

Instituciones de derecho público

*Nidia Karina Cicero
Carlos María Parise*



Universidad
Nacional
de Quilmes
Virtual

Índice de contenidos	i
Introducción	iii
Unidad	1
Unidad	2
Unidad	3
Unidad	4
Unidad	5
Unidad	6
Unidad	7
Unidad	8
Unidad	9
Unidad	10
Unidad	11
Unidad	12



Universidad
Nacional
de Quilmes

Cicero, Nidia Karina

Instituciones de Derecho Público / Nidia Karina Cicero ; Carlos María Parise. - 1a ed. - Bernal : Universidad Virtual de Quilmes, 2021.

Libro digital, PDF/A

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-774-049-3

1. Derecho. 2. Relaciones Laborales. 3. Constitución de la Nación Argentina. I. Parise, Carlos María. II. Título.

CDD 342.02

Procesamiento didáctico: Bruno De Angelis y María Cecilia Paredi

Diseño original de maqueta: Hernán Morfese, Marcelo Aceituno y Juan Ignacio Siwak

Diagramación: Juan Ignacio Siwak

Primera edición: junio de 2021

ISBN: 978-987-774-049-3

© Universidad Virtual de Quilmes, 2021

Roque Sáenz Peña 352, (B1876BXD) Bernal, Buenos Aires

Teléfono: (5411) 4365 7100 <http://www.virtual.unq.edu.ar>

La Universidad Virtual de Quilmes de la Universidad Nacional de Quilmes se reserva la facultad de disponer de esta obra, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducción en cualquier forma, total o parcialmente, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopias, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información. Por consiguiente, nadie tiene facultad de ejercitar los derechos precitados sin permiso escrito del editor.

Queda hecho el depósito que establece la ley 11723.

Íconos



Leer con atención. Son afirmaciones, conceptos o definiciones destacadas y sustanciales que aportan claves para la comprensión del tema que se desarrolla.



Para reflexionar. Propone un diálogo con el material a través de preguntas, planteamiento de problemas, confrontaciones del tema con la realidad, ejemplos o cuestionamientos que alienten la autorreflexión.



Texto aparte. Contiene citas de autor, pasajes que contextualicen el desarrollo temático, estudio de casos, notas periodísticas, comentarios para formular aclaraciones o profundizaciones.



Pastilla. Incorpora informaciones breves, complementarias o aclaratorias de algún término o frase del texto principal. El subrayado indica los términos a propósito de los cuales se incluye esa información asociada en el margen.



Cita. Se diferencia de la palabra del autor de la Carpeta a través de la inserción de comillas, para indicar claramente que se trata de otra voz que ingresa al texto.



Ejemplo. Se utiliza para ilustrar una definición o una afirmación del texto principal, con el objetivo de que se puedan fijar mejor los conceptos.



Para ampliar. Extiende la explicación a distintos casos o textos como podrían ser los periodísticos o de otras fuentes.



Actividades. Son ejercicios, investigaciones, encuestas, elaboración de cuadros, gráficos, resolución de guías de estudio, etcétera.



Audio. Fragmentos de discursos, entrevistas, registro oral del profesor explicando algún tema, etcétera.



Audiovisual. Videos, documentales, conferencias, fragmentos de películas, entrevistas, grabaciones, etcétera.



Imagen. Gráficos, esquemas, cuadros, figuras, dibujos, fotografías, etcétera.



Recurso web. Enlaces a sitios o páginas web que resulten una referencia dentro del campo disciplinario.



Lectura obligatoria. Textos completos, capítulos de libros, artículos y *papers* que se encuentran digitalizados en el Repositorio de materiales didácticos.



Lectura recomendada. Bibliografía que no se considera obligatoria y a la que se puede recurrir para ampliar o profundizar algún tema.



Código. Incorpora al material un determinado lenguaje de programación.



Línea de tiempo. Se utiliza para comprender visualmente una sucesión cronológica de hechos.

Índice

Los autores	9
Introducción.....	10
Problemática del campo	11
Reflexiones acerca del aprendizaje de la asignatura en el entorno virtual .	11
Objetivos del curso.....	13
1. La Constitución y el Estado.....	14
Objetivos	14
1.1. El Estado como fenómeno jurídico y político	14
1.2. Elementos del Estado.....	14
1.3. Formas de Estado y de Gobierno. Estados federal y unitario.....	15
1.4. Estado liberal, Estado intervencionista, Estado de derecho	17
1.5. La Constitución nacional y su sistema de derechos y garantías y de organización del poder	18
1.6. Evolución del constitucionalismo	19
1.7. Clasificación de las constituciones	22
1.8. Caracterización de la Constitución argentina	23
1.9. Reforma constitucional. Poder constituyente originario y derivado	26
1.9.1. Requisitos para la reforma constitucional.....	27
1.10. Control de constitucionalidad	27
1.10.1. Supremacía constitucional y jerarquía normativa.....	28
1.11. Control de constitucionalidad. Concepto y sistemas.....	30
1.12. Cuestiones políticas no judiciales	32
2. Los principios constitucionales que estructuran la organización y la actuación estatal	35
Objetivos	35
2.1. Los principios constitucionales estructurales del Estado	35
2.2. La división de poderes	36
2.2.1. Poder Legislativo	37
2.2.2. Poder Ejecutivo	38
2.2.3. Poder Judicial	39
2.2.4. Ministerio Público.....	39
2.2.5. Organismos de control.....	40
2.2.6. Gobiernos de provincia	40
2.3. El principio de legalidad	41
2.3.1. La reserva de ley.....	41
2.4. El principio de razonabilidad	42
2.5. El principio de igualdad.....	44
2.6. El derecho administrativo como sistema de prerrogativas públicas y garantías individuales	45
2.7. El federalismo.....	47
2.7.1. Distribución de competencias entre los órdenes federales, locales y municipales	48
2.7.2. Facultades reservadas, delegadas y concurrentes	50
2.7.3. La cláusula de los códigos.....	51
2.7.4. Las provincias y la Ciudad de Buenos Aires.....	51
2.8. El sistema económico y rentístico de la Constitución	53

2.8.1. Federalismo fiscal. Imposición y federalismo	54
2.8.2. Libertad fiscal y poder impositivo. La ley de presupuesto	55
2.8.3. Principios de la imposición fiscal	56
2.8.4. Clasificación de tributos e impuestos	58
3. Los derechos fundamentales	61
Objetivos	61
3.1. Las generaciones de derechos	61
3.2. Los Derechos Humanos	64
3.2.1. Características de los derechos humanos	66
3.2.2. Obligaciones y deberes de los Estados	67
3.2.3. Evolución y contenido	68
3.2.4. Los derechos humanos en la Constitución Nacional.....	70
3.3. Nuevos derechos y garantías	72
3.4. Los derechos en particular.....	72
4. Las fuentes del derecho público	76
Objetivos	76
4.1. Las fuentes del derecho	76
4.2. Las fuentes y su jerarquía	77
4.3. La Constitución Nacional	78
4.4. Los tratados internacionales	79
4.5. La ley	80
4.5.1. La zona de reserva de la Administración	81
4.5.2. Tipos de leyes.....	84
4.6. Los reglamentos	84
4.6.1. Clasificación de los reglamentos	87
4.7. Los principios jurídicos constitucionales y supraconstitucionales	96
4.8. La jurisprudencia, la costumbre y la doctrina. La doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación	97
5. Los órganos y las funciones del Estado.....	101
Objetivos	101
5.1. Las funciones administrativa, legislativa y judicial	101
5.2. La dinámica funcional de la división de poderes	103
5.3. Distintos criterios para caracterizar la función administrativa.....	105
5.4. Funciones jurisdiccionales de la Administración y control judicial	108
5.5. Requisitos de validez del ejercicio de facultades jurisdiccionales por órga- nos administrativos	110
5.6. Los organismos de control. El Ministerio Público	111
5.6.1. La Auditoría General de la Nación.....	112
5.6.2. La Sindicatura General de la Nación	113
5.6.3. La Defensoría del Pueblo	113
5.6.4. El Ministerio Público	114
6. Organización administrativa	117
Objetivos	117
6.1. Personalidad jurídica del Estado.....	117
6.1.1. Efectos jurídicos de la personalidad del Estado	118
6.1.2 Los conceptos de Administración Pública Nacional y Sector Público Nacional	118

6.2. Teoría del órgano	120
6.2.1. Órgano persona y órgano institución	122
6.3. Las distintas clasificaciones de los órganos administrativos.....	123
6.4. Los principios de la organización administrativa	123
6.4.1. La competencia	124
6.4.2. La jerarquía	126
6.5. Las técnicas de desconcentración y descentralización	129
6.5.1. La desconcentración	129
6.5.2. La descentralización.....	130
6.6. Las personas públicas no estatales	132
6.7. Las figuras empresarias y la participación del Estado	134
7. Modalidades de actuación administrativa	137
Objetivos	137
7.1. La función administrativa y sus distintas modalidades de manifestación	137
7.2. Hecho y acto.....	139
7.2.1. Hechos y actos productores y no productores de efectos jurídicos	140
7.3. Actos productores de efectos jurídicos respecto de la Administración y respecto de los particulares	141
7.3.1. Actos internos.....	141
7.3.2. Actos productores de efectos jurídicos respecto de los particulares	143
7.4. Actos unilaterales y bilaterales.....	145
7.5. Vías de hecho	146
7.6. Acto administrativo: conceptualización.....	147
7.7. Los elementos del acto administrativo.....	150
7.7.1. Los elementos esenciales del acto administrativo en particular	152
7.8. Caracteres del acto administrativo.....	152
7.8.1. Presunción de legitimidad.....	153
7.8.2. Ejecutividad	154
7.8.3. Ejecutoriedad.....	155
7.8.4. Impugnabilidad	156
7.8.5. Estabilidad. Actos regulares e irregulares. Revocación por ilegitimidad y por razones de oportunidad, mérito y conveniencia	157
7.8.6. Suspensión del acto nulo.....	159
7.9. Los vicios del acto administrativo y el régimen de nulidades: nulidad, anulabilidad e inexistencia.....	160
7.10. Los vicios del acto administrativo con relación a sus elementos...	163
8. El procedimiento administrativo y el procedimiento tributario	167
Objetivos	167
8.1. Concepto y caracterización.....	167
8.2. Diferencias entre procedimiento administrativo y proceso contencioso administrativo	169
8.3. Las funciones del procedimiento administrativo.....	170
8.4. Clases de procedimiento administrativo.....	171
8.4.1. Procedimientos de formación y procedimientos de impugnación	172

8.4.2. Procedimiento general y procedimientos especiales.....	172
8.5. Los principios generales del procedimiento	173
8.6. Simplificación, digitalización y accesibilidad	176
8.7. La dinámica del procedimiento administrativo. Las partes y los terceros: competencia, capacidad y legitimación	177
8.8. Actos de instrucción	179
8.8.1. Prueba	180
8.9. Plazos: días y horas hábiles. Efectos para los particulares y la Administración	180
8.9.1. Particularidades de los plazos	181
8.9.2. Queja, amparo por mora	181
8.10. El silencio.....	182
8.11. Denuncia de ilegitimidad.....	183
8.12. Notificaciones. Notificaciones electrónicas	183
8.13. Vistas.....	184
8.13.1. Vista del expediente en soporte papel	184
8.13.2. Vista del expediente digital	185
8.14. Conclusión del procedimiento	185
8.15. El procedimiento tributario	187
9. Las vías de tutela administrativa y judicial de los derechos	191
Objetivos	191
9.1. El sistema de impugnación de decisiones administrativas.....	191
9.2. Funciones del sistema de recursos y reclamos.....	192
9.3. Glosario impugnativo: recursos, reclamo impropio, reclamo administrativo previo, denuncias y simples reclamaciones	193
9.4. Los recursos en general: conceptualización y formalidades	195
9.5. Los recursos administrativos en particular	199
9.6. El control judicial de la actividad administrativa	201
9.7. El agotamiento de la vía administrativa	202
9.8. La vía impugnativa y la vía reclamativa para demandar al Estado	203
9.9. Los plazos de caducidad.....	205
9.10. Acción de lesividad.....	206
9.11. Acción de amparo	206
9.12. Protección de datos personales. Hábeas data.....	207
9.13. Acceso a la información pública	208
10. Los contratos administrativos	211
Objetivos	211
10.1. Los contratos administrativos como categoría jurídica	211
10.2. Diferencias y similitudes con el contrato de derecho privado	213
10.3. Elementos de los contratos administrativos	216
10.4. Las cláusulas exorbitantes	216
10.5. Régimen jurídico aplicable	220
10.6. Los principios en materia contractual	221
10.6.1. Los principios en particular	223
10.7. El procedimiento contractual	225
10.7.1. Métodos de selección del contratista	226
10.7.2. Etapas de la licitación pública	226
10.8. Los contratos en particular	228
10.8.1. Concesión de servicio público	228

10.8.2. Contrato de empleo público	233
11. Intervención del Estado en la economía.....	239
Objetivos	239
11.1. Poder de policía y regulación económica	239
11.1.1. Los distintos criterios de configuración del poder de policía. El poder de policía de emergencia	241
11.2. Servicio público.....	241
11.2.1. Características del régimen del servicio público.....	242
11.2.2. Contenido ideológico del servicio público	242
11.2.3. Etapas de prestación del servicio público en Argentina	243
11.2.4. Cometidos esenciales del Estado, servicios sociales y servicios públicos.....	244
11.2.5. Encuadre constitucional del servicio público.....	244
11.2.6. Caracteres del servicio público	244
11.2.7. Modos de prestación de los servicios públicos	245
11.2.8. Títulos habilitantes para la prestación del servicio público..	246
11.2.9. Los usuarios y su estatus protectorio	246
11.2.10. Los entes reguladores de los servicios públicos: naturaleza jurídica, funciones y objetivos	247
12. Responsabilidad del Estado	251
Objetivos	251
12.1. Conceptualización. La fuente constitucional del deber de responder por daños	251
12.2. Responsabilidad y seguros. Factores objetivos y subjetivos de atribución de responsabilidad.....	252
12.3. Definición de responsabilidad estatal	253
12.4. Responsabilidad estatal patrimonial y responsabilidad estatal prestacional.....	253
12.5. Los orígenes y el proceso de consolidación de la responsabilidad estatal	253
12.5.1. Desde 1860 a 1933: la irresponsabilidad.....	254
12.5.2. Desde 1933 a 1984: nace y se consolida la responsabilidad estatal	254
12.5.3. Desde 1984 hasta hoy: la responsabilidad estatal objetiva, directa, de derecho público local y legislada.....	255
12.6. Presupuestos de la responsabilidad estatal	256
12.7. Criterios clasificadores de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios.....	257
12.7.1. Responsabilidad estatal regular y responsabilidad estatal irregular.....	257
12.7.2. Responsabilidad por acción y por omisión.....	258
12.7.3. Responsabilidad contractual y extracontractual	258
12.7.4. Responsabilidad administrativa, normativa y judicial	258
12.8. Panorama de la Ley 26944 de responsabilidad del Estado nacional y sus funcionarios.....	259
12.9. Presupuestos y eximentes de la responsabilidad estatal legítima e irregular conforme a la LRE	260
12.9.1. Los eximentes del deber de responder	261
Referencias bibliográficas	263

Los autores

Nidia Karina Cicero es abogada y traductora pública de idioma inglés, especialista en Derecho de la Regulación de los Servicios Públicos y doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Es profesora adjunta regular de Derecho Administrativo, responsabilidad del Estado y procedimientos administrativos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (grado y posgrado). Es docente de Metodología de la Investigación y de los talleres de tesis I y II en la Maestría en Derecho Administrativo Económico en la Universidad Católica Argentina y profesora invitada en múltiples carreras de posgrado de distintas unidades académicas de Argentina. Se desempeña como fiscal ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires y ha sido jueza y secretaria de primera instancia en el mismo fuero. Ha dirigido una colección de legislación administrativa comentada y es autora de tres libros y numerosas publicaciones de Derecho Administrativo publicadas en el país y en el exterior. Sus líneas de investigación actuales son los servicios públicos, la responsabilidad estatal y las nuevas tecnologías aplicadas a la enseñanza jurídica.



Carlos María Parise es abogado, magíster en Economía y Ciencias Políticas y doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Es profesor asociado ordinario de Derecho Comercial por concurso (Universidad Nacional de Quilmes – Programa UVQ) y dicta las materias Derecho Comercial y Actuación Societaria, desde 2002, e Introducción al Derecho (2002-2005 y desde 2018). Es profesor adjunto regular de Teoría General y Filosofía del Derecho, por concurso (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires). Se desempeña como director del Centro de Formación Judicial (Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).



Introducción

Esta carpeta de trabajo tiene la intención de proveer a los estudiantes de Ciencias Económicas los contenidos básicos acerca de los principios y las instituciones del Derecho Público, que son de aplicación necesaria en su actividad profesional. Esta rama del derecho es particularmente dinámica y está sujeta a una permanente evolución y a un constante cambio, como producto de diversos factores.

Así, a lo largo de estas páginas, se hará un recorrido temático que incluye la historia y los caracteres de la disciplina. Dada la extensión y variedad de las temáticas abordadas y como se aspira a que se profundice el estudio de estos temas mediante las clases, en homenaje a la brevedad, se ha optado por un enfoque que prioriza las características fundamentales y los perfiles más nítidos de figuras e instituciones y se ha evitado, en cuanto fue posible, la remisión a debates de la doctrina especializada. Asimismo, para enriquecer los desarrollos conceptuales se ha echado mano al uso de ejemplos, lecturas ampliatorias, videos y enlaces de Internet y se han propuesto actividades prácticas para la aplicación de los contenidos expuestos.

Por otra parte, al momento de seleccionar la bibliografía de referencia, se decidió no solo efectuar la revisión de la que usualmente se consulta en el ámbito jurídico, sino también aquella dirigida a estudiantes de la materia en Ciencias Económicas y también en otras unidades académicas, en particular en modalidad virtual. Asimismo, se ha tomado como decisión consciente recurrir al gran acervo de carpetas de trabajo editadas por la Universidad para el uso en otras asignaturas, en tanto que se refieren a distintos temas o tópicos también abordados por esta. Así, se han utilizado conceptos, clasificaciones, gráficos y esquemas que también pueden hallarse en esos otros textos, no solo por su valor intrínseco, sino para contribuir a la coherencia en la transmisión de contenidos y evitar, en lo posible, mensajes pedagógicos contradictorios. Vaya entonces nuestro agradecimiento a los colegas por su aporte.

Otra cuestión que resultó de importancia fue la de armonizar el trabajo de dos docentes que cuentan con trayectorias diferentes (la coautora, profesora de Derecho Administrativo y el coautor, de Derecho Comercial y de Teoría General y Filosofía del Derecho) aunque no necesariamente incompatibles. Entendemos que la diversidad de visiones y enfoques permitieron enriquecer el abordaje y el tratamiento de varios de los temas aquí incluidos.

Finalmente, ambos autores queremos expresar nuestro agradecimiento a la doctora Laura Mariel Medrano por su colaboración.

Problemática del campo

En atención a las importantes y delicadas incumbencias que la legislación tiene asignadas a los profesionales de ciencias económicas, su trabajo tiene una amplia repercusión social.

Así, contadores públicos y licenciados en administración intervienen en la mayor parte de las actividades de la economía, tanto en la esfera pública como en la privada, y brindan apoyo técnico a otras actividades y profesiones mediante los estudios inherentes al quehacer económico, en pos del desarrollo y sustentabilidad de empresas y del manejo eficiente de los recursos del sector público.

La sociedad ha delegado en esta profesión el control de aspectos de interés público, en aras de generar información contable confiable, que muestre razonablemente la realidad de los hechos económicos expuestos y, en razón de ello, se le han fijado responsabilidades que le caben según las legislaciones vigentes (civil, comercial y penal), así como las éticas y administrativas especiales (establecidas para determinadas actividades de policía del Estado, del sistema financiero, de seguros, impositivas y de contralor, entre otras).

En cuanto al área jurídica de dicha formación, y en particular con esta asignatura, el objetivo es formar profesionales responsables con un profundo y acabado conocimiento de los principios y las instituciones del derecho comercial (un derecho muy dinámico, en permanente cambio y evolución), sumado al aprendizaje de la metodología necesaria para poder incorporar las sucesivas modificaciones y la aplicación práctica de tales saberes.

Reflexiones acerca del aprendizaje de la asignatura en el entorno virtual

El mundo en el que interactúan los estudiantes de Ciencias Económicas y el entorno en el que se practica la profesión han cambiado diametralmente.

La velocidad exponencial con que evolucionan las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) y el similar incremento en su uso generalizado constituyen un desafío. En ese contexto, la enseñanza universitaria está interpelada a reformarse no solo en contenidos, que deben actualizarse constante y periódicamente, sino también y principalmente, en los modos de enseñar y aprender.

En la sociedad de la información, el conocimiento se fragmenta y los contornos de las áreas curriculares se difuminan. La tecnología ha irrumpido en la profesión y ha provocado que todos sus roles resulten intermediados por recursos tecnológicos que, a la vez que facilitan y simplifican las tareas, pueden llegar a expulsar del mercado profesional a quienes no cuenten con habilidades para usarlos.

Mientras tanto, se advierte cómo el sistema tradicional de educación se mueve hacia un modelo de aprendizaje continuo (*lifelong learning*) que se desenvuelve en ámbitos de aprendizajes más flexibles y alternativos (cursos *online*, campus virtuales, currículos de contenidos abiertos, etc.), que resultan más acordes con las necesidades actuales.

En un mundo globalizado, de saberes líquidos, de información fragmentada pero disponible al instante, de *big data* y *soft law*, las instituciones univer-

sitarias están convocadas a cambiar, ya que el abordaje tradicional es insuficiente para preparar profesionales capacitados para operar en el mundo del siglo XXI. Los estudiantes deben incorporar contenidos curriculares a la par de aprender a emplearlos en situaciones reales, y simultáneamente, deben adquirir ciertas habilidades tecnológicas que les permitan desenvolverse en el mundo profesional actual.

En el ámbito jurídico, la tecnología ha hecho disponibles fuentes y materiales que anteriormente eran de difícil acceso y ha hecho más fluida e interactiva la formación, tanto presencial como a distancia.

Objetivos del curso

El objetivo general de la asignatura consiste en formar profesionales responsables con un profundo y acabado conocimiento de las instituciones más características del derecho público, sumado al aprendizaje de la metodología necesaria para poder incorporar las sucesivas modificaciones y la aplicación práctica de tales saberes.

Al finalizar el curso, el estudiante deberá estar en condiciones de:

- Entender el derecho como un orden complejo, inherente a la naturaleza humana, que, en conjunción con otros muy distintos pero interrelacionados, contribuye a ordenar los comportamientos y a construir la sociedad.
- Dominar los conceptos jurídicos básicos tanto del derecho público como específicamente del derecho administrativo.
- Contar con herramientas que le permitan una mejor integración a equipos de trabajo interdisciplinarios.
- Visualizar el derecho público y, en particular, el derecho constitucional, como el garante del Estado de derecho y el sometimiento de los poderes a la ley.
- Concebir al derecho administrativo como un instrumento jurídico al servicio del ser humano, que implementa políticas públicas enderezadas al bien común y con respeto irrestricto de los derechos individuales y la juridicidad.
- Comprender el sentido profundo de algunos institutos del ordenamiento jurídico en materia de derecho público.
- Manejar la jurisprudencia paradigmática de cada uno de los temas nodales de la asignatura.
- Aplicar normas y principios jurídicos de derecho constitucional y administrativo a casos y situaciones concretas de la realidad profesional.

1

La Constitución y el Estado

Objetivos

- Presentar el concepto de Estado.
- Estudiar las formas de Estado y Gobierno.
- Introducir la noción de sociedad civil.
- Analizar el concepto de Constitución.
- Aprender los mecanismos de reforma constitucional y las principales reformas.

1.1. El Estado como fenómeno jurídico y político

En una sociedad debe haber siempre un orden jurídico mediante el cual sus integrantes se vean protegidos por las normas. En las sociedades modernas, ese orden jurídico, compuesto por normas de distinto nivel y alcance, está formulado por el Estado. Así, el Estado es la fuente formal de validez de todo el derecho, ya que establece y asegura la vigencia del sistema legal mediante sus órganos y señala las condiciones para la validez del derecho consuetudinario.

Todos los Estados son asociaciones que se constituyen en vista de lograr algún bien colectivo.

El Derecho, por su parte, organiza y establece pautas de comportamiento para la vida humana en sociedad. El ser humano y la vida social son los elementos condicionantes del Derecho, y este a su vez, contiene las normas que regulan la actuación y el comportamiento del Estado y de la sociedad.

El Estado moderno es producto de la cultura occidental y se basa en una burocracia profesional y en la existencia de un derecho racional que actúa en un territorio y sobre una población asentada en él. Su aparición está vinculada a la consolidación de las primeras monarquías absolutas en Europa (Francia, España e Inglaterra).

1.2. Elementos del Estado

El jurista Carlos Fayt define el Estado como una comunidad políticamente organizada en un ámbito territorial determinado. Agrega que:



[...]. En su significado moderno, es una unidad política, con instituciones objetivas diferenciadas que declaran y sostienen el derecho y aseguran el orden mediante el monopolio de la obligatoriedad incondicionada. Una entidad soberana y abstracta, a quien se confía la titularidad del Poder. Lo específico de la



Carlos Santiago Fayt (1918 - 2016). Jurista y profesor universitario argentino, fue ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1983-2016) y autor de diferentes obras relativas al derecho y la política, entre las que se destacan *Derecho Político* y *Teoría de la Política*.



realidad estatal está constituido por las relaciones políticas. De ellas provienen el mando y la obediencia, la cooperación y disyunción, la distinción entre gobernantes y gobernados y las formas efectivas de dominación, como cristalización y síntesis de la actividad humana orientada a la organización y ordenamiento de la vida social (2003: 129).

La doctrina especializada suele identificar los siguientes elementos que componen el Estado: la población, el territorio, el poder y el gobierno. Veamos cada uno de ellos.

La *población* es el elemento humano que habita el territorio estatal. Comprende la totalidad de los individuos habitantes. Los *ciudadanos*—que inclusive pueden no ser habitantes— ejercen los derechos políticos. *Nación*, por su parte, es un concepto que alude a una unidad más o menos coherente de orden espiritual, porque quienes la componen tienen ideales, aspiraciones y creencias comunes. La nación a veces coincide con el Estado y a veces no.

El *territorio* es el espacio geográfico que comprende el suelo, las aguas, el subsuelo y el espacio aéreo. Sin este, el Estado se convierte en pura abstracción.

El *poder* consiste en la capacidad, competencia o energía de que el Estado dispone para cumplir su fin. Quienes ejercen el poder son los *gobernantes*, *titulares* o *detentadores* del poder. Los titulares del poder aparecen en el orden normativo como órganos, y su conjunto compone el *gobierno*.

Entonces, el *gobierno* es el conjunto de órganos que ejercen el poder del Estado a través de sus diversas funciones. Todas estas actividades se imputan o atribuyen al Estado en cuanto persona jurídica, que es representada por los órganos gubernativos.

Por otra parte, el Estado nacional moderno resulta *soberano*, ya que no reconoce sobre sí a ningún otro. El *fin último del Estado* suele resumirse en fórmulas como el “bienestar general” o el “bien público temporal”, más allá de que en verdad estos fines no son unívocos, ya que han ido cambiado a lo largo de la historia y varían según la geografía.

En cuanto a las *funciones del Estado*, estas son múltiples. Si bien un catálogo usual cubre las áreas política, legislativa, jurisdiccional y administrativa (corolario del principio de división de poderes propuesto por Montesquieu), las funciones estatales incluyen las de defensa exterior, seguridad interior, relaciones exteriores, justicia, policía (de salubridad, ambiental, edilicia, de moralidad) y un enorme abanico de materias que abarcan desde la organización de la situación civil de las personas (identificación y documentación, estado civil, etc.), la educación y la salud públicas hasta la promoción de la cultura, las obras públicas y la asistencia social, entre muchas otras. El contenido de las funciones del Estado es netamente dinámico, ya que muta permanentemente a fin de ajustarse a las características de cada etapa histórica

1.3. Formas de Estado y de Gobierno. Estados federal y unitario

Tal como se dijera anteriormente, Estado y gobierno son conceptos distintos, ya que este último es integrante del primero. Asimismo, cada categoría es susceptible de tener su propia clasificación. Suele distinguirse entre *formas*

Charles Louis de Secondat, señor de la Brède y barón de Montesquieu (1689- 1755) fue un filósofo y jurista francés cuya obra se desarrolla en el contexto del movimiento intelectual y cultural conocido como la Ilustración. Su teoría de la separación de poderes, tuvo enorme influencia en muchísimos países, como en los Estados Unidos de América, cuya constitución fue el modelo inspirador para la República Argentina.

de Estado (que hace referencia a “cómo se manda”) y formas de gobierno (que alude a “quién manda”).

Se trabajará con la siguiente clasificación referida a las formas de Estado (Del Busto, 2017:25):

Criterio	Forma
Según la relación entre el poder político y el poder social	<p><i>Estado totalitario</i>: el Estado somete a su regulación la totalidad de la vida de los individuos.</p> <p><i>Estado social o intervencionista</i>: el Estado interviene regulando y modificando las relaciones sociales, a fin de alcanzar la igualdad de condiciones entre los miembros de la sociedad.</p> <p><i>Estado liberal</i>: el Estado se encarga de proteger la autonomía de la sociedad, sin interferir en las relaciones privadas.</p> <p><i>Anarquía</i>: desaparece el Estado y su poder coactivo.</p>
Según la relación entre el poder político y el pueblo	<p><i>Democracia</i>: los gobernantes surgen de la elección popular a través del sufragio universal y se encuentran limitados por la existencia del derecho y los derechos fundamentales.</p> <p><i>Dictadura</i>: los gobernantes no surgen de la elección popular, no se encuentran limitados por los derechos fundamentales, ni actúan con sujeción al derecho.</p>
Según la relación entre el poder político y el territorio	<p><i>Estado unitario</i>: se caracteriza por la centralización política, cuenta con un único orden político común y general en todo el territorio y un orden jurídico unitario y uniforme.</p> <p><i>Estado compuesto</i>: la soberanía no se ejerce de manera uniforme sobre todo el territorio nacional, sino que está fraccionada en diferentes entes, que gozan de autonomía en el manejo de sus asuntos y en el ejercicio de sus funciones. Existen distintos tipos de estados compuestos:</p> <p><i>Estado federal</i>: es la variante más común, en la que existe un orden político con dos niveles de gobierno, entre los que se dividen las competencias estatales, y un orden jurídico en parte común y uniforme y en parte diferenciado.</p> <p><i>Confederación de Estados</i>: conformada generalmente por la unión de distintos Estados, cada uno de los cuales cuenta con órganos y un orden jurídico propio, conservan su propia autonomía y soberanía interna y mantienen en común un órgano de enlace o decisión (en particular en política exterior o militar).</p> <p><i>Estados de unión personal</i>: se encuentran reunidos bajo el poder de un mismo soberano, pero conservan su organización administrativa y legislación interna.</p> <p><i>Estados de unión real</i>: además de compartir un monarca común, tienen instituciones comunes como el Parlamento y un gabinete.</p>

En cuanto a las formas y sistemas de gobierno, se seguirá la siguiente clasificación (Del Busto, 2017: 26):

Criterio	Forma
Según el carácter y condición del jefe del Estado	<p><i>Monarquía</i>: se diferencia por el carácter no electivo del jefe del Estado, por la condición de vitalicio en el ejercicio de las facultades que le atribuye la Constitución y porque el ejercicio de la suprema magistratura estatal se puede transmitir por vía hereditaria.</p> <p><i>República</i>: el jefe de Estado es elegido directamente por el pueblo, por un colegio electoral, por el Parlamento o por este y otros miembros; ejerce un mandato temporal y no transmite su cargo ni designa a su sucesor.</p>
Según las relaciones entre los órganos constitucionales	<p><i>Sistema presidencialista</i>: se caracteriza por la separación rígida de poderes entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo, en las que cada uno realiza la tarea encomendada por la Constitución: hacer las leyes o ejecutarlas y gobernar.</p> <p><i>Sistema parlamentario</i>: existe una separación flexible de poderes o colaboración, que conduce a depender unos de otros en el cumplimiento de sus funciones específicas.</p>
Según el modo de participación en la adopción de las medidas gubernamentales	<p><i>Democracias directas</i>: el pueblo vota directamente las leyes.</p> <p><i>Democracias representativas</i>: las leyes son obras de las asambleas representativas designadas por elección.</p> <p><i>Democracias semidirectas o semirepresentativas</i>: las leyes, después de haber sido formadas en asambleas representativas, se someten a su ratificación por parte del cuerpo electoral.</p>

LECTURA RECOMENDADA



Constitución de la Nación Argentina. Primera parte. Capítulo único.
<<http://www.saij.gob.ar/nacional-constitucion-nacion-argentina-lnn0002665-1853-05-01/123456789-0abc-defg-g56-62000ncanyel>>



1.1.

Identifique los artículos de la Constitución Nacional en los que se define la forma de gobierno y de Estado que adopta la República Argentina.

1.4. Estado liberal, Estado intervencionista, Estado de derecho

Los roles que adopta el Estado y el modo en que se relaciona con la sociedad civil no siempre han sido iguales. A través de los siglos ha ido cambiando, ajustándose a los procesos políticos, las mutaciones sociales y las tendencias de cada época.

El constitucionalismo clásico, iniciado a fines del siglo XVIII, dio lugar al surgimiento del Estado de derecho, un esquema según el cual las potestades estatales están predeterminadas y limitadas por el ordenamiento jurídico que, a su vez, persigue como fin del Estado y de su organización constitucional la defensa de los derechos y libertades del hombre contenidas en un catálogo constitucional (Bidart Campos, 2006). Limitar el poder del Estado, someterlo sistemáticamente al ordenamiento jurídico y al control de jueces independientes y proteger los derechos del individuo reconocidos en la constitución son las características centrales de este estadio evolutivo.

En esta primera etapa del constitucionalismo toma fuerza el modelo de Estado liberal o gendarme, que será aquel cuya función principal consiste en mantener el orden público vigilando y protegiendo la recíproca libertad de los individuos dentro de la ley. El hombre aparece como titular de derechos que le reconoce la constitución y que son oponibles al Estado, es decir, que son exigibles frente a él y que, por ende, deben ser respetados por el Estado. Mínima interferencia del Estado frente a la sociedad, poderes y prerrogativas públicas limitadas y un sistema de tutela y garantías de los derechos individuales van a constituir los elementos característicos de este Estado netamente prescindente en el campo económico y social y encaminado prioritariamente a resguardar los derechos de los individuos de la interferencia estatal.

Este modelo será la antítesis del Estado intervencionista en materias económicas, sociales, técnicas y culturales, que surgirá a comienzos del siglo XX y que proclama como esencial la acción del Estado para conseguir una expansión eficaz del bienestar de todos. Ya no se trata de que el Estado solo se abstenga de interferir en el plan de vida elegido por los hombres, sino de participar, a través de acciones concretas, en posibilitar la concreción de dicho plan. Si bien la manifestación más aguda del Estado intervencionista es el Estado totalitario, en verdad el ideario del Estado intervencionista es el Estado de bienestar (*welfare state*), que a su vez dará origen al constitucionalismo social que se expresa en la Constitución mexicana de 1917 y en la Constitución de Weimar de 1919 (Bidart Campos, 2006).

Ambos modelos van evolucionando y confluyendo a lo largo del tiempo conforme a los distintos roles que va desempeñando el Estado en su vínculo con la sociedad (por momentos más intervencionista en lo económico, por momentos más prescindente en estos campos). Un modelo no supone el abandono del otro, sino un ensanchamiento de los derechos de los que gozan las personas, ya que, a los derechos individuales tradicionales de libertad se les sumarán los derechos sociales, que a su vez se diversifican en derechos económicos, sociales y culturales.

Como resultado de esta evolución se desemboca en el modelo de Estado contemporáneo en el que, como sostiene Carlos Balbín (2013), el Estado liberal fue reemplazado por el Estado social y democrático de derecho al incorporarse los derechos sociales, de modo que el Estado cumple un papel mucho más activo con el objeto de extender el bienestar a toda la sociedad mediante prestaciones activas y no simples abstenciones.



[...] Estado de derecho es el de las «seguridades jurídicas formales», bajo el régimen de una constitución, donde medidos y ajustados los poderes legales, a cada lesión corresponde el correctivo adecuado. Es decir: de derecho es el Estado constitucionalmente limitado en el sistema de las «libertades públicas». La ley superior a la fuerza, en la fuerza de la ley. La justicia sobre la autoridad, en la autoridad de la justicia. El orden jurídico superpuesto al orden político por la soberanía del pacto institucional que lo impuso. En su inviolabilidad teórica, el gobierno reducido a la condición funcional de ejecutor de esa armonía, sin infringirla. Cuyos actos ilícitos serían prontamente reparados en el fuero competente. (CALMON, 1957: 243-244).

1.5. La Constitución nacional y su sistema de derechos y garantías y de organización del poder

Según Daniel Sabsay, “el derecho constitucional es la rama del derecho que apunta a la organización del poder en el Estado, con especial empeño en el resguardo del espacio de libertad de la sociedad” (2012: 344).

Así, el derecho constitucional, que es la rama principal del derecho público, regula las relaciones entre el Estado y los particulares y las que se suscitan en su interior entre los distintos titulares del poder estatal.

En tanto, la palabra constitución (del latín *constitutio*) significa, en el lenguaje común, composición, integración compleción, estructura. En lenguaje técnico-jurídico, así como históricamente, tiene varios significados, ya que puede hablarse de constitución material (o real) y de constitución formal.

La constitución material o real alude a las normas fundamentales que en cierto Estado tienen vigencia efectiva (estén o no escritas) y también a todos los factores y relaciones de fuerzas que configuren el funcionamiento político concreto y auténtico del mismo Estado. Es decir, el derecho constitucional positivo y vigente.

La constitución formal –que puede coincidir o no con la material y será mejor en la medida en que coincida más– es el texto legal al que se atribuye valor y jerarquía básicos, fundamentales. Las constituciones formales son

creaciones modernas. Datan de la segunda mitad del siglo XVIII y marcan el advenimiento de la llamada Era Constitucional.

El constitucionalismo moderno proviene de los antecedentes ingleses y, como técnica formal, aparece por primera vez en los Estados Unidos.

Sus características principales son la organización del Estado, cuyas autoridades tienen atribuciones y poderes limitados (parte orgánica), la concepción de que esta organización es obra del pueblo, y la exposición y garantía de los derechos y libertades fundamentales que se reconocen a todos los hombres (parte dogmática).



1.2.

Identifique dónde inicia y dónde termina la parte dogmática y la parte orgánica de la Constitución Nacional y en qué parte de su articulado se manifiesta que es el resultado de la obra del pueblo de la Nación Argentina.

La transición del Estado absoluto al Estado liberal y el surgimiento del Estado constitucional son producto de un cambio profundo en el contexto técnico y económico. El constitucionalismo, de acuerdo con Sabsay (2012), marca un verdadero hito en la organización del poder estatal y en la relación entre gobernantes y gobernados. Ello es así como resultado del traslado de la titularidad de la soberanía del soberano (gobernante, en aquel entonces el monarca) al pueblo, integrado por los gobernados, es decir, el cuerpo electoral o electorado. Este giro fundamental en la historia del ejercicio del poder importa para los gobernados el paso de la categoría de meros súbditos a legítimos detentadores del poder y titulares de derechos humanos.

La Constitución es, asimismo, la norma básica en la que encuentra su fundamento todo el ordenamiento jurídico de un Estado y que puede ser entendida como la “norma entre normas”. Se trata de una ley, pero de características particulares, ya que se encarga de declarar los derechos y garantías de los habitantes, limitando de esta manera el poder del Estado.

En tanto contrato fundacional, se halla en lo más alto de la pirámide jurídica. Es la ley suprema a la que deben subordinarse las demás normas que integran el ordenamiento jurídico de un Estado (tratados, leyes, decretos reglamentarios, constituciones provinciales, etc.). Es la ley por encima de toda ley, el basamento político e institucional al que toda otra norma debe adecuarse, por ser la norma jurídica superior.

El ejercicio del poder político atribuido al Estado debe realizarse de conformidad con sus postulados y es la propia Constitución la encargada de efectuar el reparto de poder, estableciendo las competencias y potestades que corresponden a cada uno.

1.6. Evolución del constitucionalismo

La doctrina suele referirse a las denominadas “generaciones de derechos” por el momento en el que hacen su aparición.

La primera generación de derechos corresponde a la etapa del constitucionalismo liberal y se estructura sobre la base de los principios de libertad, propiedad e igualdad. Son su corolario los derechos de asociación, petición, sufragio y libertad de conciencia y expresión. Todos estos derechos se caracterizan por imponer al Estado una obligación de tipo negativo, es decir, un deber de abstención.



La Libertad guiando al pueblo, Eugène Delacroix, 1830.

Una concepción posterior a la del constitucionalismo liberal es la denominada “constitucionalismo social”. Esta concepción importa una evolución por adición y no por sustracción, ya que no niega ningún postulado del constitucionalismo liberal, sino que aporta una nueva categoría: los derechos de segunda generación, que se desglosan en económicos, sociales y culturales. Esta categoría abarca, entre otros, a los derechos de los trabajadores (jornada limitada de trabajo, salario justo, beneficios de la seguridad social, vacaciones pagas, asistencia en caso de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte), así como los derechos colectivos (a la huelga, a la organización profesional, a la contratación colectiva y al acceso a la riqueza).

Claro que, para su consecución, el Estado estará investido ya no de “obligaciones negativas” como en la etapa anterior, sino de “obligaciones positivas”. En concreto, el poder público tendrá que brindar determinadas prestaciones (de ahí el nombre de “derechos prestacionales” o del “bienestar”), es decir, tendrá que cumplimentar obligaciones de dar.

Las primeras expresiones del constitucionalismo social fueron la Constitución de México de 1917, (también conocida como de Querétaro), que incorporaba aspectos relativos al régimen de la propiedad y normas de derecho del trabajo y la seguridad social, y la Constitución alemana de 1919 (también conocida como de Weimar), que prescribía que la organización de la vida económica debe corresponder a los principios de justicia. En Argentina, el constitucionalismo social fue receptado por la reforma constitucional de 1957, al incorporar el denominado artículo 14 bis.



El cuarto Estado, Giuseppe Pellizza da Volpedo, 1901.

Luego de la Segunda Guerra Mundial hace su aparición el llamado “constitucionalismo democrático”, que presenta importantes modificaciones en los sistemas de gobierno, ya que en aquellos de corte parlamentario se busca una parcial presidencialización, en tanto que en los sistemas presidencialistas se procura su adaptación, incorporando instrumentos y procedimientos de control político propios del parlamentarismo. El reconocimiento de los partidos políticos, la garantía de elecciones libres e imparciales, la descentralización del poder, la adopción de formas de democracia semidirecta como el referéndum, el plebiscito o la iniciativa popular, son algunos de los elementos característicos del constitucionalismo democrático. Algunas de estas premisas fueron recogidas en la reforma constitucional argentina de 1994 (por ejemplo, el artículo 38).

Por último, hacia fines del siglo XX, con la irrupción de los derechos de incidencia colectiva, ha surgido el denominado “constitucionalismo cultural”. Se trata de derechos (que algunos autores denominan derechos de tercera generación) que tutelan intereses relevantes compartidos por la colectividad en su conjunto. Entre estos pueden identificarse los derechos humanos, el derecho a la protección del ambiente, a la información, a la protección de los consumidores y usuarios, al desarrollo social y económico, a la diversidad lingüística, cultural y étnica, a la intimidad y a la no discriminación, entre otros. Algunos de esos preceptos también han sido recogidos en la Constitución Argentina reformada en 1994 (arts. 41, 42 y 43). En este contexto, el Estado tendría que desplegar políticas para favorecer su desarrollo (acciones positivas u obligaciones de hacer).



La Constitución guiando al pueblo, Guillermo Roux, 2011.

LEER CON ATENCIÓN



- Evolución del constitucionalismo**
- Constitucionalismo liberal
 - Constitucionalismo social
 - Constitucionalismo democrático
 - Constitucionalismo cultural

La Constitución argentina ha recogido postulados de distintas corrientes del constitucionalismo.

1.7. Clasificación de las constituciones

Se presenta a continuación una clasificación de las constituciones, de acuerdo con diferentes criterios.

Criterio	Características
Según las fuentes	Consuetudinarias (se forman por la evolución de las instituciones del Estado y de prácticas constantes consagradas por el uso y la tradición histórica) y revolucionarias (rompen con el modelo político institucional precedente).
En función de la titularidad del poder constituyente	Otorgadas (se producen a través de un acto unilateral de autolimitación de quien detenta el poder, en general el monarca, que se desprende de determinadas prerrogativas, hasta el momento absolutas, como la facultad de legislar en el Parlamento); pactadas (tienen su fundamento en un pacto o acuerdo entre el soberano y la asamblea que actúa en nombre del pueblo); impuestas (se reconoce como única legitimación democrática posible la soberanía popular, donde reside el poder constituyente, dejando de lado la voluntad del rey).
Según su forma	Escritas (el caso de la inmensa mayoría, que se encuentra contenida en un texto escrito) o no escritas (como la excepción de la Constitución inglesa), codificadas (aquellas que se caracterizan por reunir, en un solo cuerpo y de modo sistemático, las previsiones según las cuales su gobierno se ha de regir) o dispersas (carecen de unidad y sus normas se encuentran en todo el ordenamiento jurídico).

Por el proceso de su reforma	Rígidas (exigen un procedimiento especial, distinto del que se utiliza para la sanción de la legislación común, para proceder a su reforma), flexibles (el mecanismo que se emplea para su modificación es el mismo que el utilizado para la elaboración de las leyes) o pétreas (aquellas que no pueden modificarse).
Por su eficacia	Normativas (el orden jurídico que establecen coincide plenamente con el descrito en el texto constitucional), nominales (son jurídicamente válidas, pero la realidad política no se ajusta a ellas) o semánticas (enmascaran las fuerzas reales que detentan el poder).
En orden a su carácter	Originarias (las que poseen una impronta de originalidad, que alteran la línea marcada históricamente) o derivadas (reflejan modelos tomados de otras normas).
Por su extensión material	Breves (contienen únicamente el esquema fundamental de la organización de los poderes públicos) o desarrolladas (describen con precisión las normas y principios esenciales del ordenamiento jurídico del Estado).
En función de su carga ideológica	Programáticas (cuentan con un marcado sesgo ideológico, pues pretenden poner fin al poder absoluto) o utilitarias (hacen prevalecer el criterio de la función de la Constitución).

Fuente: Del Busto (2017: 66).

1.8. Caracterización de la Constitución argentina

A la luz de las distintas clasificaciones que la doctrina ha elaborado para las constituciones, es posible caracterizar a nuestra Constitución Nacional.

En primer lugar, es *escrita y codificada*, ya que se encuentra contenida en un solo cuerpo normativo. Además, es *rígida*, pues para su reforma establece, en su artículo 30, un procedimiento especial que exige el dictado de una ley con un quórum especial, donde se declare la necesidad de su reforma y la elección de convencionales constituyentes encargados de revisar el texto y de efectuar o no las modificaciones propuestas. Es decir, se trata de un procedimiento diferente del fijado para la sanción de otras leyes (Del Busto, 2017: 67).

Para algunos autores, la Constitución tendría algunas cláusulas pétreas, que no podrían modificarse sin atacar con ello su esencia misma.

Puede, por otra parte, considerarse como una constitución *revolucionaria*, en el sentido de que rompe con el modelo político precedente, que se caracterizaba, en tiempos de su sanción, por ser el de una nación con un territorio conformado por provincias gobernadas por caudillos, que no alcanzaban a conformar un Estado.

En función de la titularidad del poder constituyente, puede ser calificada como una constitución *impuesta*, ya que dicho poder reside de modo exclusivo y excluyente en el pueblo, que es el detentador de la soberanía, como lo establece el Preámbulo.

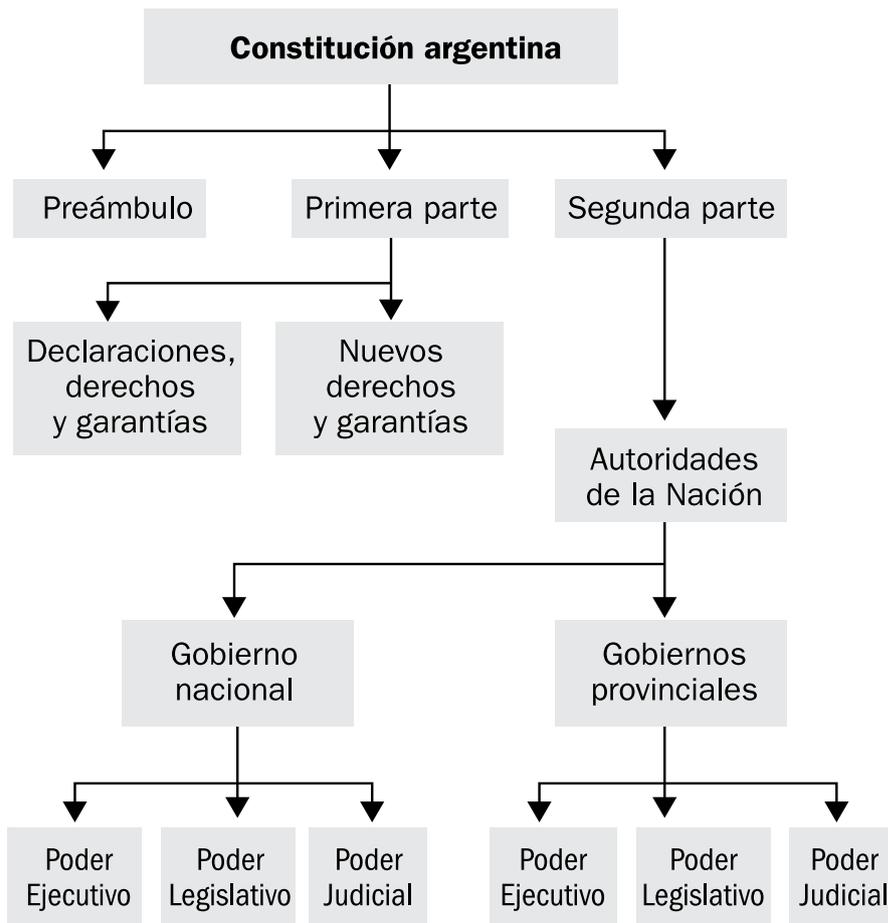
Se trata de una constitución *normativa*, en la que el orden jurídico que establece coincide con el descrito en el texto constitucional. Sin embargo, como es natural, pueden existir normas del ordenamiento jurídico que, en parte o totalmente, no coinciden con el espíritu y la letra de la Constitución, o que se oponen a esta y, por tanto, son inconstitucionales; o cláusulas de la Constitución que, por falta de cumplimiento, nunca llegan a integrarse a la realidad jurídica argentina. Esto no desvirtúa el carácter normativo de nuestra Constitución.

Por último, puede identificarse a la Constitución nacional como *desarrollada*, ya que describe las normas y principios esenciales del ordenamiento jurídico del Estado, y *programática*, pues cuenta con un sesgo ideológico.

Prácticamente, el origen del constitucionalismo argentino puede encontrarse en la Revolución de Mayo; luego, en la Asamblea del año XIII y en especial a partir de la Declaración de la Independencia, el 9 de julio de 1816. Así, Argentina tuvo su primera constitución en 1819, de carácter unitario, y luego otra, en 1826. Ambas fracasaron por no contar con el apoyo de las provincias.

Pero en 1853, luego de la batalla de Caseros, Argentina logró darse una constitución cuyo contenido se basó en el ideario de la generación de 1837, que tiene a Juan Bautista Alberdi como uno de sus representantes más destacados.

Siguiendo su influencia (plasmada en las Bases...) y el importante aporte de José Benjamín Gorostiaga, el texto histórico de la Constitución Nacional de 1853 se divide en dos partes: Declaraciones, derechos y garantías (también denominada parte “dogmática”) y Autoridades de la Confederación (en el texto actual, Autoridades de la Nación, que suele denominarse “parte orgánica”). Ambas se encuentran precedidas por el Preámbulo de la Constitución.



LEER CON ATENCIÓN



Las características del texto sancionado por la Convención de 1853 son las siguientes:

1. Adopta el modelo representativo, republicano y federal.
2. Garantiza la libertad religiosa, aunque sostiene el culto católico.
3. Determina la residencia de las autoridades federales en la ciudad de Buenos Aires, que se declara capital por una ley especial.
4. Establece que los gastos de la nación se solventan con los fondos del Tesoro Nacional proveniente, entre otros, del producto de derechos de importación y exportación de las aduanas.
5. Determina un federalismo moderado, que reconoce la autonomía de las provincias en la medida en que aseguren su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria gratuita. Las provincias pueden dictar su propia Constitución, que va a ser revisada por el Congreso antes de su promulgación.
6. Faculta al gobierno federal a la intervención de las provincias y a decretar el estado de sitio.
7. Fija la libertad de circulación de bienes dentro del territorio de la república, donde solo pueden existir aduanas nacionales, y la libre navegación de los ríos interiores.
8. Garantiza a los habitantes de la nación el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar 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. Asegura también el ejercicio de las libertades individuales para los extranjeros.
9. Declara la abolición de la esclavitud y de las prerrogativas de sangre, así como la igualdad ante la ley.
10. Garantiza el derecho de propiedad, la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia.
11. Establece el principio de legalidad y las garantías del debido proceso.
12. Promueve la inmigración europea.
13. Impone al gobierno federal el deber de afianzar las relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras.
14. Prohíbe la concesión de facultades extraordinarias o de la suma del poder público.
15. Admite la posibilidad de su reforma, a partir de los diez años de su jura por los pueblos.
16. Determina la prelación normativa de la Constitución y las normas que en su consecuencia se dicten.
17. Invierte al Congreso, compuesto de dos Cámaras –Diputados de la Nación y Senadores de las provincias y de la Capital– del Poder Legislativo de la Confederación; fija su composición, los requisitos para la elección de sus integrantes, su funcionamiento, sus atribuciones y el proceso para la sanción de las leyes.

18. Establece que el Poder Ejecutivo es unipersonal y desempeñado por el presidente de la Nación –con la colaboración de cinco Ministros Secretarios–, fija los requisitos y el procedimiento para su elección –que, al igual que la del vicepresidente, es indirecta, a través de un colegio electoral–, el mandato de seis años sin posibilidad de reelección y sus facultades.

19. Determina que el Poder Judicial se encuentra a cargo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, compuesta de nueve jueces y dos fiscales, con residencia en la Capital, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso establezca; fija los requisitos para la elección de sus integrantes, su inamovilidad, atribuciones y competencia.

20. Establece que los gobiernos provinciales hacen reserva de todo el poder no delegado al gobierno federal, dictan sus Constituciones, se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas, poseen atribuciones y prohibiciones; y que sus gobernadores son agentes naturales del gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Confederación. (DEL BUSTO, 2017:75).

1.9. Reforma constitucional. Poder constituyente originario y derivado

Néstor Sagüés (2007) aclara que la expresión ‘poder constituyente’ refiere tanto a la facultad o potencia para establecer y alterar la constitución (poder-función), como a quién lo hace (poder-persona). El establecimiento de la constitución comprende su sanción (elaboración y aprobación) y promulgación (acto de mandarla ejecutar, ponerla en vigencia y publicarla).

La titularidad del poder constituyente originario se encuentra en el pueblo, como lo reconoce el Preámbulo de la Constitución Nacional, y tiene la particularidad de ser ilimitado, ya que no hay instancia a la que deba subordinarse.

El poder constituyente originario se ejerció en nuestro país con la sanción de la Constitución Nacional y su primera reforma en 1860.

En cambio, el poder constituyente derivado se encuentra limitado, tanto por la materia (dado que existen contenidos pétreos que no pueden modificarse y que la Convención Constituyente debe ceñirse al temario de puntos que el Congreso de la Nación determina cuando declara la necesidad de reforma, sin estar obligada a efectuar reformas en los temas propuestos, pero no sin poder efectuar otras fuera de estos), como por el procedimiento (ya que el Congreso debe alcanzar un quórum determinado –mayoría agravada– para pronunciarse por la reforma).

En Argentina el poder constituyente derivado se ejerció con las reformas introducidas a la Constitución Nacional en los años 1866, 1898, 1957 y concluye, a la fecha, con la modificación de 1994 (reformas vigentes). También hubo reformas, actualmente no vigentes, en 1949, 1972 (Revolución Argentina) y 1976 (Estatuto del Proceso de Reorganización Nacional) (Del Busto, 2017: 80).

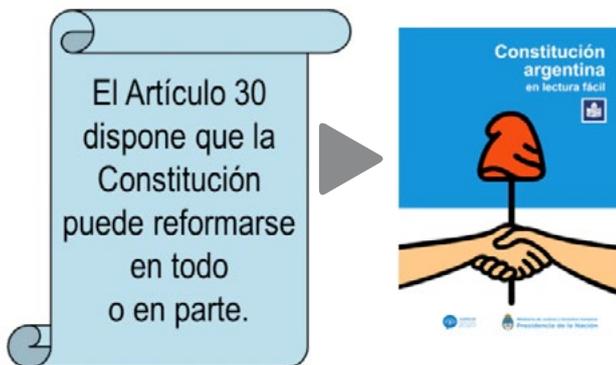
LEER CON ATENCIÓN



Poder constituyente es la competencia, capacidad o energía para constituir o dar constitución al Estado, es decir, para organizarlo y para establecer su estructura jurídico-política. El poder constituyente puede ser originario o derivado. Es originario cuando se ejerce en la etapa fundacional o primigenia del Estado, para darle nacimiento y estructura. Es derivado cuando se ejerce para reformar la constitución.

Reformas constitucionales en Argentina

¿Cómo se reforma la Constitución?



<https://www.youtube.com/watch?v=5_Fkt7T5eGI>

El procedimiento de reforma está establecido en el art. 30 de la Constitución Nacional. Este dispone que “la Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una convención convocada al efecto”.

1.9.1. Requisitos para la reforma constitucional

Como se ha dicho, nuestra Constitución Nacional puede reformarse en todo o en parte, pero para hacerlo debe seguirse un procedimiento especial distinto del que se adopta para la sanción o modificación de cualquier ley ordinaria. Y quien se ocupa de llevar adelante esta reforma también es un órgano especial creado a tal efecto, denominado *Convención Constituyente*.



1.10. Control de constitucionalidad

Como explica María Angélica Gelli, el artículo 31 de la Constitución introduce dos principios sustanciales del ordenamiento jurídico de la República Argentina: el de supremacía constitucional y el de jerarquía de las fuentes del derecho. La norma contempla que:



María Angélica Gelli, jurista argentina, es autora de *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, obra clásica en la materia.



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

1.10.1. Supremacía constitucional y jerarquía normativa

La *supremacía constitucional* consiste en que la Constitución Nacional es el fundamento de las demás normas que integran el ordenamiento jurídico nacional, y especialmente, que todo el orden jurídico-político debe ajustarse a ella.

Que la Constitución sea considerada como una verdadera norma jurídica (no como un simple documento político, o como una declaración de intenciones), y su ubicación superior dentro del ordenamiento jurídico, se debe al constitucionalismo norteamericano y tiene las siguientes implicancias:

LEER CON ATENCIÓN



- a. Que se trate de una norma jurídica implica que es de aplicación obligatoria y que su incumplimiento trae aparejada una sanción, que normalmente es la no producción de efectos jurídicos de la disposición o acto que la contravenga.
- b. Que sea la norma jurídica superior significa que se ubica por encima de todos los actos o disposiciones de los poderes constituidos del Estado, que, a la vez, se encuentran vinculados a esta en el ámbito de sus competencias.

La supremacía constitucional impone, como consecuencia, *una escala jerárquica*, un sistema donde las normas no tienen el mismo nivel, lo que se identifica como una construcción escalonada del orden jurídico (como la postulada por Hans Kelsen) o “pirámide jurídica”.

En nuestro sistema, el principio de gradación jerárquica está consagrado básicamente en el art. 31 CN, que establece la primacía de esta, de las leyes que en su consecuencia dicte el Congreso Nacional y de los tratados con potencias extranjeras respecto del resto del ordenamiento jurídico nacional y provincial.

LEER CON ATENCIÓN



El principio de jerarquía normativa implica que las normas que se ubican en los niveles inferiores se encuentran subordinadas a las de los superiores y todas a la Constitución.

El sistema está desarrollado y complementado en distintas disposiciones de la Constitución; entre ellas, las de los arts. 5° (las provincias deben sujetar sus constituciones y las normas que en su consecuencia dicten a la Constitución Nacional); 27 (impone que los tratados con potencias extranjeras sean de conformidad a los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional); 28 (las leyes que reglamentan los derechos, principios y garantías de la Constitución Nacional no pueden alterar a estos) y 99 inc. 2° (el Poder Ejecutivo, a través de la reglamentación de las leyes, no puede modificar su espíritu). También trae aparejada como consecuencia la supremacía de las normas federales respecto de las provinciales, cuando se trata de competencias delegadas del Estado federal o concurrentes (Del Busto, 2017: 70).

LEER CON ATENCIÓN

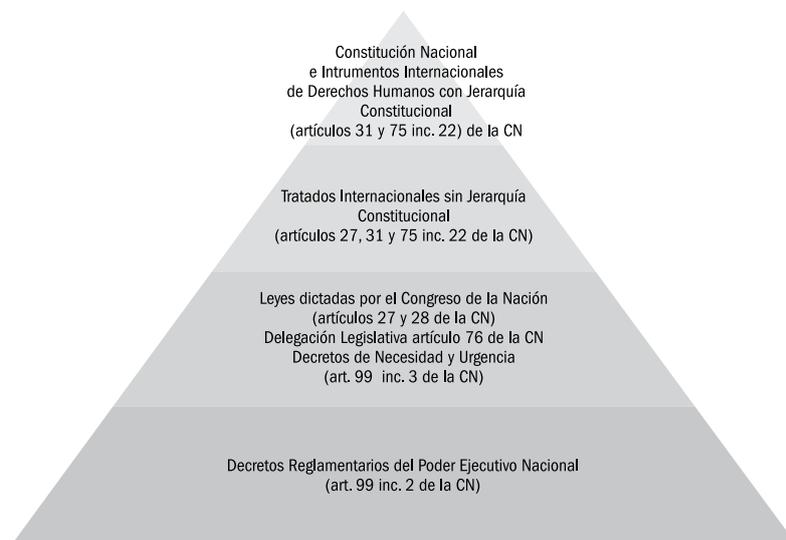


En 1994, la reforma constitucional incorporó importantes modificaciones al sistema jerárquico de normas porque asignó a los tratados internacionales categoría superior a las leyes internas.

Conforme lo prescripto en el art. 75, inc. 22 ha otorgado jerarquía constitucional a determinados *instrumentos internacionales de derechos humanos*, a la vez que establece un proceso especial para que los demás tratados y convenciones de derechos humanos puedan alcanzar este reconocimiento.

Además, *los 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 y las normas dictadas en su consecuencia (artículo 75, inciso 24 de la Constitución Nacional) poseen la misma jerarquía superior a las leyes.

Por otra parte, a partir de la reforma de 1994, los restantes tratados internacionales que no tengan jerarquía constitucional tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75 inc. 22 CN).



Fuente: Del Busto (2017: 72).

El sistema de la jerarquía normativa en la Constitución Nacional, en la actualidad, puede visualizarse en el esquema precedente, en el que las normas superiores se encuentran en el vértice de la pirámide y las inferiores en la base.

1.11. Control de constitucionalidad. Concepto y sistemas

La supremacía de la Constitución se materializa mediante un mecanismo denominado “control de constitucionalidad”. Este es efectuado por una *magistratura constitucional*, que opera como órgano de control, y *procesos constitucionales*, mediante los cuales se concreta realmente la superioridad de la Constitución, cuando es infringida por normas, omisiones y actos de los poderes constituidos o de los particulares.

No consiste en analizar las bondades o los defectos de una ley, así como tampoco su utilidad o conveniencia, que son funciones reservadas a los órganos políticos. Consiste, simplemente, en verificar jurídicamente si media o no oposición con los principios contenidos en la Constitución.

Este mecanismo nació por creación pretoriana de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la sentencia dictada en el caso “Marbury vs. Madison”, de 1803.

El caso Marbury vs. Madison en español



<<https://www.youtube.com/watch?v=BUSZuOw0XdA>>

El modelo que rige en la República Argentina está inspirado en el estadounidense que 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, etcétera.

LEER CON ATENCIÓN



El control de constitucionalidad en la Argentina procede de los *tribunales judiciales*. Es *difuso*, pues cualquiera de estos puede ejercerlo, aunque la Corte Suprema es la última y definitiva instancia de revisión extraordinaria. Se inicia a petición de parte y produce efecto entre ellas, aunque los jueces también pueden en ciertas situaciones, declarar la inconstitucionalidad *de oficio*. Tiene como finalidad restablecer la armonía en el desorden normativo que produce la inconstitucionalidad. El instrumento procesal que lo hace posible es, en última instancia, el recurso extraordinario federal.

El recurso extraordinario federal se encuentra reglamentado en la ley 48 de 1863 (originalmente en la ley 27) y en los arts. 256; 257; 257 bis y 257 ter (recurso extraordinario por salto de instancia o *per saltum*) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Los requisitos propios de procedencia del recurso extraordinario ante la Corte Suprema son:

- a) la existencia de una cuestión federal;
- b) sentencia definitiva y
- c) que esa sentencia emane del superior tribunal de la causa.

Asimismo, entre los requisitos formales se incluye el planteo oportuno de la cuestión federal desde el primer momento en que ella surja y su mantenimiento en todas las instancias (a fin de que los jueces inferiores puedan pronunciarse).

Finalmente, el recurso extraordinario federal requiere la existencia de los *requisitos comunes a todos los recursos*. Entre ellos están la legitimación activa que hace a la cuestión justiciable y la existencia de gravamen concreto y actual.

A su vez, los arts. 280 a 285 de dicho Código incorporan al sistema procesal constitucional el denominado *certiorari* argentino, que habilita la jurisdicción discrecional de la Corte Suprema al permitirle rechazar con la sola invocación de esas disposiciones un recurso extraordinario o una queja por recurso denegado, por carecer de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

PARA REFLEXIONAR



¿Cuál es, a su criterio, la razón por la cual la Corte Suprema cuenta con el instrumento del *certiorari*? ¿Cree que afecta la garantía a la tutela judicial efectiva?

El efecto que produce el control de constitucionalidad es la inaplicabilidad de la ley entre las partes, sin afectar la vigencia de la norma. Esto significa que esa norma puede seguir siendo aplicada por los jueces inferiores a los casos similares o análogos que se les presenten en lo sucesivo.

Sin embargo, explica Gregorio Badeni (2011), por una razón de orden práctico y de economía procesal, los jueces inferiores ajustan sus pronunciamientos a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, pudiendo dejar a salvo su opinión en contrario.

En tal sentido, observa Germán Bidart Campos (2006) que el control judicial de constitucionalidad, sobre todo cuando está a cargo de la Corte Suprema de Justicia, es fuente de creación de derecho constitucional material por vía judicial, ya que sus sentencias: a) obtienen seguimiento habitual por el propio tribunal, que reitera sus precedentes; b) obtienen similar seguimiento por parte de tribunales inferiores; c) originan muchas veces la reforma o derogación de normas que la Corte declaró inconstitucionales; d) sirven de pauta a normas futuras del derecho escrito.

1.12. Cuestiones políticas no judiciales

La constitución, como fuente primaria, prevalece sobre todo el orden jurídico-político del Estado. Sin embargo, hay algunos doctrinarios y cierta jurisprudencia que niegan el control en algunas materias. En efecto, ciertos asuntos, englobados bajo el título de “cuestiones políticas” o “facultades privativas” (reservadas) de los poderes políticos (Congreso o presidente), no están sometidos al control judicial de constitucionalidad.

Las denominadas “cuestiones políticas no judiciales” designan aquellas funciones atribuidas a los órganos políticos del gobierno que no son susceptibles de revisión y control por parte de los jueces, en salvaguarda del principio de la división de los poderes. Serían, por ejemplo, la facultad del Congreso de declarar la guerra a una nación extranjera, o la declaración del estado de sitio en algún lugar del país, la calificación de utilidad pública en la expropiación, etc.

En estas materias, para cierto sector del arco doctrinario y alguna jurisprudencia, no podría practicarse el control de constitucionalidad, de forma tal que, aunque la Constitución Nacional como fuente primaria del ordenamiento seguiría siendo suprema, una eventual violación de ella en estos campos no sería remediable por los jueces (Bidart Campos, 2006).

Otros autores, en cambio, sostienen que los actos de gobierno son revisables judicialmente, pero dentro de ciertos límites que han de ser respetados por el juzgador. Así, en el dictado y control judicial de los actos de gobierno hay que tener una especial consideración de las atribuciones, competencias y prerrogativas reconocidas por las constituciones a los órganos de gobierno, a fin de asegurar la separación y equilibrio de los poderes. De allí que, aunque existen puntos en común, no son idénticos los modos en que se controla un acto administrativo (otorgamiento de una licencia de conducir; adjudicación de una licitación pública; resolución de un concurso, etc.) de un acto constitucional, político o de gobierno (declaración del estado de sitio; designación o remoción de un juez en un juicio político; dictado de una amnistía u otorgamiento de un indulto; etc.) (Alfonso Santiago, 2010).

En Argentina, la doctrina de las cuestiones políticas fue aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Cullen c. Llerena”, de 1893 (Fallos 53:430).

El caso Cullen c/Llerena



<<https://twitter.com/blogdelderecho/status/1303137082265817088>>



1.3.

Investigue acerca de la creación de la Isla de las Rosas en 1968. ¿Considera que constituía un Estado?, ¿presentaba todo o alguno de sus elementos característicos (población, territorio, poder y gobierno)? Escriba un ensayo de no más de cuarenta líneas justificando su opinión. Para realizar la actividad puede encontrar información en internet y visualizar la película de Netflix *La increíble historia de la Isla de las Rosas* (*L'incredibile storia dell'Isola delle Rose*).

A modo de síntesis a continuación, se presenta un extracto con algunas de las principales ideas y conceptos expuestos:

LEER CON ATENCIÓN



El derecho organiza y establece pautas de comportamiento para la vida humana en sociedad y el Estado se visualiza como una comunidad políticamente organizada en un ámbito territorial determinado. El Estado moderno es producto de la cultura occidental y se basa en una burocracia profesional y en la existencia de un derecho racional que actúa en un territorio y sobre una población asentada en él.

En tal sentido cobra fundamental importancia la Constitución Nacional, que adopta para su gobierno la forma representativa republicana y federal. La Constitución ha recogido en su texto postulados de distintas corrientes del constitucionalismo (liberal, social, democrático, cultural) y su más reciente reforma data de 1994. Así, la Constitución, a la luz del principio de división de poderes, establece la organización del Estado, cuyas autoridades tienen atribuciones y poderes limitados (parte orgánica) y reconoce a todos los hombres derechos y libertades fundamentales (parte dogmática).

La supremacía constitucional consiste en que la Constitución Nacional es el fundamento de las demás normas que integran el ordenamiento jurídico nacional, y especialmente, que todo el orden jurídico-político debe ajustarse a ella. En vista de ello, se establece el sistema de control de constitucionalidad, que en la Argentina está a cargo de los tribunales judiciales. Es un sistema difuso, pues cualquiera de estos puede ejercerlo, aunque la Corte Suprema es la última y definitiva instancia de revisión extraordinaria.

PARA REFLEXIONAR



¿Qué nuevas ideas descubrió? ¿Qué rescataría del texto? ¿Qué le ha llamado la atención? ¿Lo que aprendió encaja o no con sus concepciones anteriores?



Carta Magna de 1215, Inglaterra. Imagen del texto original, escrito en latín medieval, con abreviaturas estándares de la época. Se encuentra en la Biblioteca Británica. (British_Library_Cotton_MS_Augustus_II.106).

LECTURA OBLIGATORIA



BIDART CAMPOS, G. (2010), “Capítulo VI. Poder constituyente” y “Capítulo VII. El Estado argentino y su encuadre constitucional”, en *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo 1-A, Ed. Ediar, Buenos Aires.

CASSAGNE, J. C. (2020), “Capítulo I. La Teoría del Estado y temas colindantes. Formas de Estado y formas de Gobierno en la República Argentina”, en *Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Editorial BdeF, Buenos Aires, pp. 3-52.

GELLI, M. A. (2006), “Comentario al artículo 31 (Supremacía constitucional y control de constitucionalidad)”, en *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 3ª ed. ampliada y actualizada, Ed. La Ley, Buenos Aires, pp. 364-375.

2

Los principios constitucionales que estructuran la organización y la actuación estatal

Objetivos

- Brindar precisiones acerca de la división de poderes.
- Repasar las competencias y funciones de cada uno de los poderes del Estado y de los órganos extrapoder.
- Analizar los principios de legalidad, reserva de la ley, razonabilidad e igualdad.
- Señalar los caracteres del federalismo argentino.
- Presentar el sistema económico y rentístico del país.
- Estudiar la clasificación de los tributos.

2.1. Los principios constitucionales estructurales del Estado

Germán Bidart Campos (2006) explica que, tradicionalmente, se ha delineado la forma republicana a través de las siguientes características:

- a) división de poderes;
- b) elección popular de los gobernantes;
- c) temporalidad del ejercicio del poder, o sea, renovación periódica de los gobernantes;
- d) publicidad de los actos del gobierno;
- e) responsabilidad de los gobernantes;
- f) igualdad ante la ley.

En paralelo, la organización del Estado y la actuación de los órganos que integran el gobierno también están regidos por un conjunto de principios constitucionales y convencionales, que a su vez van a modelar la relación que se establece entre el Estado y la sociedad. Muchas de estas relaciones están captadas por el derecho público y particularmente por el derecho administrativo, que es una rama de este último.

Estos principios o pilares estructurales de la organización y actuación del Estado son la división de poderes, el federalismo, el principio de legalidad o reserva de ley y el principio de razonabilidad.

2.2. La división de poderes

La teoría de la división de poderes fue esbozada por John Locke en su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* de 1689 al referirse a los poderes legislativo, ejecutivo y federativo del Estado. También fue formulada por Montesquieu, en 1750, en *El Espíritu de las Leyes*.

El propósito de esta distinción entre poderes u órganos del Estado es evitar que una sola persona o un grupo restringido de personas concentre excesivamente en sus manos todos los poderes del Estado: “para que uno no pueda abusar del poder, es necesario que, mediante la disposición de las cosas, el poder detenga al poder” (Montesquieu, 1993: 113).

LEER CON ATENCIÓN



La división de poderes apunta a lograr que el poder contenga al poder; implica una separación de distintas «funciones» que son ejercidas por órganos diferenciados: legislativos, administrativos y judiciales. En esta dirección es que suele hablarse de *frenos y contrapesos* (*checks and balances* en inglés) en referencia a las relaciones mutuas de autoridad que permiten a los poderes controlarse unos a otros y resistir las intromisiones recíprocas.

En Argentina existen antecedentes desde 1811 (Junta Grande). En las Bases, de 1852, Alberdi sostiene que la división del poder es la primera de las garantías contra el abuso de su ejercicio. La Constitución argentina adoptó el *sistema clásico de división de poderes*: legislativo, ejecutivo y judicial. De esta manera cuenta con un sistema en el que el Poder Legislativo es ejercido por el Congreso de la Nación, el Poder Ejecutivo por el presidente de la Nación y el Poder Judicial por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales inferiores.

Por otra parte, la reforma constitucional de 1994 incorpora los llamados órganos extrapoderes, a saber: la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo.



Juan Bautista Alberdi fue un jurista, economista y político argentino, autor intelectual de la Constitución Argentina de 1853. Es considerado como uno de los pensadores más influyentes del siglo XIX y el máximo representante del liberalismo hispanoamericano.

El gobierno de la Constitución Nacional. La Nación Argentina: representativa, republicana y federal



<<https://vimeo.com/206166165>>

2.2.1. Poder Legislativo

El Poder Legislativo de la República Argentina está otorgado a un órgano complejo y colegiado, denominado Congreso por la Constitución Nacional. La función primordial del Congreso es la de legislar, es decir, la de crear derecho, en algunas materias, de modo absoluto y exclusivo. En el ejercicio de otras atribuciones integra la voluntad política del Ejecutivo por sí o por alguna de sus cámaras, como cuando aprueba tratados internacionales. El Congreso de la Nación está compuesto por la *Cámara de Diputados* y la *Cámara de Senadores*: la primera representa al pueblo de la nación –y con ello el principio democrático- y la segunda, a los estados locales, resguardando así el sistema federal. Este sistema bicameral consagra el equilibrio entre los dos principios mencionados: el democrático y el federal.

Resulta técnicamente impropio referirse al Congreso de la Nación con la palabra “Parlamento”, pues el sistema de gobierno es el de la república presidencialista, con algún rasgo semipresidencialista o de presidencialismo atenuado, pero nunca parlamentario (Gelli, 2011).

LEER CON ATENCIÓN

Los diputados representan al pueblo (principio democrático) y los senadores representan a los estados locales (sistema federal).

La *Cámara de Diputados* se compone con los representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la capital (en caso de un eventual traslado), que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado. Su mandato es de cuatro años.

En tanto, la *Cámara de Senadores* se compone de tres senadores por cada provincia y tres por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Los senadores son representantes de las provincias, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos. Cada senador tiene un voto y la duración del mandato es de seis años.

Desde 1994, estrictamente, no corresponde a la Capital Federal representación alguna en el Senado de la Nación. Ese sitio lo ocupa desde entonces la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que se mantiene capital de la República, pero en caso de traslado esta perdería la representación senatorial y la conservaría la Ciudad de Buenos Aires (Gelli, 2011).

El vicepresidente de la nación es el presidente de la Cámara de Senadores y, en tal condición, tiene voz en las sesiones y vota en caso de empate.

El art. 75 CN establece las atribuciones del Congreso de la Nación, sin perjuicio de que existen algunas que son propias de una Cámara determinada. El procedimiento para la formación y sanción de las leyes por parte del Congreso de la Nación está establecido por los arts. 77 a 84 CN.

2.2.2. Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de *Presidente de la Nación Argentina* (art. 87 CN).

El Presidente de la Nación es elegido en forma directa, al igual que el vicepresidente, mediante el sistema de doble vuelta (o balotaje). La duración en el mandato es de 4 años, puede ser reelegido por una vez consecutiva.

Las atribuciones del Poder Ejecutivo están establecidas en el art. 99 CN. De acuerdo con el art. 99 inc. 1° CN es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país.

La Constitución también establece el cargo de *vicepresidente*, con las mismas condiciones y método de elección que el presidente (Sagüés, 2007:357). El periodo en su función es igual que este y presta análogo juramento.



Desde 1994, estrictamente, no corresponde a la Capital Federal representación alguna en el Senado de la Nación. Ese sitio lo ocupa desde entonces la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que se mantiene capital de la República, pero en caso de traslado esta perdería la representación senatorial y la conservaría la Ciudad de Buenos Aires (Gelli, 2011).

LEER CON ATENCIÓN



La Constitución adoptó, en 1853-1860, un régimen *presidencialista*, es decir, de un vigoroso Poder Ejecutivo separado del Poder Legislativo, no designado ni removible por este (salvo mediante el juicio político), con ministros-secretarios nombrados y cesanteables también por su propia autoridad. La reforma de 1994 intentó moderar el presidencialismo argentino, aunque con poco éxito todavía.

El Presidente de la Nación se encuentra secundado en su labor por los ministros, que tienen a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y por el Jefe de Gabinete de Ministros, figura propia de los sistemas parlamentarios, creada en la reforma constitucional de 1994 y cuyas funciones se encuentran fijadas en los arts. 100 y 101 CN. Al jefe de gabinete de ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde ejercer la administración general del país.

En el ámbito clásico de la doctrina de la división o separación de las funciones gubernamentales, las atribuciones del Poder Ejecutivo suelen ser presentadas y limitadas a las de un mero ejecutor de las leyes del Congreso y de las sentencias pronunciadas por los magistrados judiciales (Badeni, 2011).

Pero sin mengua de la importancia de dicha función, las atribuciones reales del Poder Ejecutivo son mucho más amplias, como consecuencia de su extensión a la gestión y administración de los asuntos públicos, a la conducción de las relaciones internacionales, al ejercicio de funciones colegislativas y de muchas otras que no superan los límites constitucionales (Badeni, 2011).

Asimismo, desde mediados del siglo XX, el ensanchamiento de las atribuciones clásicamente reconocidas al órgano ejecutivo se operó en detrimento de los órganos legislativo y judicial.

2.2.3. Poder Judicial

La Constitución Nacional ha instaurado, dentro de la estructura del Estado, un poder específico para asumir la función judicial, que es desarrollada por todos los órganos que integran el Poder Judicial

Según dispone el art. 108 CN, el Poder Judicial de la Nación está integrado por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso establezca.

LEER CON ATENCIÓN



La Corte Suprema de Justicia y los tribunales inferiores tienen a su cargo el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos relacionados con la Constitución y por las leyes de la Nación. Sus atribuciones se encuentran descriptas en el artículo 116 de la Constitución Nacional.

El *Consejo de la Magistratura*, figura creada por la reforma constitucional de 1994, tiene a su cargo la selección de los jueces y la administración del Poder Judicial. Está integrado por miembros del Poder Legislativo, jueces y abogados de la matrícula federal. Se encuentra regulado por la Ley 24937 y sus modificatorias.

La Constitución se ocupa de las garantías destinadas a tutelar la independencia del Poder Judicial porque, al ser políticamente el más débil de los órganos gubernamentales, requiere de una mayor protección para preservar el equilibrio entre ellos evitando su subordinación a los órganos ejecutivo y legislativo (Badeni, 2011). En tal sentido, la permanencia en el cargo de los jueces mientras dure su buena conducta (art. 110) y demás garantías funcionales e institucionales, que hacen a la postre a lo que podría denominarse “estatuto del juez”, dan cuenta de esta cosmovisión imperante en la mente del constituyente originario, prevenido de la suma del poder público del periodo anterior (art. 29) (Carnota y Maraniello, 2008).

2.2.4. Ministerio Público

El Ministerio Público acompaña al Poder Judicial (art. 120 CN); es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. El Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación son las máximas autoridades de cada uno de los órganos que integran el Ministerio Público. Sus miembros gozan de inmunidades

funcionales e intangibilidad de remuneraciones. Está regulado por la Ley 24496 y sus modificatorias.

2.2.5. Organismos de control

La *Auditoría General de la Nación* es un órgano técnico que, con autonomía funcional, asiste al Poder Legislativo de la Nación en el control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos. Sus atribuciones están establecidas en el art. 85 CN y se encuentran reguladas en detalle en la Ley 24156.

Por otra parte, de acuerdo con el art. 86 CN, la *Defensoría del Pueblo de la Nación* es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actúa con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la administración, y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Permanece en su cargo cinco años, y puede ser nuevamente designado por una sola vez.

La organización y el funcionamiento de esta institución están regulados por la Ley 24284 y modificatorias.

2.2.6. Gobiernos de provincia

Conforme a la organización que la República Argentina ha adoptado, las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación (art. 5° CN).

Las pautas relativas a la organización de los gobiernos de provincia están establecidas en los arts. 121 a 128 CN, que complementan las previsiones del art. 5° CN.

LEER CON ATENCIÓN



La autonomía de la que gozan las provincias implica que cuentan con atribuciones para darse sus propias instituciones locales y regirse por ellas. Ello significa que pueden elegir a sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios, sin intervención del Gobierno federal (art. 122 CN), así como dictar su propia Constitución y regular en materias de derecho público (art. 5 CN). Además, cuentan con el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio y pueden conformar regiones (art. 124 CN).

El art. 129 CN otorga *autonomía a la Ciudad de Buenos Aires*, que cuenta con facultades propias de legislación y jurisdicción, y atribuciones para el dictado

del estatuto organizativo de sus instituciones (Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y la posibilidad de elección de su jefe de gobierno directamente por el pueblo. Si bien no es una provincia, posee atribuciones semejantes a aquellas y la Corte Suprema de Justicia de la Nación le ha reconocido en la causa *GCBA c/Provincia de Córdoba* (sentencia del 4 de abril de 2019) el estatus de ciudad constitucional federada.

LECTURA RECOMENDADA



Para saber más acerca del estatus constitucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires puede consultarse la sentencia de la CSJN, “GCBA c/Provincia de Córdoba” del 4 de abril de 2019 (Fallos 342:533).

<<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7513263&cache=1620307896909>>

2.3. El principio de legalidad

El principio de legalidad está explicitado en el art. 19 CN: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. “La finalidad del principio es afianzar la seguridad individual de los gobernados” y el valor previsibilidad (Bidart Campos, 2006: 514).

Este principio, aplicado a la actividad de todos los órganos estatales, los obliga a ajustarse a una normatividad previa, que autorice la conducta concreta que pretenden desplegar. Es decir que es este marco jurídico el que le va a dar contenido y límites a las potestades de los órganos estatales.

LEER CON ATENCIÓN



El poder debe ser ejercido de acuerdo con el orden jurídico establecido en las normas legales. La ley predetermina las conductas debidas o prohibidas, de forma que los hombres puedan conocer de antemano lo que tienen que hacer u omitir, y quedar exentos de decisiones sorpresivas que dependan solamente de la voluntad ocasional de quien manda.

El principio de legalidad se complementa con el que enuncia que *todo lo que no está prohibido está permitido*: una vez que la ley ha regulado la conducta con lo que manda o impide hacer, queda a favor de los individuos una *esfera de libertad jurídica* en la que está permitido todo lo que no está prohibido (Bidart Campos, 2006).

2.3.1. La reserva de ley

Se llama *zona de reserva de la ley* al ámbito donde la regulación de una materia es de competencia legislativa del Congreso.

De este modo, los derechos y obligaciones de los habitantes, así como las penas de cualquier clase que sean, solo existen en virtud de decisiones legislativas, y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca.

La Constitución consagra el *principio de reserva de ley en materia tributaria* cuando se refiere, en el art. 4, a las contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población impone el Congreso, y al atribuirle esas facultades en forma exclusiva al Congreso en el art. 17 y en *materia penal*, en el art. 18, al expresar que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior.

De esta manera, en estos ámbitos existen núcleos centrales que operarán como límite a la reglamentación. Tanto los elementos esenciales del tributo (hecho imponible, base imponible, etc.) como del delito (descripción del tipo, elección de la pena, etc.) deben estar contenidas en una ley formal del Congreso.

A su vez, tal como lo ha indicado la Corte Suprema, la prohibición total de legislar en estas materias, aun en situaciones de emergencia, a través del dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia, no solo tiene basamento en el art. 99 inc. 3°, sino que, aún antes de 1994, se encontraba fundada en estos principios.

LEER CON ATENCIÓN



En virtud del principio de reserva se requiere que todo tributo sea sancionado por ley material y formal, entendida esta como la disposición que emana del órgano constitucional que tiene la potestad legislativa, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución para la sanción de las leyes. El mismo principio se aplica para la determinación de los delitos y las penas.

Otras materias vedadas a normas de rango inferior a la ley y, por ende, reservadas a ella, son la *electoral* y el *régimen de los partidos políticos*, de conformidad a lo dispuesto en el art. 99 inc. 3° CN.

2.4. El principio de razonabilidad

El art. 14 CN establece que los derechos que ella reconoce se ejercen conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. Pero al mismo tiempo, el art. 28 CN dispone que los principios, garantías y derechos reconocidos “no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

El principio de razonabilidad analiza el modo en que se reglamentan los derechos y el contenido de esa regulación. Es que si ella terminara desnaturalizando dichos derechos resultaría inconstitucional aun habiendo sido dictada por el órgano formalmente competente para hacerlo (el Congreso Nacional, el Poder Ejecutivo, etc.).

Los presupuestos de la reglamentación son que no hay derechos absolutos y que todos los derechos quedan sujetos a las normas que los regulen.

Tradicionalmente se ha denominado *poder de policía* a la genérica potestad reglamentaria de los derechos personales con que cuenta el Estado.

La ley regulatoria puede provocar una limitación al derecho, o sea, acarrearle restricciones, pero no por ello tal restricción es inconstitucional. Lo que la reglamentación no puede hacer es desnaturalizar el derecho en cuestión, ni desvirtuarlo, impedirlo o alterarlo.

Para la determinación del límite entre la dimensión permitida y la prohibida, la Corte Suprema 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 (decreto reglamentario de ley, ordenanza municipal habilitada por una constitución o ley provincial).

El segundo componente se refiere a un control de *fondo o de contenido* de la ley o precepto regulatorio. Los actos estatales deben tener un contenido razonable, justo, valioso, de modo que alguien puede ser obligado a hacer lo que manda la ley o privado de hacer lo que la ley prohíbe, *siempre que el contenido de esa norma sea razonable, sea justo, sea válido*.

La *razonabilidad es un estadio superador de la mera legalidad* puesto que la sola circunstancia de que una norma haya sido sancionada por el órgano competente, no predica necesariamente que eso que haya sido dispuesto o impedido sea constitucional (Bidart Campos, 2006).

La razonabilidad de las normas y actos estatales exige que exista *proporcionalidad entre el fin perseguido, la medida adoptada para lograrlo y los hechos o el sustento fáctico que llevaron a adoptar la decisión*. Se trata de un examen que relaciona tres elementos: hechos, medios y fines del acto estatal (Gordillo, 2017). El medio escogido para alcanzar un fin debe ser proporcionado y adecuado para alcanzarlo y la situación fáctica que se invoca para dictar la norma, debe existir y ser adecuada a los medios empleados y los fines perseguidos.

En definitiva, *lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario* y de allí que el principio de razonabilidad también se lo denomine *principio o garantía del debido proceso sustantivo*, porque no es una garantía meramente procedimental sino sustantiva, de fondo, que pretende asegurar el valor justicia.

Todos los actos estatales (leyes y también reglamentos, actos administrativos, sentencias) deben ser razonables y están sujetos al respectivo control que ejercen los jueces acerca de su justicia y proporcionalidad. Una sentencia que no es razonable es arbitraria, y puede ser recurrida a través del recurso extraordinario.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado la doctrina de las *sentencias arbitrarias* en virtud de la cual se descalifican como acto jurisdiccional válido aquellas sentencias que carezcan de debida fundamentación, o en las que no exista una relación lógica entre lo que se decide y los hechos que la motivaron. Frente a este tipo de sentencias es procedente el recurso extraordinario federal.

LECTURA RECOMENDADA



Gelli, M. (2006), Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, 3ª edición ampliada y actualizada, comentario al art. 28, Ed. La Ley, Buenos Aires.

PARA AMPLIAR



El caso Cine Callao (CSJN, 1960, Fallos 247:121)

En este caso se discutía la obligación impuesta por el Poder Ejecutivo a los dueños de cines, a contratar artistas de variedades (acróbatas, músicos, titiriteros, cómicos, etc.) para que realizaran espectáculos en vivo entre una función de cine y otra. Según se expuso en sus fundamentos, la medida pretendía proteger el patrimonio cultural nacional y paliar la desocupación de estos artistas.

El dueño del Cine Callao planteó una demanda cuestionando la medida, que fue rechazada por la Corte Suprema, ya que -por mayoría- consideró que la decisión era razonable.

<<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=50408>>



2.1.

Compare los argumentos de la mayoría del Tribunal con los de la disidencia del ministro Boffi Boggero y con la opinión del Procurador General de la Nación y analice sobre qué aspectos se centró el control de razonabilidad efectuado para decidir el caso (sobre el sustento fáctico, sobre los medios elegidos, sobre los fines de la orden impuesta, sobre todos los aspectos mencionados u otros).

2.5. El principio de igualdad

Según el art. 16 CN, 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.

Esta norma se encuentra complementada por las disposiciones de los arts. 4º; 8º; 14; 14 bis; 15; 20; 37; 43; 75 inc. 2º; 75 inc. 19 y 75 inc. 23 de la Constitución, así como varios tratados incorporados a esta y las leyes 23592 (ley antidiscriminatoria) y 27412 (Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política), entre otras.

LEER CON ATENCIÓN



La igualdad jurídica tutelada por la Constitución Nacional consiste en que la ley debe ser igual para todos quienes se encuentren en las mismas circunstancias, y que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales casos.



La regla de igualdad no es absoluta, ni obliga al legislador a desdeñar la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que pueden presentarse a consideración; lo que la regla estatuye es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias u hostiles. (CARNOTA Y MARANIELLO, 2008: 134)

En particular, en el art. 75 inc. 23 CN se contemplan las denominadas *medidas de acción positiva*, ya que corresponde al Congreso legislar y promover medidas de acción afirmativa 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. Estas medidas pueden introducir tratamientos diferenciales (discriminaciones inversas), pero ello no afecta la garantía de igualdad porque se trata de medidas que no incluyen discriminaciones arbitrarias, sino que precisamente apuntan a superar aquellas que sufren sectores tradicionalmente postergados (mujeres, pueblos originarios, discapacitados, etcétera).



“Algo que aparentemente puede presentarse como lesivo de la igualdad y, muy lejos de ello, es o puede ser un tramo razonable para alcanzarla, es la llamada *discriminación “inversa”*. En determinadas circunstancias que con suficiencia aprueben el test de la razonabilidad, resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras, si mediante esa “discriminación” se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitarios que recaen sobre aquellas personas que con la discriminación inversa se benefician. Se denomina precisamente discriminación inversa porque tiende a superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado por el aludido relegamiento” (Bidart Campos, 2006 (versión digital) s/p).

PARA REFLEXIONAR



Imagine que en un concurso convocado para cubrir el cargo de profesor de la asignatura Auditoría en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Tres de Febrero se incluye una cláusula que estipula una prioridad para su cobertura para personas discapacitadas. ¿Esta disposición afectaría el principio de igualdad? ¿Y si se nombra a una persona discapacitada aun cuando hubiera otros candidatos, sin ninguna discapacidad, con mayor formación académica?

2.6. El derecho administrativo como sistema de prerrogativas públicas y garantías individuales

Si bien está lejos de existir una definición inequívoca, puede decirse que



[El derecho administrativo] es la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra esta. (Gordillo, 2017, V-28)

El derecho administrativo es un derecho *de acción*, ya que está destinado a posibilitar la concreción del programa de gobierno contenido en la Constitución Nacional y a regular la ejecución de las políticas públicas que son diseñadas por el Poder Legislativo. De esta peculiaridad deriva que se le atribuya al derecho administrativo el carácter de *derecho constitucional aplicado*: la Constitución Nacional y los tratados internacionales son la fuente en la que

abreva el derecho administrativo y los que le fijan su contenido y sus límites. El derecho constitucional diseña un programa de acción política económica y el derecho administrativo está al servicio de la concreción de este programa.

Para ello, el ordenamiento jurídico dota a los órganos que ejercen la función administrativa de determinadas prerrogativas, que conforman un régimen exorbitante en tanto exceden las normalmente existentes en el ámbito del derecho privado. Sin embargo, este régimen exorbitante se compensa porque, por un lado, los órganos estatales se someten a los ya estudiados principios de legalidad, de razonabilidad y de igualdad y, por el otro, porque el ordenamiento jurídico otorga a los particulares un conjunto de garantías sustantivas y procedimentales (el derecho a una decisión fundada, el derecho a cuestionar las decisiones de los órganos administrativos, el derecho a participar en los procesos de adopción de determinadas reglamentaciones, etcétera).

De esta manera, la existencia de una permanente tensión entre las prerrogativas que el ordenamiento jurídico le otorga a las entidades estatales para satisfacer fines de interés general y el sistema de garantías que contiene a fin de dotar a los particulares de herramientas para protegerse de los abusos del poder es una de las particularidades de esta rama del derecho.

Otra característica inherente al derecho administrativo, que se suma a la anteriormente mencionada faceta de garantía, es la de tratarse de un *derecho servicial*. Es que, si la persona humana es el origen y fin del Estado, con derechos inherentes a su personalidad que aquel reconoce y cuyo ordenamiento jurídico protege, “la administración, como rodaje del Estado, debe servir al público; por y para ello posee ‘poderes-función’ que el ordenamiento le fija” (Rotondo, 2015).



En su aplicación al derecho administrativo, el término *exorbitante* se emplea en el sentido de que contiene un conjunto de prerrogativas para los órganos administrativos que no es propio o que excede el marco del derecho común. Mientras que en el derecho administrativo prevalecen relaciones de subordinación que se establecen entre los órganos estatales y los particulares, en el derecho civil estas relaciones son de coordinación o simetría.



La vida cotidiana está plagada de ejemplos en los que operan normas de derecho administrativo que restringen el goce de derechos individuales en aras de la satisfacción de intereses colectivos. Las normas de tránsito; las que imponen obligatoriamente un calendario de vacunación, las que establecen requisitos para habilitar locales comerciales; las que limitan la cantidad de espectadores que pueden asistir a un espectáculo en función de las dimensiones del lugar, las que durante la pandemia del coronavirus fijaron restricciones de circulación, son algunos pocos ejemplos de situaciones regidas por el derecho administrativo. Todas ponen en tensión los derechos individuales -o los alcances de ellos- y las prerrogativas estatales para satisfacer el interés general.



2.2.

Busque ejemplos de situaciones que pongan en tensión los derechos individuales y las prerrogativas públicas y que en algún aspecto resulten reguladas por el derecho administrativo.

¿Qué quiere decir que el derecho administrativo constituye un régimen exorbitante?



<https://www.youtube.com/watch?v=-bigTCjhw3s>

2.7. El federalismo

La Argentina es una república representativa, republicana y federal (art. 1 CN). La forma de estado federal importa “una relación entre el poder y el territorio, en cuanto el poder se descentraliza políticamente con base física, geográfica o territorial” (Bidart Campos, 2006, cap. VIII: 1).

El federalismo es la forma opuesta a la unitaria. A diferencia de esta última, que centraliza territorialmente el poder del Estado, el federalismo supone la existencia de diferentes órdenes de gobierno, con potestades administrativas, legislativas y jurisdiccionales, en un mismo territorio: por un lado, el gobierno nacional, conformado por el Poder Ejecutivo (art. 99 y ss. CN), Legislativo (art. 75 y conc. CN) y Judicial (art. 100 y ss. CN) y por otro, el de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires (art. 5º, 121, 122, 124, 129 y cc). Los municipios, conforme a los alcances de la autonomía que le reconozca cada carta constitucional provincial (art. 123) y las regiones (art. 124) pueden sumarse también a la enumeración de entidades con facultades para dictar normas y organizarse.

El federalismo nace con la Constitución de 1853-1860.

LEER CON ATENCIÓN



El federalismo importa una división horizontal del poder, que se suma a la clásica división tripartita entre el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. Las provincias y la Ciudad de Buenos Aires son actores que comparten con la Nación el ejercicio de las funciones estatales, y eso lleva necesariamente a postular la prevalencia del principio de cooperación en el ejercicio concreto de estas facultades y en la interpretación que se haga de ellas.



El federalismo argentino implica reconocer la diversidad de cada una de las entidades autónomas que conforman la Nación argentina.

La formación de un país
Canal Encuentro



<<https://www.youtube.com/watch?v=moWbBroYVml>>

2.7.1. Distribución de competencias entre los órdenes federales, locales y municipales

La organización de un Estado como federal importa la existencia de más de un centro de poder decisorio. Tanto el Estado nacional, como los provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires, cuentan con competencias que le han sido asignadas por la Constitución Nacional.

Algunas de estas competencias son exclusivas de uno u otro centro de poder (Estado nacional y Estados locales), pero otras son concurrentes, es decir compartidas entre ambos. La Constitución Nacional ha diseñado un esquema de reparto de competencias, de forma tal que los diversos órdenes de gobierno que coexisten puedan actuar armónicamente sin anularse entre sí.

LEER CON ATENCIÓN



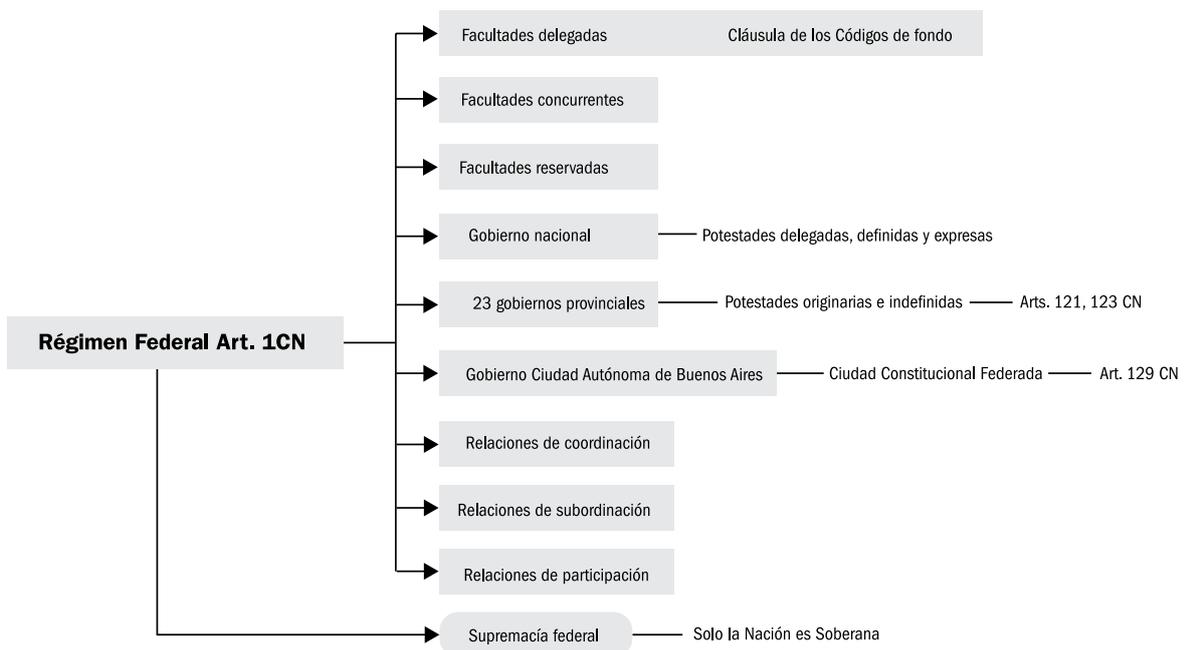
Los poderes de las provincias *son originarios e indefnidos*, ya que aquellas, históricamente preexistentes al Estado federal, son las que delegaron en el poder central, a través de la Constitución Nacional, atribuciones determinadas y acotadas. Por eso las provincias *son autónomas y conservan todo el poder no delegado* (art. 121 CN).

Justamente por ser indefinidos, los poderes de las provincias no se detallan en la carta magna, salvo en lo que hace a la dimensión económica y política de las autonomías provinciales.

No obstante, esta autonomía local debe coordinarse con las competencias de la Nación, que también es sujeto de la relación federal y es *soberana* (art. 31) y además ha recibido las potestades que le han delegado las provincias para poder cumplir los fines que le asigna la Constitución Nacional. Estos fines son cumplidos por los tres poderes que componen el Gobierno nacional, los que despliegan en ejercicio de sus cometidos funciones de tipo administrativo, legislativo y judicial, del mismo tenor a las que desarrollan las provincias. Además, en función de lo dispuesto en el art. 31 CN, el derecho federal (la Constitución Nacional, los tratados, las leyes federales, sus reglamentos) son la *ley suprema de la nación*, a la cual deben subordinarse las normas provinciales (constitución, leyes, reglamentos etcétera).

De esta manera, tanto la nación como las provincias poseen potestades reservadas y exclusivas, y otras en cambio concurrentes o compartidas. Esto significa que la nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires solo pueden legislar en sus respectivos ámbitos de competencias, pues la nación no puede regular lo que es de competencia de las provincias, ni ellas lo que resulte potestad de esta última.

No obstante, existe un amplio campo común, que es el de las materias que resultan captadas por las *facultades concurrentes* (por ejemplo, el derecho del consumidor, el ambiente, etc.), que son regulables tanto por la nación como las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, obviamente, dentro de sus respectivas jurisdicciones.



2.7.2. Facultades reservadas, delegadas y concurrentes

El esquema constitucional de reparto de competencias es crucial para discernir los campos de actuación de la nación, de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires.

Tradicionalmente, las competencias distribuidas entre el Estado nacional y las provincias pueden identificarse como (Cicero, 2013):

1. “delegadas” al Estado nacional o exclusivas del Estado nacional;
2. “conservadas”, “retenidas” o exclusivas de las provincias;
3. concurrentes de la nación y las provincias;
4. excepcionales de la nación;
5. excepcionales de las provincias;
6. compartidas por la nación y las provincias;
7. prohibidas al Estado federal;
8. prohibidas a las provincias; y
9. prohibidas a ambos.

En una rápida enumeración, por supuesto no taxativa, podemos decir que son *facultades exclusivas* de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires (es decir, conservadas y no delegadas al Gobierno nacional) las siguientes:

- a) darse su propia Constitución e instituciones, de acuerdo con los requisitos del artículo 5° CN, lo que comprende la regulación del derecho administrativo;
- b) elegir sus autoridades (gobernadores, legisladores y demás funcionarios) sin intervención del Gobierno federal (arts. 122 y 129 CN);
- c) crear regiones con otras provincias y celebrar tratados parciales entre ellas (art. 124 y 125 CN);
- d) celebrar convenios internacionales, en la medida que sean compatibles con la política internacional del Gobierno nacional (art. 124 CN);
- e) establecer el contenido del régimen municipal;
- f) dictar leyes procesales;
- g) crear impuestos directos e indirectos, estos últimos en forma *concurrente con la nación*, y regular los aspectos derivados de la relación tributaria;
- h) adoptar medidas conducentes al progreso y desarrollo económico de sus territorios (art. 125 y 129).



Como derivación de la forma de Estado federal que consagra la Constitución Nacional, el derecho público -y el derecho administrativo como derivado de aquellos de carácter local. Ello quiere decir que tanto la nación, como las provincias y la Ciudad de Buenos Aires legislan sobre materias administrativas, pero cada una en sus respectivos ámbitos. Es así entonces que, cada jurisdicción cuenta con su propia ley de procedimientos administrativos, de expropiaciones, de empleo público, etc., que regirá en su ámbito territorial específico.

Por su parte, y como corolario de lo anterior, el art. 126 CN dispone que *las provincias no ejercen los poderes delegados a la nación*, poderes que por ende son exclusivos de la nación y definidos y expresos (art. 75, 99, 116 y 117).

Las *competencias delegadas a la nación o exclusivas* de esta abarcan la gran gama de poderes que la Constitución confiere a los tres poderes del Gobierno federal: Poder Legislativo (art. 75), Poder Ejecutivo (arts. 99 y 100) y Poder Judicial (art. 116 y 117), con más aquellas que pueden entenderse *implícitas* para asegurar el cumplimiento eficiente de las conferidas en forma expresa (art. 75, inc. 32, CN), ya que el Congreso Federal puede hacer todas las leyes y reglamentos que sean necesarios para poner en ejercicio los poderes concedidos por la Constitución al Gobierno de la Nación.



La conducción de las relaciones internacionales, la intervención federal, la declaración del estado de sitio, el dictado de los códigos de fondo, la resolución de contiendas judiciales entre las provincias, etc. son ejemplos de competencias exclusivas de los distintos poderes de la nación (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

Finalmente, la Constitución contempla un campo de *facultades concurrentes*, ya que autoriza tanto a la nación como a las provincias a gestionar ciertas materias –tales como la fijación de impuestos internos, los recursos naturales, salud, educación y desarrollo económico– habida cuenta de la identidad de fines entre el gobierno central y los locales (conf. arts. 75 incs. 17 y 18 y 125 CN).

PARA REFLEXIONAR



Imagine que el Ministerio de Educación de la Nación decide suprimir las evaluaciones en la educación secundaria. Entre otras provincias, Corrientes no está de acuerdo con la decisión. ¿Podría negarse a aplicarla? ¿Con qué fundamentos?

2.7.3. La cláusula de los códigos

El art. 75 inc. 12 CN establece que corresponde al Congreso dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina, así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados. Explica Gelli (2011) que esa norma delimita un doble orden de competencias:

- Discierne en la legislación que corresponde dictar al Congreso, la normativa común u ordinaria de la legislación federal o especial.
- Distingue la atribución legislativa (a cargo del Poder Legislativo Federal) de la atribución jurisdiccional, a cargo, en principio, de los estados locales.

2.7.4. Las provincias y la Ciudad de Buenos Aires

Las provincias, en tanto entidades *preexistentes*, han acordado crear la nación delegándole atribuciones expresas y reteniendo todo el poder no delegado (art. 121 CN).

Las provincias dictan sus propias constituciones que deben asegurar “su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria” (art. 5° CN). A su vez, las constituciones provinciales deben asegurar la autonomía

municipal “reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero” (art. 123 CN). Bajo estas condiciones, el Gobierno federal garantiza a cada provincia el goce de su autonomía, es decir, les brinda a todas ellas la seguridad de que respetará su autonomía e integridad territorial en la medida en que estas cumplan con los requisitos establecidos por la Constitución.

Las provincias preexistentes al momento de la sanción de la Constitución Nacional de 1853/1860 eran solo catorce. Las que se agregaron con posterioridad fueron anexadas con base en la potestad con la que cuenta el Congreso Nacional (art. 75 inc. 15) para crear nuevas provincias. La última provincia creada es la de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur que fue territorio nacional hasta 1991.

La Constitución de 1994 le reconoció, en su art. 129, a la Ciudad de Buenos Aires un régimen de gobierno autónomo. Ello quiere decir que, sin perder su condición de sede de la Capital Federal de la república, la Ciudad cuenta con una autonomía análoga a la de las provincias. Al igual que estas, posee una Constitución y legislación para regir su derecho público y administrativo, cuenta con órganos legislativos (es unicameral y se denomina “Legislatura”) y judiciales (su tribunal máximo es el “Superior Tribunal de Justicia”) y sus autoridades son elegidas directamente por su pueblo. aunque no se trata de una provincia es “un nuevo sujeto de la relación federal que se añade a la dual entre el Estado federal y las provincias” (Bidart Campos, 2006, Cap. VIII, punto II, las provincias). Conforme ha expresado la Corte Suprema en una sentencia reciente, la Ciudad posee el estatus de ciudad constitucional federada, (CSJN, caso “GCBA c/Provincia de Córdoba”, sentencia del 4 de abril de 2019).



Para saber más acerca del proceso de conformación de las instituciones autónomas de la Ciudad de Buenos Aires véase Schafrik de Núñez (2010).



2.3.

A fin de evaluar la comprensión del tema del federalismo, responda al menos tres de las siguientes preguntas:

- a. Conforme al esquema constitucional de la República Argentina, ¿cuántas y cuáles son las entidades que cuentan con potestades propias de administración, legislación y jurisdicción?
- b. ¿Por qué razón se afirma que el derecho administrativo es local?
- c. ¿Qué consecuencias se derivan de afirmar que solo la nación es soberana?
- d. Dé al menos tres ejemplos de facultades delegadas por las provincias a la nación.
 - ¿Qué se entiende por “facultades concurrentes”? Ejemplifique.
 - ¿Qué materias quedan comprendidas en la cláusula de los Códigos de Fondo?



2.4.

En las siguientes situaciones determine cuál de los actores de la relación federal (nación y/o provincias, Ciudad de Buenos Aires, municipios) ha adoptado la medida, qué tipo de facultades se han ejercido (exclusivas, delegadas o concurrentes) y con base en qué normas de la Constitución Nacional.

- a. La provincia de Buenos Aires impone el impuesto inmobiliario a la Universidad Nacional de Quilmes.
- b. La Ciudad de Buenos Aires solicita información relativa el nivel de emisiones contaminantes que se dan en el Aeropuerto Jorge Newbery.
- c. Para frenar el avance del coronavirus, el intendente de Puerto Iguazú dicta un decreto por el que dispone cerrar la frontera con Brasil.
- d. La provincia de Mendoza dispone una serie de medidas a fin de promover la industria vitivinícola local entre las cuales está la de imponer un canon al ingreso (para comercialización) de vinos de alta gama, provenientes de cualquier otra provincia.
- e. Para frenar el avance del coronavirus, la provincia de Corrientes exige a quienes quieran ingresar a su territorio y no sea personal esencial, la portación de un permiso y el pago de testeos obligatorios de covid-19.
- f. La provincia de Santa Fe dicta una regulación de protección del ambiente por la cual establece la obligación del constructor y/o concesionario, de la plantación a ambos lados de cualquier autopista nacional o provincial (a una distancia razonable teniendo en cuenta la seguridad vial) de árboles nativos con la finalidad de disminuir el impacto ambiental de la modificación que acarrea esa construcción.

2.8. El sistema económico y rentístico de la Constitución

En la obra *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, Alberdi señalaba que la Constitución Federal Argentina contiene un sistema completo de política económica, en cuanto garantiza, por disposiciones terminantes, la libre acción del trabajo, del capital y de la tierra, como principales agentes de la producción, ratifica la ley natural de equilibrio que preside al fenómeno de la distribución de la riqueza, y encierra en límites discretos y justos los actos que tienen relación con el fenómeno de los consumos públicos (Alberdi, 1998).

Más adelante, afirma que todo gobierno debe contar con medios de existencia, para lo cual proponía la formación de un “tesoro nacional”. En efecto, de acuerdo con Alberdi, el tesoro y el gobierno son dos hechos correlativos que se suponen mutuamente. De allí que el país que no puede costear su gobierno no puede existir como nación independiente, porque no es más el gobierno que el ejercicio de su soberanía por sí mismo. No poder costear su gobierno, es exactamente no tener medios de ejercer su soberanía; es decir, no poder existir.

Así las cosas, en cuanto a los medios para costearlo y sostenerlo, la Constitución dispone en su 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 de exportación de las aduanas, del de la renta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a su población imponga el Congreso federal y de los empréstitos y ope-

raciones de créditos que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación o para empresas de utilidad nacional.

Esta norma se complementa con otras que contemplan *recursos exclusivos de la nación* (por ejemplo, el producto de las aduanas, de la renta de correos, de los derechos de tonelaje, de la amonedación (arts. 9º, 10º, 11 y 126) y *recursos exclusivos de las provincias*, que se forman con todos aquellos que son propios y no han sido delegados a la nación (art. 121 CN: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”).

El esquema de reparto de recursos tributarios entre la nación y las provincias definido en la Constitución histórica de 1853/1860 debe complementarse con otras disposiciones (algunas introducidas por la reforma de 1994), de la cual el art. 75, con varios de sus incisos, es el más destacable.

2.8.1. Federalismo fiscal. Imposición y federalismo

Desde la perspectiva de las finanzas públicas, la noción de *federalismo fiscal* se centra en la existencia de diferentes niveles de gobierno con la autonomía necesaria como para tomar decisiones que determinan distintos niveles de oferta de servicios públicos y de imposición, que están de acuerdo con las peculiaridades locales (Cicero, 2013).



En el uso corriente, la palabra *federal* se utiliza para caracterizar gobiernos descentralizados mientras que la palabra *unitario* se utiliza como sinónimo de gobierno centralizado. Pero en los hechos puede haber regímenes formalmente federales que funcionan como si fueran unitarios por la alta concentración de las facultades recaudatorias y de poder político en el gobierno central (Argentina es un ejemplo); y regímenes formalmente unitarios –esto es, sin gobiernos provinciales– con una amplia participación de responsabilidades de gasto y potestades tributarias en los gobiernos municipales. En los hechos el grado de federalismo –como sinónimo de autonomía de los gobiernos locales– debe ser definido en cada caso no por la apariencia formal sino por la capacidad recaudatoria propia, que es la que da autonomía y responsabilidad en las decisiones de gasto. (TEJEIRO, 2009:4).

De modo que el concepto de federalismo fiscal apunta a complementar la dimensión normativa constitucional de reparto de las potestades tributarias con una dimensión dinámica o realista, que apunta a destacar la verdadera capacidad recaudatoria de cada provincia, porque ella es en la realidad la que condiciona la autonomía normativa que consagra la Constitución Nacional.

De acuerdo con el art. 1º de la Constitución Nacional, que establece el régimen federal de gobierno, es posible distinguir tres niveles, cada uno de ellos con sus propios poderes fiscales (en materia de gastos y recursos) (Rocha y Kusnir, 2004):

- Nivel federal o nacional.
- Nivel provincial (constituido por 24 estados).
- Gobierno municipal, establecido como un requisito para el reconocimiento de las autonomías provinciales, y establecido expresamente en cada una de las constituciones provinciales.

Aun cuando el art. 123 CN establece la autonomía municipal, esta no puede ser asimilada a la autonomía plena de la que solo gozan la nación y las provincias. Esto se debe a que la existencia de un nivel municipal y el alcance de sus facultades queda librada a la decisión de los gobiernos provinciales, según lo establece el art. 5° (Rocha y Kusnir, 2004).

En los países federales, como es el nuestro, pueden surgir conflictos de *doble o múltiple imposición* entre el ente central y las provincias o entre ellas entre sí (Villegas, 2001). Tal como explica Héctor Villegas:



[Aunque esto] no necesariamente es inconstitucional (lo sería cuando por su conducto se viola alguna garantía constitucional o cuando implica una extralimitación de la competencia territorial del poder que sancionó determinado gravamen), este fenómeno es perjudicial porque significa multiplicidad administrativa, recaudación onerosa, fomento de la burocracia, inconvenientes y molestias al contribuyente. Además, la doble imposición interna puede aumentar peligrosamente la presión fiscal (2001: 214).

Para enfrentar el problema de la múltiple imposición interna, el referido autor sostiene que las principales soluciones son las siguientes:



- 1) Separación de fuentes: consiste en distribuir taxativamente los tributos entre los distintos organismos de gobierno con potestad tributaria. Esta solución es de difícil aplicación práctica.
- 2) Coparticipación: este método (en su estado puro) consiste en que la autoridad central se hace cargo de la recaudación y distribuye todo o parte del producto entre las provincias, sobre la base de lo que a cada uno corresponde por su contribución al fondo común (2001: 214).

En principio, la Constitución adopta el sistema de la separación de fuentes, pero la realidad ha llevado a que se utilice en forma amplia el régimen de la coparticipación.

La ley actualmente vigente es la 23548, de 1988 (con distintas modificaciones), que regula la distribución de recursos fiscales entre la nación y las provincias.

2.8.2. Libertad fiscal y poder impositivo. La ley de presupuesto

Para realizar sus fines, el Estado necesita efectuar gastos y obtener recursos. Ello implica manejar importantes cantidades de dinero, que, por un principio ineludible de orden, deben ser calculadas y autorizadas de antemano.

En los Estados modernos, el presupuesto adopta la forma de una ley; en consecuencia, para su elaboración deben cumplirse todos los requisitos exigidos por la legislación general de cada país.

En Argentina, el presupuesto nacional debe ajustarse a la Ley 24156 de administración financiera. Así, de acuerdo con el art. 19 de dicha norma, la ley de presupuesto general constará de tres títulos cuyo contenido será el siguiente:

- Título I - Disposiciones generales.
- Título II - Presupuesto de recursos y gastos de la administración central.
- Título III - Presupuestos de recursos y gastos de los organismos descentralizados.

La confección y contenido del presupuesto se sujeta a una serie de principios que, relacionados entre sí, tienen como objeto primordial establecer un manejo ordenado de las finanzas del Estado. Estos son los de unidad, universalidad, especialidad, no afectación de recurso, equilibrio presupuestario, procedencia, anualidad y transparencia.

2.8.3. Principios de la imposición fiscal

De acuerdo con lo que indica Dino Jarach (2003), deben considerarse como principios de la imposición aquellos postulados que se asumen como limitadores u orientadores de las decisiones estatales en cuanto a la adopción de determinados impuestos.

Entre los postulados por distintos autores, Jarach cita los principios de Fritz Neumark, que son presentados en grupos, según la siguiente enumeración:

- *Primer grupo, fines político-sociales:* 1° generalidad; 2° igualdad; 3° capacidad de pago o capacidad contributiva; 4° redistribución.
- *Segundo grupo, fines políticos-económicos:* 5° evitar el dirigismo; 6° minimizar la intervención tributaria en la esfera privada y en la libre disponibilidad económica; 7° evitar distorsiones en la competencia y favorecerla; 8° eficiencia en la provisión de recursos; 9° capacidad de adaptación o incrementación de los ingresos necesarios; 10° flexibilidad activa, o sea, que posibilite la acción política coyuntural; 11° flexibilidad pasiva, o sea, la conocida también como flexibilidad automática (*built-inflexibility*); 12° favorecer el desarrollo.
- *Tercer grupo, fines técnico-tributarios:* 13° congruencia y sistematización; 14° transparencia (claridad de las normas); 15° factibilidad; 16° continuidad; 17° economicidad; 18° comodidad.

A continuación, se desarrollarán aquellos plasmados en nuestro sistema. Estos principios son (Almandoz, 2012):

Principio de legalidad: señala la necesidad de la aprobación parlamentaria de los impuestos para su validez. Tiene su base en el art. 19 CN, que dispone que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Principio de generalidad: está relacionado con el cumplimiento del deber de contribuir, cualquiera sea el carácter del sujeto, su categoría social, sexo, nacionalidad, edad o estructura. El límite a la generalidad lo dan las exenciones (que tienen

carácter excepcional) y se fundan en razones económicas, sociales, políticas, etc., pero nunca en razones de privilegio.

Principio de razonabilidad: la potestad tributaria solo puede ejercerse mediante la ley (principio de legalidad), ya que las constituciones garantizan los derechos de las personas. Esto significa que la potestad tributaria se transforma en la facultad de dictar normas jurídicas objetivas que crean tributos y posibilitan el cobro a los obligados. Las limitaciones al poder tributario se materializan en principios constitucionales y se fundamentan en dos razones:

1. La organización federal del Estado (nación, provincias y municipios) y la división de poderes (ejecutivo, legislativo y judicial).
2. La Constitución Nacional contiene los derechos individuales de las personas, en cuya salvaguarda dicta normas referidas también a la materia tributaria.

Este principio apunta a resolver si los medios elegidos son o no proporcionales con los fines del tributo y, en consecuencia, si es o no admisible la restricción de los derechos individuales afectados.

Principio de igualdad: como ya se ha señalado, este principio central está consagrado en el art. 16 CN y tiene hondas implicancias en materia tributaria. Dado que el tributo es una carga para quienes lo pagan, debe resolverse con equidad el cuestionamiento que se plantea en relación con quiénes lo pagarán y en qué proporción. Quienes están en igualdad de condiciones deben soportar cargas iguales y quienes no se encuentren en esas condiciones, deberán soportar la carga tributaria en proporción a su situación. Esto significa: igualdad entre iguales y desigualdad entre desiguales.

El *criterio de capacidad contributiva* es la base fundamental en la que se asientan las garantías materiales que la Constitución Nacional otorga a los habitantes respecto de la equidad de los tributos. Relacionado con este principio de igualdad, puede encontrarse el principio de proporcionalidad, que puede entenderse como parte del principio de igualdad ante la ley.

Principio de no confiscatoriedad: la propiedad privada está protegida por el art. 17 CN, de modo que la tributación no puede por vía indirecta violar estas garantías constitucionales. La jurisprudencia ha sostenido que los tributos son confiscatorios cuando consumen una parte sustancial de la riqueza o de la renta. Este principio deberá establecerse de acuerdo con el caso concreto según las exigencias de tiempo, lugar y de los fines económicos de cada impuesto. Para que un tributo sea constitucionalmente válido, requiere que el capital sea preservado; esto no quiere decir que el capital no pueda utilizarse como un parámetro para medir la capacidad de contribuir, en tanto genere utilidades reales o potenciales, porque de lo contrario se produciría una destrucción paulatina de la misma base de imposición que es el capital, y sin duda, se lesionaría el derecho de propiedad.

2.8.4. Clasificación de tributos e impuestos

Para hacer frente a las erogaciones públicas, los Estados tienen que extraer recursos de la economía. Existen tres formas de poder hacerlo: cobrar tributos, emitir deuda pública y emitir dinero.

LEER CON ATENCIÓN



Los *tributos* son recursos que el Estado establece coactivamente para poder financiar la provisión de bienes públicos que realiza a través del presupuesto público.

La definición anterior permite establecer la diferencia entre estos y *los precios* (Rocha y Kusnir, 2004). Mientras que los primeros se obtienen a través de mecanismos coactivos, los segundos son los montos pagados en forma voluntaria por los consumidores como contraprestación por la recepción de bienes privados provistos a través del mercado. En este último caso, los precios brindan una señal acerca de la valuación que los individuos realizan de los bienes que desean consumir. Dicho de otra manera, representan la disposición a pagar por esos bienes.

Los tributos han sido objeto de diferentes clasificaciones. Se verán las más usuales.

Impuestos, tasas y contribuciones

La clasificación más aceptada por la doctrina y el derecho positivo es que los tributos se dividen en impuestos, tasas y contribuciones especiales. Todas ellas son especies que forman parte del género “tributo”.

En el *impuesto*, la prestación exigida al obligado es independiente de toda actividad relativa al Estado. En cambio, en la *tasa* existe una especial actividad del Estado materializada en la prestación de un servicio individualizado en el obligado. Por su parte en la *contribución especial* existe también una actividad estatal que es generadora de un especial beneficio para el llamado a contribuir.

Villegas clasifica los tributos en vinculados y no vinculados (2001).

En los *tributos vinculados* la obligación depende de que ocurra un hecho generador, que es siempre el desempeño de una actuación estatal referida al obligado. Conforme a esta clasificación, serían tributos vinculados la tasa y la contribución especial.

En los *tributos no vinculados*, en cambio, el hecho generador está totalmente desvinculado de cualquier tipo de actuación estatal. El impuesto sería, por lo tanto, un tributo no vinculado.

En el siguiente cuadro se esquematiza la clasificación de los tributos:

TRIBUTO	DESCRIPCIÓN
Impuestos	No se puede apreciar una vinculación entre lo abonado por el contribuyente y el destino que el Estado les dará a estos recursos. En la ley anual que aprueba el presupuesto, se consigna en el rubro Rentas Generales. La prestación exigida al obligado es independiente de toda la actividad estatal relativa a él.
Tasas	Para su creación, debe existir una relación directa entre el servicio que les prestará el Estado a los contribuyentes y lo que se les exige que abonen. Por ejemplo, la tasa municipal de alumbrado, barrido y limpieza de las calles en un municipio.
Contribuciones	La creación de este tributo debe redundar en un beneficio derivado de la actividad estatal y este beneficio es solo para un grupo de personas determinadas. Por ejemplo, una contribución especial que imponga la municipalidad para pavimentar calles de un barrio. Esta contribución estará a cargo de las personas que residan en las calles a mejorar, ya que ellas son las verdaderas beneficiarias de la prestación.

Elementos y clasificación de los impuestos

Los impuestos cuentan con distintos elementos que componen su estructura. Estos son (Rocha y Kusnir, 2004):

- *Materia imponible*: es el elemento elegido por el legislador para determinar el impacto del impuesto (bienes, factores, valor agregado, remuneraciones, etc.). De hecho, el nombre del impuesto refleja habitualmente el nombre de la materia imponible.
- *Hecho generador*: es el hecho que da origen a la obligación fiscal (consumo, producción, tenencia de bienes).
- *Unidad contribuyente* (contribuyente de jure): es quien debe pagar la obligación fiscal, es decir, el responsable legal (consumidor, productor, etc.).
- *Monto del impuesto*: para poder determinar el monto del impuesto, es necesario primeramente fijar la base imponible (valor sobre el que se aplicará el impuesto) y las alícuotas (pesos por unidad o porcentaje del valor de la base imponible).

Los impuestos son susceptibles, a su vez, de clasificación según distintos criterios (técnicos, económicos, jurídicos, según su origen nacional o provincial, etcétera).

A modo de síntesis, a continuación, se presenta un resumen con algunas de las principales ideas y conceptos expuestos:

LEER CON ATENCIÓN



La República Argentina ha adoptado para su gobierno la forma representativa republicana y federal. Rigen la división de poderes (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial) y los principios de legalidad, razonabilidad e igualdad. El federalismo supone la existencia de diferentes órdenes de gobierno, con potestades administrativas, legislativas y jurisdiccionales, en un mismo territorio. Existen, por cierto, facultades reservadas, delegadas y concurrentes en cada orden de gobierno.

El Congreso dicta los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales según corresponda.

Las provincias, en tanto entidades preexistentes, han acordado crear la Nación y le han delegado atribuciones expresas, reteniendo todo el poder no delegado (art. 121 CN). En tanto, en 1994, la Constitución reconoció en su art. 129 a la Ciudad de Buenos Aires un régimen de gobierno autónomo.

El sistema económico y rentístico está definido en la Constitución a partir del art. 4º y concordantes y el sistema tributario está desarrollado en base al denominado federalismo fiscal. Los tributos vigentes pueden clasificarse en impuestos, tasas y contribuciones.

PARA REFLEXIONAR



¿Qué nuevas ideas descubrió? ¿Qué rescataría del texto? ¿Qué le ha llamado la atención? ¿Lo que aprendió encaja o no con sus concepciones anteriores?



Los Constituyentes del 53, Antonio Alice, 1934.
Salón de los Pasos Perdidos del Congreso de la Nación, Argentina.

LECTURA OBLIGATORIA



- BALBÍN, C. F. (2011), “Otros principios constitucionales”, en *Curso de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, pp. 93-95.
- CARNOTA, W. F. y MARANIELLO, P. A. (2008), “Capítulo IV. El principio de igualdad” y “Capítulo V. El principio de reserva, legalidad y razonabilidad”, en *Derecho Constitucional*, Parte I, Ed. La Ley, Buenos Aires, pp. 133-159.
- CICERO, N. K. (2020), *Qué es el Derecho Administrativo* (inédito).
- CICERO, N. K. (2020), *Federalismo y Derecho Administrativo* (inédito).
- GELLI, M. A. (2006), “Comentario al artículo 1º (Principios constitucionales)” y “Comentario al artículo 28 (Principio de razonabilidad)”, en *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 3ª ed. ampliada y actualizada, Ed. La Ley, Buenos Aires, pp. 13-31 y 324-336.
- RECUERDA GIRELA, M. A. (2015), “El principio de la legalidad y las potestades administrativas”, en Torres López, M. (coord.), *Conceptos para el estudio del Derecho Administrativo I en el grado*, 3ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, pp. 129-151.
- VILLEGAS, H. (2001), “Capítulo III. Los recursos del Estado”, “Capítulo IV. Los tributos. El impuesto” y “Capítulo V. Los tributos. Las tasas. Las contribuciones especiales. Las contribuciones para-fiscales”, en *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Ed. Depalma, Buenos Aires, pp. 49-118.

3

Los derechos fundamentales

Objetivos

- Caracterizar el sistema de derechos y garantías de la República Argentina.
- Recordar las distintas generaciones de derechos.
- Estudiar el concepto de “Derechos Humanos”.
- Analizar el tratamiento constitucional al tema de los derechos humanos y garantías.
- Enumerar los instrumentos de derechos humanos incorporados a la Constitución.
- Repasar los nuevos derechos y garantías incorporados por la reforma constitucional de 1994.
- Conceptualizar los derechos fundamentales en particular: autonomía, libertad, igualdad, propiedad, asociación, trabajo, salud, vivienda.

3.1. Las generaciones de derechos

En la República Argentina, el sistema de derechos –según la expresión de Bidart Campos (2006)– se encuentra organizado en la primera parte de la Constitución (la llamada *parte dogmática*, en contraposición con la denominada *parte orgánica*, que trata de la distribución del poder), en la que se enuncian los derechos y garantías de sus habitantes (Del Busto, 2017). Se encuentra estructurado en particular por los arts. 14 y 19, que, según Gelli (2001), constituyen la piedra angular del sistema liberal adoptado por la Constitución de 1853/60 y son la expresión normativa del respeto a la libertad y dignidad de las personas.

Los derechos que el Estado reconoce a todos los habitantes del país están enumerados en la Constitución en la forma de una declaración, a fin de señalar que no se trata de derechos otorgados o concedidos por el Estado, sino meramente reconocidos por este, puesto que derivan de la naturaleza humana. A la vez que la Constitución reconoce estos derechos y libertades (derechos “positivos”), establece la limitación de los poderes del Estado para garantizar la libertad y seguridad de las personas (derechos “negativos”).

Las libertades y derechos reconocidos en los arts. 14 y 19 se complementan, entre otras, con las disposiciones de los arts. 1º, 8º, 10, 11, 12, 15, 16, 17, 18, 20, 22, 23, 25, 26, 28, 32 y 33 CN, en particular en lo referente a que los principios, garantías y derechos reconocidos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28) y que 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. 33). Este conjunto de derechos civiles y políticos, básicamente de libertad e igualdad, se identifican con lo que se conoce como *derechos de primera generación*.

Como ya se ha visto, con la reforma de 1957 que receptó el constitucionalismo social, al plexo normativo antes citado se le incorporaron los *derechos de segunda generación* (económicos sociales y culturales –también denominados “DESC”– como el derecho a un salario justo, a condiciones de trabajo equitativas, a la seguridad social, a la vivienda digna) contemplados principalmente en el art. 14 bis. Este segundo grupo de derechos se fundamenta en las ideas de igualdad y solidaridad social, y apunta a consolidar un acceso garantizado por el Estado a un umbral mínimo de bienes, servicios y oportunidades económicas y sociales.

Posteriormente, la incorporación de la República Argentina al sistema internacional de los derechos humanos y la reforma de 1994, que dio jerarquía constitucional a los tratados de Derechos Humanos, derivaron en un reconocimiento de los *derechos de tercera generación* (derechos colectivos, como el derecho al desarrollo sostenible, al ambiente sano, a la protección de los intereses económicos de consumidores y usuarios, etcétera).

De este modo, a través de las tres líneas ideológicas señaladas, se terminó conformando un complejo sistema de derechos que trae no pocos problemas de interpretación y compatibilidad (Gelli, 2001).

En cualquier caso, es necesario tener en cuenta que todos los derechos que integran el sistema, cualquiera sea la generación a la que pertenecen, poseen la misma jerarquía y tienen que ser articulados y compatibilizados en cada situación concreta. Al respecto, Susana Cayuso (2015) explica que todos los derechos de la primera parte de la Constitución Nacional:



Son derechos fundamentales porque han sido positivados en el texto constitucional y dicha formalización configura una compleja trama de relaciones en la que conviven con su distinta naturaleza, pero condicionados unos con otros. Todos sometidos a límites por aplicación del principio de no ejercicio absoluto de ninguno de ellos, aun respecto de los que pueden gozar de consideraciones preferidas por su estrecha relación con aspectos fuertemente exigidos para la vigencia de la república (2015:139)

Así, surge como primera cuestión la de la operatividad de los derechos. ¿Qué significa entonces que los derechos son directamente operativos y no simplemente programáticos? En principio, implica sostener que ineludiblemente no requieren de una reglamentación (Carnota y Maraniello, 2008). Clásicamente, los derechos de la primera generación (por ejemplo, la libertad de expresión, la libertad religiosa, etc.) son directamente operativos pues se gozan sin necesidad de ninguna acción estatal que lo posibilite. En cambio, los de las generaciones siguientes requieren, en general, de acciones estatales específicas que los hagan accesibles para las personas. En este sentido cabe recordar que el art. 75 inc. 23 establece que corresponde al Congreso “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”. Esta cláusula da cuenta de la necesidad de la acción estatal que garantice un umbral mínimo de goce de ciertos derechos.



El derecho a la información pública, a la defensa de los intereses del usuario y del consumidor y el derecho a una vivienda digna requieren de procedimientos específicos que debe aprobar el Estado a fin de posibilitar su verdadero ejercicio. De allí que se trate de derechos eminentemente programáticos que se tornan operativos mediante acciones estatales que garanticen que puedan ser efectivamente gozados.

Otras cuestiones asociadas, como consecuencia de la operatividad de los derechos, son la exigibilidad (tanto administrativa como judicial) de ellos, en especial los sociales, que generan al Estado un complejo de obligaciones negativas y positivas y su costo para el erario público (traducido en impuestos y tributos para el mantenimiento del sistema de derechos). La exigibilidad se emparenta también con la posibilidad de reclamar, a través de mecanismos administrativos e incluso acciones judiciales, umbrales mínimos de satisfacción del derecho, como a la salud, a la vivienda, a la educación, etc. Los casos “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas” (Fallos: 323:3229); “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” (24/04/2012 – Q. 64. XLVI), “González de Delgado c. Universidad de Córdoba” (Fallos 323:2659 (CSJN, 19/09/2000), dan cuenta de la intervención concreta del Poder Judicial para asegurar el cumplimiento de estos contenidos mínimos de acceso a estos derechos, sin discriminación.

En efecto, los derechos no son gratuitos, y esto es cierto para todas las generaciones de derechos. Mantener los derechos de propiedad, de seguridad social, de educación, de vivienda, etc., asignarlos eficientemente y organizar sistemas de control es costoso. De allí la necesidad de contar con gobiernos eficaces, pues sin ellos las personas gozarían de pocos o ninguno de los derechos individuales garantizados por la Constitución (Holmes y Sunstein, 2015).



El funcionamiento de los registros de la propiedad inmueble y del automotor de todo el país pretenden asegurar y dar instrumentalidad al derecho de propiedad consagrado en el art. 19 CN. El costo asociado al mantenimiento de este sistema es evidente.

3.2. Los Derechos Humanos

De acuerdo con la caracterización de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Los derechos humanos incluyen el derecho a la vida y a la libertad, la libertad de opinión y de expresión, el derecho al trabajo y la educación y muchos más, así como prohíben la esclavitud y la tortura. Todos tenemos los



ACNUDH es la principal entidad de las Naciones Unidas en derechos humanos. Véase <<https://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>>

mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Por eso los derechos humanos son universales, indivisibles, interrelacionados e interdependientes.

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* es la piedra angular en la historia de los derechos humanos. Redactada por representantes de procedencias legales y culturales de todas las regiones del mundo, esta Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948 en París, como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse.

Establece, por primera vez, unos derechos humanos fundamentales que deben protegerse. Desde su adopción en 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos se ha traducido a más de 360 idiomas y ha sido fuente de inspiración para las constituciones de muchos Estados.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos (sobre el procedimiento de quejas individuales y la pena de muerte) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su protocolo facultativo constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos.

La consagración y el reconocimiento universal de los derechos humanos es la más clara manifestación de la internacionalización del derecho (Gordillo, 2017).

El movimiento por el reconocimiento y ampliación de los derechos humanos ha ido creciendo paulatinamente. Así, con el tiempo, los tratados internacionales de derechos humanos se han ido centrando y especializando tanto en los temas que abordan como en los grupos sociales que precisan de su protección.

La legislación relativa a los derechos humanos sigue creciendo y ampliando los derechos y libertades fundamentales que figuran en la Carta Internacional de Derechos Humanos, abordando asuntos como la discriminación racial, la tortura, las desapariciones forzosas, las personas con discapacidad, y los derechos de la mujer, los niños, los migrantes, las minorías y los pueblos indígenas.

Un elemento muy importante de este sistema internacional de protección de la dignidad humana está dado por la circunstancia de que muchos de los principales tratados internacionales de derechos humanos cuentan con un órgano revisor que supervisa la aplicación de ese tratado en los países en los que ha sido ratificado. Estos órganos (como el Comité de los Derechos del Niño, que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, y el Comité contra la Tortura, que supervisa la Convención contra la Tortura) se reúnen varias veces al año en Ginebra o en Nueva York. Las personas que han sufrido violaciones de sus derechos pueden presentar una queja directamente a los comités que supervisan los cuatro tratados de derechos humanos: el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, 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 (CEDAW) y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Los órganos judiciales de la familia de las Naciones Unidas, incluida la *Corte Penal Internacional* y los tribunales especiales de crímenes de guerra, como los constituidos para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, y creados por el Consejo de Seguridad, trabajan para asegurar la justicia y la rendición de cuentas individual en los casos de grandes violaciones de los derechos humanos.



<https://www.un.org/es/sections/universal-declaration/foundation-international-human-rights-law/index.html>

LEER CON ATENCIÓN



El concepto de derechos humanos contiene implícito el de la dignidad humana. Ella está en íntima relación con los principios de igualdad y libertad e involucra también la búsqueda constante de un proyecto de vida digna para todos.

La *no discriminación* es, a su vez, un principio transversal en el derecho internacional de derechos humanos, ya que se aplica a toda persona en relación con todos los derechos humanos y las libertades, y prohíbe la discriminación sobre la base de una lista (no exhaustiva) de categorías tales como sexo, raza, color, etc. Está presente en los principales tratados y constituye el tema central de algunas convenciones, como la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. El principio de la no discriminación se complementa con el *principio de igualdad*, como lo dispone el art. 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Finalmente, existe una relación intrínseca entre derechos humanos, Estado de derecho y democracia, ya que, si alguno de estos elementos no existe o es débil, entonces no hay un marco pleno de respeto de los derechos humanos. Es en este sentido que se habla de la existencia de la “tríada de derechos humanos” que se representa con el siguiente esquema:

Tríada de los derechos humanos



3.2.1. Características de los derechos humanos

LEER CON ATENCIÓN



Los derechos humanos son derechos universales, indivisibles, integrales, interdependientes, complementarios, irrenunciables, imprescriptibles, inalienables e inviolables de los seres humanos.

Los derechos humanos son *universales* ya que pertenecen a todas las personas, sin distinción alguna, en todo momento y lugar donde se encuentre. La humanidad es la condición que los hace operativos, de allí que no sean predicables respecto de personas jurídicas u organizaciones públicas o privadas de ningún tipo.

Los derechos humanos son *indivisibles*, *interdependientes*, *integrales* y *complementarios*. Esto quiere decir que todos los derechos humanos están relacionados entre sí, y en su conjunto forman parte de un sistema armónico que garantiza y protege la vida digna, libre y autónoma de la persona humana (Rodríguez Rescia, 2004). Todos los derechos humanos son, por lo tanto, igualmente importantes. Ello significa que el avance de uno facilita el avance de los demás y que la privación de un derecho afecta negativamente a los otros.



Los derechos civiles y políticos (como el derecho a la vida, integridad personal, honor, libertad de expresión, etc.) guardan una relación de interdependencia con los derechos económicos, sociales y culturales (el derecho a la salud, educación, alimentación, vivienda, etc.) o los derechos colectivos (como los derechos al desarrollo y la libre determinación). La persona humana necesita de todos los derechos humanos para vivir con dignidad, en libertad y en condiciones de igualdad con los demás.

Los derechos humanos son *irrenunciables* e *imprescriptibles*. Los derechos humanos y las libertades fundamentales se protegen desde el momento de la concepción y no se pierden con el transcurso del tiempo (Rodríguez Rescia, 2004). Son *inalienables* e *inviolables*. Por tratarse de atributos inherentes a la persona humana, no pueden transferirse, cederse o comercializarse. Los Estados no solo deben respetarlos, sino que no pueden desconocerlos o violarlos de ninguna forma. Nadie puede ser despojado de sus derechos y libertades, salvo de manera excepcional y temporal, por orden de autoridad competente y de conformidad con la ley (Rodríguez Rescia, 2004).

¿Qué son los derechos humanos?

Elizabeth Salmón



https://www.youtube.com/watch?v=haujKg_PXGQ

3.2.2. Obligaciones y deberes de los Estados

Una premisa elemental de los derechos humanos es que, así como debemos hacer respetar nuestros derechos, también debemos respetar los derechos de los demás, sin discriminación ni desigualdad de ninguna índole.

Pero este deber de respeto de los derechos humanos no queda en el plano individual, es decir, en relación con las personas entre sí, sino que especialmente se ejerce frente al Estado. Se entiende que el Estado es el primer responsable de garantizar y proteger los derechos esenciales de todas las personas que se encuentren en su territorio (no solo de sus nacionales, sino de todos sus habitantes). Involucra la realización de acciones positivas como organizar los aparatos sociales y judiciales, así como la abstención de realizar actos que afecten derechos de las personas. El incumplimiento de esa obligación genera responsabilidad estatal por los medios previstos en el ordenamiento interno y, de manera complementaria y subsidiaria, por el derecho internacional de los derechos humanos (Rodríguez Rescia, 2004).

El *derecho internacional de los derechos humanos* establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales individuales o colectivas.

Todos los Estados tienen el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de respetar, proteger y promover todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. No solo porque estas obligaciones han sido asumidas en tratados internacionales, sino porque los derechos humanos son universales y forman parte del derecho internacional consuetudinario, de los principios generales y de otras fuentes del derecho internacional.

LEER CON ATENCIÓN



Los derechos humanos incluyen tanto derechos como obligaciones. Los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos.

Que los Estados deben *respetar* los derechos humanos significa que ellos deben abstenerse de violarlos y de interferir en su disfrute, o de limitarlos arbitrariamente.

La obligación de *protegerlos* exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos. Deben actuar para evitar que sean violados (por órganos del propio Estado como por terceros), investigando cuando se denuncia una violación y sancionando y reparando cuando aquella se produzca.

La obligación de *realizarlos* significa que los Estados deben adoptar *medidas positivas* para facilitar el disfrute o la satisfacción efectiva de los derechos humanos básicos.

Protección genérica y protección específica de derechos humanos

Mónica Pinto, Universidad de Buenos Aires



<<https://www.youtube.com/watch?v=5G5RMd7iiBs>>

3.2.3. Evolución y contenido

La idea de la protección de la dignidad humana es de antigua data y anterior a la aparición del concepto jurídico internacional de “derechos humanos”. Esto se explica porque usualmente las normas internacionales se crean solo cuando los Estados advierten la existencia de un área de preocupación que no es posible de regular de manera eficaz exclusivamente en el ámbito nacional. Esto no sucedió sino hasta la Segunda Guerra Mundial, que hizo percibir a la comunidad internacional la necesidad de crear un sistema para proteger a los seres humanos de los abusos de sus gobernantes y prevenir la ocurrencia de situaciones como las que se habían producido durante su transcurso (Medina Quiroga y Nash Rojas, 2003).

Los orígenes de este último concepto se confunden con el intento de imprimir al orden social y político un contenido ético; entre sus primeras expresiones en el siglo XVIII puede mencionarse el surgimiento de la teoría del contrato social de John Locke, de la separación de poderes de Montesquieu y de la soberanía popular de Rousseau (Medina Quiroga y Nash Rojas, 2003).

Tanto la Constitución de los Estados Unidos de 1787, como la francesa de 1789, constituyen los primeros pasos en el reconocimiento de la existencia de derechos inalienables de todos los hombres. No obstante, es la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, la expresión escrita en la que se cimenta el sistema universal de los derechos humanos (Del Busto, 2017).

Los derechos humanos también responden a las distintas generaciones de derechos a las que ya se hizo referencia. De esta manera, estos derechos pueden ser clasificados en civiles, políticos y sociales. Los primeros son los que se refieren a la personalidad del individuo (libertad personal, de pensamiento, de expresión, de religión, de reunión, libertad económica), y por ellos se garantiza al individuo una esfera de arbitrio o de licitud, siempre que su comportamiento no viole el derecho de los otros. Los derechos civiles obligan al Estado a una actitud de no impedimento, a una abstención (son una libertad *por*) (Bobbio, Matteucci y Pasquino, 1991).

Los *derechos políticos* (libertad de asociación en los partidos, derechos electorales) están vinculados a la formación del Estado democrático-representativo e implican una libertad activa, una participación de los ciudadanos en la determinación de la dirección política del Estado (son una libertad *de*) (Bobbio, Matteucci y Pasquino, 1991).

Los *derechos sociales, económicos y culturales* (derecho al trabajo, a la asistencia, al estudio, protección de la salud, libertad de la miseria y del miedo) madurados por las nuevas exigencias de la sociedad industrial, en cambio, implican un comportamiento activo por parte del Estado al garantizar a los ciudadanos una situación de certidumbre (son todavía libertades *por*) (Bobbio, Matteucci y Pasquino, 1991).

Asimismo, a través de instrumentos internacionales específicos, se ha llegado al reconocimiento de los derechos de los grupos sociales más desfavorecidos: minorías (étnicas, lingüísticas y religiosas), excluidos (los enfermos, los presos), marginados (los ancianos, las mujeres). Como hemos visto, convenciones internacionales como las de los derechos del niño, sobre los derechos de las personas con discapacidad, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer son ejemplos tangibles de este movimiento de ampliación de derechos humanos hacia sectores que han sido objeto de prácticas de discriminación a través de los tiempos.

¿Qué son los derechos humanos?

Organización Unidos por los Derechos Humanos



<<https://www.youtube.com/watch?v=03BvIF1TNTw>>



3.1.

Luego de visualizar el video, y de acuerdo con su experiencia como ciudadano, ¿qué diría que son los derechos humanos?

Compare su respuesta con al menos dos de los testimonios de las personas que aparecen durante los primeros minutos del video.

A partir de los conceptos que incorporó en esta unidad, ¿reformularía su respuesta anterior?, ¿en qué términos?

3.2.4. Los derechos humanos en la Constitución Nacional

Si bien el sistema de derechos contenido en la Constitución Nacional reconoce derechos humanos básicos desde su formulación originaria de 1853/1860 (por ejemplo, a la libertad, a la igualdad, etc.) a partir de la reforma constitucional de 1994 se enumeran directamente en el texto constitucional algunos instrumentos internacionales de derechos humanos y a través del art. 75 inc. 22 se les otorga jerarquía constitucional. Este rango constitucional significa que los tratados internacionales sobre derechos humanos complementan la carta magna (Quiroga Lavié, 1995) y de allí que posean supremacía sobre el resto del orden jurídico nacional.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional, de acuerdo con el art. 75, inc. 22, segundo párrafo CN son:

- la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- la Declaración Universal de Derechos Humanos;
- la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también denominado “Pacto de San José de Costa Rica”);
- 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 contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes;
- la Convención sobre los Derechos del Niño.

Asimismo, la Constitución establece, en su art. 75, inc. 22, tercer párrafo, que 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.

Entre los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos que han adquirido jerarquía constitucional con posterioridad a la sanción de la Constitución Nacional, se encuentran:

- la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por Ley 24556, a la que se otorgó jerarquía constitucional por Ley 24820.

- la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, aprobada por Ley 24584, a la que se otorgó jerarquía constitucional por Ley 25778.
- la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por Ley 26378, a la que se otorgó jerarquía constitucional por Ley 27044 (Del Busto, 2017).

La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por la República Argentina en 1983 a través de la Ley 23054, merece un comentario especial. Este instrumento internacional, además de consignar un catálogo de derechos humanos fundamentales, contempla la creación de un tribunal judicial internacional (la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*) que aplica e interpreta el tratado en casos concretos en los que se denuncia que un Estado que es parte del sistema interamericano de derechos humanos -por haber ratificado la Convención- incurre en una violación de alguna de sus cláusulas.

Hay otros organismos internacionales que también promueven el respeto por los derechos humanos, pero no son órganos judiciales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que también contempla el sistema interamericano o los comités de los distintos tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (por ejemplo, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW). Estos órganos tienen carácter consultivo y si bien sus opiniones representan importantes precedentes a seguir y respetar por los distintos países, no son decisiones obligatorias, como las que adopta la Corte Interamericana, que constituye un tribunal supranacional y cuya palabra es la final (incluso por encima de la Corte Suprema de Justicia Nacional) en materia de los derechos humanos resguardados por el Pacto de San José.

Si bien el litigio y la protección de los derechos humanos deberá efectuarse en primer término en el ámbito nacional, a través de los jueces nacionales, la Convención Americana contempla un mecanismo de tutela de los derechos humanos que permite recurrir a una instancia internacional (la Corte Interamericana).

Cuáles son las funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos



<<https://vimeo.com/356518786>>

3.3. Nuevos derechos y garantías

La reforma constitucional de 1994 introdujo un nuevo capítulo (el segundo, integrado por siete artículos, del 36 al 43 CN) con el título de “Nuevos derechos y garantías”.

Allí se incorporaron algunos de los llamados derechos de tercera generación (de usuarios y consumidores y de protección del ambiente), se ampliaron las garantías personales y colectivas (por ejemplo, a través de la regulación de la acción de amparo) y se trazaron nuevos perfiles al derecho a la igualdad y al Estado –esto último, puesto que se establecen una serie de principios que apuntan a garantizar la vigencia del sistema democrático republicano y el estado constitucional de derecho– (Gelli, 2011). Estas nuevas cláusulas tienen una relación directa con los arts. 1º, 16, 22, 29, 30, 31 y 33 de la Constitución Nacional (Cayuso, s/d).

En concreto, en este capítulo, se reconocen:

- el derecho de resistencia a los gobiernos de facto
- el derecho de iniciativa popular
- el derecho a un ambiente sano
- el derecho de consumidores y usuarios a su protección
- el recurso de amparo, el hábeas corpus y el hábeas data.

Por otra parte, en el art. 75, referido a las atribuciones del Congreso de la Nación, se establecen ciertas precisiones sobre el derecho de aprender, ya reconocido en el art. 14 del texto de 1853, y en el inc. 23 se establece el derecho del niño y de la madre en situación de desamparo a recibir protección a partir del momento del embarazo.

3.4. Los derechos en particular

Se hará una breve enunciación (no taxativa) de los derechos en particular que se encuentran amparados en el sistema de derechos vigente en Argentina, con la aclaración de que 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. 33 CN).

Clases o tipos de derechos	Ubicación en la Constitución
Derechos civiles	Trabajar y ejercer industria lícita, navegar, comerciar, pedir a las autoridades; libertad ambulatoria, propiedad, libertad de prensa, de asociación, de culto, de enseñar y aprender (Art. 14). Prohibición de esclavitud (Art. 15). Igualdad, igualdad fiscal (Art. 16). Eximición de aduanas interiores y libertad de circulación de mercaderías (Art. 9 a 12). Libre navegación de los ríos (Art. 26). Inviolabilidad de la propiedad, propiedad intelectual, industrial y comercial (Art. 17). Intimidad y privacidad, principio de legalidad (Art. 19). Resistencia frente a actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático (Art. 36). Preservación del ambiente, del patrimonio cultural y natural y de la diversidad biológica; no ingreso al territorio de residuos peligrosos y radioactivos (Art. 41). Los incorporados por Instrumentos Internacionales de DD.HH. (Art. 75 inc. 22). Igualdad de oportunidades y de trato, pleno goce y ejercicio de derechos, protección de los niños, mujeres, ancianos y discapacitados, régimen de seguridad social para los niños desamparados y para la madre durante el embarazo y lactancia (Art. 75 inc. 23).
Derechos políticos	Sufragio, igualdad entre varones y mujeres (Art. 37). Creación, acceso a fuentes de información, difusión de ideas y sostenimiento económico estatal de partidos políticos (Art. 38). Iniciativa legislativa popular (Art. 39). Sufragio en consulta popular (Art. 40).
Derechos civiles de los extranjeros	Ejercer industria, comercio y profesión, libre profesión del culto, testar, casarse, adquirir la ciudadanía (Art. 20).
Derechos implícitos	Derechos de toda índole (Art. 33). Los incorporados por Instrumentos Internacionales de DD.HH. (Art. 75 inc. 22).
Derechos sociales	Protección del trabajo, condiciones dignas de labor, jornada limitada de trabajo, descanso y vacaciones pagas, retribución justa, salario mínimo, vital y móvil, igual remuneración por igual tarea, participación en las ganancias, control de la producción, protección contra el despido arbitrario, estabilidad en el empleo público, organización sindical libre y democrática, concertación de convenios colectivos, huelga, beneficios de la seguridad social, jubilaciones y pensiones móviles, bien de familia, acceso a la vivienda digna (Art. 14 bis). Los incorporados por Instrumentos Internacionales de DD.HH. (Art. 75 inc. 22).
Derechos civiles y sociales de consumidores y usuarios	Protección de la salud, seguridad e intereses económicos, información adecuada y veraz, libre elección, condiciones de trato equitativo y digno, defensa de la competencia, calidad y eficiencia de los servicios, conformación de asociaciones de consumidores y usuarios (Art. 42).
Derechos civiles y sociales de los pueblos indígenas	Reconocimiento de su preexistencia étnica y cultural, respeto a su identidad, educación bilingüe, reconocimiento de la personería jurídica, posesión y propiedad comunitarias, participación en la gestión referida a sus intereses (Art. 75 inc. 17).
Derechos culturales	Investigación, desarrollo científico y tecnológico, formación profesional de los trabajadores, participación de la familia y la sociedad en la educación, igualdad de oportunidades, no discriminación, gratuidad y equidad en la educación pública estatal, autonomía y autarquía de las universidades nacionales, identidad y pluralidad cultural, libre creación y circulación de las obras de autor, protección del patrimonio artístico y de los espacios culturales y audiovisuales (Art. 75 inc. 19).
Derechos civiles y económicos	Desarrollo humano, progreso económico con justicia social, generación de empleo, defensa del valor de la moneda (Art. 75 inc. 19).
Derechos de incidencia colectiva	Intereses difusos (Art. 43).

Fuente: Del Busto (2017: 103).

LECTURA RECOMENDADA



Gelli, M. (2006), Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, 3ª edición ampliada y actualizada, comentario a los artículos 14, 19, y 75 inc.22, Ed. La Ley, Buenos Aires.

A modo de síntesis, se presenta un extracto con algunas de las principales ideas y conceptos expuestos.

LEER CON ATENCIÓN



En la República Argentina, el sistema de derechos se encuentra organizado en la parte orgánica de la Constitución, estructurado en particular por los arts. 14 y 19, que constituyen la piedra angular del sistema liberal adoptado por la Constitución de 1853/60 y son la expresión normativa del respeto a la libertad y dignidad de las personas.

Los derechos que el Estado reconoce a todos los habitantes del país están enumerados en la Constitución en la forma de una declaración. La Constitución ha recogido en su texto postulados de distintas corrientes del constitucionalismo (liberal, social, democrático, cultural). Desde la reforma de 1994 se enumeran directamente en el texto constitucional algunos instrumentos internacionales de derechos humanos y a través del art. 75 inc. 22 se les otorga jerarquía constitucional y también un nuevo capítulo denominado “Nuevos derechos y garantías” (arts. 36 a 43).

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición.

Los derechos humanos incluyen tanto derechos como obligaciones. Los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos.

Existen mecanismos de protección internacional de los derechos humanos entre los que se destaca la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

PARA REFLEXIONAR



¿Qué nuevas ideas descubrió? ¿Qué rescataría del texto? ¿Qué le ha llamado la atención? ¿Lo que aprendió encaja o no con sus concepciones anteriores?



Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Jean-Jacques François Le Barbier, 1789. Musée Carnavalet, París.

LECTURA OBLIGATORIA



BIDART CAMPOS, G. (2000), “Capítulo IX. El sistema de derechos”, en *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, edición ampliada y actualizada a 1999-2000, Ed. Ediar, Buenos Aires.
 GELLI, M. A. (2006), “Comentario al artículo 14/14bis (Principios constitucionales)”, “Comentario al artículo 19” y “Comentario al art. 75 inc. 22”, en *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 3ª edición ampliada y actualizada, Ed. La Ley, Buenos Aires, pp. 72-178, 247-281 y 705-719.

4

Las fuentes del derecho público

Objetivos

- Detallar las fuentes del derecho público y compararlas con las del derecho privado.
- Identificar la Constitución Nacional como la fuente principal del derecho administrativo.
- Describir las distintas fuentes del derecho público y la jerarquía que existe entre ellas, en particular, entre los tratados internacionales y las leyes.
- Introducir la categoría jurídica de reglamento.
- Analizar los distintos tipos de reglamentos, su contenido y límites.
- Conocer acerca de las restantes fuentes formales del derecho administrativo.
- Conceptualizar los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación como fuente de derecho público.

4.1. Las fuentes del derecho

El tema de las fuentes del derecho pertenece a la teoría general del derecho más que a una rama específica del ordenamiento jurídico. La expresión se usa en sentido metafórico y hay dos acepciones principales de “fuentes” del derecho: en sentido amplio, se las identifica con las razones jurídicas (de tipo sustancial, procedimental o de autoridad) y en uno restringido, a aquellas razones dotadas de autoridad jurídica institucionalizada en una sociedad determinada (o sea, un esquema de fuentes explícito en el propio ordenamiento positivo) (Zuleta Puceiro, 2013). Otra definición usual indica que se trata de lo que es invocado como derecho aplicable por los litigantes en sus presentaciones o por el juez en sus sentencias (Aftalión, García Olano y Vilanova, 1984). En el Código Civil y Comercial (columna vertebral del derecho privado) las fuentes están organizadas en los arts. 1°; 2° y 3°.

Sin embargo, en todas las ramas del derecho resulta conveniente precisar cuál es el origen del que surgen los preceptos que lo caracterizan, y en el derecho público en general y en el administrativo en particular, esto resulta central, ya que el sistema de fuentes es el que les proporciona a los poderes del Estado y a los órganos administrativos que los integran las potestades y atribuciones con las que cuentan para desarrollar sus funciones dirigidas a lograr el bienestar colectivo.

Como explica Balbín (2015), “las fuentes son los instrumentos que crean y forman el ordenamiento jurídico (particularmente, las reglas jurídicas); es decir, el origen del Derecho, su principio y su fundamento” (2015: 60). El concepto de fuente también alude a la validez del derecho, y aquí aparece la voluntad del Estado que le imprime dicha validez (Farrando y Martínez, 2000).