

EL PODER CONSTITUYENTE MATERIAL EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA: ALGUNOS CASOS PARADIGMÁTICOS

Ricardo HARO

*En gozoso homenaje al maestro y amigo,
el profesor doctor Diego Valadés*

SUMARIO: I. *Aproximación doctrinaria sobre la distinción entre Constitución formal y material.* II. *El poder constituyente formal y material.* III. *Algunos casos paradigmáticos en los que la Corte Suprema ejerció el poder constituyente material.*

I. APROXIMACIÓN DOCTRINARIA SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE CONSTITUCIÓN FORMAL Y MATERIAL

1. *Primeros aportes de la doctrina constitucional*

1. Siempre hemos pensado que responde a la realidad formal y sustancial y que tiene capital importancia la distinción entre Constitución material y formal, para lo cual es bueno recordar que ya desde los griegos nos iluminan con sus aseveraciones filosófico-políticas; v. g. a través de la expresión de Aristóteles cuando afirmaba que “La Constitución política o gobierno es la organización, el orden establecido entre los habitantes de la *polis*”, el “modo de ser” de la ciudad.¹

¹ Aristóteles, *La política*, trad. de Nicolás Estévez, París, Garnier Hermanos, libro III, cap. I, p. 96.

Por su parte, Lasalle —entre tantos otros autores— nos aporta interesantes reflexiones en el tema cuando se preguntaba a fines del siglo XIX: ¿Qué es una Constitución? ¿En qué consiste la verdadera esencia de una Constitución? Rechaza las respuestas relativas a las definiciones jurídico-formales, pues se limitan a describir exteriormente cómo se forman las Constituciones y qué hacen, pero —afirma— no nos dicen lo que una Constitución es, dónde está el concepto de toda Constitución y la verdadera esencia constitucional.

Luego de diversas disquisiciones, Lasalle señala que la esencia de la verdadera Constitución de un país sólo reside y es la suma de los factores reales y efectivos de poder que rigen en ese país, es decir, la Constitución real y efectiva. Y la Constitución escrita, a la que denomina “la hoja de papel”, no tiene valor ni es duradera más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social. Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder.²

Más contemporáneamente, el recordado catedrático español, Sánchez Agesta, señala que la Constitución puede definirse desde dos puntos de vista. Bien por su objeto o materia, y entonces se habla de Constitución material; o bien por las formas y efectos jurídicos especiales de que la reviste la técnica jurídica, y entonces estaremos ante la Constitución formal.³

La doctrina de la Constitución en sentido material, reseñando el pensamiento de Giuseppe de Vergottini, interviene para justificar las relaciones entre el enfoque formal y el sustancial de la Constitución. En su formulación más persuasiva pone el acento sobre el papel que cumplen las fuerzas políticas en la fijación de los principios organizativos y funcionales esenciales para la vida de un ordenamiento. La Constitución material indica que el principio normativo originador y justificador de la Constitución por excelencia consiste en la fuerza normativa de la voluntad política, con aplicación realista del principio de efectividad, siendo capaz de presentarse como la fuente real de validez del sistema y de garantizar su unidad mediante la interpretación estimativa de las normas existentes y de colmar sus lagunas.⁴

² Lasalle, Fernando, *¿Qué es una Constitución?*, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, 1975, pp. 36-42 y 62-70.

³ Sánchez Agesta, Luis, *Principios de teoría política*, Madrid, Editora Nacional, 1972, pp. 310 y 311.

⁴ Vergottini, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Espasa-Calpe, 1983, pp. 142 y 143. Asimismo, en *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, 1993, pp. 142 y 143.

2. Estas agudas reflexiones —entre otras que se han vertido en la doctrina— nos llevan a considerar que esta distinción entre Constitución formal y material tiene plena vigencia más allá de la especulación intelectual, no obstante que observamos que existiendo un trasfondo común en su conceptualización, existen diversos matices que deben tenerse muy presentes a fin de lograr una cierta rotundidad en el tópico.

En este sentido, Bidart Campos entiende por Constitución formal aquella que es escrita o codificada en un cuerpo único sistematizado, caracterizada por ser una ley suprema y escrita, y que es producto de un poder constituyente que formalmente la elabora. De estos requisitos deduce que la Constitución formal pone el acento fundamentalmente en el aspecto normativo. Por otra parte, sostiene que la Constitución material o real remite a su dimensión sociológica, que se manifiesta en su vigencia, eficacia, actualidad y positividad. Este concepto de Constitución que equivale al de régimen político consiste en un orden real de conductas de reparto de contenido constitucional, que por su ejemplaridad engendra seguimiento y, por lo tanto, vigencia sociológica. Los repartos son contenidos en normas generales, que pueden estar formuladas expresamente o no, y en este último caso el autor aceptaría hablar de un derecho consuetudinario.⁵

2. Constitución y régimen político

3. Por un lado, una observación de la realidad política a la luz de diversos conceptos doctrinarios nos muestra que en el diario y real desenvolvimiento de las instituciones políticas de un Estado no necesariamente el texto escrito de la Constitución formal logra encarnadura adecuada en la verdad del régimen político como “la solución que se da de hecho a los problemas políticos de un pueblo”,⁶ dando así aceptación a la convicción de que junto a aquella existe una Constitución material.

Veamos un solo y contundente ejemplo en nuestra realidad constitucional argentina: el federalismo que configuró tan acertadamente el texto de nuestra Constitución argentina 1853/60 se ha quedado en notable me-

⁵ Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino-El derecho constitucional de la libertad*, Buenos Aires, Ediar, 1993, pp. 85-87.

⁶ Jiménez de Parga, Manuel, *Los regímenes políticos contemporáneos*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 63.

dida en la pura formalidad de un mero federalismo normativo, toda vez que las relaciones nación-provincias se ven gravemente distorsionadas y prostituidas en la realidad de un “centralismo” agobiante del gobierno nacional, principalmente por la falta de una justa distribución de los recursos tributarios entre el gobierno federal y los gobiernos de provincias, y la negligente omisión del Congreso de la Nación de no haber sancionado la añorada Ley de Coparticipación Federal pormenorizadamente incorporada al texto constitucional en la reforma de 1994. En conclusión: Constitución formal federalista y coparticipable, y Constitución material centralista y con una redistribución mezquina e insuficiente de los recursos tributarios.

Ahora bien, además de estas distinciones entre Constitución formal y material, ya sea por falta de concordancia entre el deber ser y el ser institucional (Lasalle), o en el caso de Bidart Campos por la complementariedad normológica que la material le presta a la formal, nosotros entendemos que debe realizarse tal distinción también desde otra perspectiva que procure analizar si la totalidad de regulación jurídica de la materia constitucional está solamente en el texto escrito de la Constitución, en “la hoja de papel”, o, si por el contrario, gran parte de esa regulación la encontramos fuera del texto de la ley fundamental, como productos del actuar de diversos ámbitos “infraconstitucionales” que se constituyen así en fuentes del derecho constitucional.

3. Conceptos de Constitución formal y material

4. Por lo tanto, y desde la perspectiva señalada, por nuestra parte estamos persuadidos de que podemos sostener que la Constitución formal es básicamente el texto escrito, codificado o no, que posee la supremacía que otorga validez a todo el resto del ordenamiento jurídico infraconstitucional. Es lo que Fernando de Lasalle identificaba con “la hoja de papel”. En nuestro caso, es la Constitución Nacional con sus 129 artículos, más allá de los tratados de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional, pero que no están incorporados al texto constitucional. Están “al lado” de la CN y no “dentro” de ella.

Por el contrario, la Constitución material, en nuestra opinión, puede referirse a todo un amplio conjunto de normas legales, de jurisprudencia constitucional y de comportamientos institucionales, que están referidos

sustancialmente a materia constitucional, es decir, que incursionan en tópicos que hacen a los derechos, deberes y garantías constitucionales y la organización y funcionamiento fundamental del Estado, y que sin afectar la supremacía constitucional adquieren vigencia en la verdad real del funcionamiento del régimen constitucional.

5. En tren de clarificar la cuestión, podemos señalar como formando parte de la Constitución material, tanto las normas emanadas del Poder Legislativo, o del propio Poder Ejecutivo (en ejercicio de facultades legislativas delegadas), siempre que se refieran a materia constitucional (ley capital federal, consejo de la magistratura, etcétera), como asimismo la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las conductas o comportamientos institucionales de hecho, pero reiteramos, *siempre que cualquiera de estas manifestaciones se refieran a la sustancia o materia constitucional, tanto a las competencias supremas del Estado como a los derechos y garantías constitucionales.*

II. EL PODER CONSTITUYENTE FORMAL Y MATERIAL

1. *Reseña del pensamiento de Sieyès sobre el poder constituyente*

6. Entre todos los supuestos o elementos del Estado (territorio, población, poder político y organización jurídica), nos interesa preferentemente el referido al poder político, que en el decir de Maurice Hauriou “es una libre energía que, gracias a su superioridad, asume la empresa del gobierno de un grupo humano, por la creación continua del orden y del Derecho”.⁷

Es ese poder político, como energía que motoriza y conjuga todos los demás supuestos en la unidad estatal, el que nos revela su manifestación más superlativa e insoslayable del Estado, en el poder constituyente o fundacional, como potestad suprema que tiene una comunidad para dictarse o reformarse las normas fundamentales de su organización jurídico-política a través de la sanción originaria o la reforma de una Constitución, ya sea mediante el poder constituyente originario o fundacional y el poder constituyente derivado o reformador.

⁷ Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, 2a. ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, p. 162.

7. La doctrina del poder constituyente tuvo como su autor más relevante al abate Emmanuel Sieyès, uno de los pensadores más lúcidos y admirados de la Revolución francesa de 1789, doctrina que expuso en su libro *¿Qué es el Tercer Estado?*, denominación que refiere a la burguesía, a la que identifica con la nación (el pueblo) frente al Estado y a las clases o estados privilegiados, como la nobleza y el clero. Es por ello que sus tres interrogantes cardinales son: ¿Qué es el Tercer Estado? Todo; ¿Qué ha sido hasta ahora en el orden político? Nada; ¿Qué pide? Llegar a ser algo.⁸

Sus ideas básicas de ineludible conocimiento en el tópico tienen un riguroso, profundo y diáfano tratamiento. Tratemos de reseñarlas usando sus propias expresiones en distintas partes de la mencionada obra:

- 1) Es imposible crear un cuerpo para un fin sin darle una organización, formas y leyes propias para hacerle cumplir las funciones a que se lo ha querido destinar. Esto es lo que se llama Constitución de ese cuerpo.
- 2) La nación existe ante todo, es el origen de todo, es el origen de toda legalidad. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. La nación es siempre dueña de reformar su Constitución. Antes que ella y por encima de ella sólo existe el derecho natural, porque la nación se forma por el solo derecho natural, mientras que el gobierno sólo puede pertenecer al derecho positivo.
- 3) Entre las leyes positivas que pueden emanar de su voluntad, vemos en primer término las leyes constitucionales..., estas leyes llamadas fundamentales, no en el sentido de que pueden hacerse independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y actúan por ellos no pueden tocarlas. Cada parte de la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente.
- 4) Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación... las leyes constitucionales son fundamentales..., y las leyes propiamente dichas, que protegen a los ciudadanos y deciden del interés común, son obra del cuerpo legislativo formado y moviéndose según sus condiciones constitutivas.

⁸ Sieyès, *¿Qué es el tercer Estado?*, Buenos Aires, Amicalee, 1943, p. 21.

2. El ámbito constitucional que exige la actuación del poder constituyente

8. Para una mejor comprensión del tema que comenzamos a abordar, consideramos indispensable realizar consideraciones sobre el tópico referido al poder constituyente, que si bien es conocido por quienes profesamos el derecho constitucional, siempre permite en la amplitud de su contenido conceptual, alguna indagación y reflexión sobre determinados aspectos que, o están discutidos o no han adquirido suficiente claridad.

A los fines de cumplir con el objetivo que nos propusimos con este trabajo, estimamos de capital importancia exponer nuestras reflexiones específicamente sobre la distinción o distinciones que implica la noción sobre el poder constituyente formal y el poder constituyente material.

Para ello, aunque sabido creemos imprescindible recordar brevemente que cuando se organiza por primera vez el Estado mediante la sanción de su Constitución, estamos hablando del poder constituyente originario o fundacional, porque precisamente es aquel que le otorga la primigenia configuración jurídica a esta nueva entidad política llamada Estado; es el que lo constituye; es el que lo funda.

Pero las sociedades como los hombres que la integran, van asumiendo procesos de cambio en sus costumbres y cultura, realidad que torna indispensable que las Constituciones formulen sus pertinentes adaptaciones, las que deben lograrse con prudencia política mediante el ejercicio del poder constituyente derivado, constituido o reformador, lógicamente en el marco que le fijó el poder constituyente originario.

9. Entrando a la consideración que nos hemos propuesto, trataremos de precisar nuestra perspectiva diferencial entre los conceptos de poder constituyente formal y material. Y más precisamente sobre este último.

Para ello, estimamos que es de capital importancia tomar conciencia que siempre que hablemos del poder constituyente debemos referirnos a la acción del poder político en aspectos que pertenecen a la materia o sustancia constitucional, porque ellas configuran la causa material del poder constituyente, y están referidas a ese amplio conjunto de cuestiones o temas que hacen a la organización fundamental del Estado, o a las competencias supremas del mismo (García Pelayo). Es decir, aquellas cuestiones que, por una parte, se refieren a los principios supremos en el diseño de la sociedad, ya sea en los fines, valores, derechos, deberes y garantías que rigen a las personas y grupos que la integran; y por otra

parte, están referidas al diseño del poder con los órganos que lo asumen, los ámbitos de ejercicio y sus competencias o atribuciones.

Podemos afirmar que la fundamentabilidad es esencial a la materia constitucional, a diferencia de la problemática cotidiana, común o habitual de la convivencia, que dentro del marco constitucional queda ya asignada a la regulación normativa ordinaria de los poderes constituidos, cualquiera que sea la forma en que se manifieste (leyes, tratados, reglamentos, sentencias, decretos, resoluciones, ordenanzas, edictos, etcétera).

3. Caracterización y funciones del poder constituyente formal y del material

10. A la luz de esta reflexión podemos afirmar que poder constituyente formal es aquel que se ejerce según los procedimientos establecidos para la sanción de normas constitucionales, ya sea que nos refiramos a los procedimientos que se fueron forjando en el proceso constituyente fundacional (v. g. Acuerdo de San Nicolás de 1852) como los que se establecieron al sancionarse por primera vez la Constitución por el poder constituyente originario (1853/60), el cual necesariamente debió establecer los requisitos y mecanismos para un legítimo ejercicio del poder constituyente derivado o reformador.

11. Por el contrario, poder constituyente material es aquel que produce pautas, criterios y normas que alcanzan ejemplaridad sobre cuestiones fundamentales del Estado, es decir, en materia constitucional, y que normalmente surgen del funcionamiento de los propios poderes constituidos, tanto del órgano Legislativo (leyes de contenido constitucional), del órgano Judicial (la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema), o del órgano Ejecutivo (ciertos comportamientos institucionales).

El poder constituyente material viene así a desarrollar y a completar contenidos del texto constitucional prescritos por el poder constituyente formal, y en el marco de la plena vigencia de la supremacía constitucional, para lo cual interpreta y aplica la Constitución, procurando desentrañar su vertebración axio-teleológica, es decir, indagando cuáles son los superlativos valores y fines constitucionales que se encuentran sustancialmente encapsulados tanto en los textos de los preámbulos como en los de las normas de la ley fundamental.

En tales circunstancias, asumiendo indudablemente el ejercicio de un poder constituyente material, la Corte Suprema —como los tribunales

constitucionales— lo ejercen procurando el acrecentamiento de los ámbitos del sistema jurídico constitucional, mediante el desarrollo jurisprudencial de los contenidos normativos, ya sea ampliando o modificando las dimensiones de sus vigencias, como erigiendo nuevos institutos sustantivos y procesales que surjan implícitamente de su texto.

12. En este sentido, y para el sistema argentino, Bidart Campos señala que la interpretación judicial que la Corte hace de la Constitución integra el derecho federal con el mismo rango que la Constitución.⁹

De allí la célebre frase tan significativa y que siempre recordamos, pronunciada por el presidente del Tribunal, James Wilson (1789-1798), cuando decía que “la Corte Suprema de los Estados Unidos, es una Convención Constituyente en permanente sesión”.

Por su parte, Sagüés señala que los pronunciamientos más definitivos son los de la Corte Suprema, que aunque en principio sólo se aplica al caso concreto, son habitualmente seguidos por los tribunales inferiores, ya por la doctrina del *stare decisis* (valor del precedente), ya por la doctrina del “valor moral” o del “valor institucional” de los fallos de una corte suprema. Tanto una corte suprema (en un régimen difuso) o de una corte o tribunal constitucional (en uno concentrado) se caracterizan por ejercer y ser un poder político y ser el intérprete final de la Constitución, determinando su sentido, lo que implica elegir entre las opciones que brinda la Constitución; balancean los valores constitucionales; cubren sus lagunas mediante la *integración*; actúan como árbitros del proceso político, dirimiendo los conflictos entre los poderes del Estado. Sumando esos atributos, es evidente que el derecho judicial es fuente de conocimiento y de producción de normas, razón por la cual no se limita a *aplicar* un derecho constitucional preexistente, sino que también crea derecho constitucional nuevo.¹⁰

4. *Derecho constitucional formal y material*

13. Como una conclusión lógica de las consideraciones que hemos venido haciendo precedentemente tanto en lo referido a la Constitución formal y la material como en cuanto al poder constituyente formal y el

⁹ Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, nota 4, t. II, p. 475.

¹⁰ Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1997, t. I, pp. 140 y 141.

material que las formulan, respectivamente, es razonable llegar a la denominación de esta rama del derecho ya sea como derecho constitucional formal o material, ya sea que el primero tenga como objeto del conocimiento el análisis del texto de la Constitución, de la “hoja de papel” o, por el contrario, todo ese amplio conjunto de leyes, doctrina judicial, actos ejecutivos, comportamientos institucionales.

En este sentido, viene muy al caso recordar las reflexiones de dos grandes juristas. Por una parte, Maurice Duverger, cuando afirma que “el derecho constitucional es cada vez menos el derecho de la Constitución, para convertirse cada vez más en el derecho de las instituciones políticas, conténganse o no en el texto de la Constitución...”. Incluso en los países en que la Constitución escrita contiene lo esencial de las reglas relativas a la estructura del Estado y organización del gobierno, muchas de tales reglas no están establecidas por ella: se encuentran en las leyes ordinarias, en los reglamentos, en las resoluciones de las asambleas, así como también en los usos y costumbres (y nosotros agregamos, en la jurisprudencia constitucional). En cada caso, la noción de derecho constitucional desborda ampliamente la de Constitución.¹¹

Por otro lado, César Enrique Romero, lúcido y agudo constitucionalista argentino que fuera profesor de nuestra Universidad Nacional de Córdoba, declara que el derecho constitucional (DC) “estudia el conjunto de instituciones fundamentales de una comunidad, estén en la Constitución o fuera de ella, es decir, el DC de la Constitución y el DC de las instituciones fundamentales del Estado”.¹²

5. La conciencia constitucional y los jueces de los tribunales constitucionales

14. Esto nos lleva a reiterar aquí y con igual convicción, lo que afirmamos en anterior oportunidad¹³ en el sentido de que para que este ejercicio del poder constituyente material sea posible y valioso constitucionalmente, pensamos que los jueces de la Corte Suprema (y los de los

¹¹ Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Caracas-Barcelona, Ariel, 1962, pp. 4 y 5.

¹² Romero, César Enrique, *Introducción al derecho constitucional*, Buenos Aires, Zavalía, 1973, p. 46.

¹³ Haro, Ricardo, *El control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, pp. 257 y 258.

tribunales constitucionales) no deben ser solamente hombres probos e instruidos en derecho, cualidades indispensables en todo magistrado. Algo más se necesita. “Sensibilidad política” le llama Louis Favoreu.

Por nuestra parte, estamos convencidos de que además de ser eminentes o reconocidos juristas, se requiere igualmente una seria formación jurídica y una viva conciencia constitucional. Deben ser hombres que posean una aguda y lúcida visión de estadistas. Si son titulares de un poder del Estado, necesariamente deben ser hombres de Estado que sepan discernir los signos de los tiempos, con un talento y clarividencia política tal, que los constituya en verdaderos magistrados constitucionales, conscientes de que al ejercer el control de constitucionalidad de las leyes y actos estatales están generando graves decisiones políticas que los constituye desde su perspectiva jurisdiccional, también en gerentes y garantes del bien común.

Tan cierto es esto, que es lamentable que en determinados, pero trascendentales casos, la actual Corte Suprema haya dictado pronunciamientos realmente inconstitucionales, fundándose en falsas, oportunas o erróneas interpretaciones de los derechos y garantías del debido proceso. Estos pronunciamientos han afectado gravemente no sólo un correcto ejercicio del control de constitucionalidad, sino además, elementales valores y fines constitucionales que nutren la seguridad jurídica esencial a un Estado de derecho.

Una vez formulada esta aclaración, que no podíamos silenciar, pasemos ahora a exponer resumidamente algunos de los más destacados pronunciamientos de la CS que en ejercicio de este poder constituyente material se han erigido en verdaderos *leading case* que han enriquecido nuestra conciencia constitucional, y algunos han sido posteriormente incorporados al propio texto de la Constitución formal en la reforma de 1994.

III. ALGUNOS CASOS PARADIGMÁTICOS EN LOS QUE LA CORTE SUPREMA EJERCIÓ EL PODER CONSTITUYENTE MATERIAL

1. *Acción de amparo*

15. Desde nuestra organización constitucional en 1853/60, en el ordenamiento jurídico argentino sólo existía el hábeas corpus como instituto

procesal expeditivo y ágil sólo para la protección de la libertad física o ambulatoria ante arrestos o detenciones sin los requisitos constitucionales de la orden escrita de autoridad competente (artículo 18, CN). Pero lamentablemente, para las violaciones manifiestamente ilegítimas o arbitrarias que se produjeran contra los demás derechos y libertades constitucionales (asociación, prensa, culto, enseñar y aprender, comerciar, etcétera), el orden jurídico carecía de las garantías procesales que restableciera la vigencia del derecho constitucional conculcado.

Es recién en los años 1957 y 1958 que la CS dictó dos memorables pronunciamientos en sendas causas, en los que ejerciendo el poder constituyente material admitió con base constitucional la trascendental acción de amparo en el ordenamiento jurídico argentino.

16. a) Caso “Siri”. Primeramente lo hizo en la sentencia del 27 de diciembre de 1957, en el caso “Ángel Siri”, que se registra en *Fallos*, 239:461. El actor era propietario de un diario en la ciudad de Mercedes (provincia de Buenos Aires), que fue clausurado con custodia policial sin orden de autoridad competente, por lo que decidió plantear la acción de hábeas corpus, pero fundamentándola en la privación de ejercer los derechos constitucionales de trabajar, imprenta y propiedad (artículos 14, 17 y 18, CN). Tanto en primera como en segunda instancia, se rechazó la acción, por no estar en juego su libertad física y no existir en el ordenamiento jurídico procesal ninguna acción específica que pudiera habilitar la actuación judicial. Llegados los autos a la CS, el Tribunal expresó reseñadamente lo siguiente, siendo de mi autoría las frases que deseo resaltar en letra cursiva:

Que en autos no existía constancia cierta de cuál fue la autoridad y los motivos que produjeron la clausura del diario, por lo cual es manifiesto que el derecho que invoca el solicitante de publicar y administrar el diario “*debe ser mantenido*”.

El compareciente ha invocado la garantía de la *libertad de imprenta y de trabajo, propiedad* que aseguran los artículos 14, 17 y 18 de la CN, y que según las condiciones acreditadas en la causa, se halla evidentemente restringida *sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa* que justifique dicha restricción.

Que basta esta comprobación inmediata —continúa la Corte— para que la garantía constitucional invocada *sea restablecida por los jueces en su integridad*, sin que pueda alegarse en contrario *la inexistencia de una*

ley que la reglamente; las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias.

Que esta CS, en su actual composición y en la primera oportunidad en que debe pronunciarse sobre el carácter y jerarquía de los derechos constitucionales, *se aparta así de la doctrina tradicionalmente declarada* por el Tribunal en cuanto relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el *hábeas corpus*. Los preceptos constitucionales reclaman de consuno el *goce y el ejercicio pleno de las garantías individuales* para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas. En consecuencia, la CS revocó la sentencia apelada y ordenó que debía cesar la restricción impuesta al solicitante en su calidad de director-propietario del diario clausurado.

Había así nacido en esta memorable sentencia, nada menos que la garantía constitucional de la acción de amparo en virtud del poder constituyente material que la CS ejerció ante el silencio constitucional y legal.

17. *b) Caso “Kot”*. La firma Samuel Kot-S. R. L., propietaria de un establecimiento textil, debió enfrentar un conflicto gremial con sus trabajadores, quienes decidieron tomar y ocupar la fábrica, que quedó totalmente paralizada.

El actor no tuvo éxito en los tribunales con la acción de usurpación, y planteó un recurso de amparo en segunda instancia a fin de obtener la desocupación del inmueble, invocando la doctrina del caso “Siri” y las garantías constitucionales a la libertad de trabajo (artículo 14); a la propiedad (artículo 17); a la libre actividad (artículo 19). La Cámara rechazó el recurso con el reiterado argumento de que el *hábeas corpus* sólo protegía la libertad física, y no podía hacerse extensivo a otros derechos.

Llegada la causa a la CS (*Fallos*, 241:296) la cuestión cardinal que abordó fue si la acción de amparo procedía solamente contra las violaciones ilegítimas de los derechos constitucionales por actos de autoridad pública, o también frente a actos violatorios por parte de particulares, cuestión a la que respondió afirmativamente ampliando de este modo los orígenes de la agresión, pues en su entender tal distinción no es esencial a los fines de la protección constitucional, ya que admitido que existe el amparo como garantía tácita o implícita que protege los diversos aspectos de la libertad individual (artículo 33, CN) ninguna reserva cabe esta-

blecer de modo que excluya en absoluto y a priori toda restricción que emane de personas privadas.¹⁴

Coincidimos plenamente con el razonamiento de la mayoría, pues nada hay ni en la letra ni en el espíritu de la CN que permita afirmar que la protección de los derechos esenciales del hombre que integran la libertad, *lato sensu*, frente a ataques ilegítimos, graves y manifiestos, esté circunscrita a los que provengan sólo de la autoridad, y por lo tanto, que carezca de la protección constitucional adecuada, como el hábeas corpus y el amparo, por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos. Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distinguo importa interpretar la CN de modo que aparezca ella amparando, realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiesta de esos derechos.

Surge con claridad el ejercicio del poder constituyente material a poco que reparemos que la CS señala que este avance de los principios constitucionales es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deberán consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para lo que fue dictada la Constitución, entre los que está el de “asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino (Preámbulo)”.

18. Logrando una lúcida síntesis medular sobre la acción de amparo establece los presupuestos que se requieren comprobar para su procedencia, presupuestos que posteriormente reiteraron tanto la ley reglamentaria 16.986 de 1966 como la actual recepción constitucional en el artículo 43, CN de 1994.

Siempre que aparezca en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera o algunos de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo.

¹⁴ El artículo 33 CN dispone: “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”.

En tal sentido, señala que

...de otro modo habría que concluir que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho argentino de las garantías indispensables para su existencia y plenitud, y es obvio que esta conclusión no puede ser admitida sin serio menoscabo de la dignidad del orden jurídico de la Nación.

De las circunstancias de esta causa surge de modo manifiesto e indudable la ilegitimidad de la prolongada ocupación de la fábrica, como el agravio serio e irreparable de su paralización para sus propietarios y para los intereses generales, razones por las que la CS declaró procedente el recurso de amparo deducido, atentos los derechos de propiedad y libertad de trabajo invocados por el recurrente, y ordenó que se proceda de inmediato a entregar libre de todo ocupante a la firma actora, el establecimiento textil ocupado.

19. *c)* Caso “Outon”. En 1967 y en el referido caso, los actores, trabajadores marítimos, requirieron amparo judicial para que se les restableciera en el goce de los derechos de trabajar y agremiarse libremente, que estimaban violados por el decreto 280/64, reglamentario de la “Bolsa de Trabajo Marítimo para Marinería y Maestranza”, cuyo artículo 16, inciso b), exige para inscribirse en la Bolsa, el carnet de afiliación sindical, lo que supone —decían— la agremiación forzosa a un determinado sindicato y la negación del derecho a trabajar a quien no lo hiciera.

El Tribunal declaró (*Fallos*, 267:215) que si bien es cierto que no es pertinente, como principio, la declaración de inconstitucionalidad en esta clase de procedimientos, como el amparo, tal principio no debe reputarse absoluto. En efecto, la existencia de disposiciones de una ley, decreto u ordenanza claramente violatorias de algunos de los derechos humanos no puede constituir obstáculo para que se declare su inconstitucionalidad y se restablezca de inmediato a la persona en el goce de la garantía fundamental vulnerada, porque de otro modo bastaría que la autoridad recurriera al procedimiento de preceder su acto u omisión arbitrarios de una norma previa —por más inconstitucional que ésta fuera— para frustrar la obtención en sede judicial una inmediata restitución en el ejercicio del derecho esencial conculcado.

En conclusión, una vez más la CS ejerció el poder constituyente material al declarar la posibilidad de que se declare la inconstitucionalidad de

una norma estatal en el juicio de amparo, y así se adelantó en casi treinta años a la reforma de 1994, que receptó dicha potestad jurisdiccional en el primer párrafo *in fine* del artículo 43, CN.

2. *Acción declarativa de inconstitucionalidad*

A. *La reiterada negativa de su existencia*

20. Sabido es que para el planteamiento de la “cuestión o caso constitucional”, que hace procedente la petición de una declaración de inconstitucionalidad en un proceso, nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina, desde originaria y secular posición, sólo aceptaba la llamada “vía incidental, indirecta, como excepción o defensa”, negándose la existencia de una acción de inconstitucionalidad con identidad propia y autónoma.

Por ello, incoada la pertinente acción procesal principal, la inconstitucionalidad podía plantearse como una defensa más, junto a otras, para lograr su declaración judicial tanto a petición del actor como del accionado. En otras palabras, el planteo de inconstitucionalidad iba siempre “enanado” en la acción principal, *v. g.* repetición de impuestos inconstitucionales.

Por eso la CS sostuvo inveteradamente que la exigencia de que los tribunales federales sólo ejerzan jurisdicción en los “casos contenciosos” excluye las declaraciones generales y directas de inconstitucionalidad de las normas o actos estatales, cuyo cumplimiento no puede impedirse por medio de la promoción de un juicio declarativo de inconstitucionalidad, dado que con arreglo a la Ley 27, artículo 2o., no existe en el orden nacional, acción declarativa de inconstitucionalidad (*Fallos*, 245:552; 249:221).

B. *El nacimiento de la acción declarativa de inconstitucionalidad*

21. Esta posición negatoria apegada a una interpretación estrictamente formal y parcial de la CS respecto a lo que debe entenderse por “causa” o “caso contencioso”, tesis que por nuestra parte siempre consideramos equivocada, por los fundamentos que expusimos en anterior oportunidad,¹⁵ felizmente fue superada por un giro rotundo de la CS a partir de 1985 en la causa “Provincia de Santiago del Estero c/Estado Nacional y/o Y. P. F.”

¹⁵ Haro, Ricardo, *op. cit.*, nota 13, pp. 19-25.

(*Fallos*: 307-1379) cuando en una jurisprudencia realmente constituyente aceptó finalmente la acción declarativa de inconstitucionalidad a través de la “acción declarativa de certeza” del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), que dispone:

Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, a) Para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica; b) siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor; c) y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.

El alto tribunal consideró idónea esta “acción declarativa de certeza” genérica, para dar curso a los casos en que en la incertidumbre de los alcances de una relación jurídica pueda requerir el control de constitucionalidad por estar en juego la posible inconstitucionalidad de un acto estatal federal, y sostuvo categóricamente con argumentos que hemos compartido en la obra citada (véase nota 15), “que la acción declarativa de inconstitucionalidad no viola las exigencias del ‘caso contencioso’, ni se expide en declaraciones directas, generales o abstractas de inconstitucionalidad”, y por lo tanto, en modo alguno allana el principio de la separación de los poderes, pues la mencionada acción es plenamente congruente con el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Poder Judicial de la Nación. Esta “acción declarativa de certeza”, en tales casos se erige como una “acción declarativa de inconstitucionalidad”, y podrá plantearse como acción independiente al control difuso en las pertinentes instancias del Poder Judicial de la Nación.

Con este pronunciamiento y la doctrina que se reiteró definitivamente en el futuro por los tribunales federales, la CS añadió como en el caso del amparo y en ejercicio del poder constituyente material, una nueva y trascendental garantía en el sistema procesal argentino, para asegurar el respeto irrestricto del principio de la supremacía constitucional.

3. Control de oficio de constitucionalidad

A. Negativa al control de oficio de constitucionalidad

22. Como en otros de los tópicos analizados, aquí también debemos poner de resalto que desde su instalación y por casi un siglo y medio, la

CS unánimemente sostuvo que para que los tribunales ejerzan el control de constitucionalidad era indispensable que una de las partes interesadas formule en el proceso o juicio, el pedido y el planteo expreso de la inconstitucionalidad del acto estatal impugnado.

Esta posición se apoya en los siguientes criterios reseñadamente expresados aquí: *a)* porque es esencial a la organización de la justicia como “poder”; *b)* porque lo exige la división y equilibrio de los poderes; *c)* por cuanto la declaración de inconstitucionalidad exige un amplio y explícito debate; *d)* por la presunción de validez de los actos estatales; *e)* por la necesaria existencia de un perjuicio para la parte que impugna la constitucionalidad.

Nosotros desde 1975 hemos expuesto permanentemente en trabajos y libros,¹⁶ nuestra discrepancia con cada fundamento del criterio negatorio de la CS y, consecuentemente, con nuestra adhesión al control de oficio de inconstitucionalidad, es decir, en causa judicial, pero sin petición de parte interesada.

B. Progresivo proceso en la Corte a favor del control de oficio

23. A partir de la nueva integración de la CSJN en 1983, esta férrea doctrina manifiesta sus primeros resquebrajamientos con categóricas disidencias en minoría, de los jueces Fayt y Belluscio, a favor del control de oficio de constitucionalidad, expresadas en una histórica sentencia del 24 de abril de 1984 *in re* “Juzgado de Instrucción Militar No. 50 de Rosario”, que se registra en *Fallos*, 306:303.

En este sentido, aquellos jueces expusieron rigurosos fundamentos que luego fueron consecutivamente reiterados, en lo sustancial, por los diversos jueces que paulatinamente se fueron adhiriendo al control de oficio en un largo proceso de dos décadas.

En síntesis, esos fundamentos sostenían que

...es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de causa concreta... más de ello no se sigue la necesidad de petición expresa de par-

¹⁶ Haro, Ricardo, *El Derecho*, 17 de noviembre de 1975, t. 64, p. 641. Asimismo en nuestros libros *Constitución, gobierno y democracia*, Universidad Nacional de Córdoba, 1987, pp. 191-216, y *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, pp. 73-79.

te interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erróneamente —trasuntado en el antiguo adagio “*iura curia novit*”— incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (artículo 31) aplicando en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional y desechando la de rango inferior,... facultad ésta que corresponde a los jueces de cualquier fuero, jurisdicción o jerarquía, nacionales o provinciales,... que por estar involucrada en el deber de aplicar el derecho vigente, no puede estar supeditada al requerimiento de las partes.

En 1998 el juez Boggiano comparte los fundamentos de los jueces Fayt y Belluscio en los autos “Banco Buenos Aires. Building Society, S. A.” (*Fallos*, 321: 993).

Tres años después, en el caso “Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros”, de 2001 (*Fallos*, 324:3219), el Tribunal rompió amarras con la férrea doctrina negatoria, pues a las tres disidencias mencionadas se sumó una categórica adhesión del juez Vázquez, y un implícito, pero indudable acompañamiento, de los jueces Bossert y López.

C. La consolidación del control de constitucionalidad de oficio

24. En 2004, y con una integración distinta, la CS consolida la tesitura del control de oficio en la causa “Banco Comercial de Finanzas, S. A.” (*Fallos*, 327:3117). Los jueces Fayt, Belluscio, Boggiano, Vázquez, Zaffaroni y Highton de Nolasco se pronunciaron con base en los argumentos que sustancialmente se venían esgrimiendo desde la célebre disidencia de los jueces Fayt y Belluscio en 1984.

Esta doctrina fue ratificada por el alto tribunal en las causas “Lapadu” de 2004 (*Fallos*, 327-5723), y “Simón”, de 2005 (*Fallos*: 328-2056), para finalmente, en el caso “Gómez”, del 27 de diciembre de 2006, si bien tangencialmente, pero no por ello de manera indubitable, la CS, con su nueva integración y por mayoría de los jueces Lorenzetti, Fayt, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, confirmó el control de oficio de constitucionalidad, con la única disidencia de la jueza Argibay, que se enroló decididamente en la antigua tesis negatoria.

Deseamos aclarar debidamente que a pesar de la admisión del control de oficio, coincidimos con la CS al mantener lo que hemos dado en

llamar un sistema dual en el procedimiento de declaración de inconstitucionalidad: *a)* ordinariamente, se mantiene la exigencia de la petición de parte con un sólido desarrollo argumental demostrando la inconstitucionalidad y el agravio que la norma impugnada causa en el caso concreto; *b)* excepcionalmente, sin petición y de oficio por un tribunal, como una atribución verdaderamente excepcional que procederá, solamente en los casos en los que la inconstitucionalidad de la norma jurídica aparezca como grave, manifiesta e indispensable para juzgar conforme a derecho.

La doctrina del control de oficio nos muestra una vez más la actuación por la CS del poder constituyente material, toda vez que con él viene a establecer una nueva modalidad que asegure el principio cardinal de la supremacía constitucional y el consiguiente control de constitucionalidad.

4. *Intervención federal*

25. Según el artículo 6o., CN,

El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar 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.

Al estar constituido el gobierno federal por los tres poderes (el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial), la indeterminación concreta de cuál era el órgano u órganos con competencia para declarar la intervención a una provincia produjo durante décadas, opiniones encontradas tanto en los poderes del Estado como en la opinión de la doctrina especializada. Al Poder Judicial se lo excluía por tratarse de una “cuestión política”, por lo que el debate y el disenso se referían entre los poderes Legislativo y Ejecutivo. La historia institucional nos demuestra que en esta puja generalmente primó el ejercicio de la declaración por parte del último.

Esta confusa situación fue finalmente dilucidada por la CS —si bien con escasa repercusión en los poderes políticos— cuando ejerciendo una vez más el poder constituyente material fijó criterio en 1929 en el caso “Orfila, Alejandro” (*Fallos*, 154:194) afirmando que dicha atribución le correspondía al Congreso de la Nación. Para tal conclusión, se basó en

una interpretación sistemática de dos normas: *a*) del artículo 67, inciso 28 (hoy 75, inciso 32), que dispone los poderes implícitos del Congreso al prescribir que corresponde al Congreso “Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”; *b*) por otro lado, la expresión inicial del artículo 60., CN, *cit.* al prescribir que “El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias...”. Por lo tanto, dicha facultad interventora le correspondía implícitamente al Congreso.

Asimismo, argumentó no sólo que en el Senado estaban representadas las autonomías provinciales, sino además, que la intervención federal en la práctica produce el desplazamiento de autoridades provinciales constitucionalmente establecidas; es decir, de modo indirecto se afecta la voluntad del pueblo del distrito intervenido, por lo que una medida de tal trascendencia institucional parece más razonable dejarla librada a un órgano colegiado, pluralista y deliberativo, que a la decisión de una sola persona (el presidente).

Fue tan correcta y constitucional la posición de la CS, que su argumentación sirvió a los diputados constituyentes para que en la reforma de 1994 sancionaran el artículo 75, inciso 31, CN, afirmando que le correspondía al Congreso “Disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires. Aprobar o revocar la intervención decretada durante su receso por el Poder Ejecutivo”, disposición que se complementa con el artículo 99, inciso 20, cuando declara que le corresponde al presidente de la nación “Decretar la intervención federal a una provincia o a la Ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento”.

Una vez más la CS había ejercido el poder constituyente material que varias décadas después adoptaría para el texto de la CN el poder constituyente formal.

5. *Autonomía municipal*

27. En este tema de tamaño trascendencia para una acabada conformación del federalismo debemos recordar que, salvo excepcionales y primezizos pronunciamientos (*Fallos*, 9:279; 5:284; 13:117), la ancestral y reiterada posición de la CS sostenía la naturaleza autárquica del municipio

(*Fallos*, 113:282), tesis que apoyaba un sector de la doctrina, mientras que otro sector apoyaba la autonomía municipal, en un calificado y polémico debate.

Recién en 1989, la CS, ejerciendo el poder constituyente material, realiza un giro copernicano en el caso “Rivademar c/Municipalidad de Rosario”, pronunciándose por la “autonomía municipal”, teniendo presente la tesis avanzada desde tiempo atrás en el derecho público provincial y la interpretación actualizada del artículo 5o., CN.

Dijo la CS que mal se avienen con el concepto de autarquía diversos caracteres de los municipios, tales como su origen constitucional frente al meramente legal de las entidades autárquicas; la existencia de una base sociológica constituida por la población de la comuna, ausente en tales entidades; la imposibilidad de su supresión o desaparición, dado que la Constitución asegura su existencia, lo que tampoco ocurre con los entes autárquicos; el carácter de legislación local de las ordenanzas municipales, frente al de resoluciones administrativas emanadas de las autoridades de las entidades autárquicas; el carácter de personas jurídicas de derecho público y de carácter necesario de los municipios, frente al carácter posible o contingente de los entes autárquicos; el alcance de sus resoluciones que comprende a todos los habitantes de su circunscripción territorial, y no sólo a las personas vinculadas, como en las entidades autárquicas; la posibilidad de creación de entidades autárquicas en los municipios, ya que no parece posible que una entidad autárquica cree a otra entidad autárquica dependiente de ella, y la elección popular de sus autoridades inconcebible en las entidades autárquicas.

Las municipalidades son organismos de gobierno de carácter esencial, que tienen un ámbito propio a administrar. No son una mera repartición administrativa del gobierno central, pues poseen autoridad en su territorio y poder para designar y remover a sus empleados.

Esta nueva concepción jurídico-política del municipio, fruto del ejercicio por la CS del poder constituyente material, fue receptada por el poder constituyente formal en la reforma de 1994 e incorporada en el artículo 123, cuando dispone que las Constituciones provinciales deben “asegurar la *autonomía municipal* y reglar su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero” (Ponce).

6. *Supremacía de tratados internacionales*

28. En este tópico, también la CS manifestó su magisterio constitucional cuando ejerciendo el poder constituyente material produjo un cambio súbito y sustancial en la compleja situación de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, el comunitario o regional. En este acápite y en lo pertinente, debemos recordar que el artículo 31, CN, dispone: “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...”.

En cuanto a la primacía de la ley o los tratados, la jurisprudencia de la CS permanentemente sostuvo, como lo expresó en el caso “Martín y Cía” de 1963 (*Fallos*, 257:99), que el artículo 31 y disposiciones concordantes de la CN no atribuyen prelación o superioridad a los tratados respecto de las leyes, pues ambos son igualmente calificados por ello como “ley suprema de la Nación”, y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno... por lo que rige el principio *lex posterior derogat priori*.

Esta posición de la CS varió fundamentalmente en 1992, con motivo de la ratificación por parte de Argentina, de la Convención de Viena sobre los Tratados de 1969, que entró en vigencia de 1980, cuyo artículo 27 dispone: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”, con base en el cual la CS el 7 de julio de 1992, en el *leading case* “Ekmekdjian c/ Sofovich” (*Fallos*, 315:1492), sostuvo, entre otras consideraciones:

Que en nuestro ordenamiento jurídico el derecho de respuesta, o de rectificación, ha sido establecido en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica, que al ser aprobado por la ley 23.054 y ratificado el 5 de septiembre de 1984, es ley suprema de la Nación, conforme a lo dispuesto por el artículo 31, CN.

Con apoyo en el citado artículo 27, afirmó que se impone a los órganos del Estado argentino, asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que en sus efectos equivalgan al incumplimiento del tratado internacional, por lo que la derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias

impuesta por la misma CN, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado.

7. *Jurisdicción internacional*

29. Otra manifestación del ejercicio del poder constituyente material fue la novedosa posición de la CS de aceptar la jurisdicción internacional, básicamente a partir del caso “Fibraca” de 1993 (*Fallos*, 316:1669), respecto de un tribunal arbitral internacional, mientras se aseguren los principios de derecho público del artículo 27, CN. Allí, el alto tribunal afirmó: “La CS carece de facultad para revisar un laudo del Tribunal Arbitral de Salto Grande, en tanto lo contrario implicaría entrar en contradicción con el espíritu del tratado internacional firmado por las partes (artículo 27 Convención de Viena)”.

De esta forma, la CS se adelantó a la reforma de 1994, que en su artículo 75, inciso 24, faculta al Congreso de la Nación a “Aprobar tratados de integración que deleguen *competencia y jurisdicción* a organizaciones supraestatales...”. Con ambos respaldos, el Tribunal ratificó la doctrina *in re* “Ghiorzo” de 1997 y en el caso “Giroldi” de 1995, reconociendo en este último la competencia de la Corte Interamericana para conocer en los casos de interpretación y aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, y la importancia decisiva de su jurisprudencia.

8. *Establecimientos de utilidad pública nacional*

30. Otra cuestión donde la doctrina de la CS fue pionera en la precisión constitucional ejerciendo el poder constituyente material ocurrió respecto a la conflictiva interpretación del anterior artículo 67, inciso 27, CN (hoy artículo 75, inciso 30),¹⁷ cuya redacción, poco clara, originó

¹⁷ Artículo 67, inciso 27 (CN 1853/60): “Ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación, y sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión, en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional”.

Artículo 75, inciso 30 (CN Reforma 1994): “Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran el cumplimiento de aquéllos fines”.

una cambiante jurisprudencia de la CSJN, que podemos reseñar en dos tesis: a) la amplia y excluyente; b) la restrictiva y finalista.

1) En cuanto a la primera, la CS afirmó en el caso “Marconetti”, de 1968 (*Fallos*, 271:286), que la facultad del Congreso para legislar exclusivamente elimina toda otra legislación concurrente, y no puede admitirse lógica ni legalmente que una legislación provincial pueda establecer impuestos sobre territorios nacionales. La autonomía de los estados cede ante la soberanía única de la nación. Esta posición significaba lisa y llanamente la federalización de dichos lugares al entregar al gobierno nacional la exclusiva potestad de legislar, ejecutar y juzgar.

2) En cuanto a la tesis restrictiva y finalista, que es la correcta interpretación del artículo 67, inciso 27, por ser congruente con la forma federal de Estado y la regla del artículo 104, CN, fue expuesta por la CS, entre otros, en la causa “Brizuela” de 1976 (*Fallos*, 296:432), cuando el tribunal afirmó que la facultad del artículo 67, inciso 27, es únicamente la de someter a la legislación exclusiva del Congreso los lugares que dicho texto menciona, y sólo para la materia específica del establecimiento y la realización de su finalidad.

Las facultades legislativas y administrativas de las provincias sólo quedan excluidas en tanto su ejercicio interfiera directa o inmediatamente en dicha finalidad nacional. Pero la exclusividad de la legislación nacional no puede en modo alguno afectar la potestad política de la autonomía provincial sobre el resto de la vida y de la actividad cumplida en el lugar cedido, pues esos lugares no se federalizan.

Con apoyo en el poder constituyente material, la CS, con una interpretación finalista y federalista, fijó el sentido constitucional del ex artículo 67, inciso 27, e inspiró decisivamente a los constituyentes de 1994 para incorporarlo en el nuevo artículo 75, inciso 30, al disponer que las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en las provincias.

9. *Cuestiones políticas*

31. En el inasible y recursivo argumento de que las “cuestiones políticas” son las “cuestiones no justiciables” y, que a su vez, las “cuestiones no justiciables” son las “cuestiones políticas”, el magisterio de la CS, a

través de las últimas décadas, ha producido un notable avance en la judiciable de diversas situaciones que antes se las consideraba ajenas al control de constitucionalidad.

En este sentido, ha declarado que toda vez que se afecte alguna disposición constitucional, están sujetos al control jurisdiccional, entre otras, las siguientes cuestiones: *a)* el ejercicio de las llamadas “facultades privativas” de los otros poderes; *b)* la alteración de la forma republicana de gobierno; *c)* el allanamiento o no de la autonomía provincial; *d)* el procedimiento del juicio político por las Cámaras del Congreso; *e)* el enjuiciamiento de magistrados provinciales y federales; *f)* la negativa de las Cámaras del Congreso a la incorporación de sus miembros; *g)* violaciones constitucionales en el procedimiento legislativo y en el veto del PE; *h)* la mayoría necesaria en el Senado para prestar acuerdo para un nombramiento; *i)* las cuestiones electorales; *j)* las medidas de aplicación del estado de sitio; *k)* aspectos procesales o sustanciales en una reforma constitucional.

Si bien es cierto que estamos de acuerdo con este progresivo avance del control de constitucionalidad, el cual aparece como un ejercicio del poder constituyente material, también es cierta nuestra convicción en el sentido de que siempre existen y existirán actos o procedimientos estatales no justiciables, donde no pueden desorbitarse los magistrados por un desmesurado “activismo judicial” que los lleve a creerse erróneamente que son los supremos y finales contralores de todos los actos estatales, y sede de solución de conflictos originados en la discrecionalidad esencialmente política.