un régimen político, estableciendo si actúa legalmente o no.

**1) Los recursos económicos del Estado federal**

**a) Concepto**

Los recursos económicos del estado son los aportes de índole económica y financiera que éste se halla habilitado a percibir para sufragar sus gastos y cumplir su finalidad. Son, en consecuencia, todos aquellos valores económicos que el estado puede incorporar a su tesoro o caja. Los recursos económicos estatales no tienen como única finalidad costear los gastos del estado en cuanto a su administración, sino que serán un instrumento de relevancia en el desarrollo de la política económica.

Según el art. 4 de la constitución nacional, configuran recursos económicos del estado: a) los derechos de importación y exportación; b) la venta o locación de tierras de propiedad nacional; c) la renta de correos; d) las demás contribuciones que imponga el congreso; e) los empréstitos y las operaciones de crédito.

**b) Tributarios, monetarios, del crédito público, patrimoniales, de actividades industriales. Fundamento constitucional**

Los recursos que se enumeran en el art. 4 pueden clasificarse en dos : ordinarios y extraordinarios. Los *ordinarios* son aquellos que son corrientes y sirven para hacer frente a los gastos mas comunes de estado como el pago de sueldos. Los *extraordinarios* son los que se dirigen a situaciones excepcionales como ejemplo: los empréstitos y contribuciones directas que decreta el congreso en caso de necesidad y urgencia. Hay distintos tipos de recursos: tributarios, monetarios, del crédito público, patrimoniales, de actividades industriales.

*Tributarios*: son todos aquellos recursos económicos que surgen como consecuencia del pago de tributos o impuestos que es facultad del congreso (art. 75 incs. 1 y 2). Son ejemplo de ellos los derechos de importación y exportación y las demás contribuciones directas e indirectas.

*Monetarios*: son todos aquellos recursos económicos que surgen como consecuencia de la emisión monetaria y que constituyen un recurso de evidente magnitud económica y financiera. Su uso discrecional y sin respaldo es promotor primario de la inflación.

*Del crédito público*: son todos aquellos recursos económicos que surgen como consecuencia de otorgamiento al estado de préstamos de origen interno o externo, generalmente pagaderos a largo o mediano plazo y anticipos o bonos de tesorería, que tienden a satisfacer necesidades económicas concretas e inmediatas. Con respecto a los empréstitos, la doctrina tradicional los consideraba una herramienta para los procesos económicos de emergencia; por tanto, su utilización importaba recurrir a un instituto extraordinario. La doctrina mas moderna, en cambio, se ha inclinado por sostener la utilización de los empréstitos como medios ordinarios y caso habituales de financiamiento, que debe ser necesariamente empleados con extrema prudencia, y en consonancia con las posibilidades de ahorro interno que tenga el estado.

*Patrimoniales*: son todos aquellos recursos económicos que surgen como consecuencia de la venta o locación de tierras de propiedad nacional. El estado federal tiene bienes, que conforme a su naturaleza pueden pertenecer al dominio público o privado. Los primeros no son pasibles de apropiación privada; por lo tanto, no podrían ser enajenados por el estado. Los bienes del dominio privado, pueden ser vendidos y locados. Ellos también constituyen un recurso económico, según el art. 4.

*De actividades industriales*: son todos aquellos recursos económicos que surgen como consecuencia de las utilidades que las empresas estatales puedan obtener. La concesión de servicios o la explotación de juegos importan asimismo ingresos. También forma parte la renta de correos que constituye otro de los recursos que conforman el tesoro nacional. El servicio público de correos ha sido tradicionalmente deficitario; ello no significa que deba descalificárselo. Los servicios públicos en general no tienen como propósito obtener rentas para las arcas del estado, sino satisfacer necesidades primordiales de la población.

**Distribución de poderes impositivos entre el Estado federal y las provincias**

La distribución del poder tributario en un estado federal plantea situaciones de difícil resolución. Hay que armonizar convenientemente las atribuciones del poder central con las de los estados miembros o provincias y también con las de los municipios o comunas.

Con relación a los impuestos directos, se los ha considerado en principio, de competencia provincial, aun cuando la constitución no lo dice expresamente. Ello es consecuencia de la interpretación del art. 75 inc. 2 que establece que es facultad del congreso imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del estado lo exijan.

Si en circunstancias excepcionales la atribución le es conferida al congreso, se entiende que ordinariamente les corresponde a las provincias, y por excepción al estado federal.

Respecto de los impuestos indirectos habrá que considerar separadamente la distribución de competencias según sean externos o internos. Le incumbe al congreso establecer los derechos de importación y exportación. Los impuestos indirectos externos son, por tanto, exclusivamente federales. Sin embargo, los impuestos indirectos internos son de naturaleza concurrente y pueden ser fijados tanto por el estado federal como por las provincias, conjunta o alternativamente.

En definitiva, en nuestro régimen constitucional, los impuestos directos son de competencia provincial; como excepción, pueden ser establecidos por el Congreso por tiempo determinado y en los casos autorizados por el art. 75 inc. 2. Los impuestos indirectos se pueden dividir en externos e internos, los externos están relacionados con el tráfico del exterior y son exclusivos del estado federal. Los internos son facultad de la nación y de las provincias.

**Las leyes convenio**

Las leyes de convenio son sancionadas por la Nación con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara; tendrá origen en el Senado y luego debe ser aprobada por las provincias. Dicha ley prevé un acuerdo entre el estado federal y las provincias respecto de la recaudación y coparticipación de los impuestos indirectos, que consiste en un reparto autónomo con las siguientes características: 1) El Estado federal dicta las leyes fiscales. 2) El Estado federal recauda impuestos y los distribuye solidaria y equitativamente entre las provincias. 3) Las provincias deben inhibir su poder impositivo y en compensación coparticipan de la recaudación.

Dado que las provincias también podrían recaudar, se decide que lo haga el estado federal a través de la A.F.I.P. que está instalada en todo el país, sino sería muy costoso para una provincia tener que crear un órgano recaudatorio.

**El régimen de coparticipación impositiva**

La *coparticipación* es el régimen de colaboración acordado entre el estado federal y las provincias, en virtud de leyes – convenio por medio de las cuales las provincias delegan en el poder central el ejercicio de determinadas facultades impositivas con la condición de participar en un sistema de reparto de los impuestos incluidos en ese régimen.

La reforma constitucional de 1994 incorporó la coparticipación a la constitución formal. La última parte del primer párrafo del inc. 2 del art. 75 aclara: las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables. Esto implica que las contribuciones indirectas internas que las provincias convienen en unificar con el poder central, así como los impuestos directos por tiempo determinado que establezca el congreso por razones de emergencia, deben ser objeto de reparto, salvo que tengan prevista una asignación total o parcialmente específica.

**Doble o múltiple imposición**

La jurisprudencia de la Corte suprema puntualiza que la existencia de múltiple imposición (p.ej., nacional y provincial) sobre un mismo hecho, no es de por sí inconstitucional, en tanto exista en áreas donde esa doble imposición es viable, por mediar poderes impositivos concurrentes de la nación y de las provincias.

La doble imposición solamente es inconstitucional si uno de los poderes del caso tiene competencia exclusiva, o si el poder provincial está interfiriendo en facultades del gobierno nacional. También ha dicho la Corte que la circunstancia de que un gravamen establecido por una municipalidad de provincia coincida con un impuesto provincial, no basta por sí sola para declarar su invalidez constitucional.

**Los principios constitucionales que rigen la tributación**

a) Legalidad, igualdad, no confiscatoriedad y razonabilidad

Los principios constitucionales que rigen la tributación son las pautas básicas e interrelacionadas consagradas por la constitución con el propósito de establecer ciertas y determinadas exigencias para el ejercicio, por parte del Estado, de su poder de imposición. Los principios o bases constitucionales de la tributación están expresamente previstos con la finalidad de proteger a los habitantes frente al poder del Estado. Se pueden distinguir cuatro principios: legalidad, igualdad, no confiscatoriedad y razonabilidad.

La legalidad es uno de los postulados básicos del constitucionalismo liberal que ha superado la prueba de la historia. Esta claramente enunciado por la constitución, en la segunda parte del art. 19: Ningún habitante de la Nación se obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

En materia impositiva, este principio adquiere características especiales, que potencian aún mas su existencia. El art. 17 preceptúa sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4. De estas pautas constitucionales se infiere muy claramente que en nuestro ordenamiento jurídico no puede haber impuesto sin ley que lo establezca. Debe ser emanada del congreso de acuerdo a los arts. 4 y 17. Específicamente le corresponde a la cámara de diputados la iniciativa de las leyes sobre contribuciones.

La igualdad es un principio constitucional establecido con alcance general en el art. 16. Esa norma le ha prestado atención a la aplicación de ese principio en la relación tributaria, al proclamar, en su última parte que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Respetará el principio de igualdad aquel impuesto que tenga en consideración la capacidad tributaria del contribuyente y sea proporcional a su riqueza.

La no confiscatoriedad es un principio en el cual los impuestos no pueden ser tan elevados que traigan encubierta una confiscación. Los jueces determinaran hasta donde llega la confiscatoriedad o no de los impuestos. En la medida que un impuesto sea razonable no será confiscatorio.

La razonabilidad es un principio en el cual el impuesto que se establece sobre bienes o personas debe existir un criterio razonable para las clasificaciones que se adoptan. Ejemplos: el impuesto que supere el 33 % del bien es inconstitucional; la imposición legal de cargas no puede hacerse si no es por ley.

**Retroactividad fiscal.**

Paralelamente, la jurisprudencia de la Corte suprema advierte que el tributo solo es constitucional cuando se aplica a una manifestación de riqueza o de capacidad contributiva, pero si no se lo efectiviza retroactivamente sobre una manifestación de riqueza agotada antes de la sanción de la ley del caso.

Por lo demás, un impuesto exagerado que exceda la capacidad contributiva del contribuyente tiende a perfilarse como una confiscación, prohibida por el art. 17 in fine de la CN. Averiguar cuándo un impuesto es confiscatorio o no, es la cuestión de hecho, de prueba concreta y circunstanciada por quien alega ese vicio. Aunque, como pauta general, la Corte ha reputado inconstitucional al tributo que excede el 33% de la base imponible.

**Recaudación, inversión y control**

El presupuesto lo fija y sanciona el congreso por el plazo de un año. El jefe de gabinete de ministros ejecuta la Ley de presupuesto, y hace recaudar; el Congreso juega el rol de contralor, controla que se cumpla lo fijado. Lo lleva a cabo a través de la Contaduría y de la Tesorería General de la Nación (la contaduría evalúa y la tesorería paga). Los órganos de control son creados por ley. Las instituciones de control externo son dirigidas por personas de la oposición y rinden cuentas al Congreso.

**La Auditoría General de la Nación**

La *auditoría general de la nación*ejerce control externo que responde al Congreso de la Nación y que debe estar a cargo de la primera minoría. Es un organismo de asistencia técnica del Congreso con autonomía funcional. Según ley 24156 art. 116: la Auditoría General de la Nación es un ente de control externo del sector público nacional, dependiente del Congreso Nacional. El ente creado es una entidad con personería jurídica propia e independencia funcional. A los fines de asegurar esta cuenta con independencia financiera. La Auditoría General de la Nación estará a cargo de siete miembros designados cada una como Auditor General, los que deberán ser de nacionalidad argentina, con titulo universitario en ciencias económicas o derecho, y comprobada especialización en administración financiera y control. Según el artículo 85:El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo. El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la Administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación. Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. El presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso. Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la Administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción.

**La Sindicatura General de la Nación**

La *sindicatura general de la nación*es una entidad de control interno del Poder Ejecutivo Nacional que controla las acciones de la Administración central. Tiene a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la Administración Pública. Sus funciones más importantes son; dictar y aplicar normas de control interno, vigilar el cumplimiento de las normas contables emanadas de la Contaduría, e informar al Presidente de la República, a la Auditoría y a la opinión pública sobre la gestión de los entes fiscalizados. La Sindicatura General de la Nación es una entidad con personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera, dependiente del Presidente de la Nación. Esta a cargo de un funcionario denominado Sindico General de la Nación, designado por el Poder Ejecutivo Nacional, y con rango de Secretario de la presidencia de la Nación; se le requiere titulo universitario en alguna rama de ciencias económicas y una experiencia en administración financiera y auditoría no inferior a los ocho años.

**La gestión económica financiera del estado: imposición, fiscalización, recaudación y control**

Con el principio de la concurrencia de impuestos indirectos apareció también por primera vez, el problema de la doble imposición que contraria el principio de separación de fuentes. La corte suprema de justicia de la nación la admitió en tanto la superposición de jurisdicciones sobre un mismo hecho imponible no resulte confiscatoria.

La constitución distingue los impuestos directos de los impuestos indirectos. Establecer impuestos directos e indirectos es competencia de las provincias conforme surge el principio general del art. **121**.

Quedo consagrada la tesis de concurrencia a los efectos de los impuestos indirectos.

Para Bidart Campos la coparticipación era constitucional en materia de impuestos indirectos donde la Nación y las provincias ejercitaban competencias concurrentes, en tanto que la misma resultaba inconstitucional en materia de impuestos directos donde la Nación había usurpado competencias provinciales. Siendo la constitución el orden público supremo, no correspondía dejar de lado los criterios de reparto de la norma fundamental por acuerdo entre partes sobre aquellas materias en que no tienen competencia legítima.

¿Cuándo un impuesto es confiscatorio, en qué momento se supera el límite que vulnera el derecho de propiedad?

1- Para la corte hay un primer criterio y es que la presión tributaria debe concentrarse sobre la renta y no sobre el capital.

2- El segundo criterio establece un porcentual que ha ido variando según los casos pero que considera un promedio del 33% más allá de ese límite, el impuesto resulta confiscatorio

Disposiciones constitucionales:

- La te matica presupuestaria, comercial y financiera es de importancia para la operatividad del gobierno nacional.

- El gobierno puede realizar presupuestos de sus gastos, inversiones y recursos.

- *Según el art. 75 inc. 8:*

- Le corresponde al congreso: fijar el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional y aprobar o desechar la cuenta de inversión.

- *El art. 100:* se refiere a que le toca al jefe de gabinete de ministros enviar al congreso el proyecto de presupuesto nacional.

- Dispuesto por la reforma de 1994. Previo tratamiento en acuerdo de gabinete y con aprobación del poder ejecutivo.

- También le corresponde hacer recaudar las rentas de la nación y ejecutar la ley de presupuestos.

- *Art. 99 inc. 10*

- Determina que el presidente de la nación supervisa el ejercicio de la facultad del jefe de gabinete de ministros respecto de la recaudación y de su inversión.

**UNIDAD VII**

**Los Derechos en la Constitución Nacional**

**La Parte Dogmática:**

El estudio de la constitución suele dividirse entre la llamada “parte dogmática” (primera parte, arts. 1º a 43) y la llamada “parte orgánica” (segunda parte, arts. 44 a 129). Dicha división respondió a razones pedagógicas en la enseñanza de la materia, toda vez que la Constitución responde al principio hermenéutico de unidad, y por ello, no debe considerarse aisladamente sino como una totalidad. En tal sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que las normas constitucionales no deben interpretarse aisladamente ni ponerse en pugna unas frente a otras sino armonizarse, de manera que todas conserven igual valor y efecto.

No puede decirse con precisión terminológica que la primera parte conforme un “dogma” determinado. No obstante, la expresión dogma puede ser valiosa si no la consideramos en sentido gramatical sino como identificadora de un conjunto de creencias comunes de un determinado conjunto social o pueblo.

Tales afirmaciones son los mejores argumentos para rechazar la división de la Constitución en partes. Es justamente la parte orgánica, al organizar y dividir el poder, la mayor garantía de la vigencia de las libertades enunciadas en la primera parte.

Sin embargo, dos diferencias o matices permiten afirmar la división entre parte dogmática y parte orgánica de la Constitución Nacional.

El primero está marcando la naturaleza propia de las grandes declaraciones de derecho, incluyendo la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de Francia de 1.798 y siguiendo con las diez primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América, en cuya tradición constitucional se enmarca la primera parte de nuestro texto fundamental. Se trata de declaraciones de voluntad dirigidas a la humanidad en donde se consagran derechos y garantías, pero teniendo la libertad como principio.

Para la segunda parte, en cambio, el principio es inverso: los poderes públicos solo tienen las competencias que las provincias *expresamente* delegaron en cada una de las ramas del Gobierno federal: Poder Legislativo (art. 75), Poder Ejecutivo (arts. 99 y 100) y Poder Judicial (arts. 116 y 117).

Por ende, considero que la parte orgánica de la Constitución es consecuencia de la delegación efectuada por las provincias a la Nación en el momento del acto constituyente originario.

En tanto que la parte dogmática no es consecuencia de una “delegación” sino de una “declaración” conjunta del pueblo de la Nación y de las provincias reunidos en Congreso General Constituyente; sin perjuicio de que se hayan delegado también, en los poderes públicos del gobierno federal, las garantías de tales derechos y los mecanismos para hacer cumplir y proteger los mismos.

El profesor Bidart Campos afirma que las declaraciones, derechos y garantías de la parte dogmática de la Constitución federal conforman un piso mínimo de protección, por encima del cual las provincias pueden ampliar, pero nunca disminuir el ámbito garantista.

El otro matiz, que nos lleva a sostener la conveniencia de mantener la división entre parte dogmática y parte orgánica, es el que surge del art. 75, inc. 22 conforme la redacción dada por la convención nacional reformadora de 1.994, cuando al referirse a los tratados de derechos humanos, se dice en la última parte del segundo párrafo que “…tienen jerarquía constitucional, *no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución* y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos…”, de donde surge una diferente interpretación de la jerarquía normativa de la primera y segunda parte de la Constitución, respecto de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Ahora bien, como el principio constitucional de unidad interpretativa no admite realizar distinciones entre la primera y la segunda parte, cabe concluir que la jerarquía constitucional de tales tratados implica reconocerles un *status* especial, que no afecta al principio de supremacía que sigue siendo condición exclusiva de la Constitución Nacional.

La cuestión, sin embargo, pone de resalto el carácter especial que han alcanzado los derechos fundamentales en este siglo, tanto en el orden nacional como en el internacional.

La parte dogmática resume el ideario que constituyó la Nación y la puso en marcha, por eso tampoco faltan en ella las referencias históricas como es el caso de los arts. 15 o 29. Posiblemente por esa misma razón, la ley 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma constitucional de 1.994, estableció que cualquier modificación a la primera parte de la Constitución sería declarada “nula de nulidad absoluta”; por ese motivo ni siquiera se cambió la numeración que sigue siendo la misma, inclusive en el caso del art. 14 bis.

En 1.957 se había incorporado el mencionado artículo para dar entrada a los llamados derechos “de segunda generación” o derechos económicos, sociales y culturales, que pasaban a integrar la lista de derechos humanos o derechos fundamentales junto con los clásicos, los civiles o políticos, también llamados “de primera generación” y que se encuentran principalmente en los arts. 14 a 20, CN.

En 1.994 se agregó un segundo capítulo a la parte dogmática, se denomina “De los nuevos derechos y garantías” y ha dado cabida a los llamados “derechos de tercera generación” o derechos colectivos, como los derechos al ambiente y los de usuarios y consumidores, en los arts. 41 y 42, así como las garantías procesales de los mismos (art. 43), además de ampliar el catálogo de derechos políticos y electorales.

**Declaraciones, derechos y garantías:**

La Constitución Nacional parece diferenciar los *derechos* de las *garantías,* ya que utiliza ambas palabras en algunas ocasiones.

Una distinción teórica puede ser la siguiente: mientras los *derechos* importan *facultades* o *atribuciones*, las *garantías* significan *herramientas* o *medios* para efectivizar los derechos. Por ejemplo, tengo el derecho a transitar libremente por el territorio argentino (art. 14), y la garantía del hábeas corpus si me violan tal derecho (inferida del art. 18, CN); “el derecho es lo protegido, la garantía es la protectora” (Lazzarini).

Sin embargo, la diferenciación entre *derechos* y *garantías* no siempre es nítida.

**Los derechos subjetivos de la constitución**

Son aquellos derechos constitucionales de los cuales los sujetos son titulares. Si en relación a ellos sufren un perjuicio propio, concreto, diferenciado e impugnable judicialmente, tiene legitimación para formular su pretensión.

Son reglas elaboradas por el estado para obtener un fin determinado con caracterizada relatividad o derecho fusión. Cada derecho subjetivo apareja cargas sociales que no pueden soslayarse.

El art. 19 provee un derecho subjetivo y la noción de este incluye: *establecer límites a la persecución de fines sociales conjuntos.*

Características del art. 14 y 20

*Art. 14:*

- Junto con el art. 19 conforman la piedra angular del sistema liberal que adopta la constitución del 53.

- Consagran ambos el respeto a la libertad y dignidad humana.

- La norma declara y enumera derechos / facultades que el estado reconoce a todos los habitantes del país.

- Aunque se incorporen positivamente al sistema no son otorgados.

- Encuentran su fuente razón de ser, en la concepción de los derechos naturales e inalienables del ser humano.

Este artículo reconoce el derecho a trabajar como derecho individual, común a todos los hombres, sin interesar que se realice por cuenta propia o en relación de dependencia.

El art. 14 bis, da por sobreentendido el derecho a trabajar y establece una serie de garantías para quien trabaja en relación de dependencia.

El art. 14 se funda en la justicia natural, común a todos los hombres por el solo hecho de serlo, el art. 14 bis, se funda en la justicia social que nace de las desigualdades sociales entre los hombres y trata de establecer el equilibrio. Partiendo de la base de que la relación laboral pone en inferioridad de condiciones a quienes ofrecen su trabajo ante quienes detentan el capital, las garantías sociales, como las que consagra el art. 14 bis, imponen pautas obligatorias que tienden a proteger y dignificar la situación del trabajador.

Ese art. 14 luego de su reforma de 1860 tiene ya 150 años de existencia. Luego de la unificación del país, la constitución definitiva debía establecer ciertos derechos básicos de las personas.

Se pueden destacar estos derechos que son de los que habla el art. 14 CN:

1- *Trabajar*: este derecho permite a los habitantes elegir una profesión que desea seguir para su abastecimiento, elegir el lugar donde el individuo dese ejercer su servicio y da condiciones de trabajo para que los empleados no sean explotados por poco dinero.

2- *Ejercer toda industria lícita*: la CN permite el ejercicio de cualquier industria mientras que ellas sean licitas y tengan los ciudadanos necesarios (ciudadanos higiénicos, cuidado del medio ambiente, etc.)

3- *Navegar y comerciar*: son variantes del derecho de trabajar referidas a la independencia comercial que permite a sus habitantes un libre comercio y el desplazamiento de personas y de mercaderías por los espacios acuáticos y aéreos.

4- *Peticionar a las autoridades*: es el derecho de todas las personas de plantear alguna inquietud y/o reclamo a los funcionarios que ocupan cargos gubernamentales con el fin de que ellos encuentren la decisión más adecuada al caso, para obtener soluciones ante los problemas.

5- *Entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino:* se lo conoce como derecho de locomoción; se encuentra vinculado con los derechos de trabajar. De acuerdo con esta libertad cada uno puede entrar en el territorio del estado, permanecer en el, fijar su dominio o residencia, cambiarlos, trasladarse de un lugar a otro y salir del país.

6- *Publicar ideas por la prensa sin censura previa*: este derecho está comprendido dentro de la libertad de expresión. Permite a los habitantes públicos sus ideas mediante los medios de comunicación, diarios, revistas, etc. Sin un control previo que elimine palabras y/o ideas de su idea original.

7- *Usar y disponer de la propiedad*: caracteriza la forma de vida adoptada por la constitución, prohíbe la violación de las propiedades ajenas. Permitiendo a los habitantes del pueblo argentino utilizar su propiedad sin ninguna clase de riesgo.

8- *Asociarse con fines útiles:* comprende la tendencia innata de cada ser humano o agruparse con otros para alcanzar objetivos que aisladamente serían mucho más difíciles de lograr, cuando no imposibles. Se puede llegar gracias a que el hombre es un ser sociable por excelencia. Este derecho se cancela, si el fin de la asociación es un objetico ilícito.

9- *Profesar libremente su culto*: es en beneficio de los extranjeros porque la mayoría del pueblo argentino es católico. La CN permite una libertad de culto si este no ofende el orden moral público, ni perjudica a terceros. Se encuentran dos aspectos:

- La libertad de conciencia o de creencia: es el derecho de toso hombre de creer o no en lo que prefiera en materia religiosa

- La libertad de cultos: es el derecho de cada persona de prácticas exteriormente la religión de su preferencia según sus ritos y cumplimiento con sus ceremonias.

La libertad religiosa comprende el derecho de los padres de decidir la orientación religiosa de sus hijos menores de edad, el derecho de impartir y recibir formación religiosa y no sufrir discriminaciones por esos motivos

10- *Enseñar y aprender*: se refiere al derecho de educación es el equivalente moral al derecho a la vida, por considerar que la vida sin educación seria vegetativa y la educación es el fundamento de la cultura.

*Art. 20*

Establece igualdad entre extranjeros y argentinos.

Forma parte de los derechos civiles llamados también libertades. En este art. Se les otorga a los extranjeros todos los derechos civiles que los exime de contribuciones extraordinarias por ser extranjeros. Pueden obtener la nacionalidad argentina luego de dos años continuos de residencia o por los servicios prestados a la república o tener hijos argentinos o casarse con una persona de nacionalidad argentina. La adquisición de la nacionalidad argentina es un derecho, no una obligación del extranjero, acordando que si no se nacionaliza no tiene derechos políticos.

**Características arts. 14 y 20**

El art. 14, junto con el 19, constituyen la piedra angular del sistema liberal adoptado por la Constitución histórica de 1.853/60, y son la expresión y consagración normativa del respeto a la libertad y dignidad de la persona.

Las normas declaran y enumeran derechos/facultades que el Estado reconoce a todos los habitantes del país. Por lo tanto, aunque se convierten en norma positiva al sancionarse la Constitución Nacional no son otorgados por el Estado y encuentran su fuente y razón de ser en la concepción de los derechos naturales e inalienables del ser humano, aceptada por los constituyentes de 1.853/60.

**El principio de reparto (art. 19) y los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona:**

El texto del art. 19, introducido en la Convención Constituyente de 1.853, tuvo como antecedente el art. 194 de la Constitución de 1.813.

Se trata de una norma fundamental de nuestro ordenamiento, especialmente por la última parte que enuncia un principio liminar de limitación que se reduce a los siguientes términos: lo que no está prohibido está permitido. Ese es el principio de reparto a favor de la libertad individual limitando el poder público que, a contrario sensu, es siempre limitado. Mientras los individuos pueden hacer todo lo que la ley no les prohíba, el principio es que los poderes públicos solo tienen competencias expresas.

Pero además de la premisa lógica “lo que no está prohibido está permitido”, la parte final del artículo agrega un elemento lógico formal de legitimidad y es que tal prohibición o autorización debe ser efectuada por ley. Se sacraliza de este modo, como eje o fundamento de nuestro sistema, la necesidad de que la expresión de la voluntad general deba ser formal y conforme los procedimientos que la Constitución determina, ya que es el cumplimiento de tales pautas procesales la que justifica al sistema. Esta es la máxima rusoniana “dentro de la ley todo, fuera de la ley nada”, pero también la máxima kantiana “cada hombre es un fin en sí mismo”. En nuestro sistema constitucional, el fin no justifica los medios.

La primera parte del art. 19, al proteger las acciones privadas de los hombres, protege el ámbito de la intimidad y de la conciencia individual en la medida en que no sean cuestiones públicas que no afecten la moral o el orden público no perjudiquen a un tercero. Carlos Nino puso el acento en el llamado “principio de autonomía personal” conforme al cual todo individuo tiene derecho a perseguir sus propios planes de vida sin que el Estado intervenga con actitudes paternalistas. Como expresa John Stuart Mill, la democracia es un sistema que sirve para formar mayorías en las decisiones, pero no para que una mayoría imponga a una determinada minoría como ésta debe vivir. De tal manera, el principio de autonomía individual se relaciona con los principios de dignidad e inviolabilidad de la persona humana.

La conciencia es la máxima expresión de la libertad, el derecho a la conciencia es el único que la acción externa del Estado no puede alcanzar o restringir, pertenece a nuestro fueron interior. Ya señalaba Montesquieu: “…La conciencia es libertad, y solo desde la conciencia adquiere su verdadero y profundo sentido la vieja y olvidada definición: en un Estado, es decir, en una sociedad donde haya leyes, la libertad solo puede consistir en poder hacer lo que se debe hacer, y en no estar forzado a hacer lo que no se debe querer…”.

Esta definición de Montesquieu contiene el principio liberal del reparto de normas y conductas que la mayoría de las constituciones demoliberales ha recogido y que en la nuestra se expresa en la fórmula de la última parte del art. 19: *“ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*.

Este principio de legalidad encierra el *prius ontológico* de la libertad al determinar que todo lo que no está prohibido está permitido y que toda prohibición debe estar expresa en la ley.

Desde este punto de vista, el derecho de conciencia, que se manifiesta también en la libertad de creencia y en la libertad de pensamiento, es considerado como el único derecho constitucional absoluto en tanto pertenece al fuero interno y al no exteriorizarse en conducta está fuera de toda regulación legal.

La Corte ha señalado que “la libertad de conciencia consiste en no ser obligado a realizar un acto prohibido por la propia conciencia, sea que la prohibición obedezca a creencias religiosas o a convicciones morales”.

Esta ampliación del concepto de la libertad de conciencia a la realización o no realización de “actos” prohibidos por la misma, lleva a la conciencia al campo de la conducta humana y lo introduce más en el plano de lo jurídico, ya que habrá que atender a que algunas obligaciones jurídicas habrán de ceder frente a imperativos de conciencia, como ocurre con la objeción de conciencia.

Este concepto de libertad de conciencia acuñado por la Corte va en línea con el principio de “autonomía” de la persona humana, cuyo contenido se expresa en el art. 19, CN, y cuyo sentido ha sido notificado por la misma jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal a partir del caso “Bazterrica”.

El concepto de la Corte es además bien claro al no limitar la conciencia al contenido religioso sino referirlo también a los motivos de índole moral.

**El principio de autonomía**

El principio de autonomía de la persona humana es una elaboración clásica del liberalismo y se refiere a la no interferencia del Estado en los planes de la vida particular de cada individuo. Este principio prescribe que el Estado debe permanecer neutral respecto de los planes de vida individuales e ideales de excelencia humana, limitándose a diseñar instituciones y adoptar medidas para facilitar la persecución de esos planes individuales de vida y la satisfacción de los ideales de excelencia que cada uno sustenta, y para impedir la interferencia mutua en el curso de tal persecución. Esta concepción, como señala Nino, se opone al enfoque “perfeccionista” según el cual es misión del Estado hacer que los individuos adopten y lleven a cabo ciertos ideales de excelencia humana homologados y, en consecuencia, que el derecho debe regular todos los aspectos importantes de la vida humana. De ahí la postura liberal de que el derecho debe sólo ocuparse de reprimir acciones que perjudiquen a terceros.

Este principio de autonomía, cuya reafirmación y vigencia resulta de gran importancia para la realización efectiva del derecho de conciencia, ha recibido un especial fortalecimiento en la tendencia de nuestra Corte Suprema de Justicia en los últimos años.

La línea de avance del Supremo Tribunal, expresada con claridad en el caso Bazterrica, fue iniciada por otros pronunciamientos que fueron mostrando el consenso. En la causa “Capalbo, Alejandro C.”, del 29/8/1.986, la Corte ha señalado que a los efectos de asegurar la libertad de conciencia cabe la interposición del recurso de amparo. Entre los fundamentos de dicha sentencia, que tuvo la disidencia de los Dres. Caballero y Fayt, se sostuvo que el ciudadano de este día se encuentra instalado en la era de la “dignidad del hombre”.

Esta apelación a la dignidad de la persona, más allá de la propia protección a la conciencia que otorga el fallo, constituye una nueva reafirmación de los principios liberales que surgen de la Corte Suprema en la interpretación ampliada que se da al art. 19.

El pleno ejercicio del derecho de conciencia o de la libertad de conciencia, encuentra un primer límite en la colisión que puede producirse con otros derechos, como ocurre con todos los derechos y libertades consagrados en la Constitución. Es bien conocida la máxima en cuanto a que el derecho de un individuo termina donde comienza el derecho de otro.

La protección de los derechos de terceros constituye una línea que no debe sobrepasar el derecho a la intimidad y los derechos que se incluyen en él como el de conciencia. Tal formulación también es clara en nuestra Constitución Nacional, en el mismo art. 19, cuando establece el límite en la *moral* y el *orden público* y *no perjudicar a terceros*.

Este límite se impone a la acción del Estado, que debe abstenerse de regular todo accionar individual en tanto no se afecten derechos de terceros no se contravenga la moral pública ni el orden jurídico.

La reafirmación que le ha dado la Corte Suprema al art. 19, en especial en el caso “Bazterrica”, destaca la importancia de la norma como eje de la libertad individual que la Constitución consagra y reafirma los principios de autonomía y de dignidad de la persona humana. Desde tal perspectiva, el perjuicio real a terceros puede ser el límite de la norma, pero no el hecho simple de la expresión de la conciencia individual por algún culto minoritario.

**La libertad y la igualdad como ejes del sistema**

**La igualdad**

Junto a la libertad es uno de los principios más importantes de nuestro ideario constitucional y político. El ideal de una sociedad más justa se relacionó con los tiempos de la emancipación con la eliminación de desigualdades que resultaban irritantes, como el caso de la eliminación de los títulos de nobleza. Cuando nuestra Constitución concede privilegios o inmunidades especiales, por ejemplo, la inmunidad de opinión y la de arresto que tienen los legisladores, lo hace no para crear una categoría especial de personas sino para preservar a los representantes del pueblo para que no sufran persecuciones de parte de factores de poder; del mismo modo que las inmunidades de la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces y la inamovilidad en sus cargos, apuntan a asegurar la independencia judicial.

La prohibición de los fueros personales no contraría la posibilidad de establecer reglas de competencia en razón de la materia ni tampoco la posibilidad de que existan los llamados “fueros reales”, es decir, tribunales especiales de juzgamiento, no en razón de las personas sino en la materia específica de juzgamiento, como es el caso de los tribunales militares para temas de competencia estrictamente profesional.

El ideal de igualdad absoluta es, sin embargo, imposible de alcanzar porque no responde al orden natural de las cosas, toda vez que la propia perspectiva liberal que consagra la Constitución permite el desarrollo de las capacidades individuales cuando hay personas que tienen distintas habilidades a otras. De allí también que entre libertad e igualdad, como valores superiores del ordenamiento, aparezca una cierta tensión, de modo que en tiempos del Estado Liberal de Derecho se privilegió la libertad, y en tiempos del Estado Social de Derecho se buscó la afirmación de la igualdad a través de una acción de intervención estatal más decidida. El tercer término del lema de la Revolución Francesa: la solidaridad o fraternidad, busca un equilibrio entre los dos valores anteriores.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puesto el acento, desde una perspectiva marcadamente liberal, en la “igualdad ante la ley”, entendida, no como una igualdad absoluta sino como la consideración de dar el mismo tratamiento ante iguales o parecidas circunstancias y en no establecer discriminaciones arbitrarias.

Con el desarrollo del llamado Estado de Bienestar y la reivindicación de los derechos sociales y la participación democrática como valores del sistema, la exigencia de igualdad y de “justicia social” requiere no solamente de un rol abstencionista o “vigilante” por parte del Estado, sino también de un papel activo para remover los obstáculos que ocasionan desigualdades y no permiten el mayor desarrollo de las potencialidades de los individuos, por eso en los tratados internacionales de derechos humanos y la propia reforma de la Constitución Nacional en 1.994, hablan de la “igualdad real de oportunidades” frente a la anterior concepción material o formal de igualdad ante la ley.

En nuestros tiempos, el concepto de igualdad tiene una nueva definición: la “no discriminación”. La democracia entendida como gobierno de las mayorías comienza a mostrar las particularidades de distintas minorías (jóvenes, mujeres, ancianos, grupos religiosos, etc.), cuyas particularidades la ley debe contemplar sin prejuicios ni discriminaciones basadas en valores negativos como la discriminación racial, religiosa, sexual, etc. La garantía constitucional del amparo colectivo (art. 43, parr. 1º, 2º parte, CN), contempla las situaciones de discriminación.

Más allá del principio de igualdad entre todos los habitantes frente a los poderes públicos, de la norma se desprende una obligación del Estado de asegurar esa igualdad como ideal constitucional. El principio cobrar especial dimensión en tiempos en que nuestro país exhibe niveles lamentables de pobreza y desigualdad no solo económica sino también social. Revertir esa situación es un mandato constitucional de primer orden para el Estado y la sociedad en su conjunto.

El requisito de la *idoneidad* para los cargos públicos es un principio de importancia que se ensambla con lo dicho en el párrafo anterior. Los niveles de incompetencia que a veces se exhiben, en distintos niveles de la Administración Pública, tienen que ver con la necesidad de afirmar el principio de la idoneidad técnica para acceder a los cargos públicos. Para la designación de magistrados en el Poder Judicial, el constituyente de 1.994 ha incorporado el requisito de un concurso de selección ante el Consejo de la Magistratura (art. 114, CN), previo a la designación por parte del presidente con acuerdo del Senado. Sería menester generalizar los sistemas de concursos imparciales y objetivos por encima de los llamados “amiguismos” o preferencias, basados en valores tales como la afiliación política u otros que poco tienen que ver con la idoneidad que la Constitución nos exige.

El art. 75, inc. 22, CN, ha incorporado con jerarquía constitucional la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada en la República Argentina por ley 17.722 del 26/4/1.968, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, suscripta por la República Argentina el 17/7/1.980.

*Prohibición de compra y venta de personas*

La abolición total de la esclavitud en nuestro país no es más que una derivación o consecuencia de la entronización de la igualdad como principio (art. 16, CN).

La última parte del actual art. 15, donde dice *“…Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República”*, fue agregada en la Convención de 1.860 en orden a que la Confederación había celebrado un tratado de extradición de esclavos con el Brasil. De este modo, la Argentina reafirmaba su tradición antiesclavista que se expresó con marcada anterioridad respecto de la Constitución de los Estados Unidos.

Nuestro art. 15 establece una indemnización que debería fijar el Congreso por ley. Cabe señalar que esta ley nunca fue sancionada por el Congreso al considerarse repugnante establecer compensaciones pecuniarias por la valoración económica de las personas. En el mismo sentido, nuestra legislación general sanciona toda pretensión de compra y venta de personas como toda pretensión de sometimiento a la esclavitud o servidumbre.

En el orden internacional, nuestro país ha firmado distintas convenciones internacionales en contra de la discriminación, y en concreto contra la esclavitud, trata de esclavos, trata de blancas y delitos análogos, entre las que cabe señalar la Convención de Ginebra de 1.956 y el art. 6º de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que tienen jerarquía constitucional.

*La igualdad real de oportunidades*

La reforma constitucional de 1.994 ha incorporado el concepto en distintos artículos: art. 37, parr. 2º: *“…La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”*.

Art. 75, inc. 2º: *“…La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional…”.*

Art. 75, inc. 23, parr. 1º: *“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.*

El concepto de igualdad “real” de oportunidades de alguna manera se confronta al tradicional concepto de igualdad “formal” o igualdad ante la ley y, por ello, es que debe interpretarse en sentido progresivo en una ampliación del concepto de igualdad, que como lo destaca María Angélica Gelli en un artículo, debe relacionarse en su espíritu con otros conceptos, como el de “desarrollo humano” o el de “desarrollo sustentable”, que anida en la protección jurídica del medio ambiente (art. 41, CN).

Algunos factores decisivos en la igualdad real de oportunidades son los representados por la desocupación, la crisis educacional, la desnutrición y la insalubridad. La igualdad real de oportunidades exige la equiparación de todas las personas en un mínimo exigido por la dignidad humana, para que todos puedan acceder al goce de los derechos humanos.

La igualdad real de oportunidades es antes que nada una cuestión del orden económico. La Constitución Nacional reformada en 1.994, en varios de sus artículos (arts. 42, 75, inc. 19, etc.), deja entrever un orden económico constitucional que a pesar de que en sus pormenores nunca será de consenso unánime, se levanta sobre el liberalismo económico (competencia y mercado) pero agregando contenidos del constitucionalismo social (igualdad real de oportunidades, entre otros) y una presencia razonable del Estado en el orden económico.

**Los principios de legalidad y razonabilidad \*\***

*El principio de legalidad* es uno de los postulados básicos del constitucionalismo liberal. Está detallado en la segunda parte del art. 19 de la Constitución Nacional: “Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohibe”. *El principio de razonabilidad* tiene su primera manifestación en el preámbulo de la constitución, en cuanto establece entre los fines del estado el de afianzar la justicia. En materia tributaria, el artículo 4 exige que las contribuciones que imponga el congreso de la nación sean equitativas.

**La igualdad constitucional \*\***

**Concepto, antecedentes y jurisprudencia de la Corte Suprema \*\***

La *igualdad* es un principio en virtud del cual cabe reconocer a todos los hombres sus derechos fundamentales y su plena dignidad evitando discriminaciones arbitrarias. La igualdad elemental consiste en asegurar a todos los hombres los mismos derechos civiles.

La igualdad es un concepto emotivamente positivo, porque es algo que se desea y esta íntimamente vinculada con la justicia. La igualdad no es un derecho sino una condición necesaria que permite la armonización y el equilibrio en el goce de todos los derechos. En todo caso, podríamos referirnos al derecho que tiene el hombre a no ser arbitrariamente discriminado.

En el derecho patrio, uno de los primeros antecedentes del principio de igualdad lo hallamos en el decreto de supresión de honores, dictado por la Primera Junta de Gobierno el 6 de diciembre de 1810. Sus disposiciones, empero, tenían limitado a las funciones de gobierno.

Otro antecedente relevante y de alcance mas amplio lo configura el Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica, presentado a la Asamblea de 1813.

Alberdi, en su proyecto de constitución, propiciaba esta cláusula: la ley no reconoce diferencia de clase ni persona: no hay prerrogativas de sangre, ni de nacimiento, no hay fueros personales, no hay privilegios, ni títulos de nobleza. Todos son admisibles en los empleos. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. La ley civil no reconoce diferencia de extranjeros y nacionales. La Constitución de los Estados Unidos incorporó recién en 1868 una referencia explícita al principio de igualdad.

El derecho judicial, desde la jurisprudencia de la Corte, ha establecido los alcances de la igualdad. Exige que se trate de mismo modo a quienes se encuentran en igualdad de condiciones. Que no se establezcan excepciones reglamentarias que excluyan a algunos y perjudiquen a otros. La regla de igualdad no es absoluta, y establece la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría o grupo que corresponda. La razonabilidad es la pauta para ponderar la medida de la igualdad.

**La igualdad ante la ley \*\***

La *igualdad ante la ley* es la prohibición de tratar a los hombres de modo desigual, no se puede violar la igualdad civil de los habitantes. Todos los hombres son iguales ante la ley no existen distinciones, si existen grados de responsabilidad ante la ley, la Corte aclara que la igualdad ante la ley, solo existe frente a quienes son iguales y en circunstancias también iguales.

El art. 16 representa la cláusula básica del principio de igualdad en nuestro sistema constitucional. Expresa este último: 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.

La norma esta inspirada en el proyecto de constitución de Alberdi, consagra, en uno de sus contenidos mas sustanciales que todos sus habitantes son iguales ante la ley.

Una primera aproximación conceptual permitirá pensar que la cláusula constitucional establece la necesidad de que todos los habitantes estén sujetos a las mismas leyes. Este razonamiento, empero, contrasta con una simple observación de la realidad: los argentinos no están sujetos a las mismas leyes que los extranjeros; los mayores tampoco respecto de los menores; ni los trabajadores con referencia a los estudiantes; ni quienes tienen mas riqueza respecto de quienes no la tienen, etc.

No hallamos, en consecuencia, frente a un principio indeterminado y ambiguo, ante el cual prevalece la relatividad. La igualdad no es un concepto absoluto y habrá de interpretársela según las diferencias circunstancias.

**La igualdad impositiva \*\***

La *igualdad impositiva* el artículo 16 de la Constitución Nacional consagra la igualdad como base del impuesto y de las cargas públicas. La igualdad impositiva establece que: 1) Todos los contribuyentes comprendidos en una misma categoría deben recibir igual trato. 2) La clasificación en distintas categorías debe responder a distinciones reales y razonables. 3) El monto debe ser proporcional a la capacidad contributiva de quien lo paga. 4) Debe respetar la uniformidad y generalidad tributaria.

**Derechos enumerados y no enumerados**

En función del modo en que el derecho constitucional puede describir derechos, caben las siguientes posibilidades: *derechos explícitos*, *derechos implícitos* (no enumerados) y *derechos imputados*.

La positivización de los derechos constitucionales se produce habitualmente mediante normas expresas. Los derechos se encuentran enumerados, principalmente en el art. 14, CN, que reza expresamente: *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer todo industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar ante las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.*

En otros casos, los derechos constitucionales pueden ser inferidos de valores y principios superiores del orden constitucional. Así, de los postulados del Preámbulo de “afianzar la justicia” y de “asegurar los beneficios de la libertad”, es posible desprender el derecho de los habitantes de impugnar como inconstitucionales a las leyes irrazonables o injustas, como a las restricciones infundadas a la libertad.

La mayor parte de los derechos constitucionales expresos nace del texto de 1.853. La reforma de 1.860 reforzó la libertad de imprenta (art. 32), e introdujo la muy importante cláusula de los derechos no enumerados o implícitos (art. 33).

La reforma de 1.994, sea por vía directa o por recepción de reglas provenientes del derecho internacional, aumentó considerablemente el catálogo de los derechos constitucionales en la Argentina.

*Derechos no enumerados*

Provienen del art. 33 de la Constitución Nacional, cuyo texto dice: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Se trata de derechos que nacen de la propia naturaleza, y “forman el derecho natural de los individuos y de las sociedades”. El artículo comprende a “todos aquellos derechos, o más bien principios, que son anteriores y superiores a la Constitución misma… y que ni los hombres constituidos en sociedad pueden renunciar, ni las leyes abrogar”.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado también que la Constitución “reconoce al hombre derechos anteriores al Estado, de que éste no puede privarlo” (“Quinteros”, Fallos, 179:117).

En síntesis, los derechos del art. 33 son de *derecho natural* y resultan *constitucionalizados*. Al no poder abolirse, dicha norma asume la condición de *cláusula pétrea* (no derogable) de la Constitución.

Del texto del art. 33 de la Constitución Nacional parece desprenderse que los derechos no enumerados serían de tipo *político*: los inferidos de los principios de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Sin embargo, de los antecedentes de la Convención Examinadora del texto de 1.853, del Estado de Buenos Aires, y de la Convención ad hoc de 1.860, se desprende que el cupo de los derechos no enumerados es mucho más amplio, ya que comprende a todos “los derechos de los hombres que nacen de su propia naturaleza… (y de) los derechos de los pueblos”. Sarmiento, por las dudas, aclaró que la norma tenía el objeto de suplir “todas aquellas omisiones de los derechos naturales, que se hubiese podido hacer, porque el catálogo de los derechos naturales, es inmenso”. Vélez Sarsfield repitió que cubría a “todos los derechos adquiridos por el hombre”.

Como ejemplo de los derechos constitucionales englobados por el art. 33, la Corte Suprema menciona el de reunión (“Campaña Popular en Defensa de la Ley 1.420”, Fallos, 207:251); el derecho a la vida (“Seguir y Dib”, Fallos, 302:1.284); la garantía de la acción de amparo (“Kot”, Fallos, 241:291); el principio de que nadie se debe enriquecer sin causa a costa de otros (“Petroquímica Argentina”, Fallos, 297:500).

Los derechos enumerados y no enumerados tienen todos igual jerarquía, cualquiera sea el tipo de norma en que estén enunciados, sean *operativas* o *programáticas*, vale decir si se pueden hacer valer por sí solos o si requieren una ley como condición de vigencia. En general, los derechos civiles y políticos son operativos, en tanto que los económicos, sociales y culturales (enumerados principalmente en el art. 14 bis) requieren de normas programáticas. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha considerado que, bajo la regla interpretativa de la unidad constitucional, las normas y los derechos tienen igual valor y efecto.

**La reglamentación de los derechos (art. 14) y la regla de razonabilidad como límite a la reglamentación de los derechos (art. 28)**

El art. 14 de la Constitución Nacional, que enuncia el grueso de los derechos personales, dispone que ellos se ejercen “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”. El art. 28, por su parte, apunta: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Tal genérica potestad reglamentaria de los derechos personales con que cuenta el Estado es llamada técnicamente *poder de policía*, al que alguna vez la Corte Suprema calificó como facultad propia “de soberanía y gobierno”.

Por su parte, el Pacto de San José de Costa Rica prescribe: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. El art. 1º del Pacto dispone también que los Estados partes “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”.

Según se verá, la reglamentación de los derechos tiene sus *presupuestos*, *topes* y *pautas*.

***Presupuestos de la Reglamentación****.* Según una doctrina repetida hasta el infinito por la Corte Suprema, hay dos directrices jurisprudenciales que habilitan (además de las normas constitucionales de los arts. 14 y 28) la potestad estatal que tratamos.

a) *No hay Derechos Absolutos*. Ha dicho la Corte infinidad de veces que la Constitución no consagra derechos absolutos, ni ellos tienen en sí tal carácter. -

Más todavía, para la Corte, la admisión de un derecho ilimitado significaría “una concepción antisocial”, por más que el Congreso no hubiese dictado todavía la norma reglamentaria de ese derecho.

b) *Todos los Derechos son Reglamentables*. Es decir, que los derechos están *sometidos* a la regulación que disponga la ley.

La tesis que antecede muestra que aún los derechos fundamentales (como a la vida, intimidad, etc.), son pasibles de regulación (el derecho a la vida puede ceder en función de la defensa de la Patria y de la Constitución, como se infiere del art. 21). Incluso el derecho a la dignidad humana no tiene la misma dosis de ejercicio en circunstancias excepcionales (controles personales de pasajeros cuando se trata de prevenir atentados en los medios de transporte), aunque siempre deba respetarse un piso de dignidad personal.

***Topes***. El poder reglamentario de policía cuanta con aspectos positivos y negativos.

a) *Dimensión Permitida*. Como regla, la ley regulatoria pude provocar una *limitación* al derecho. La sola comprobación de que una ley restringe un derecho consagrado en la Constitución no significa que tal norma sea inconstitucional.

b) *Dimensión Prohibida.* La reglamentación no puede validamente *desnaturalizar* el derecho en cuestión, ni *desvirtuarlo* o *impedirlo*. Tampoco debe *alterarlo*.

***Pautas****.* ***Test de Legalidad****.* Para la determinación del límite entre la dimensión permitida y la prohibida, la Corte ha manejado dos componentes básicos del test de constitucionalidad de una reglamentación.

El primero es básicamente *formal* u *orgánico*, y alude al *principio de legalidad*, según el cual la reglamentación del derecho se debe instrumentar por ley, o por norma basada en ley.

Las bases normativas argentinas del principio de legalidad están en los arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional que hablan de *leyes* reglamentarias de los derechos.

El principio de legalidad está seriamente deteriorado en la experiencia jurídica argentina con las prácticas de *delegación legislativa*, de *subdelegación* y del dictado de los *decretos de necesidad y urgencia*, al habérsele concedido al Poder Ejecutivo potestades legisferantes.

***Test de Razonabilidad***. Esta prueba de constitucionalidad de una reglamentación importa quizás el aporte más significativo realizado por el derecho judicial para definir cuando ésta es constitucional o inconstitucional.

Tal postulado califica como constitucionales solamente a las normas reglamentarias que sean razonables; la norma irrazonable deviene así inconstitucional.

Normativamente se lo desprende del art. 28 de la Constitución Nacional, el que indica que los principios, garantías y derechos no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Pueden distinguirse tres niveles de razonabilidad:

a) *Razonabilidad Normativa*. Aquí se insiste en que el principio de racionalidad debe cuidar especialmente que las normas legales mantengan una coherencia con las constitucionales.

b) *Razonabilidad Técnica*. Es la que impone una apropiada adecuación entre los fines postulados por una ley y los medios que planifica para lograrlos.

c) *Razonabilidad Axiológica*. Apunta a exigir una cuota básica de justicia intrínseca en las normas, de tal modo que las notoriamente injustas resultan inconstitucionales.

**El principio de razonabilidad \*\***

El art. 28 marca el límite inexorable en cuanto a la posibilidad de limitación de los derechos y las garantías constitucionales, al establecer: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. En la doctrina a este postulado básico se lo conoce con el nombre de principio de inalterabilidad o de razonabilidad. La *razonabilidad* implica un vínculo estrecho con la realización de la justicia. También una relación adecuada entre la finalidad perseguida por el legislador y los medios empleados para alcanzarla. Su límite infranqueable es la alteración o desnaturalización del principio, derecho o garantía, éstos pueden ser reglamentados, pero no alterados. Esto significa que no pueden ser desnaturalizados por la reglamentación porque en tal caso quedarían reducido a su mínima expresión, desvirtuando el sentido de su reconocimiento constitucional. Esta es la franja de legitimidad de que dispone el legislador para reglamentar. La reforma de 1.994 ha dejado planteada una incoherencia constitucional seria, ante la incorporación de nuevos derechos y garantía (art. 36 al 43). Estos literalmente han quedado fuera del principio de razonabilidad.

**Derechos de primera, segunda y tercera generación.**

El art. 14 es uno de los más importantes de la Constitución, dado que en él se enuncian los derechos de los que son titulares los habitantes. Se trata de los derechos denominados “de primera generación” porque están comprendidos los habitualmente reconocidos en otras declaraciones de derechos muy propias de la aparición del Estado liberal de Derecho, como la denominada Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia o la Declaración de Virginia o las diez primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América.

La característica principal de esos derechos es la de ser individuales, propios del hombre por su condición de tal y que corresponden al hombre individual como sujeto de derechos, de allí que también corresponda su consideración como *derechos subjetivos*.

Otra condición de los derechos constitucionales es su calidad de *ambivalentes* en tanto se ejercitan ya sea frente al Estado o frente a los demás individuos. Otra característica fundamental es que los mismos no tienen carácter absoluto, sino que son *relativos*.

Por otra parte, la enumeración de derechos civiles del ciudadano que hace este artículo y los que le siguen, no debe considerarse taxativa o exclusiva.

Los derechos “de primera generación” engloban tanto a los derechos civiles como a los derechos políticos; siendo condición necesaria de estos últimos no solamente la calidad de “habitante” de la Nación sino el *status* de ciudadano.

Cuando hablamos de derechos de “primera generación” nos referimos a aquellos directamente relacionados con el sujeto titular. Se diferencian así de los derechos de “segunda” y “tercera” generación. Los de segunda generación se identifican con los derechos del constitucionalismo social y son aquellos que corresponden por integrar un grupo determinado, como, por ejemplo, los trabajadores. Los de tercera generación son mucho más recientes y tienen base social más amplia en cuanto a su pertenencia, como el derecho a la paz, al ambiente, etc. A los últimos se los suele denominar también “derechos difusos”. Los derechos de primera generación se identifican con el constitucionalismo demo liberal originario de la Constitución de 1.853 y son principalmente los mencionados en el Art. 14; los de segunda generación se identifican con el Estado Social de Derecho y fueron incorporados por la reforma de 1.957 que introdujo el art. 14 bis; en tanto que los derechos de tercera generación surgen principalmente de lo dispuesto en el art. 43, cuando al consagrar la acción de amparo menciona a “los derechos de incidencia colectiva en general”.

Los derechos *de segunda generación* se generan en el siglo XX. Son derechos concedidos principalmente a los trabajadores y a los gremios, aunque también benefician a la familia, y apuntan a resolver la llamada *cuestión social*. Se plantean no solo contra el Estado, sino frente a otros sujetos, como los empleadores. Los valores preferidos son aquí igualdad y *solidaridad*.

Los derechos *de tercera generación* son derechos modernos, no bien delimitados, cuyos titulares son personas, grupos y la sociedad toda. Se refieren, por ejemplo, a la tutela del medio ambiente, del nombre y la propia imagen, el derecho de réplica, la objeción de conciencia. El derecho a la paz, etc. El valor predominante es el de la *dignidad humana*, con nuevas variables de aplicación.

Varios de estos derechos –no todos- fueron captados por la reforma de 1.994 de modo directo (art. 41, preservación del medio ambiente; art. 42, derechos del consumidor y del usuario), o por vía de *recepción*, al dar alcurnia constitucional, mediante el art. 75, inc. 22, a derechos enunciados en una serie de declaraciones o convenciones internacionales.

**Normas Operativas y Programáticas**

*Programáticas*.

Son reglas constitucionales *no autoaplicativas* o *no autooperativas*, ya que requieren el dictado de leyes o reglas ordinarias complementarias o reglamentarias para entrar en funcionamiento

Algunas veces, la Constitución define claramente a la norma programática, ya que subordina su eficacia al dictado de una norma ordinaria.

Interesa averiguar el grado de eficiencia de las normas programáticas. Existen diversas posturas.

1) *Teoría de la Ineficacia*. Sostiene que las reglas son *impropias*, que carecen de importancia como normas constitucionales.

2) *Teoría de la Eficacia*. En el extremo opuesto, Pina alerta que la calificación de programática a una norma es “una estrategia de no vigencia de cláusulas constitucionales”. Toda regla constitucional debe ser operativa, expresa.

3) *Teoría de la Eficacia Parcial*. No asimila las reglas programáticas a las operativas, pero reconoce aquellas el siguiente vigor: a) son reglas jurídicas de rango constitucional; b) actúan como material jurídico inductor, impulsan al legislador y demás poderes constituidos a actuar de un modo específico; c) condicionan la validez de la legislación ordinaria; y d) sirven para interpretar la Constitución.

Adherimos a esta última postura.

*Operativas*.

Frente a las normas programáticas, las operativas se aplican por sí mismas (no requieren de normas reglamentarias para entrar en funcionamiento). La tendencia predominante en las actuales constituciones es la de conferir operatividad a la mayor parte de sus cláusulas.

Las normas operativas son de distinta índole:

a) *Permisivas*. Cuando autorizan una conducta al Estado o a los particulares.

b) *Preceptivas*. Son las que imponen deberes de *acción* o de *omisión*.

c) *Prohibitivas*. Si impiden ciertos comportamientos (como el art. 16 de la Constitución Nacional: “La Nación…no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento”).

d) *Irrestrictas*. Son las reglas que no pueden limitarse ni regularse por normas reglamentarias. Así, el art. 15 de la Constitución Nacional afirma que en la República “no hay esclavos”.

e) *De Eficacia Regulada*. Se trata de cláusulas *reglamentables* dentro de pautas de bien común o razonabilidad.

**El art. 14 bis**

La Convención de 1.957 dio sanción al actual art. 14 bis, que con mejor técnica comprendió los derechos sociales y económicos de la enmienda de la 1.949. Por medio de dichas cláusulas económicas y sociales, los constituyentes de 1.957 trataron de encontrar un punto de equilibrio en las tendencias existentes entre la primacía de los valores de libertad e igualdad.

Ello no obsta la inconstitucionalidad de la reforma de 1.957, atento haber sido llevada a cabo por el gobierno *de facto* entonces en el poder. Ser trataría de una reforma inválida al no haberse respetado el mecanismo previsto en el art. 30.

La cuestión ha quedado zanjada con la reforma constitucional de 1.994.

El art. 14 bis presenta una tipología de “norma programática” en su mayor parte, aunque también contiene reglas inmediatamente operativas y proporciona bases jurídicas de innegable vigencia, algunas de las cuales irrumpen en el ámbito de los derechos subjetivos.

Art. 14 bis, párr. 1º: “*El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial”.*

En la Convención Constituyente de 1.957, el informe de Jaureguiberry sentó los siguientes criterios: a) el trabajo protegido por el art. 14 bis debe entenderse con criterio amplio: manual o intelectual, prestado en forma autónoma o en relación de dependencia, bajo empresario particular o empleo público; b) la expresión *protección de las leyes* alude a normas de cualquier índole, nacionales o provinciales; c) dicho trabajo es el hecho tanto por nacionales como por extranjeros, y con prescindencia de la clase social de los trabajadores; y d) el trabajo es *una función social*.

El principio constitucional de protección al trabajo no importa una mera frase declaratoria. La Corte Suprema de Justicia, en “Aquino”, lo hizo operar fuertemente para reputar inconstitucional el régimen de indemnización menguada, en comparación con el sistema de indemnización integral del Código Civil. El tribunal destacó que los trabajadores son, así, “sujetos de preferente tutela constitucional”.

*Condiciones dignas y equitativas de labor*

Así lo dispone el art. 14 bis como obligación que deben asegurar las leyes.

De la norma constitucional se infiere que cualquier trabajo debe satisfacer requisitos de higiene y seguridad, no exceder las posibilidades normales de esfuerzo y posibilitar la recuperación por medio del reposo.

*Jornada limitada*

La determinación de una jornada limitada de trabajo constituyó, hace ya tiempo, un freno a los graves abusos que se verifican en la relación laboral. Sin esta pauta mínima, el trabajo corre cierto riesgo de convertirse en esclavitud y el trabajador puede ver seriamente lesionada su dignidad. En nuestro país desde 1929, se estableció la duración de la jornada de trabajo en ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, incluso aplicable a los trabajadores rurales, y “con las reducciones o ampliaciones de acuerdo con los convenios que puedan suscribir los obreros”. Esta disposición reconoce numerosas excepciones ligados a la condición del trabajador: menores, embarazadas, períodos de lactancia, etc., o a la naturaleza de la actividad: tareas insalubres, trabajo nocturno, etc.

*Descanso y vacaciones pagados*

Las leyes se han encargado de otorgarles operatividad a estas disposiciones, reconociendo los días de descanso obligatorio y estableciendo un período anual de vacaciones, que en la mayoría de los casos guarda relación con el período de antigüedad del trabajador. En la Convención de 1.957 se entendió que el texto constitucional que consagra este beneficio imponía abonarlo *previamente* a tomar las vacaciones.

*Retribución justa*

El derecho a la retribución justa juega doblemente por un lado frente al empleador que debe pagarlo, por el otro frente al Estado que debe protegerlo mediante leyes (por ejemplo, de salario mínimo, de inembargabilidad parcial, de forma de pago, etc.) y que debe hacerlo posible a través de su política social y económica.

Ese salario justo debe atender a cuatro variables esenciales: *el trabajo o tarea prestados* por el dependiente, *el producto de ese esfuerzo*, *las necesidades* del trabajador y de su familia y el *bien común*.

La *retribución justa* puede no coincidir con la libremente pactada por las partes. Una remuneración voluntariamente convenida, pero injusta, no es constitucional.

El derecho a la retribución justa abarca igualmente tareas prestadas sin relación de dependencia, como los honorarios a pagar a peritos o profesionales.

*Salario mínimo vital y móvil*

Este precepto constitucional debe atender no solo a la subsistencia física del trabajador y su familia, incluyendo vivienda, alimentación, salud y vestido, sino también la educación, instrucción y esparcimiento.

Para determinar con precisión la justicia de la remuneración, la misma norma constitucional hace referencia al salario mínimo, o sea aquél por debajo del cual una retribución no se compadece con la justicia. El salario mínimo lleva dos complementos: ha de ser vital, concepto que remite nuevamente a la suficiencia para subsistir, y ha de ser móvil, es decir, reajustable para *mantener el poder adquisitivo* a medida que aumenta el costo de la vida o el proceso de inflación.

En el plano de la realidad constitucional, la fijación del salario mínimo, vital y móvil ha dado lugar a cifras decididamente insuficientes, ajenas al propósito del art. 14 bis.

*Igual remuneración por igual tarea*

El derecho de percibir igual remuneración por igual tarea tiende a impedir las discriminaciones arbitrarias, o sea, aplicando al problema de la retribución laboral la regla constitucional de la igualdad jurídica. La equiparación tendió a eliminar los salarios inferiores por razón de sexo, o sea, a obtener la misma paga para el hombre y la mujer cuando realizaban el mismo trabajo. Pero también quedó definido que la norma prohíbe “hacer discriminación de edad, nacionalidad, religión, creencias políticas o de cualquier otra índole”.

En “Ratto c/Stani” (Fallos, 265:242), la Corte Suprema decidió que un suplemento de sueldo en función de “mayor idoneidad, dedicación y servicios prestados” es perfectamente constitucional.

*Participación en las ganancias de las empresas*

La participación en los beneficios se encamina a repartir de un modo más justo la utilidad originada por el aporte que capital y trabajo hacen de la producción, a la economía y a la empresa. La consideramos como un método remuneratorio que supera al estricto del salariado, pudiendo llegar hasta formas de sociedad entre patronos y trabajadores de una empresa, con transformación profunda del contrato de trabajo. No hay ley hasta el momento que la haya reglamentado, por lo tanto, dado su carácter programático permanece inactiva.

*La estabilidad y la protección contra el despido arbitrario*

Este principio tuvo dos fines: asegurar al trabajador los salarios necesarios para su subsistencia y permitirle llegar a su jubilación.

La constitución contiene dos cláusulas que enfocan la ruptura de la relación de empleo: por un lado habla de protección contra el despido arbitrario y por otro de estabilidad del empleado público. La primera fórmula se ha de entender referida al empleo privado. Al despido arbitrario en el empleo privado hay que protegerlo a favor del trabajador que lo sufre; al empleo público hay que garantizarle la estabilidad.

Hay que distinguir dos clases de estabilidad: la propia o absoluta y la impropia o relativa. Se suele admitir que la estabilidad propia o absoluta implica impedimento para despedir (salvo causa justa) y obligación patronal de reincorporar en caso de producirse el despido; en cambio, la estabilidad impropia o relativa no prohíbe el despido, pero si se dispone sin justa causa, el empleador debe indemnizar.

Con esta distinción parece lógico estimar que el art. 14 bis, al proteger contra el despido arbitrario (en el empleo privado) obliga a consagrar allí la estabilidad impropia o relativa, y al garantizar la estabilidad del empleo público cubre a éste con la estabilidad propia o absoluta.

Existen tres clases de despido: 1) el despido con causa justificada, que no es indemnizable, 2) el despido arbitrario que si lo es, 3) el despido que, sin revestir carácter de arbitrario, carece de causa, y que también merece indemnización.

Parecería que si el art. 14 bis impone la protección contra el despido arbitrario, deja desguarnecido al que, sin serlo, carece de causa. No es así. Lo que ocurre es que, a nuestro criterio una cosa es el despido que por su arbitrariedad resulta agraviante o injurioso para el empleado, y otra parcialmente distinta es el despido incausado porque no ofende. Nos queda la impresión de que el despido sin causa también debe indemnizarse, pero que no sería constitucional igualarlo al arbitrario y dispensarle la misma protección legal.

**Competencia federal y local en materia laboral \*\***

Desde 1853 a 1949, la constitución no contempló ninguna disposición expresa acerca del reparto de competencias en materia laboral. No se le reconocía al derecho laboral autonomía propia. Al Congreso le correspondía dictar el Código Civil, con carácter de legislación común y su aplicación quedaba reservada a las provincias.

Desde 1949 a 1956, la reforma de 1949, introdujo como atribución del Congreso Nacional la de dictar el Código de Derecho Social, reservando su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeran bajo sus respectivas jurisdicciones. Esta modificación rigió hasta la derogación de la citada reforma constitucional en 1956. Hasta ese momento el Congreso no había dictado el Código de Derecho Social.

A partir de 1957, producida la reforma de 1957, se reimplanta el criterio de 1853. Se amplían las atribuciones del Congreso, y se incluyen entre ellas la de dictar el Código del Trabajo y Seguridad Social, si bien se reservó para las provincias su aplicación.

*Derecho a la organización sindical*

Este derecho, en el proyecto inicial de la Comisión de Derechos Sociales de la Asamblea Constituyente de 1.957, estaba conferido no a los trabajadores, sino a los gremios. Es decir, que pasó a ser, en el texto definitivo, de un derecho otorgado a un tipo de asociación (los gremios), a uno declarado a favor de las personas físicas (los trabajadores).

*Libertad Sindical*

Del claro mensaje constitucional de sindicalización libre se desprende el derecho a afiliarse, a no afiliarse, y a desafiliarse de un sindicato. También, el de reafiliarse, según la reglamentación que establezca cada uno de ellos.

Por tanto, no es compatible con la Constitución un ordenamiento, según el cual el derecho de trabajar en determinada actividad queda supeditado a una afiliación gremial necesaria y a la permanencia en determinado sindicato, mientras dure ese trabajo.

*Democracia Sindical*

El art. 14 bis obliga a que los sindicatos se estructuren democráticamente. Consecuentemente, quedan invalidadas tanto las estructuras sindicales no democráticas, como las prácticas antidemocráticas; a su vez, la Constitución impone formas democráticas de organización y vida sindical, como igualdad de sus afiliados, renovación periódica mediante comicios, publicidad de sus actos, etc.

En la práctica, la historia del sindicalismo argentino está impregnada de hábitos autoritarios, cúpulas directivas enquistadas durante largo tiempo, tradiciones corruptivas en el manejo de los fondos gremiales y políticas reacias a la alternancia y al pluralismo, en un marco donde la violencia no ha sido infrecuente. La democracia interna es, más que un dato de la realidad, una meta todavía no lograda.

*Reconocimiento Legal*

El propósito constitucional ha sido el de simplificar trámites y evitar trabas burocráticas. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha indicado, no obstante, que el derecho a organizarse sindicalmente no es absoluto, y resulta reglamentable como los demás, debiendo ejercer allí el Congreso el poder de policía, por lo que puede fijar requisitos no irrazonables para gozar de personería gremial y del mismo modo para perderla; para la Corte no resulta, por lo tanto, inconstitucional el régimen dispuesto por la ley 20.615.

La ley 23.551 reconoce a los trabajadores, según se dijo, la facultad de constituir asociaciones sindicales libremente y sin necesidad de autorización previa (art. 4º, inc. 1).

Pueden asumir estas formas: a) sindicatos o uniones; b) federaciones, cuando agrupen asociaciones de primer grado; y c) confederaciones, si nuclean asociaciones como las ya indicadas (art. 11).

La asociación que en su ámbito territorial y personal de actuación sean las más representativas, obtendrá la personería gremial, siempre que esté inscripta y haya actuado al menos durante seis meses, y afilie como mínimo al 20 % de los trabajadores que intenta representar.

**Concepto \*\***

Se entiende por derechos gremiales a todos aquellos reconocidos a los gremios o sindicatos. Los gremios son asociaciones organizadas que agrupan a trabajadores, y dentro de esta categoría, no cualquier asociación, sino únicamente la que disfruta de la llamada personalidad gremial y que detenta la representación de los intereses gremiales de su categoría.

La segunda parte del art. 14 bis esta dedicada a los gremios. La mención que los gremios hace el art. 14 bis tiene por objeto deparar a continuación el reconocimiento de los derechos típicamente considerados gremiales, entre los que menciona sólo tres, que son: a) la huelga, b) la concertación de convenios colectivos de trabajo, c) el recurso a la conciliación y el arbitraje. Los demás derechos que puedan rotularse como gremiales merecen ampararse en los derechos implícitos del art. 33 y en el derecho internacional de los derechos humanos que integra nuestro derecho interno.

**El derecho de asociación gremial \*\***

A la norma genérica sobre el derecho a asociarse contenido en el art. 14, se añade la específica que consagra la organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial que le otorga personería al gremio, para llevar a cabo el ejercicio de los derechos conferidos. De esta forma nuestra constitución nacional acoge la pluralidad sindical y que convierte en inconstitucional el sistema que no permite reconocer mas de un sindicato por actividad o gremio.

La ley 23551 ha reglamentado este derecho estableciendo la prevalecencia de la entidad gremial mas representativa, que es aquella que cuenta con el mayor número promedio de afiliados aportantes. A dicho sindicato se le conferirá la personalidad gremial.

**Concertación de convenios colectivos**

El art. 14 bis declara *garantizado a los gremios* “concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo”.

Se trata de derechos cuyos titulares no son los trabajadores, sino los *gremios*.

El primero de esos derechos es el de pactar convenios colectivos de trabajo, lo que importa conferir *competencias legislativas* a las asociaciones profesionales de trabajadores y de empresarios, dado que esas convenciones, por sus consecuencias, se asemejan a las leyes.

Los *convenios colectivos de trabajo* son los contratos celebrados entre los sindicatos y las entidades representativas de los empleadores que pertenecen a la misma actividad, y tienen por objeto reglar los derechos y las obligaciones de unos y otros. Son una consecuencia necesaria del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva en materia laboral.

En nuestro país, para adquirir fuerza obligatoria los convenios colectivos de trabajo deben ser homologados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Esta ratificación significa un control de legalidad y conveniencia por parte de la autoridad administrativa.

Una cuestión que plantea complicaciones siempre difíciles de resolver es la vinculada con la relación entre los convenios colectivos de trabajo y las leyes; y en particular, si por medio de éstas pueden ser modificadas las estipulaciones colectivas.

Creemos que el carácter más general que tiene la ley, así como la jerarquía de los órganos de la cual emana, hacen necesario reconocerle una posición de supremacía con respecto a las convenciones colectivas de trabajo, que ha de ser ejercida, desde luego, con suma cautela y orientada al bien común. Lo contrario implicaría alterar el orden de prelación establecido por el art. 31 de la Constitución.

**La conciliación y el arbitraje**

Son dos mecanismos tendientes a resolver, por vías pacíficas y armonizadoras, conflictos *individuales* o *colectivos*, mediante *comisiones paritarias* u otras formas de representación de los sectores en conflicto.

La *conciliación* se halla reglamentada por la ley 14786 y ha sido frecuentemente utilizada. La misma puede ser declarada optativa u obligatoria. Por medio de esta, el estado convoca a las partes con el propósito de que ajusten sus diferencias, procurando un avenimiento que ponga fin a la situación. El *arbitraje* es un procedimiento para resolver pacíficamente los conflictos, sometiéndolos a la consideración de un tercero neutral, aceptado por las partes, y estas previamente se comprometen a respetar y cumplir la decisión del árbitro.

El art. 14 bis reconoce a los gremios el derecho de recurrir a la conciliación y al arbitraje. En las relaciones de empleadores y trabajadores pueden surgir conflictos o controversias de trabajo, una de las clasificaciones que de los mismos suele hacerse es la de: a) individuales o colectivos, según estén en juego, respectivamente, intereses concretos de uno o varios trabajadores, o intereses abstractos de la categoría profesional, b) de derecho o de intereses, según que se refieran a interpretar o aplicar el derecho vigente, o que tiendan a modificarlo o a establecer otro distinto.

En los conflictos individuales de trabajo, que anidan derechos subjetivos, se aplica el criterio general de que tales conflictos no se pueden sustraer total y definitivamente de un modo compulsivo a la decisión de los jueces, por manera que la ley no está habilitada para someterlos obligatoriamente a una conciliación o a un arbitraje que carezcan de revisión judicial. A la inversa, los conflictos colectivos pueden radicarse fuera de la órbita judicial. No encontramos obstáculo para que los conflictos colectivos de derecho sean encomendados por ley a un tribunal judicial, sea en forma originaria, sea en instancia de revisión. Lo que el art. 14 bis da a entender es que queda permitido dirimir conflictos colectivos fuera de la órbita judicial, mediante procedimientos conciliatorios y arbitrales.

**Derecho de huelga**

*La huelga* implica la paralización total de la actividad laboral con el propósito de protestar o de imponer determinadas condiciones. El art. 14 bis lo contempla como un derecho de los gremios y no de los trabajadores.

La Convención Constituyente de 1949, pese a estar inspirada en el constitucionalismo social, había rechazado la inclusión de este derecho.

En 1957 fue incorporado por la Convención Constituyente en nuestra ley fundamental, en virtud del art. 14 bis. La disposición constitucional tiene carácter eminentemente operativo. Así, por lo demás, lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Se ha pretendido ver en la huelga, un derecho absoluto, que obstaría a cualquier reglamentación. Desechamos de plano esta interpretación: nuestra constitución no prevé la existencia de derechos absolutos; en distinta medida, todos pueden ser objeto de reglamentación razonable. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido el carácter relativo del derecho de huelga.

En la actualidad, este derecho se halla reglado por las leyes 14786 y 23551 y por el decreto 2184/90. Le incumbe a la autoridad administrativa calificar la licitud o no de la huelga. Esta calificación es revisable judicialmente según el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Si pese a la declaración de ilegalidad de la huelga se la lleva igualmente a cabo, se entiende que el empleador puede adoptar contra sus empleados todas las medidas que la ley autoriza en caso de inasistencia injustificada al trabajo. Para que la huelga sea legal debe cumplir con ciertos requisitos: 1) Debe ser declarada por la entidad gremial, 2) No antes de la etapa conciliatoria. 3) Es una medida de acción extrema. 4) Llevada a cabo por más del 51% del personal.

La Corte Suprema ha elaborado una serie de directrices en este discutido tema:

a) *Operatividad del derecho de huelga.* Se ejercita aunque no exista ley reglamentaria.

b) *Estado de sitio.* Durante su vigencia, la huelga puede ser prohibida e incluso reputarse como ilícitos actos vinculados con ella. Todo ello está sujeto al control judicial de razonabilidad.

c) *Derecho relativo.* El de huelga no es un derecho absoluto, sino regulable, y debe efectivizarse en armonía con los demás derechos individuales. También ha dicho la Corte que es inadmisible pretender que su ejercicio impida toda acción patronal contraria a los huelguistas.

d) *Calificación.* La sola invocación del ejercicio constitucional del derecho de huelga, no basta para que ésta sea reputada legítima. A su vez, la calificación como ilegal de una huelga, por parte de la autoridad administrativa, no es definitiva, ya que puede ser revisada en sede judicial.

e) *Huelga por solidaridad.* No es de suyo intrínsicamente ilegal; para calificarla corresponde averiguar la índole de la huelga o movimiento al que se adhiere.

f) *Violencia.* El derecho constitucional de huelga, según la Corte, no se compadece con ocupaciones de fábricas o actos de fuerza en el lugar de trabajo. Pero no se puede castigar penalmente la participación en una huelga pacífica.

g) *Pago de salarios.* También ha dicho la Corte Suprema que si el empleador ha cumplido con sus obligaciones legales y contractuales, el carácter suspensivo del contrato de trabajo que importa la huelga exime la obligación de pagar los salarios, que son una contraprestación de la labor suspendida por los obreros o empleados.

h) *Despidos.* Para que sea indemnizable el despido motivado por una huelga, arbitrariamente dispuesto, es preciso que el carácter legal o ilegal de aquella sea expresamente declarado por los jueces de la causa, sobre la base de las circunstancias judiciales y fácticas que configuran el caso juzgado.

*Garantías a favor de los representantes gremiales*

El art. 14 bis expresa que “los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

Conforme a lo expresado por el convencional Jaureguiberry, las garantías programadas por el art. 14 bis a favor de los representantes gremiales eran de dos especies: *contra el poder*, para no ser detenido, demorado o recluido, y *contra el patrón o empresario*, para no ser despedido.

**La seguridad social**

La *seguridad social* se refleja en un sistema que cubre los riesgos comunes a todos los hombres, comoenfermedades, vejez, desempleo, accidentes de trabajo. Se financia con aportes de los trabajadores destinados al pago de prestaciones respectivas. Cuando la seguridad social se extiende a todos los hombres su campo incluye, también, la llamada asistencia social, que se caracteriza por ser gratuita. Según el art. 14 bis: el estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposiciones de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna. La seguridad social es integral e irrenunciable; el carácter de integral significa que ha de cubrir la totalidad de los eventos generales que puedan producir insuficiencias. La condición de irrenunciable es una consecuencia necesaria del principio de solidaridad.

**La previsión social \*\***

La *previsión social*esta integrada por jubilaciones y pensiones móviles y es uno de los más importantes instrumentos de la seguridad social. Las jubilaciones son prestaciones económicas, pagadas generalmente en dinero, consistentes en un haber pasivo que les corresponde a los trabajadores que tienen determinada edad, han prestado servicios, y efectuados aportes durante x cantidad de tiempo que es fijado por ley. Las pensiones constituyen auxilios pecuniarios que se les concede a determinadas personas jubiladas o, así como a personas en estado de necesidad o incapacidad, la constitución habla de jubilaciones y pensiones móviles por que deberán adaptarse a los cambios de las necesidades reales.

Nuevo régimen previsional argentino establece que el trabajador en su período laboral activo, podrá optar por capitalizar su aporte personal o seguir contribuyendo al estado en un nuevo sistema llamado “de reparto”. Para capitalizar los aportes personales, fueron creadas nuevas entidades llamadas “administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones” (AFJP). El estado se hará cargo, en adelante, solamente del pago de una prestación mínima, designada por ley como “prestación básica universal” y de reconocimiento de aportes, al anterior sistema previsional, denominado, “prestación compensatoria”. La ley ha establecido elevar los límites de las edades progresivamente.

**El seguro social \*\***

El *seguro social* es una de las especies que integra el género mas amplio de la seguridad social. Esta expresión del art. 14 bis no ha tenido aplicación práctica, su contenido estaría vinculado con la asistencia de la salud, el seguro de vida, la protección frente a enfermedades y accidentes de trabajo, etc. Algunos de ellos, se hallan establecidos por ley, y otros derivan su vigencia de convenios colectivos de trabajo. Esta estipulado en el 14 bis. Esta exigencia el art. 14 bis tiene como finalidad evitar la intromisión del estado en la utilización de esos fondos con finalidades ajenas a la seguridad social.

**La protección de la familia \*\***

La familia es el ámbito donde la persona nace, se desarrolla y muere. El Estado tiene que dejarle a la familia la responsabilidad de su porvenir, pero correlativamente debe garantizar el libre ejercicio de su misión, el desarrollo de sus integrantes. El art. 14 bis establece en su último párrafo “la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”. El bien de familia implica la existencia de un inmueble familiar, asiento del hogar, que esta protegido, por esa razón, de las vicisitudes económicas de su titular. Un bien se puede inscribir en el registro del bien de familia; y así queda exento de las contingencias económicas. Características: 1) Protege a la familia trabajadora. 2) No se puede dar como garantía. 3) Una sola por familia. 4) Se puede afectar o desafectar. 5) Hay montos límites. La compensación económica familiar se concreta mediante el pago de asignaciones familiares a los trabajadores. Constituyen prestaciones económicas adicionales cuyo pago esta en relación con los integrantes de la familia del trabajador. El acceso a una vivienda digna es uno de los típicos enunciados programáticos de la constitución. Por que no se puede solucionar el problema de vivienda de todos los habitantes.

**La intervención del Estado en lo económico y social \*\***

**Concepto \*\***

Una de las innovaciones más relevantes introducidas por el constitucionalismo social fue la referida a la función del estado. Mientras el constitucionalismo liberal privilegió la idea de un estado – gendarme, el nuevo constitucionalismo propugnó un estado activo, promotor del bien común. Este criterio llevó también a extremos que entendemos inaceptables: el estado cobró tal dimensión que casi todo dependía de él.

En nuestro tiempo ha cobrado vigor nuevamente el auge de la iniciativa privada: relegar la actividad del estado parece ser la consigna. Lo estatal se asoció a lo obsoleto, a lo ineficiente, privatizar se ha convertido casi en sinónimo de modernizar. Es importante rescatar la trascendencia de la iniciativa privada, en la cual creemos fervientemente; pero también el estado tiene una relevante función que cumplir en cuanto a la consecución del bien común. Si abdicó de ella, carece de razón su existencia.

El estado no ha sido constituido para suplantar a la persona, ni a la familia, ni a las entidades intermedias, sino procurarles aquellas condiciones y medios necesarios para el desarrollo integral de su propia vida, y que por sí mismas no pueden alcanzar. Tanto la iniciativa privada como la actividad estatal debe estar al servicio del hombre.

**El principio de subsidiariedad \*\***

El principio de subsidiariedad pretende dar respuesta a los problemas que presenta la coexistencia de la actividad privada con las facultades reguladoras del estado. Subsidiar quiere decir apoyar, ayudar, auxiliar, socorrer. Este principio, ha sido desarrollado por diversos documentos de la doctrina social de la Iglesia, sostiene la necesidad de que el estado no realice aquello que los particulares están en condiciones de hacer para el logro del bien común. El estado puede delegar en los particulares funciones como la prestación de servicios públicos y otras semejantes. Pero estimamos que este mismo principio lo obliga a asegurar la prestación del servicio o prestarlo por sí subsidiariamente, cuando los particulares no lo harían por no ser redituable para sus intereses. Es válida la invocación del principio de subsidiariedad para privatizar los servicios públicos, siempre que el estado no se desentienda de prestarlos en casos necesarios y no rentables para la iniciativa privada.

**Los “nuevos derechos”: derechos colectivos e intereses difusos**

**La protección de los intereses difusos \*\***

**Concepto y alcance \*\***

Son intereses difusos los que no pertenecen en exclusividad a una o varias personas, sino a todos los que conviven en un medio determinado y cuya suerte, en lo que concierne al enrarecimiento, destrucción, degradación, vaciamiento y consumo sin reposición, angustia al conjunto en lo inmediato y en el porvenir vital de cada uno, sobremanera el de las próximas generaciones. Con esta expresión se hace referencia a aquellos intereses que pertenecen a grupos indeterminados. La falta de límites precisos convierte estos intereses en difusos. Los intereses difusos se refieren básicamente a los derechos ecológicos o ambientales, de los usuarios y de los consumidores. Se reconocen tres categorías especialmente protegidas: a) los *intereses vinculados con la defensa del medio ambiente o la ecología*, pretendiendo preservar el equilibrio de la naturaleza mediante sus diversas expresiones, resguardar el paisaje, proteger la flora y la fauna, combatir la polución, evitar el desarrollo urbano desmedido o sin planificación, procurar la utilización racional de las riquezas, etc. b) los *intereses ligados a la protección del consumidor*. Como la propaganda comercial, la lealtad en el mantenimiento de la oferta; el resguardo y la seguridad en los alimentos y medicamentos, etc. c) los *intereses relacionados con valores culturales y espirituales* como la seguridad en el acceso a las fuentes de información, la difusión sin censura de los conocimientos técnicos o científicos, la protección de los monumentos históricos y artísticos, etc.

**Normas constitucionales \*\***

Nuestra constitución originalmente no hacía mención expresa de estos derechos que aparecieron a consideración de la ciencia jurídica muchos años después de su sanción. Sin embargo, son compatibles los intereses difusos con los principios que inspiraron a nuestro orden constitucional, debido a que la filosofía que sustenta a nuestra constitución es jusnaturalista y se cuida de no otorgar derechos, solo se limita a mencionarlos. Uno de los problemas más difíciles de resolver en lo que respecta a los intereses difusos es el vinculado con su tutela judicial. Hay opiniones que se inclinan por postular que cualquier persona esta habilitada para abrir la instancia judicial en protección de estos intereses. Otras opiniones prefieren reservar la tutela judicial solamente a la persona que coparticipa del interés difuso y ha sufrido agravio. También ha tenido difusión el criterio de atribuir a entidades intermedias la representación de estos intereses y su legitimación para plantear el reclamo judicial, en algunos casos en forma concurrente con el ministerio público. Otra alternativa es la de asignar legitimación al defensor del pueblo.

A partir de la reforma de 1994 tienen acogida expresa en nuestra constitución la tutela del medio ambiente, la preservación del patrimonio cultural y la defensa de consumidores y usuarios (arts. 41 y 42). Esos derechos vienen acompañados de garantías específicas (art. 43).

**Los derechos del consumidor y del usuario \*\***

En nuevo art. 42 consagra el derecho de los consumidores y usuarios, a quienes resguarda mediante un sistema de protección especial.

En su primera parte el artículo establece que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud (tiene por objetivo que los productos alimentarios sean inocuos, y que éstos, el agua potable y los medicamentos, se ajusten a las directrices de las Naciones Unidas de 1.985), a la protección de la seguridad e intereses económicos (calidad y eficiencia de los bienes y servicios); a una información adecuada y veraz (información *objetiva, detallada, suficiente* y *exacta)*; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

En su segunda parte dispone que las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

En su última parte establece que la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

En este enunciado constitucional se consagra la necesidad de crear, por medio de la legislación, garantías específicas en resguardo de consumidores y usuarios. Además, el estado debe asegurar sistemas de control de los servicios públicos de competencia nacional con el mismo propósito. En la elaboración de esta política legislativa, la norma constitucional requiere la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, de la cual no se puede prescindir, por cuanto se la exige con carácter de necesaria. También será indispensable, una política de concertación en que coincidan armónicamente las normas federales con las provinciales.

**Ampliación del catálogo constitucional: Los tratados internacionales de Derechos Humanos (art. 75, inc. 22)**

El debate sobre la incorporación de los tratados de derechos humanos a la Constitución Nacional fue uno de los que generó mayores intervenciones en la Convención Nacional reformadora de 1.994, y que hicieron que éste fuera uno de los temas que contó con mayor tratamiento.

Esa amplitud de discusión no refleja, sin embargo, una justificación técnica sobre el fundamento de la decisión de otorgar “*jerarquía constitucional*” a algunos tratados y a otros no.

Al fin y al cabo, los tratados incorporados al texto del inc. 22 del art. 75 ya tenían reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico desde la firma, aprobación y ratificación de cada uno de ellos y no es menos cierto que la parte dogmática de la Constitución Nacional los amparaba ampliamente.

Pero al hecho del pasado reciente con sus recuerdos de estado de sitio con suspensión de garantías, detenciones ilegales y desapariciones forzadas de personas, donde era lógico esperar que el constituyente argentino ratificara el compromiso democrático dando una clara señal, se suma el contexto ideológico que ubica a los derechos humanos como una “*nueva ética*” dentro del derecho occidental. Los derechos humanos así entendidos tienen en nuestro tiempo el valor de un nuevo *iusnaturalismo*.

En cuanto a la enumeración de algunos tratados de derechos humanos y no de otros, el tema parece explicarse por la dispersión del debate nacional hacia algunos temas en particular fuera del *núcleo* de protección internacional conformado por la Declaración de las Naciones Unidas, la Declaración Americana de Derechos del Hombre de Bogotá, el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención de Nueva Cork de 1.966 que dio origen a los dos “pactos” de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Fue así como el acuerdo alcanzado en la comisión correspondiente y perfeccionado por la comisión redactora sometió a aprobación del cuerpo el artículo que fue aprobado, donde se enumeran los siguientes documentos internacionales:

a) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

b) La Declaración Universal de Derechos Humanos.

c) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 23.054).

d) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ley 23.313).

e) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (ley 23.313).

f) L Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (dec.-ley 6286/1956).

g) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ley 17.722).

h) La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ley 23.179).

i) La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (ley 23.338).

j) La Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849).

Los dos primeros no son tratados propiamente dichos, por cuanto las declaraciones carecen de un elemento esencial en ellos, cual es el acuerdo de voluntades destinado a producir efectos jurídicos y cuyo incumplimiento acarrea responsabilidades internacionales.

La primera observación evidente al sistema adoptado por la Constitución en el inc. 22 del art. 75 ha sido la diferencia que ha quedado establecida entre algunos tratados de derechos humanos con “*jerarquía constitucional*” y los demás tratados de derechos humanos aprobados y ratificados por nuestro país que no gozan de tal jerarquía.

Un primer problema que se nos aparece es qué califica o define a un tratado internacional como un tratado de derechos humanos. Podría presentarse el caso hipotético en que tratados autotitulados como de “derechos humanos” contengan restricciones a derechos fundamentales contenidos en la Constitución Nacional, de donde debe concluirse que la intención del constituyente al limitar la lista de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y fijar un mecanismo de admisión, fue la de dejar tal decisión en manos del Congreso de la Nación por imperio del art. 27, CN.

Conforme la norma, los tratados con sus protocolos y las declaraciones enumeradas gozan de “*jerarquía constitucional*”, categoría que también alcanzan los tratados que se sumen por decisión de una mayoría especial de los 2/3 de los miembros totales de cada una de las Cámaras. Hasta la fecha ha alcanzado esa jerarquía la Convención Internacional sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por el Congreso según el método expresado en 1.997.

Tal atribución de jerarquía convierte a los tratados de derechos humanos en los tratados internacionales de más calificado rango dentro de nuestro ordenamiento positivo, al tiempo que genera un debate sobre el alcance de esa “jerarquía” toda vez que no se trata de una jerarquía constitucional plena sino sujeta a condiciones que resultan del propio texto del art. 75, inc. 22:

- Los tratados sobre derechos humanos adquieren jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”,

- No derogan ningún artículo de la primera parte (parte dogmática), y

- Son “complementarios” de las declaraciones, derechos y garantías.

Algunos autores sostienen que con la novedad introducida por la reforma de 1.994 se ha ensanchado la cima de la pirámide de la supremacía para dar cobijo tanto a la Constitución como a los tratados de derechos humanos.

Para el Dr. Bidart Campos, se ha ampliado el contenido del principio de supremacía del art. 31, CN, de modo que en el vértice no se ubica solamente la Constitución, sino el denominado “bloque de constitucionalidad federal”, que incluye al sistema internacional de derechos humanos con base en la Declaración Universal de Derechos del Hombre de las Naciones Unidas.

Podría entenderse que el “bloque de constitucionalidad” no es esencialmente distinto del derecho federal enunciado en el art. 31 en rango jerárquico superior al derecho de las provincias, de manera que los tratados internacionales se integran en tal bloque en la medida, límites y condiciones que la Constitución establece. Tal circunstancia no excluye la vigencia del art. 27

Para Ekmekdjian, la jerarquía constitucional otorgada a los tratados sobre derechos humanos no solamente impacta en el art. 31, sino también en el art. 30 toda vez que, al lado del sistema rígido de reforma constitucional, coexistiría ahora un sistema de carácter más flexible que consistiría en incorporar determinados tratados internacionales o, por el contrario, denunciarlos con las mayorías especiales que determina el art. 75, inc. 22, CN.

A partir de la reforma de 1.994 se ha producido una importante receptividad directa del derecho internacional en el derecho interno que aplican los jueces en muchas materias, como la referida a la pauta del “interés superior del menor” en los procesos de familia y minoridad, como consecuencia de su consideración en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Muchos temas como la adopción, así como las garantías en materia tributaria y penal han recibido un impacto directo e inmediato de los principios consagrados en los tratados sobre derechos humanos y han producido importantes cambios de posición y de criterio en nuestro orden jurídico.

Si bien la “jerarquía constitucional” tiene efectos jurídicos en cuanto a que ningún juez podría declarar inconstitucional un tratado del art. 75, inc. 22 en las condiciones de su vigencia, tal jerarquía no significa identificación con el principio de supremacía porque supremacía es sinónimo de soberanía y ésta no admite condiciones ni limitaciones jerárquicas.

Los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional están en el piso superior de la pirámide jurídica pero no exactamente en el vértice porque están un escalón debajo del texto constitucional al no poder derogar ningún artículo de la primera parte y tener carácter complementario, que significa “accesorio”, y no principal como la Constitución Nacional.

**La reforma constitucional de 1.994 y los derechos: los nuevos paradigmas**

*El Derecho de Resistencia y La Defensa del Orden Constitucional (Art. 36)*

Fue la primera norma debatida en el recinto de la Convención, y fue votada por unanimidad por todos los bloques políticos. La vigencia del orden constitucional, aún en los supuestos *de facto*, está consolidada a partir de dos ejes: la nulidad insanable de los actos ejercidos por los usurpadores y la extensión de la sanción prevista para los “infames traidores de la patria” a los autores de esos actos de fuerza contra el orden constitucional y el sistema democrático.

Cabe destacar que esas sanciones son imprescriptibles y expresamente han sido excluidas de los beneficios del indulto y la conmutación de penas, pueden, sin embargo, ser objeto de amnistías generales.

Por último, la llamada “cláusula ética” equipara en el mismo nivel que la ruptura del sistema institucional a quienes incurrieren en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, derivando al Congreso la sanción de una norma general sobre este punto para el ejercicio de la función pública. Esta ley deberá contemplar razonablemente la sanción de inhabilitación para ocupar cargos o empleos públicos.

Destaca Bidart Campos que el art. 36 exhibe un rostro docente y catequístico, porque procura enseñar que el “orden institucional y el sistema democrático”, deben ser respetados. Tiene también algo de prevención, de admonición y de disuasión para que la continuidad institucional no se interrumpa. Por supuesto que si, desgraciadamente, recayéramos en los actos de fuerza que la Constitución descalifica, el imperio de ella no subsistiría por la exclusiva circunstancia de que este artículo exprese que tal imperio se mantendrá.

De cualquier modo, contenida en la propia Constitución la incriminación de la conducta adversa, nos hallamos ante la situación de todas las normas penales: por sí mismas no impiden que los delitos se comentan, pero prevén la sanción para quienes sean sus autores.

El nuevo art. 36, párr. 4º, estableció un tipo de *derecho de resistencia* en manos de *todos los ciudadanos*, a ejercer contra quienes ejecutaren *actos de fuerza* contra el orden institucional y el sistema democrático, que causaren la interrupción de la observancia de la Constitución.

El derecho de resistencia del art. 36 reside en “todos los ciudadanos”, por lo que el texto estaría permitiendo un ejercicio individual, a más del colectivo, contra los regímenes de facto.

*Los Derechos Políticos*

Los derechos políticos son una categoría que abarcan los derechos de asociación y reunión, de peticionar a las autoridades, de participación y control, así como el derecho de elegir y ser elegido conforme a las leyes. No hay una línea nítida que los diferencie de los derechos civiles e integran con éstos la denominada “primera generación” de derechos fundamentales.

La consagración de la garantía del pleno ejercicio de los derechos políticos en el nuevo art. 37 introducido por la reforma constitucional de 1.994 viene a completar a la primera generación de derechos humanos ya reconocidos en los arts. 14 y 20 para los habitantes de la Nación y para los extranjeros.

*Art. 37* *Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio.*

*La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.*

El art. 37, en su segundo párrafo señala que el sufragio es *universal*, *igual, secreto y obligatorio*, recogiendo así la tradición en materia electoral que arranca desde la Ley Sáenz Peña. La última parte del mismo artículo favorece la adopción de acciones que tiendan progresivamente a la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a los cargos electivos y partidarios. La ley 24.043 ya consagró este criterio a partir del llamado “cupo femenino” o “cuota de género”, fijando la obligatoriedad de incluir un mínimo del 30 % de mujeres en las listas de candidatos para elecciones nacionales, la cual se ha venido aplicando desde 1.992 con regular éxito en cuanto a los objetivos perseguidos por la norma.

*Los partidos políticos*

El constitucionalismo de postguerra ha consagrado con jerarquía constitucional a los partidos políticos, del mismo modo en que lo hace el nuevo art. 38 incorporado a la Constitución Nacional por la reforma de 1.994, que los considera en su primer párrafo “*instituciones fundamentales del sistema democrático*”.

*Art. 38* *Los partidos políticos* *son instituciones fundamentales del sistema democrático.*

*Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas.*

*El Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes.*

*Los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio.*

El nuevo artículo incorpora también varios postulados del derecho político: la necesaria forma de organización y funcionamiento interno con contenidos democráticos; la representación de las minorías en el gobierno de los mismos; la “competencia” para proponer candidaturas para las ofertas electorales a cargos públicos electivos; y el derecho a la difusión de sus ideas a través de los medios junto con el acceso a la información pública.

Otro tema importante es el relativo al financiamiento de los partidos políticos. La solución alcanzada en la Convención Nacional Reformadora equilibra la responsabilidad primaria del Estado al sostenimiento económico de sus actividades y a la formación de sus cuadros y la obligatoriedad de dar publicidad del origen y destino de los fondos privados recibidos y del patrimonio de los partidos políticos.

Definidos los partidos políticos como organizaciones permanentes de individuos unidos por una misma concepción política cuya finalidad es la conquista del poder a través del voto del electorado, resta destacar que todo conjunto de personas que enarbola una misma bandera tiene necesidad de una organización interna.

De allí que sin perjuicio de exigir ciertos requisitos de orden público como la adscripción a principios democráticos enunciados en una declaración de principios y en los programas de acción política que obligatoriamente deben presentar cada partido a formarse ante la justicia federal con competencia electoral, todo lo referente a la vida interna partidaria, órganos de conducción, etc., se rige por su respectivo estatuto partidario o “Carta Orgánica” que conforma una verdadera Constitución dentro de la vida interna de cada partido, determinando como se eligen sus autoridades y fijando sus órganos.

*Iniciativa popular de leyes*

*Art. 39* *Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses.*

*El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa.*

*No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a la reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.*

La reforma de 1.994 otorgó a la Cámara de Diputados la condición de cámara de origen para que los ciudadanos presenten proyectos de ley, y para someter al cuerpo electoral la sanción de un proyecto de ley.

La iniciativa popular contemplada en el art. 39 no es el derecho individual de proponer un texto de ley, sino un derecho grupal que pertenece a los miembros del cuerpo electoral, y que obliga al Congreso a darle tratamiento dentro del plazo de doce meses de presentada la iniciativa.

La Constitución diseña aquí una cláusula “programática”, ya que su aplicación depende de la ley reglamentaria a dictarse con el voto de la mayoría absoluta del total de miembros de cada Cámara. Dicha ley, según el mismo art. 39, no puede exigir más del 3 % del padrón electoral nacional para suscribir el proyecto y tal porcentaje tiene que contemplar “una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa”.

De esas prescripciones se desprende que el derecho de iniciativa popular del art. 39 rige en todo el país, pero solamente para la promoción de leyes que constitucionalmente puede sancionar la Nación.

La razón por la que el derecho de iniciativa popular debe plantearse ante la Cámara de Diputados fue de tipo político: esa sala, representante del pueblo, no podría hacer caso omiso de una propuesta popular de ley. Sin embargo, si por la índole e la materia es el Senado quien debe actuar como cámara de origen, no habrá otra alternativa que derivar la iniciativa a la cámara alta.

La ley 24.747 ha reglamentado el art. 39 de la Constitución Nacional. Dispone que la iniciativa popular de una ley requerirá la firma de un número de ciudadanos no inferior al 1,5 % del último padrón electoral utilizado para la elección de diputados nacionales, y deberá representar por lo menos a seis distritos electorales.

La Cámara de Diputados puede rechazar la propuesta, sin recurso alguno (art. 9º). Se supone que este rechazo liminar únicamente podrá fundarse en no cumplir la presentación con los preceptos constitucionales, con el número de firmas pertinentes o con otros recaudos que exige el art. 5º de la ley. Admitida formalmente, sigue con el trámite común de una ley.

*El referéndum y el plebiscito*

*Art. 40* *El Congreso a iniciativa de la Cámara de Diputados podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática.*

*El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio.*

*El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular.*

En igual sentido que la iniciativa, la figura de la consulta popular amplía los márgenes de la participación ciudadana en la toma de decisiones del gobierno. La consulta puede ser sometida por decisión del Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, consulta que en ese caso será vinculante. Puede tratarse de una consulta no vinculante cuando es convocada por el presidente de la Nación.

Los dos institutos de democracia semidirecta incorporados en el art. 40, son los que se denominan respectivamente *referéndum* y *plebiscito*. El referéndum es un proceso de consulta a los ciudadanos, a los efectos de que éstos se expresen sobre actos de gobierno de carácter legislativo. Puede ser facultativo u obligatorio, según que la Constitución deje librado al criterio del Poder Legislativo convocar a un referéndum o, al contrario, lo exija como condición *sine qua non* para la sanción de determinadas normas. El referéndum consultivo es el que se realiza para conocer la opinión del pueblo sobre un proyecto de ley que aún no ha sido sancionado o se halla a estudio. Sus efectos pueden ser vinculantes o no vinculantes para el Poder Legislativo. En el segundo caso se trata de un verdadero referéndum y es el caso del primer párrafo de nuestro art. 40.

El plebiscito se diferencia del referéndum en que el primero es esencialmente consultivo y el objeto de la consulta no consiste en la aprobación o desaprobación de una norma jurídica, sino que ella versa sobre un acto o una decisión de carácter político.

La ley reglamentaria es la 25.432, sancionada el 23/5/2.001 y promulgada tácitamente el 21/6/2.001, que trata sobre la consulta popular vinculante y no vinculante.

Para la consulta popular vinculante (referéndum) se exige que la convocatoria del Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, sea en sesión especial y aprobada por mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara. La consulta deberá realizarse en un plazo no inferior a los sesenta días y no superior a los ciento veinte días, desde la fecha de publicación de la convocatoria en el Boletín Oficial, no se computarán los votos en blanco, y no podrá coincidir con otro acto eleccionario.

*Situación constitucional del indígena*

En su anterior art. 67, inc. 15, la Constitución Nacional confería al Congreso el “conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”.

La reforma constitucional de 1.994 derogó aquel precepto y lo sustituyó por otro (art. 75, inc. 17), con un contenido jurídico y un mensaje político reivindicativo de los aborígenes. La nueva cláusula, aprobada por unanimidad en la Convención Constituyente, careció lamentablemente de un debate que aclarara algunos de los puntos oscuros que contiene.

 El nuevo precepto establece las siguientes pautas para las políticas legislativas federales:

a) *Preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas*. Se trata de un enunciado de tipo histórico. Cumple un papel simbólico y de reparación histórica hacia comunidades habitualmente marginadas y pospuestas.

b) *Respeto a su identidad*. Se trata de un derecho *grupal o colectivo* de los pueblos indígenas. Ello involucra la tutela de su idiosincrasia, idiomas, religiones y costumbres.

c) *Derecho a una educación bilingüe e intercultural*. Es una directriz complementaria de la anterior. La ley de educación nacional 26.206 coincide con este precepto.

d) *Personería Jurídica de las comunidades indígenas*. En el texto de la Constitución argentina de 1.853/1.860 no había tal reconocimiento de personería jurídica. La reforma de 1.994 cambia este panorama y las comunidades aborígenes son ahora personas jurídicas. A falta de reglamentación legal, esto obliga a recurrir al derecho consuetudinario para definir la afiliación a tales asociaciones y sus autoridades.

e) *Posesión y propiedad comunitarias de las tierras que ocupan tradicionalmente*. También por decisión del constituyente, las comunidades de referencia pasan a ser propietarias y poseedoras de las tierras que *tradicionalmente ocupan*. Por ende, aunque esa ocupación no haya sido *animus domini*, siempre que fuere durante un tiempo muy extenso, casi inmemorial, nace para ellas, y con prescindencia de las reglas civilistas, un título de dominio.

Las tierras “que tradicionalmente ocupan” pueden estar en la esfera del dominio nacional, provincial o privado. En cualquiera de estas dos últimas hipótesis surge el interrogante de si la transferencia de dominio que puede provocar el art. 75, inc. 17, genera o no a los damnificados el derecho a resarcimiento.

f) *Entrega de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano*. Continuando con su ambigüedad semántica, el nuevo texto contempla la “entrega” (expresión que no concreta la fuente jurídica de esa traslación: ¿compraventa, donación, comodato, locación?) de otras tierras para el pleno desarrollo de las mismas comunidades.

g) *Participación de los indígenas en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten.* La redacción no aclara cuales son “sus” (los) recursos naturales *de* los indígenas. Además, el derecho que se les confiere de participar “en la gestión” de sus recursos e intereses, peca también de imprecisión. Tampoco determina la norma el modo mínimo de participar en tal “gestión”.

h) *Propiedad comunitaria*. El art. 75, inc. 19, declara inenajenable, intransmisible e insusceptible de gravámenes o embargos el dominio colectivo de los pueblos indígenas. Se trata de un nuevo tipo de propiedad, no contemplado por el Código Civil.

La nueva norma constitucional alerta que “las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

*Acciones positivas para niños, mujeres, ancianos y discapacitados*

El nuevo art. 75, inc. 23, obliga al Congreso a *legislar* y *promover* “medidas de acción positiva” que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos enunciados por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, “en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

La reforma de 1.994 introdujo reglas especiales a favor de los menores. Por un lado, impulsa acciones positivas; por otro dio rango institucional a la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1.989).

En concreto, la Argentina puntualiza que el concepto de “niño” es el de “todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”, declaración que tiene, en virtud del art. 75, inc. 22, rango constitucional.

Asimismo, la reforma de 1.994 obliga al Congreso a dictar planes protectores “de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

El texto constitucional propicia normas protectoras de las personas mayores y de los individuos con problemas de capacidad, mediante mecanismos de “discriminación inversa” a favor de ellos. En otras palabras, se constitucionalizan actos de desigualdad en pro de personas que requieren un apoyo estatal mayor que el brindado a sujetos con plenas aptitudes psicofísicas.

**La protección Constitucional del Ambiente (art. 41)**

La consagración constitucional de un derecho a un medio ambiente sano y equilibrado fue uno de los temas de mayor interés para los convencionales constituyentes de 1.994, como lo demuestran los 124 proyectos presentados.

Pero esa cantidad de proyectos representó, al mismo tiempo, la mayor dificultad a la hora de redactar la norma que finalmente sería el art. 41 de la Constitución reformada. La conciliación y “negociación” entre distintos sectores políticos y distintos grupos ideológicos tuvo como resultado una “transacción” que fue en detrimento de la redacción y de su precisión desde el punto de vista jurídico. De ese modo, hay una cantidad de aspectos importantes que no fueron resueltos por el constituyente y que será menester que lo haga el legislador, so pena de que la nueva incorporación se torne una norma meramente declarativa. Así ocurre con la “reparación del daño ambiental”, donde deberá definirse si se aplican las normas generales del derecho común en materia de daños y perjuicios o si deberá diseñarse una nueva modalidad; sucede otro tanto con el problema de la legitimación activa en cuanto a la procedencia o no de los llamados “intereses difusos”.

El legislador deberá diseñar los límites de esa legitimación que, a nuestro juicio, debe buscar el equilibrio en un punto medio: debe ser tan amplia como para cumplir el objetivo tutelar, pero limitada a quienes realmente reciben el impacto de un potencial daño.

No menos importante es el problema de la delimitación de competencias, en sentido vertical, es decir, entre la Nación y las provincias; la solución propuesta por el constituyente no define el problema, y, lejos de esto, deja abierto el camino a que se presenten conflictos jurisdiccionales, toda vez que el dominio originario de los recursos naturales es de las provincias y éstas ejercitan el poder de policía en materia de salubridad. La incorporación de una categoría extraña al derecho público argentino, como lo es introducir una ley de “presupuestos mínimos”, se contrapone a la distribución de competencias del federalismo argentino.

Todas estas cuestiones pendientes nos indican que, en definitiva, el mayor aporte del art. 41 ha sido el principio declaratorio del derecho a un medio ambiente sano y equilibrado para las generaciones presentes y futuras. No queremos decir que en este tema la reforma haya sido injustificada o innecesaria; si decimos que fue insuficiente, porque no fijó los principios constitucionales básicos de la materia.

a) *Sujetos tutelados*. El precepto ampara a “todos los habitantes”, pero también, y de modo curioso y por cierto feliz, habla también de las “generaciones futuras”, vale decir, de “los hombres del mañana”, lo que implica para el Estado un compromiso hacia el porvenir. Oblicuamente se está reconociendo así categoría de sujetos constitucionales a las generaciones futuras.

b) *Objetivos: Ambiente sano y equilibrado*. La idea de “ambiente sano” involucra las nociones de preservación y no contaminación de elementos tales como el aire, el agua, el suelo y los demás factores necesarios para la vida.

La idea de “ambiente equilibrado” implicó para la asamblea de 1.994 que los ambientes transformados o agredidos por el hombre debían contar con respuestas equivalentes, que generaran condiciones aceptables de vida.

c) *Utilización racional de los recursos naturales y preservación del patrimonio natural y cultural.* El sentido de la norma constitucional es el cuidado de la variedad de las especies y de los ecosistemas.

d) *Deberes*. El nuevo artículo conlleva el *deber de preservación*, tanto para los habitantes como para el Estado. Las actividades productivas, comprensivas de las de bienes y servicios, están explícitamente comprendidas en esa obligación.

También existe para aquellos sujetos, el *deber de recomposición*, ante la presencia de un daño ambiental, que consiste en restablecer, de ser posible, la situación previa al daño; y, de no ser posible ello, el *deber de reparación* cuando el daño se produzca y no se vuelva a las condiciones anteriores.

Entre los deberes específicos del Estado, el nuevo texto menciona, para las “autoridades” la obligación de proveer a la protección de eses derechos ecológicos, lo que involucra generar una especial “responsabilidad del Estado”. Otro deber específico y explícito del Estado concierne en suministrar *información y educación ambientales*, cosa que incluye información clara y accesible.

Este manojo de *deberes* estatales genera *atribuciones* para el Estado, por ejemplo, fijar reglas de uso y explotación del patrimonio ecológico y cultural, incluyendo prohibiciones aún cuando tal patrimonio estuviere en manos privadas.

En materia de hechos no admitidos, la parte final del art. 41 prohíbe el ingreso enm todo el territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos. La interdicción alude a cualquier sujeto, particular o estatal, y se quiso impedir la admisión de elementos que, acondicionados de cierta manera, pueden no ser riesgosos de inmediato, pero sí lo son “potencialmente”. Y con respecto a los radiactivos, se los erradica de modo terminante.

f) *Competencias*. El Estado nacional debe sancionar una *legislación de base*, con iguales condiciones de protección para todos los habitantes del país. A las provincias les toca la posibilidad de legislar por encima de ese mínimo, mejorándolo, e incluir asuntos que hagan a las materias específicas o particulares de cada una de ellas.

**UNIDAD N° VIII**

***Art. 6.*** *El gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantir la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia.*

***Art. 14****. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticiona a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.*

***Art.14 bis****. El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial*

*Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.*

*El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.*

***Art. 15****. En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que de lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República.*

***Art. 16****. 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.*

***Art. 18****. Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que lo autorice.*

***Art. 19****. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*

***Art, 20.*** *Los extranjeros gozan en el territorio de la nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión: poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes; no están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República*

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

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

***Art.36.*** *Esta constitución mantendrá su imperio aún cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional del sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.*

*Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el art. 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.*

*Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen derecho de residencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo. Atentara asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos y empleos públicos. El congreso sancionará una ley sobre ética publica para el ejercicio de la función.*

***Art 37****. Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidad entre varones y mujeres para el acceso de cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y el régimen electoral.*

***Art. 39****. Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir mas 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, presupuestos y materia penal.*

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

***Art. 41.*** *Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.*

*Las autoridades proveerán la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.*

***Art.42****. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios de las provincias interesadas, en los organismos de control.*

***Art.43****. 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 publicas 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.*

*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 determinara los requisitos y formas de su organización. 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 aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado 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 habeas 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.*

***Art. 75.*** *Corresponde al congreso:*

*inc. 22Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículos derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*

*Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.*

**Las garantías constitucionales**

Las garantías constitucionales son el conjunto de seguridades jurídico - institucionales deparadas al hombre que constituyen el soporte de la seguridad jurídica. En un sentido amplio se puede afirmar que la totalidad del ordenamiento jurídico garantiza las libertades y los derechos; en un sentido más preciso hay garantía cuando el individuo tiene a su disposición la posibilidad de movilizar al estado para que lo proteja, sea impidiendo el ataque, sea restableciendo la situación anterior al ataque, sea procurando compensarle el daño sufrido, sea castigando al transgresor etc.

Fuera del ámbito de los derechos personales y dentro del área del poder estatal, hay asimismo garantías para el funcionamiento de los órganos del poder, por ejemplo, las que clásicamente se han llamado inmunidades parlamentarias, la irreductibilidad de las remuneraciones judiciales, la inamovilidad en el desempeño de cargos públicos que tienen previsto un mecanismo especial para la remoción de quien los ocupa, etc.)

El sistema de derechos exige reciprocidad en el sistema garantista. De poco o nada vale un buen sistema de derechos si el sistema garantista no ofrece disponibilidad para quien cree que debe defender un derecho suyo cuente con las vías idóneas para acceder a la justicia.

**Antecedentes.**

El Art. 18 ha sido calificado como un “escudo protector” de la libertad individual; fue sancionado por la Convención Nacional Constituyente de 1853 en la sesión del 25 de abril, pero su contenido recoge una evolución sucesiva de antecedentes, entre los que se encuentra el REGLAMENTO ORGANICO DE 1811, así como el Decreto de Seguridad Individual de 1811 emitido por el Triunvirato, alguna de cuyas disposiciones (art. 1,2,3 6 y 9) son fuente del artículo comentado. El estatuto de 1815 dedicaba en la sección VII todo el capítulo I a expresar los derechos y garantías de la seguridad individual, en tanto que, el reglamento provisorio de 1817 reprodujo, en su mayor parte, los textos del estatuto de 1815, igual criterio siguió tanto la constitución de 1819 como la de 1826.

Señala Ferrajoli que “…los principios sobre los que se funda el modelo garantista clásico, la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y presunción de inocencia, son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada liberal. Los filones que se entreveran en esta tradición madurada en el S.XVIII son muchos y distintos: las doctrinas de los derechos naturales, las teorías contractualistas, la filosofía racionalista y empirista, las doctrinas políticas de la separación de poderes y de supremacía de la ley, el positivismo jurídico y las concepciones utilitaristas del derecho y de la pena…y, sin embargo, más allá de la heterogeneidad y de la ambivalencia de sus preceptos históricos y filosóficos, es cierto que los principios mencionados, tal y como se han consolidado en las constituciones y codificaciones modernas, forman en su conjunto un sistema coherente y unitario…”

**Diversas acepciones del término**

Juan Francisco Linares destaca:

1- *Estrictísima*: contiene solo los procedimientos judiciales sumarios y reglas procesales, como las acciones de Habeas Corpus, de Amparo y Habeas Data.

2- *Estricta*: además de la anterior, involucra todos los procedimientos judiciales protectores de la libertad, como juez natural, defensa en juicio, etc.

3- *Amplia*: comprende las garantías políticas del Estado, del derecho constitucional del poder, división de poderes, igualdad ante la ley, etc.

4- *Amplísima*: comprensiva de todas las instituciones constitucionales, incluso la constitución escrita y rígida, en el marco de los derechos reconocidos

**El Contrato Social:**

“El Contrato Social” está en el centro de la obra de Rousseau. El mérito de Rousseau es que eligió la democracia “en una época en que no existía ni en los hechos ni en las ideas”, está “inspirada en la pasión por la unidad del cuerpo social”, que se funda en la soberanía absoluta e indisoluble de la voluntad general, frente a la cual deben subordinarse los intereses particulares.

El hombre únicamente realizara su libertad obedeciendo las leyes que son el resultado de la soberanía popular de la que el es parte. El contrato social asegura asimismo la igualdad, pues, todos los ciudadanos tienen iguales derechos en el seno de la sociedad. Libertad e igualdad se asocian indisolublemente en esta comunidad democrática.

El Estado es una asociación convencional, producto de un acuerdo donde el hombre se entrega totalmente a la comunidad. Es un cuerpo moral colectivo formado por todos los ciudadanos.

El origen del poder deriva del “Contrato Social” que crea la voluntad general.

**Teorías Contractualitas:**

La postura del contrato es la expresión máxima del voluntarismo. Considera que los hombres crean el estado libre y espontáneamente, y que su única justificación radica en el pacto político que le da nacimiento. El estado aparece así como una organización “mecánica, atomista y artificial”, sustentada en el arbitrio de los individuos. Todo es obra de la industria humana, y producto de la voluntad al abandonar el estado de naturaleza.

El Estado resulta totalmente “construido”, y no “dado”, no existe ninguna tendencia natural a la vida social y política “dada por naturaleza humana, y que los hombres viven en una organización política porque quieren”.

**Estas teorías, posibilitan diferentes enfoques:**

Con **Rosseau y Hobbes** el “pacto” se origina después de “un previo estado de naturaleza” del hombre, que es abandonado para organizar la convivencia, destacan que el hombre en su estado anterior: “llevaba una buena y pacífica vida”, según **Rosseau**, y “mala y belicosa”, según **Hobbes** este acuerdo se celebra sin participación del gobernante, por ello se llama “pacto de unión”, una fórmula de tal acuerdo seria “yo autorizo y cedo a este hombre mi derecho de gobernante, con la condición de que tu le cedas también el tu derecho y que autorices todos sus actos de la misma manera que yo”.

**Pufendorf** desdobla el “pacto” en dos etapas: primero un pacto de unión para formar el estado que se celebra entre los hombres, seguidamente un “pacto” de sujeción con el gobernante para conferirle el poder. El “contrato” actualiza la tendencia natural de sociabilidad que es la causa eficiente del Estado, juntamente con Dios autor de su naturaleza, pero es necesario que los hombres formen el “Estado mediante un primer contrato entre ellos” (pacto de unión) y que “constituyan luego del gobierno mediante un segundo pacto con el gobernante” (pacto de sujeción).

**El artículo 18 de la constitución nacional**

*El debido proceso:* es un conjunto de garantías procesales que tienen por objeto asistir a los individuos durante el desarrollo del proceso y asi protegerlos de los abusos de las autoridades y permitirles la defensa de sus derechos.

***Art. 18 (leer)***

Esta disposición consagra el principio de *inocencia* y el *debido proceso*, reconoce su origen en la Carta Magna de los Estados Unidos.

La Constitución consagra los *siguientes principios:*

1- Juicio previo

2- Intervención del juez natural

3- Ley anterior (irretroactividad de la ley)

4- Inviolabilidad de la defensa en juicio

5- Declaración contra sí mismo.

En el principio de ley anterior subyacen a su vez otros dos principios fundamentales.

1- Principio de legalidad o reserva (art. 19)

2- Principio de la irretroactividad de la ley: en materia penal se admite la aplicación retroactiva de una ley, cuando es más benigna al reo.

**La ley y el juicio previo en materia penal**

Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Se trata de una garantía reservada al proceso penal exclusivamente. Configura también una prohibición acerca de la retroactividad de la ley penal a tono con el adagio liberal de no hay delito ni pena sin ley penal anterior.

La afirmación de que no hay delito ni pena sin ley quiere decir que nadie puede ser condenado sin ley incriminatoria que cree el tipo delictivo y que adjudique la pena consiguiente; si hay descripción del delito, pero no hay pena atribuida legalmente, no puede haber condena; los delitos que carecen de pena no fundan constitucionalmente la posible sanción penal.

Existente la ley con características referidas, es menester el juicio previo a la condena. Nadie puede ser penado o condenado sin la tramitación de un juicio durante el cual se cumplan las etapas fundamentales requeridas por el debido proceso legal. Esas etapas en el juicio penal son: acusación, defensa, prueba y sentencia.

La sentencia en el juicio penal debe estar fundada en ley. Hasta tanto recae sentencia firme de condena, toda persona tiene derecho a la presunción de inocencia. Es éste un derecho implícito que aún no formulado en la constitución formal, merece reconocimiento.

Hay un problema que entremezcla el tema de la ley penal previa y de la ley penal más benigna cuando se trata de un delito permanente. Hay enfoques que consideran que, si durante el tiempo de consumación del delito permanente sobreviene una nueva ley más severa que la existente cuando se comenzó a delinquir, hay que aplicar la ley más severa que está en vigor cuando concluye la consumación de la conducta delictuosa.

Esto es rotundamente imposible. La ley más gravosa que es ulterior al momento en que se inició la conducta delictuosa aparece mientras se está delinquiendo, pero no es anterior al momento en que se empezó a delinquir, ni estaba vigente desde antes de ese momento; por eso no es ley previa. La ley que estaba en vigor cuando se comenzó a delinquir es, además de la ley anterior al delito, la ley penal más benigna.

**La garantía de los jueces naturales**

Se considera juez natural al tribunal creado y dotado de jurisdicción y competencia por una ley dictada antes del hecho que es origen del proceso en el que ese tribunal va a conocer y decidir.

El derecho a la jurisdicción, en cuanto significa posibilidad de acceder a un órgano judicial presupone que dicho órgano debe ser el juez natural para la causa, es decir, el tribunal judicial cuya creación, jurisdicción y competencia provienen de una ley anterior al hecho originante de aquellas causas o proceso.

La garantía de los jueces naturales no es privativa de la materia penal, sino extensiva a todas las restantes: civil, comercial, laboral, etc.

Conectada con la garantía de los jueces naturales hay que tomar en consideración:

1) la prohibición del art. 109 según el cual en ningún caso el presidente de la nación puede ejercer funciones judiciales aún durante el estado de sitio.

2) la prohibición del art. 29 que al proscribir la concesión al poder ejecutivo de facultades extraordinarias y de la suma del poder público, impide al congreso investirlo de función judicial.

3) el principio de división de poderes.

La garantía de los jueces naturales, como todo contenido que integra los principios, declaraciones y garantías de la constitución, obliga a las provincias, conforme al art. 5. Por ende, cabe afirmar que los tribunales judiciales provinciales, cuando quedan establecidos conforme a la pauta del art. 18 de la constitución federal, son también jueces naturales. Ello significa que jueces naturales no son, únicamente, los del poder judicial federal.

La fórmula del juez natural que trae el art. 18 se puede traducir así: nadie puede ser sacado del tribunal creado y dotado de jurisdicción y competencia por ley anterior al hecho que es origen de la causa (o proceso judicial).

Hay que tener bien claro que esta parte del art. 18 contiene una doble prohibición: a) que alguien sea juzgado por comisiones especiales, b) que alguien sea sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. La prohibición de sacar significa que después del hecho que va a dar lugar (en futuro) a una causa judicial o que ya ha dado lugar a ella (causa ya iniciada o pendiente) no se puede cambiar o alterar la competencia del tribunal (juez natural) al que le fue otorgada por ley anterior a aquel hecho para darla o transferirla a otro tribunal que reciba esa competencia después del hecho.

Para la jurisprudencia de la Corte, lo que queda prohibido es sustraer ciertos hechos, causas o personas determinados que con carácter general ha adjudicado la ley a tribunales judiciales permanentes, y hacer juzgar esos hechos, casos o personas por un tribunal establecido especialmente para ellos.

**El derecho a la jurisdicción**

En la base de la seguridad jurídica hallamos un derecho que, aun cuando nuestra constitución formal no lo declara expresamente, ha sido reconocido por la doctrina y por el derecho expresamente ha sido reconocido por la doctrina y por el derecho judicial. Nos referimos al derecho a la jurisdicción. La jurisprudencia de la Corte Suprema lo tiene conceptuado como el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia.

El titular de ese derecho, al que latamente se da el nombre de justiciable es tanto el hombre como las personas jurídicas y asociaciones, y también a veces en sentido amplio el propio estado. El sujeto pasivo es el estado a través del órgano judicial encargado de administrar justicia.

Este esquema de derecho a la jurisdicción no debe hacernos creer que tal derecho es ejercido solamente por quien voluntariamente toma la iniciativa de un proceso. El demandado, que es llevado al proceso por el actor, también titulariza el derecho a la jurisdicción, porque también el lleva al juez y al proceso su pretensión jurídica para que la resuelva.

El derecho a la jurisdicción no consiste solamente ni se agota con el acceso al órgano judicial. Al acudir a él solo se cumple una primera etapa. El desarrollo subsiguiente importa un despliegue del derecho a la jurisdicción que requiere: a) que se cumpla la garantía del debido proceso, cuyo base radica en el derecho a la defensa, b) que la pretensión se resuelva mediante la sentencia que debe ser oportuna en el tiempo, debidamente fundada y justa.

Con respecto al derecho a la jurisdicción suele ocurrir una controversia en el caso de la tasa de justicia. Cuando con carácter previo a la iniciación del proceso el justiciable debe abonar la tasa de justicia o realizar un depósito dinerario dicho pago se vuelve inconstitucional si por su cuantía es desproporcionado con la capacidad del obligado, o si por cualquier otra causa análoga le cierra el acceso a la justicia. En un fallo de la Corte de 1996 se sostuvo que la tasa de justicia es inconstitucional cuando debe depositarse antes de promover el juicio, pero no lo es cuando tiene que afrontarlo el perdedor una vez dictada la sentencia definitiva.

De alguna manera, el pago posterior a esta por parte de quien ha visto denegada su pretensión también puede resultar inconstitucional según sea el monto y la proporción razonable del mismo con la situación económica o financiera del justiciable. El ideal de justicia sería la gratitud del acceso a la justicia como servicio a cargo de un poder del estado.

Hay violación del derecho a la jurisdicción cuando un justiciable no puede demandar a una entidad extranjera o internacional porque esta tiene inmunidad absoluta y total de jurisdicción fuera de nuestro estado y dentro de él.

**El arresto**.

Nadie puede ser arrestado sin orden escrita de juez competente: el principio general garantiza que la detención sea efectuada por orden judicial. Hay supuestos excepcionales tal como la declaración de estado de sitio que habilita al presidente de la Nació a detener y trasladar. En la práctica la fuerza policial es la que detiene y a partir de tal acto da la intervención al Juez. En principio, el incumplimiento en dar la intervención al juez debería traducirse en la inmediata libertad del demorado. La acción de Habeas Corpus es el instrumento procesal constitucional para remediar la amenaza, peligro o concreción de una detención arbitraria, sin causa y sin las formalidades legales.

**Inviolabilidad de los papeles y el domicilio.**

Esta garantía es la consecuencia de la protección a las acciones privadas y a la intimidad consagrada en el art. 19 de la norma fundamental. El principio constitucional de ejercicio relativo de los derechos determina que la ley debe disponer bajo qué condiciones y requisitos puede procederse al allanamiento del domicilio, el que debe ser ordenado por un juez, con fundamento suficiente y por razones de necesidad pública. En el caso de correspondencia y papeles privados se aplican idénticos límites que para el domicilio.

**Las comisiones especiales**

Son tribunales creados con posterioridad al hecho de la causa. Están prohibidos por el art. 18. La prohibición de someter al juzgamiento de comisiones especiales significa, crear organismos ex post facto (después del hecho) para juzgar determinados hechos o a determinadas personas, sin la generalidad y permanencia propias de los tribunales judiciales.

**La Jurisdicción militar**

Siguiendo también en este punto a nuestro prestigioso tratadista Ekmekdjian, cuadra recordar que, en principio, la relación jurídica especial que existe entre el personal militar (ya sea permanente de oficiales y suboficiales o el no permanente, integrado por los soldados conscriptos, reparándose que ya no existe servicio militar obligatorio) y el Estado implica un conjunto de obligaciones muchos más graves que la que tiene cualquier empleado civil en relación de dependencia. A estas obligaciones, junto con los derechos especiales previstos en las normas militares, se las denomina “estado militar.

El estado militar supone una serie de derechos para el personal permanente-los mayores- y también una serie de obligaciones especiales.

En efecto, el incumplimiento de las anunciadas obligaciones es sancionado mucho más severamente que en cualquier relación de empleo civil. Así las faltas de disciplina son castigadas con penas corporales, desconocidas en la legislación no militar. Incluso, están tipificadas cono delitos militares específicos ciertas acciones que no son incriminadas para los civiles. Finalmente, las penas para estos delitos suelen ser más graves que las del Código Penal, pudiendo llegar a la pena capital en ciertos casos extremos.

La llamada “jurisdicción militar” –para quienes aceptan el desdoblamiento de la función jurisprudencial- es una especie de la llamada “jurisdicción administrativa”. A su vez, la jurisdicción militar es clasificada por la doctrina en “jurisdicción penal militar y jurisdicción disciplinaria militar”.

La primera sería la que se ejerce por medio de los llamados “tribunales militares”, establecidos en el Código de Justicia Militar para el juzgamiento de los delitos militares y de los delitos comunes, cuando caen bajo la competencia de aquéllos (en razón del lugar o del bien jurídico protegido). Dicho Código fue dictado durante la vigencia de la reforma constitucional de 1949, que sobre esta materia tenía disposiciones distintas a las de la Constitución de 1853.

Ella no surge de una disposición expresa de la Constitución Nacional., aunque la jurisprudencia de la Corte Suprema la hace derivar del entonces Art. 67 incl 23, y actual art. 75 inc. 27, de la Carta Magna, en cuanto se deja reconocida la facultad del Congreso para “dictar las normas para su organización y gobierno” (de las fuerzas armadas).

Entendemos, señala el autor que seguimos, que el argumento esgrimido es débil, por cuanto las “normas para la organización y gobierno” de las fuerzas armadas implican la facultad de dictar normas legislativas (penales y no penales), pero no la de crear una administración de justicia al margen de la diseñada por la Constitución nacional, máxime frente a la prohibición de los fueros personales, prohibición, ésta, que obliga a considerar prima facie como sospechosa toda organización de este tipo.

No obstante, ello, es criterio jurisprudencial uniforme de la Corte Suprema de Justicia el que afirma que los tribunales militares no forman parte del Poder Judicial de la Nación, sino que dependen funcional y orgánicamente del Poder Ejecutivo nacional.

Además, la existencia en sí de la jurisdicción penal militar, otra cuestión intrincada es la de la revisión de la “sentencia” dictada por un “tribunal militar”. Este tema es muy cuestionable, por cuanto en él aparece uno de los más claros casos de desfase entre la Constitución formal (en el caso, los arts. 109 y 116) y la Constitución material (la realidad de la estructura del poder), ante la clara disposición del art. 95 de la Constitución.

La reforma introducida en el Código de Justicia militar por la ley 23.049 dispone un recurso de apelación ante la justicia federal contra todas las sentencias definitivas dictadas por los tribunales militares. La jurisdicción disciplinaria militar es ejercida por los superiores en el mando, hasta llegar al Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, esto es, el Presidente de la República (art. 99 inc. 12)

Es comprensible que el poder disciplinario en las fuerzas armadas es necesario para la consecución de los fines de la institución, ya que ese poder existe en todo grupo humano, sin embargo, siempre que ses aplique alguna sanción (lato sensu) a una persona, que implique la pérdida o deterioro de un derecho de propiedad o de otro de mayor rango en la escala jerárquica, pensamos que es de rigor el respeto del principio establecido en el art. 18, es decir, la necesidad de un juicio previo sustanciado ante el Poder Judicial, o bien, si se trata de una sanción disciplinaria, de que sea revisable ante dicho poder.

Ello significa que las penas clásicas del derecho penal no deben ser aplicadas por funcionarios u organismos administrativos, aunque se las encuadre bajo el rótulo de sanciones disciplinarias de tipo militar. En este caso, es posible su aplicación por el superior jerárquico –dadas las características de férrea dependencia dela relación jurídico-militar- pero deben ser revisables por el Poder Judicial.

En lo referente a la aplicación de las leyes militares (principalmente, el Código de Justicia Militar) a ciertas categorías de civiles, esto es conocido en doctrina como “ley marcial”, y en nuestro país ha regido en ciertos períodos de us historia reciente, tanto bajo gobiernos de iure como en gobiernos de facto.

**La irretroactividad constitucional: concepto y alcance**

La irretroactividad constitucional es un principio jurídico que rechaza el efecto retroactivo de las leyes, salvo declaración expresa de estas o en lo penal.

Nuestra constitución formal no consigna norma alguna que resuelva expresamente el punto, salvo en materia penal, donde al exigirse ley anterior al hecho para juzgar y condenar a alguien, se descarta la aplicación retroactiva de leyes penales posteriores a aquel hecho.

Pese al silencio de la norma constitucional en materia no penal, el derecho judicial se ha encargado de forjar un principio que rige en el derecho constitucional material por creación por jurisprudencia de la Corte.

Dice la Corte que el principio de que las leyes no son retroactivas emana solamente de la propia ley (el código civil) y carece de nivel constitucional; pero cuando la aplicación retrospectiva de una ley nueva priva a alguien de algún derecho ya incorporado a su patrimonio, el principio de irretroactividad asciende a nivel constitucional para confundirse con la garantía de inviolabilidad de la propiedad consagrada en el art. 17. Quiere decir que, si bien la ley puede ser retroactiva sin ofender la constitución, no puede serlo cuando con su retroactividad viene a privar de un derecho incorporado al patrimonio y resguardado como propiedad en sentido constitucional.

De este modo la constitución formal prohíbe la retroactividad de la ley penal, sin perjuicio de la retroactividad de la ley penal más benigna (ley anterior al hecho de la causa) y el derecho judicial prohíbe dentro de la constitución material la retroactividad de la ley no penal cuando hiere derechos adquiridos e incorporados al patrimonio y ello en aplicación del principio de inviolabilidad de la propiedad.

**Prohibición de torturas.**

La abolición de los tormentos y otras formas medievales de castigo fue contemporánea al nacimiento de la regla del debido proceso y a la presunción de inocencia en tiempos de la aparición del Estado y del derecho penal como sistema de garantía de la libertad, especialmente incrementadas a partir de la célebre denuncia del marqués de Beccaria en su libro “De los delitos y las penas”; de manera que la ejecución penal dejaría de ser considerada como el mero uso de la fuerza estatal para pasar a constituir el cumplimiento de una sentencia ajustada a derecho.

**El régimen carcelario. Concepto**

El art. 18 de nuestra Constitución, en su última parte, establece: “Las cárceles de la Nación serán y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.

Esta disposición guarda armonía con los fines de la Constitución. La privación de la libertad, aun cuando haya sido dispuesta por un órgano judicial como consecuencia de la comisión de un delito es un hecho sumamente grave, por restringir, precisamente, el valor más preciado por la Constitución, como lo es la libertad.

La restricción de la libertad debe estar en un doble propósito, cual es la seguridad del detenido y también de la comunidad. Su finalidad no es la mortificación de los afectados, sino su reeducación. El sistema carcelario de un país, en buena medida, es un reflejo elocuente del grado de su cultura y de su desarrollo. El Pacto de San José de Costa Rica dispone en su art. 5 que las penas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

**El debido proceso: concepto y alcance**

Debido proceso o defensa en juicio significa que ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un procedimiento regular fijado por la ley. De no haber ley razonable que establezca el procedimiento, ha de arbitrarlo el juez de la causa. Ese procedimiento no puede ser cualquiera, sino que tiene que ser el debido. Para que sea el debido tiene que dar suficiente oportunidad al justiciable de participar con utilidad en el proceso. Esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente del proceso y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer y producir prueba, gozar de audiencia. En otras palabras, se inserta aquí la plenitud del derecho de defensa.

Cuando en el proceso hay controversia o disputa entre partes que contraponen pretensiones opuestas, se habla de proceso contradictorio. En el rige el principio de bilateralidad o de contradicción, conforme al cual cada parte debe tener conocimiento de la pretensión de su opuesta, debe gozar del derecho de defensa y debe poder controlar los actos procesales propios y ajenos.

En todo proceso también rige el principio de congruencia, en virtud del cual la sentencia no puede apartarse, en lo que se resuelve, de las pretensiones articuladas por las partes, que componen así la materia o el objeto del proceso. No apartarse significa quiere decir no exceder ni omitir en la decisión nada respecto de dicho arsenal de pretensiones.

En materia no penal, el proceso puede sustanciarse y decidirse en rebeldía del demandado, siempre que previamente se cumplan las formas legales de notificación de la demanda y que, en los casos previstos por la ley, se le designe defensor oficial. En el proceso penal, la rebeldía obstaculiza el trámite. En los procesos que pueden tramitarse en rebeldía del demandado, la sentencia en contra del rebelde no puede fundarse solo y automáticamente en su silencio, tanto como no se puede impedir que en cualquier etapa o instancia del proceso intervenga en el e incluso que, sin atropello de la preclusión, ofrezca y produzca prueba.

La garantía del debido proceso incluye el recaudo de la duración razonable del proceso: todo proceso ha de tener una duración que sea razonable para la tutela judicial eficaz, de acuerdo con la naturaleza de la pretensión jurídica que se ventila en el proceso. Cuando la pretensión es urgente, el proceso debe durar menos que cuando no reviste ese apremio (por ejemplo, en el caso del amparo y del hábeas corpus).

La garantía del debido proceso incluye la defensa en juicio y no puede privarse a nadie de ella. Sin embargo existen ciertas limitaciones que no dañan la defensa ni son inconstitucionales como: a) los términos breves o exiguos, b) la obligación de que intervenga un letrado, c) el rechazo de pruebas ineficaces, d) la imposición de sanciones disciplinarias por parte de los jueces a quienes obstruyen el proceso, ofenden a los magistrados, o incurren en malicia procesal, etc. La violación del derecho de defensa se denomina indefensión.

El derecho a la jurisdicción y a la tutela judicial eficaz se satisface en último término con la sentencia útil. La sentencia clausura el ciclo del derecho a la jurisdicción. La sentencia debe ser imparcial, justa, fundada y oportuna.

El debido proceso y la defensa en juicio se extienden también a la segunda instancia cuando la hay. Por segunda instancia entendemos la etapa procesal que, a continuación de la primera instancia, se propone revisar lo decidido en ella. Conforme a la jurisprudencia de la Corte en el proceso no penal no es inconstitucional la instancia única y en el proceso penal rige la doble instancia, que no queda satisfecha con el recurso extraordinario. Si en cualquier clase de proceso la ley ha establecido la doble instancia, es inconstitucional impedir el acceso a ella.

**Prohibición de torturas**

La abolición de los tormentos y otras formas medievales de castigo fue contemporánea al nacimiento de la regla del debido proceso y a la presunción de inocencia en término de la aparición del Estado y del derecho penal como sistema de garantía de la libertad, incrementadas a partir de la denuncia del Marques de Beccaria en su libro “De los delitos y las penas”.

La ejecución penal dejaría de ser considerada como uso de la fuerza estatal para pasar a constituir el cumplimiento de una sentencia ajustada a derecho.

**El sistema penitenciario**

*Las cárceles de la Nación serán limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.*

Protege el derecho a la dignidad. La restricción de la libertad debe estar en un doble propósito el cual es la seguridad del detenido y el de la comunidad.

Su finalidad no es la mortificación de los afectados, sino su reeducación.

El Pacto de *San José de Costa Rica* en su *art. 5* dispone que las penas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

**El debido proceso adjetivo y sustantivo**

*El debido proceso o defensa en juicio significa que ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un procedimiento regular fijado por la ley.*

De no haber ley razonable que establezca el procedimiento, lo atribuye el juez de la causa. Para que sea debido ese proceso tiene que dar sufriente oportunidad al justiciable de participar con utilidad en el proceso.

Debido proceso adjetivo: constituye un conjunto de reglas y procedimientos tradicionales que el legislador y el ejecutor de la ley deben observar cuando en cumplimiento de las normas que condicionan la actividad de esos órganos (constitución, leyes) regulan jurídicamente la conducta de los individuos y restringen la libertad civil de los mismo.

Es decir, alude a toda estructura de principios y derechos que corresponden a las partes durante la secuela de un proceso determinado.

*Sus reglas son:*

1- Juicio oral

2- Prohibición de hacer declarar a una persona contra si misma en causas criminales.

3- Obligación del instructor de carear al acusado con los testigos

4- Prohibición de juzgar dos veces al mismo individuo por el mismo acto.

5- Prohibición de restricciones a los derechos individuales.

6- Prohibición de afectar derechos individuales por leyes retroactivas

7- Obligación de establecer siempre formalidades de notificación y audiencia al procesado en todo juicio o procedimiento contencioso penal, civil o administrativo.

*Concebido como un instrumento procesal para que el proceso no devenga en nulo, supone la base sobre la que se asienta la tutela judicial y extrajudicial efectiva a fin de llegar a la solución de los conflictos y conseguir la paz social en justicia.*

Debido proceso sustantivo

Implica la compatibilidad de los pronunciamientos jurisprudenciales con los estándares de justicia o razonabilidad.

Se trata de un auténtico juicio o valoración aplicado directamente sobre la misma decisión o pronunciamiento con el que se pone termino a un proceso, incidiendo en el fondo de las cosas.

*Es concebido como un derecho fundamental oponible a todos los estados e incluso a los particulares (procedimientos disciplinarios privados*

**La seguridad jurídica.**

Definir la seguridad es difícil, pero su concepto nos endereza a la idea de que ha de ser posible prever razonablemente con suficiente precisión, y sin sorpresivas irrupciones, cuáles han de ser las conductas de los operadores gubernamentales y de los particulares en el marco estable del ordenamiento jurídico, así como contar con adecuada protección frente a la arbitrariedad y a las violaciones de ese mismo orden jurídico.

El Constitucionalismo moderno o clásico ha procurado organizar el estado en defensa de las libertades y los derechos del hombre. O sea, ha tendido a asegurar al hombre frente al estado. Toda la armazón de este constitucionalismo se dirige a proporcionar garantías y seguridad; la propia constitución formal se ha definido como una ley de garantías, cuyas dos partes fundamentales se caracterizan en ese sentido: a) la dogmática, por contener una declaración de derechos; b) la orgánica, por establecer la llamada división de poderes.

El Papa Pio XII en el año 1942 dejó definido como derecho subjetivo el derecho inalienable del hombre a la seguridad jurídica, consistente en una esfera concreta de derecho protegida contra todo ataque arbitrario. La seguridad jurídica implica una libertad sin riesgo, de modo tal que el hombre pueda organizar su vida sobre la fe en el orden jurídico existente.

La seguridad jurídica ofrece diversidad de aspectos; en su buen sentido, abarca la “seguridad del estado” (interna y exterior); la seguridad de las instituciones constitucionales; la seguridad de las personas y de sus derechos y el que depara el poder judicial, sobre todo en cuanto asume control de constitucionalidad.

Las garantías constitucionales son el soporte de la seguridad jurídica; no en vano se definen a las garantías, en un sentido lato, como el conjunto de seguridades jurídico-institucionales.

**El artículo 43 de la constitución**

La acción de amparo, habeas data y habeas corpus son procedimientos y procesos especiales cuyo objetivo es poner fin a actos o normas que lesionen con arbitrariedad o ilegalidad, derechos y garantías constitucionales.

*Los derechos fundamentales requieren instrumentos para su protección*

**El hábeas corpus**

**Concepto y antecedentes**

El hábeas corpus es la garantía tradicional, que, como acción, tutela la libertad física o corporal o de locomoción, a través de un procedimiento judicial sumario, que se tramita en forma de juicio. Al decir que el habeas corpus protege la libertad física, queremos significar que es la garantía deparada contra actos que privan de esa libertad o la restringen sin causa o sin formas legales, o con arbitrariedad. Detenciones, arrestos, traslados, prohibiciones de deambular, etc., son los actos que, arbitrariamente, pueden lesionar la libertad física cuando carecen de fundamento y de forma. En el núcleo del habeas corpus también está legalmente privado de su libertad (por arresto, prisión preventiva, condena penal, etc.) tiene derecho a que las condiciones razonables en que cumple su privación de libertad no se agraven de modo ilegal o arbitrario; si esto ocurre, el habeas corpus también procede, no para recuperar una libertad de la que no se gozaba, sino para hacer cesar las restricciones que han agravado la privación de libertad.

Dentro de las variadas categorías de hábeas corpus, cabe mencionar: a) el habeas corpus clásico o reparación que tiende a rehabilitar la libertad física contra actos u omisiones que la restringen o impiden sin orden legal de autoridad competente, b) el habeas corpus preventivo, que se dirige a frenar las amenazas ciertas e inminentes para la libertad física, c) el habeas corpus correctivo contra toda forma ilegítima que agrava la condición de una persona legalmente privada de su libertad, el habeas corpus restringido contra molestias que perturban la libertad de locomoción, sin llegar a la privación de libertad (seguimientos, vigilancias, impedimentos de acceder a lugares como el domicilio, el sitio de trabajo o estudio, etc.)

Con respecto a los antecedentes, a nivel nacional el hábeas corpus pese a no haber sido mencionado como tal por la Constitución de 1853, tiene profusos antecedentes en nuestra legislación anterior a la organización nacional. Se recoge como primer antecedente el reglamento de la Junta Conservadora, del 22 de octubre de 1811. También el decreto sobre seguridad individual del 23 de noviembre de 1811, si bien no utilizaba la expresión hábeas corpus contenía disposiciones que le eran asimilables en cuanto a la defensa de la libertad física. El proyecto de constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata de 1813 y el proyecto de Constitución de carácter federal para las Provincias Unidas de la América del Sud contenían disposiciones referentes a la libertad corporal.

La Convención Nacional Constituyente de 1949 incorporó por primera vez en nuestro texto constitucional, en forma explícita, la mención del hábeas corpus. La cláusula constitucional lo definía como un recurso y no se tutelaba solamente la libertad física o corporal, sino la libertad en general.

En la Convención Nacional Constituyente de 1957 fueron presentadas varias iniciativas tendientes a incluir el habeas corpus en forma explícita en la Constitución. El rápido e imprevisto epilogo que tuvo dicha Convención hizo que esos proyectos no fueran finalmente tratados.

Por último, la ley 24309 que en 1993 declaró la necesidad de la reforma constitucional, previó los temas habilitados para su tratamiento el de la consagración expresa del hábeas corpus y del amparo. Esta incorporación la concretó la Convención Nacional Constituyente, reunida en Santa Fe y Paraná en 1994 mediante el art. 43.

**Fundamento constitucional**

Antes de la reforma de 1994, se discutía en doctrina si el habeas corpus tenía acogida constitucional explícita. La constitución nacional no lo mencionaba, pero para algunos surgía como una consecuencia necesaria de lo normado en el artículo 18. El problema tenía solución si se recurría a una ley reglamentaria. No se dudaba, sin embargo, acerca de la acogida constitucional implícita en virtud del art. 33 de la constitución nacional. En estas circunstancias, entendemos que se debe considerar positiva la inclusión del instituto en la constitución formal, como lo hicieron las reformas de 1949 (luego derogada) y la de 1994.

**Legislación vigente**

Hasta 1984 el habeas corpus solo estuvo legislado en el art. 20 de la ley 48 y en el código procesal penal de la nación. La ley 23098 de 1984, vino a derogar aquellas disposiciones, y a reemplazarlas íntegramente con un sistema independiente, que no quedó incorporado al código procesal penal. Es una ley de contenido constitucional.

El procedimiento de habeas corpus procede cuando se denuncia un acto o una omisión de autoridad pública que implica: a) limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente, b) agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad. La legitimación procesal activa para promover la acción no se circunscribe a la persona que padece la restricción en su propia libertad, ya que cualquiera otra, aún sin estar apoderada por ella, inviste esa legitimación. Y hasta es excepcionalmente procedente el habeas corpus de oficio, es decir, por iniciativa del juez, sin necesidad de demanda.

La ley de habeas corpus introdujo dos importantes innovaciones:

a) si la restricción a la libertad se produce durante el estado de sitio, el juez del habeas corpus podrá controlar en el caso concreto sometido a su decisión la legitimidad de la declaración del estado de sitio.

b) si la limitación a la libertad se lleva a cabo por orden escrita de una autoridad que actúa en virtud de un precepto legal contrario a la constitución, el juez del habeas corpus podrá declarar de oficio la inconstitucionalidad en el caso concreto sometido a su decisión.

El art. 43 no presenta demasiadas modificaciones con respecto a la ley 23098, sin embargo, este artículo no prevé en el proceso de habeas corpus la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

**El amparo**

**Concepto y antecedentes**

El *amparo* es la acción destinada a tutelar los derechos y libertades que, por ser diferentes de la libertad corporal o física, escapan a la protección judicial por vía del habeas corpus. El amparo reviste desde siempre, la naturaleza de una acción de inconstitucionalidad y de un proceso constitucional.

En el actual estado de derecho judicial, la Corte incluye a la acción de amparo entre las acciones de inconstitucionalidad que da por existentes y viables, lo que no significa que sea una acción declarativa de inconstitucionalidad pura.

Con respecto a los antecedentes, hasta la reforma constitucional de 1994, la constitución formal careció de normas previsoras del amparo, incorporado ahora al art. 43. Al igual que la constitución formal, hasta el año 1957 nuestro derecho constitucional material no solamente ignoró al amparo, sino que su admisibilidad fue expresamente negada por la jurisprudencia. El alegato en que se fundaba el rechazo de la acción y del procedimiento amparista era el siguiente: los jueces no pueden, a falta de ley procesal, crear cías de procedimiento no previstos, porque deben atenerse a los que la ley les depara. En 1957, la Corte reacciona saludablemente contra esta inveterada corriente: la vieja línea jurisprudencial cae en abandono, pierde vigencia sociológica y deja paso a la fecunda creación judicial que se desprende del caso Siri. De este modo, se produjo una mutación constitucional que dio ingreso a un nuevo contenido en la constitución material.

**Fundamento constitucional y la legislación vigente**

En octubre de 1966 se dictó la ley 16986, sobre amparo contra actos estatales. En 1968, el código procesal civil y comercial de la nación incorporó el amparo contra actos de particulares, regulándolo como proceso sumarísimo. El curso del amparo tal como quedó trazado originalmente estaba destinado a actos lesivos graves de carácter individual que violaban la constitución o la ley. Por ende, su conceptualización primitiva no abarcaba las hipótesis de actos lesivos que se sustenten en la aplicación de leyes inconstitucionales. Tanto fu así que la ley 16986 acunó el principio de improcedencia del amparo cuando se hacía necesario declarar la inconstitucionalidad de normas generales (leyes, decretos, ordenanzas)

Luego en la etapa posterior a la reforma constitucional se dedicó el art. 43, en sus dos primeros párrafos al amparo. 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. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

La ley 16986 queda derogada por el art. 43 de la constitución nacional. La norma constitucional del art. 43 es operativa, lo que significa que en ausencia de ley reglamentaria surte su efecto tutelar y debe ser aplicada por los jueces.

**La diferencia entre inconstitucionalidad y amparo**

Si bien tanto el amparo como el control de constitucionalidad son medios que tienen por finalidad el mantenimiento de la supremacía constitucional, no debe confundírselos. El amparo procede frente a un acto material que afecta derechos constitucionales diferentes de la libertad física. La inconstitucionalidad, en cambio, procede frente a una ley o un acto. El amparo es una acción, a diferencia de la inconstitucionalidad, que puede ser planteada según los casos por acción o por excepción. Al amparo siempre se lo resuelve mediante un procedimiento específico y extraordinario. La inconstitucionalidad puede ser resuelta tanto en las instancias ordinarias como en las extraordinarias.

**El hábeas data**

**Concepto, antecedentes y fundamento constitucional**

El *habeas data* es la garantía constitucional que interpone toda persona con el objeto de conocer los datos a ella referidos y la finalidad de su almacenamiento y exigir la suspensión, rectificación, confidencialidad o actualización de esos datos.

Los datos susceptibles de dar lugar a la acción de habeas data han de ser los que constan en registros o bancos públicos, y también privados, cuando estos están destinados a proveer informes. Pero en ningún caso puede afectarse el secreto de las fuentes de información periodística, prohibición que resguarda debidamente el secreto profesional de los medios de comunicación.

En los registros privados la norma habilita la acción solamente cuando ellos están destinados a proveer informes. Quedan fuera, entonces, los archivos históricos o periodísticos y todos los que se limitan a confeccionar o recopilar documentación porque en este caso su destino no es el uso público.

Sin embargo, cuando acaso un banco de datos que no tiene como finalidad el uso público provee información a terceros acerca de esos datos, no nos cabe duda de que el habeas data queda habilitado.

El habeas data presenta distintos tipos:

a) el habeas data informativo para recabar que datos personales se encuentran registrados, con qué finalidad se han obtenido y se hallan registrados, de que fuente se han obtenido los datos (salvo si se trata de fuentes periodísticas).

b) el habeas data rectificador para corregir datos archivados que son falsos o inexactos, para actualizar o adicionar datos atrasados o incompletos.

c) el habeas data de preservación para excluir datos archivados que integran la información personal denominada información sensible (por ejemplo, referidos a la orientación sexual), para reservar en la confidencialidad ciertos datos archivados que hacen a informaciones legalmente acumuladas, pero innecesarias y sustraídas al acceso de terceros, o susceptibles de originar daño a la persona si son conocidas por terceros.

d) el habeas data mixto, que tiende a más de una finalidad entre las antes expuestas.

El origen del habeas data es relativamente reciente y su desarrollo ha sido consecuencia de la importancia que ha adquirido la protección del derecho a la intimidad. En Portugal, la constitución de 1976, luego de consagrar la inviolabilidad del domicilio establece que todos los ciudadanos tienen derecho a tomar conocimiento de las constancias de registros con respecto a ellos, así como su finalidad, y poder exigir la ratificación de datos y su actualización. En España, la Constitución establece que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. Italia, mediante la ley 241, garantizó en sentido amplio el derecho que tienen los ciudadanos de acceder a los documentos públicos a fin de asegurar la transparencia de la actividad administrativa y promover su actuación imparcial. Antecedentes sobre el habeas data en América Latina los encontramos en la Constitución de Brasil de 1988; en la de Colombia de 1991; la de Perú de 1993; la de Guatemala de 1985 y la de Paraguay de 1992. Antes de 1994, el habeas data no tenia reconocimiento constitucional o legal y la jurisprudencia tampoco había brindado acogida.

**Legislación aplicable**

Ha de quedar bien claro que la promoción del habeas data queda reservada, en forma estrictamente personal, al sujeto a quien se refieren los datos archivados en el banco de que se trate, siendo el único investido de legitimación procesal activa.

Con esta severa restricción, creemos que la legitimación pertenece no solo a las personas físicas, sino también a las entidades colectivas, asociaciones, organizaciones, etc., en la medida en que, por igualdad con aquellas, tengan datos registrados en los bancos públicos o privados.

La norma constitucional del art. 43 es operativa, lo que significa que en ausencia de ley reglamentaria surte su efecto tutelar y debe ser aplicada por los jueces. Está legislado en el tercer párrafo del art. 43 en el cual 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.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

**La Convención Americana de Derechos del Hombre y la prohibición de suspender las garantías durante el Estado de Sitio.**

Esta convención ha previsto expresamente la situación imperante en un estado miembro, a raíz de hechos graves, sea preciso suspender el ejercicio de garantías constitucionales. El Art. 27, en su apartado 1°, dispone que: “en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les imponen el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”. No obstante ello, el apartado 2° del mismo dispositivo, no autoriza la suspensión de los siguiente derechos, a saber: el reconocimiento de la personalidad jurídica; a la vida; a la integridad personal; al nombre; a la nacionalidad; a los derechos políticos y los del niño, como igualmente impone mantener la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; los principios de legalidad y retroactividad; la libertad de conciencia y de religión, la protección de la familia, así como las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. Finalmente, el apartado 3° determina que: “todo estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás estados parte en la presente Convención, por conducto del Secretario General de los Estados americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

Hasta acá el parcial-