

# EL PROCEDIMIENTO COMO ELEMENTO ESENCIAL EN LA TOMA DE DECISIÓN DE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO

## PROCEDURE AS ESSENTIAL IN GOVERNMENT BODIES DECISIONS

RODOLFO C. BARRA<sup>1</sup>

### RESUMEN

El artículo analiza la relevancia del procedimiento como elemento fundamental en la toma de decisiones de los tres órganos superiores del Gobierno-Estado. Para ello, tomamos como punto de partida la noción de función como concepto jurídico-organizativo y, desde la distinción de las tres funciones de gobierno, abordamos el procedimiento en sus diversas manifestaciones, con especial énfasis en las peculiaridades que asume a partir de las características propias de la decisión gubernamental de que se trate: ley, sentencia o acto administrativo. Finalmente, examinamos en qué casos y con qué alcance procede el control del procedimiento y a quién compete ese control.

1. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina (1980), ex Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ex Convencional de la Convención Reformadora de la Constitución Nacional en 1994; profesor emérito de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Correo electrónico: rbarra@fcb.com.ar. Recibido el: 1/12/2019; arbitrado el 5/12/2019.

**PALABRAS CLAVE**

Procedimiento - Toma de decisiones - Control judicial – Función legislativa – Función administrativa – Función judicial

**ABSTRACT**

The article deals with procedure as fundamental in the decision-making of the three branches of Government. To start with, we analyze the notion of function as a legal concept. Then we approach the procedure in its various aspects, with special emphasis on the particular features of each government decision, such as statutes, judicial decisions or administrative acts. Finally, we examine when and how the control of such procedure is exercised.

**KEY WORDS**

Separation of powers – Administrative law- Common Good- Judicial review– Decision making process

**INTRODUCCIÓN: FUNCIÓN Y ACTIVIDAD**

Las organizaciones son creaciones humanas (salvo el orden natural, que es de creación divina) para, en la persecución de determinados objetivos o fines, actuar con *eficacia*, es decir, con éxito, y con *eficiencia*, esto es consiguiendo la máxima utilidad o rendimiento del objetivo con la mínima inversión de costos, ya sean económicos, de tiempo, de esfuerzo, jurídicos (lesión de derechos), pérdidas humanas (en la guerra), etc.

Así, la organización es una creación racional, que puede o no ser dotada de subjetividad jurídica, y que puede o no ser autosuficiente, ya que es posible —y más que frecuente— la existencia de organizaciones menores dentro de otras organizaciones mayores. Una organización que se distingue especialmente es la gubernamental, es decir, la encargada del *Gobierno* (personificado en el Estado) o conducción superior de otra organización mayor que es la comunidad política. A esta tam-

bién la podemos denominar “ordenamiento jurídico” (Santi Romano<sup>2</sup>) cuando la consideramos desde la perspectiva de su juridicidad.

Los documentos fundacionales del constitucionalismo moderno<sup>3</sup>, además de la afirmación de los derechos humanos, se destacan por el énfasis puesto en la organización gubernamental, establecida, precisamente, al servicio del objetivo principal —la garantía de los derechos— con eficacia y eficiencia<sup>4</sup> (esta dupla sistémica, como veremos, será desarrollada con el tiempo también como principio de razonabilidad y proporcionalidad).

El dato organizativo principal en esta construcción, que fue conceptual y práctica, es el de la distinción y armonización de los denominados “poderes” del Gobierno, cuya gran expresión se encuentra en el texto de la Constitución norteamericana de 1787 que, como sabemos, en su texto original, anterior a las diez primeras enmiendas de 1791 (denominado el *Bill of Rights*) era puramente organizativa.

Como trataré de sugerir, un dato esencial en tal organización es el procedimiento de toma de decisión, común a los tres “poderes”, para lo cual necesitare ubicar la funcionalidad organizativa o sistémica de ellos<sup>5</sup>. Para ello debemos distinguir, primero, la actividad jurígena material de la función como dato organizativo. Luego referire-

2. Nos referimos, precisamente, a su obra *El ordenamiento jurídico* (Madrid, España, Editorial Reus, 2012, *passim*).

3. Sin menospreciar su enorme importancia, no está demás advertir que tales documentos, y las ideas que los inspiran, son también producto del pensamiento judeo-helénico-romano-cristiano, desde el fondo de nuestra historia.

4. La Declaración del 4/7/76, luego de enumerar algunos de los derechos inalienables, cuya existencia es autoevidente, sostiene que para garantizarlos “se instituyen entre los hombres los gobiernos”, y que el pueblo tiene derecho a “organizar sus poderes (del gobierno)” para mejor garantía de eficacia y eficiencia. Esta idea luce también en el art. 2 de la francesa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y su dogmático art. 16 “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”. También en la Constitución gaditana de 1812 (por ejemplo, el art. 4 y luego los títulos y capítulos destinados a la organización del gobierno de las Españas: las Cortes, el Rey, las Secretarías de estado y del despacho, el Consejo de Estado, los Tribunales).

5. Ampliar en BARRA, Rodolfo. *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos*, T. 1, Capítulo V, Astrea-Rap, Buenos Aires, 2018.

mos al procedimiento y a sus dos categorías, el procedimiento formal o adjetivo y el debido proceso sustantivo. Culminaremos con algunas reflexiones sobre el debido proceso como garantía constitucional esencial para el mantenimiento del orden democrático.

## I. DISTINCIONES

### A) *La actividad jurígena material*

Por actividad entendemos la relación de la expresión de la voluntad gubernamental con el tipo de norma jurídica, ya sea que le dé nacimiento, la aplique a situaciones concretas de gestión o resuelva conforme a ella los conflictos intersubjetivos.

Podemos individualizar así, desde este punto de vista exclusivamente material-*jurígeno*, la actividad legislativa, la actividad ejecutiva y administrativa y la actividad jurisdiccional.

Estas tres actividades son connaturales al Gobierno de la comunidad política, pues son los medios o instrumentos de expresar jurídicamente su *poder* (causa formal) para obtener su fin propio y específico: el bien común (causa final). Por ello, como el poder se expresa con tales medios, es aceptable identificar a los tres como “poderes”, siempre dentro de un solo “poder” principal, que es el de gobierno.

Notemos que la Constitución de Estados Unidos otorga estos “poderes” a tres órganos que no son del Estado, ya que allí los que existen son “los Estados” locales, que se encuentran unidos en un “Gobierno” u órgano de coordinación y conducción superior. La Constitución argentina manifestó esto en forma expresa, al definir, como autoridades de la Nación, al “Gobierno Federal”, con sus tres poderes, y a los gobiernos de provincia. El término Estado Nacional vendría utilizado años después por el Código Civil para definir la calidad subjetiva del Gobierno, es decir, para personalizarlo. Esta cuestión terminológica puede ser diversa según los ordenamientos jurídicos, especialmente en los parlamentarios.

Históricamente, y por supuesto simplificando el análisis, *las tres actividades se encontraban residenciadas en un solo órgano*, el que se hallaba en el vértice de la pirámide organizativa gubernamental.

El triunfo de la revolución burguesa contra la aristocracia (proceso que cubrió gran parte de la segunda mitad del siglo XVIII —e incluso antes en Inglaterra— y tuvo sus mayores expresiones exitosas en las ya mencionadas revoluciones Americana y Francesa), significó despojar al rey de las atribuciones que más afectaban a los intereses de la burguesía: la legislación sobre materias atinentes a la libertad personal y propiedad y la interpretación de esas leyes con carácter y efectos de cosa juzgada.

Por eso a los órganos ya existentes que realizaban tales actividades, pero respetando la posible decisión final por el rey, se les modificó cualitativamente sus mismas competencias. Así nacieron los órganos superiores del Gobierno-Estado; cada uno de ellos ejercerá el poder político (que es único e indivisible) de tal manera que cada uno de ellos “tiene” consigo las tres propiedades del Gobierno. Los tres, dentro de la esfera de la propia competencia, ejerciendo actividades materialmente legislativas, jurisdiccionales y administrativas y, especialmente en el modelo norteamericano de controles y balances, con una separación funcionalmente armónica.

### ***B) La función como dato jurídico-organizativo***

Con el constitucionalismo moderno el Gobierno-Estado cuenta con tres órganos superiores y de máxima jerarquía. Como los tres realizan —en mayor o menor medida— las tres clásicas actividades juríginas gubernamentales *la materialidad de sus cometidos se torna insuficiente para definirlos y distinguirlos más allá del aspecto subjetivo u orgánico.*

Sin embargo, estos órganos superiores no pueden ejercer, en todos los casos y de cualquier modo, las tres actividades del Estado con relación a la norma jurídica. Lo tienen que hacer conforme lo establece la Constitución. Por de pronto, cada uno de los órganos jerárquicos del Estado realiza las tres actividades según un *procedimiento* preponderante y específico.

De esta manera, el Ejecutivo expresa su voluntad conforme a un procedimiento preponderantemente jerárquico, mientras el Legislativo lo hace previa deliberación y decisión mayoritaria y el Judicial según la regla del silogismo, sin perjuicio de que la exigencia de la

razonabilidad deba ser respetada en la toma de decisiones de cualquiera de los tres poderes u órganos.

Además —como otra nota delimitadora de la “función”— si bien los tres órganos pueden expresarse a través de las tres actividades, deben respetar imperativas limitaciones en cuanto a la materia u objeto de su decisión. Por ello, por ejemplo, es indiscutible que el órgano ejecutivo realiza actividad legislativa, pero si lo hiciera sobre la materia impositiva —si creara nuevos impuestos— tal actividad, en la Argentina, sería inválida.

De aquí que la *competencia* —material, temporal y territorial— fijada por la Constitución Nacional se muestra como otro elemento indispensable para distinguir los tres órganos estatales<sup>6</sup>.

*Del compuesto de órgano, competencia y procedimiento surge la función. La función será entonces la atribución de competencia otorgada por la norma constitucional a cada uno de los órganos supremos del Estado para que realicen sus actividades jurígenas sobre materias determinadas expresa o implícitamente y preponderantemente conforme a un procedimiento típico y preestablecido.*

De esta manera, cada órgano debe ajustarse a su propia *función*, aunque, dentro de lo admitido por esta, realice materialmente las tres *actividades*, que se regirán principalmente por el derecho propio de la *función*.

Desde la perspectiva indicada, entonces, *la función es un concepto exclusivamente jurídico-organizativo*, de base principalmente constitucional —si nos referimos a las funciones constitucionales, lógicamente— y que se determina por la atribución de competencias que la Constitución le acuerda al órgano por ella también creado, para ser ejercida conforme con un procedimiento característico y determinante.

En consecuencia, resultará apropiado denominar a estas funciones de gobierno como *función legislativa, función ejecutiva o administrativa y función judicial*, respectivamente. Cada una de ellas, como ya fue dicho, *es el producto de la combinación de los regímenes jurídicos que corresponden al órgano, a la competencia y al procedimiento, ya que la*

6. Dice HAURIU “Toda separación de poderes es una separación de competencias”. Cfr. HAURIU, Maurice, *La Teoría de la Institución y de la Fundación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, p. 47.

Constitución, al establecer estos elementos, les otorgó una manera de ser en el mundo del derecho, es decir, un régimen jurídico. Estos elementos mencionados —órgano, competencia y procedimiento— integran un verdadero sistema funcional, un compuesto que determina un régimen jurídico propio para cada función. Así tendremos el régimen jurídico de la función legislativa, el de la función ejecutiva y el de la función judicial, plenamente diferenciados entre sí.

La *actividad*, en cambio, es un concepto que describe el resultado material de una conducta —crear la norma, aplicarla en la gestión de los asuntos públicos y en la resolución neutral de los conflictos— y que se “juridiza” cuando es considerada en el seno de la función a que pertenece, es decir, adquiere consideración jurídica (régimen, efectos, etc.) de manera instantánea y conforme al régimen jurídico de la función dentro de la cual dicha actividad es ejercida.

En el seno de cada función, por tanto, con el régimen jurídico propio que a cada una de ellas le otorga la Constitución, se ejercen las actividades legislativas o normativas, las ejecutivas y administrativas y las jurisdiccionales o de resolución de “causas adversariales”, como denomina la Corte Suprema argentina a los litigios o casos.

Notemos también que la *función ejecutiva* o administrativa es la que pertenece al Poder Ejecutivo y al complejo orgánico —Administración Pública— que se le subordina. Dentro de esta es posible aislar, en el ordenamiento federal argentino, el ejercicio por el Presidente de la Nación de la que denomino “*función de jefatura o conducción superior del Gobierno*”. De esta manera, el denominado Poder Ejecutivo reconoce una subdivisión en *dos funciones diversas*: la ejecutiva propiamente dicha, o administrativa, y la función de conducción gubernamental o función presidencial o de jefatura<sup>7</sup>.

## II. EL PROCEDIMIENTO

Es un destacado hallazgo del constitucionalismo la relevancia dada al *elemento procedimiento* como *garantía* del debido cumplimiento

7. BARRA, Rodolfo. *Derecho Administrativo...*, ob. cit., pp. 49 a 51.

de la función asignada a cada órgano, pero también, y fundamentalmente, como garantía de los derechos, en tanto toda la organización, como vimos, se encuentra finalizada a tal protección, que explícita y define al bien común (recordemos que el bien común es el conjunto de condiciones que permiten, ayudan o facilitan el logro de fin propio de cada miembro de la comunidad, fin que es inescindible del pleno goce de los derechos inherentes a la dignidad humana).

Así, el procedimiento se convierte en un elemento esencial para la toma de decisión que corresponde a cada órgano constitucional, u órgano superior del gobierno, dentro del ámbito de la propia competencia, sea tal decisión una ley, una sentencia, o un acto administrativo en sentido amplio<sup>8</sup>. Ya convertido en debido proceso la exigencia del procedimiento, de los órganos superiores del Gobierno se derrama sobre los órganos inferiores, de manera que el procedimiento queda establecido como un elemento esencial y determinante de la validez decisoria de toda organización pública<sup>9</sup>.

### III. LAS DOS CATEGORÍAS PROCEDIMENTALES

Es tradicional diferenciar al elemento procedimiento, desde el punto de vista de su valor jurídico, como “*adjetivo*” y como “*sustantivo*”. Ambos integran otro gran hallazgo de los Padres Fundadores norteamericanos, complementado con la generosa interpretación jurisprudencial de lo querido por ellos: el “*debido proceso legal*”, de las Enmiendas V y XIV, que el constituyente argentino parece haber ubicado “en los pliegues” (para utilizar la expresión de la Corte norteamericana) de los arts. 18 y 28.

8. Sobre la noción de acto administrativo, tanto en sentido amplio como en sentido restringido, ver BARRA, Rodolfo, “*Derecho Administrativo...*”, ob. cit, Cap. VI, esp. & 59.

9. En ciertos casos por ley o por convención, el procedimiento puede también tener un valor igualmente relevante para las organizaciones privadas, pero sin llegar a igualar, ni cuantitativa ni cualitativamente, la situación en el “sector público”.

*A) El procedimiento formal o adjetivo*

Este es el que debe seguir el órgano constitucional para la toma de las decisiones de su competencia. Notemos que el procedimiento es el medio de conversión de los *inputs* o datos que recibe el decisor (demandas de la sociedad, ya sea de grupos o individuos, hechos naturales, etc.) en los *outputs* o decisiones destinada a incidir sobre los derechos de los mismos grupos o individuos, y también, directa o indirectamente, sobre el resto comunitario.

Las constituciones de Estados Unidos y Argentina reglamentan detalladamente los aspectos fundamentales del procedimiento que debe seguir el legislador, pero remiten al mismo Congreso definir los aspectos del procedimiento que deben respetar los órganos ejecutivo-administrativo y judicial. Esta técnica constitucional no es casual.

Seguramente persigue limitar la discrecionalidad en la creación misma del procedimiento: para variar el legislativo será necesario modificar la Constitución, mientras que para la modificación de los otros dos bastará con una nueva ley del Congreso. En definitiva, después de la Constitución, la ley es la decisión más imperativa y jerárquica en la “pirámide jurídica” del ordenamiento.

Por esto podría discutirse (el tema requeriría un estudio específico) la tradicional doctrina de la Corte Suprema argentina, según la cual queda librado al ámbito del propio poder legislativo la valoración del respeto de su debido proceso, salvo se demostrase por el impugnante la falta de concurrencia, en el caso, de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley<sup>10</sup>. Ciertamente, tales requisitos procesales mínimos e indispensables son los

10. Cfr. CSJN Joaquín M. Cullen, *por el Gobierno Provisorio de la Provincia de Santa Fé c/ Baldomero Llerena, s/ inconstitucionalidad de la ley Nacional de Intervención en la Provincia de Santa Fé y nulidad*, 1893, Fallos 53:420; Soria de Guerrero, Juana Ana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A., 1963, Fallos: 256:556, CSJN; *Nobleza Piccardo SAIC. y F. c/ Estado Nacional - Dirección General Impositiva s/ repetición DGI*, 15/12/1998 Fallos: 321:3487; CSJN, *Famyl S.A. c/ Estado Nacional s/ acción de amparo*, sentencia del 29/08/2000, Fallos: 323:2256. Todos citados en la causa CSJN, *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, 04/06/2019, Fallos: 342:917.

previstos por la Constitución, mientras los complementarios y accidentales deberían ser los reglamentos de las Cámaras, pero el punto no deja de permitir sutiles disquisiciones jurisprudenciales.

El procedimiento adjetivo, además de cauce para la toma de decisión, es también elemento facilitador del control, ya sea por los órganos de control (Auditoría General de la Nación; Tribunales de Apelación, etc.) como de los mismos interesados y así, en sí mismo, garantía de protección de los derechos. Es que el procedimiento es uno de los elementos modélicos de referencia con el que comparar la decisión concreta existente en la realidad.

Lo expuesto es de aplicación, con todo rigor, en el ámbito del Poder Judicial y de la Administración Pública. Para el Congreso en cambio, ya hemos visto que el elemento procedimiento adjetivo tiene mayor elasticidad para el decisor ya que, salvando las reglas mínimas establecidas en la Constitución, la ley resulta de la voluntad mayoritaria de los legisladores, a los que, por un mecanismo de indispensable ficción política, se considera como representación de la voluntad mayoritaria de los ciudadanos.

Debemos notar que tanto para organización judicial como para la organización administrativa, la esencia del procedimiento adjetivo se expresa en cuatro principios fundamentales: derecho a ser oído, derecho a ofrecer y producir pruebas, derecho a una decisión fundada, y derecho a un tratamiento igualitario cuando en el procedimiento se debatan las pretensiones de dos o más sujetos en competencia recíproca.

En cambio, en el caso del procedimiento legislativo, estos cuatro requisitos pueden ser obviados por el decisor, que solo debe respetar las exigencias constitucionales para la elaboración y sanción del proyecto de ley a ser enviado al Poder Ejecutivo para promulgación. Se supone que el debate entre partes interesadas, la valoración de las circunstancias de hecho, la suficiente fundamentación del proyecto y el tratamiento igualitario entre los distintos bloques o representaciones políticas de los legisladores, se realiza en el trabajo de las comisiones competentes y en el debate del pleno, todo lo cual queda "saneado" cuando cada una de las Cámaras da su sanción al proyecto de ley.

**B) El debido proceso sustantivo<sup>11</sup>**

Esta categoría hace referencia principalmente a la *proporcionalidad* o *racionalidad* (como contraria a la arbitrariedad) de la decisión gubernamental, ya se trate de ley, sentencia o acto administrativo. Es que toda norma reglamenta los derechos constitucionales, en el sentido considerado en el artículo 14 de la Constitución Argentina. Aunque este se refiera expresamente a la ley (del Congreso o del Poder Ejecutivo en el caso de los decretos de legislación delegada o de necesidad y urgencia) esta garantía rige también para los actos administrativos, no solo porque así lo exige expresamente la Ley de Procedimientos Administrativos (elemento *finalidad*) sino porque el acto (particular o general) también reglamenta derechos, sin que ello obste a su validez en la medida que sea emitido dentro de la zona de reserva de la Administración.

Lo mismo cabe señalar con respecto a las sentencias judiciales, las que también en ocasiones realizan esta reglamentación (especialmente la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia constitucional), además de que la carencia de racionalidad o proporcionalidad de la sentencia genera el vicio de *arbitrariedad* y la torna revisable por la Corte Suprema de Justicia, aun en cuestiones ajenas a la Constitución (salvo la misma garantía del debido proceso) y a la legislación federal, incluso en materia de hecho y prueba.

Es que la *arbitrariedad* es un vicio que puede afectar a toda decisión del Gobierno, cualquiera sea su naturaleza (ley, sentencia, acto administrativo), cualquiera sea el órgano constitucional decisor o productor de la norma y cualquiera sea su grado de vinculación con una norma superior (actividad reglada o actividad discrecional) siempre que con ella se alteren los principios, garantías y derechos reconocidos por la misma Constitución, como resulta de su artículo 28. Toda decisión arbitraria —desproporcionada, irracional, causante de agravio concreto a una persona concreta (también a los derechos de

11. Sobre el tema, ver el clásico Linares, Juan F., *Razonabilidad de las leyes*, pp. 11 a 13, Buenos Aires, Astrea, 2015.

incidencia colectiva)— altera la sustancia de los derechos reconocidos por la Constitución.

En realidad, la Enmienda V (1791) y el artículo 28 de nuestra Constitución Nacional no son estrictamente iguales. Aquella (casi repetida, en lo que aquí interesa, en la anteúltima frase de la Enmienda XIV Sec. 1, de 1868) dispone que “ninguna persona (...) será privada de su vida, libertad, o propiedad, sin un debido proceso legal...”, mientras que, luego de ser establecido por el art. 14 el principio de que “[t]odos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamente su ejercicio...”, nuestro artículo 28 prescribe “[l]os principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Linares<sup>12</sup> recuerda que la norma fue tomada del proyecto de Alberdi (artículo 20). La ausencia de una prescripción semejante en la Constitución norteamericana, como también la ausencia de otra como la de nuestro artículo 19, ha obligado a los tribunales de aquel país a forzar la interpretación de la Enmienda V, desarrollando así el instituto garantizador del *due process of law*. Como los derechos que luego enumera el artículo 14 y otros de la misma Constitución, son los que los individuos ponen en juego en todas sus relaciones jurídicas, todos ellos son susceptibles de reglamentación, con excepción del derecho a la vida y a la integridad corporal, que, por naturaleza, no la admiten. Nuestro artículo 28 de la Constitución Nacional exige la razonabilidad y la proporcionalidad de la reglamentación de los derechos, sin necesidad de recurrir al concepto forzado (aunque ya impuesto) del “debido proceso sustantivo”, que no deja de ser un oxímoron.

#### IV. EL DEBIDO PROCESO COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL ESENCIAL PARA EL MANTENIMIENTO DEL RÉGIMEN DEMOCRÁTICO

Tan importante es el procedimiento, que el mismo constituyente lo ha establecido como un componente obligatorio de la decisión tí-

12. *Ibíd.*, pp. 160 a 162.

pica del representante de la voluntad popular: el Congreso en la sanción de la ley. En nuestra Constitución federal todo el Capítulo Quinto, Sección Primera, Título Primero de la Segunda Parte se encuentra dedicado al procedimiento de “Formación y Sanción de las Leyes” (arts. 77 a 84), sin perjuicio de las normas que para regular su propio funcionamiento sean sancionadas por las misma Cámaras.

Aun cuando, como vimos, los jueces son reticentes a intervenir en cuestiones internas de las Cámaras legislativas, en tanto suelen ser calificadas como “cuestiones políticas no justiciables” lo cierto es que en la medida que exista un legitimado para accionar y la violación del procedimiento no sea subsanable por el propio Congreso —como lo serían la mayoría de las posibles violaciones a los reglamentos de las Cámaras, mediante decisión del mismo cuerpo que las aprueba— la justicia podría declarar la inconstitucionalidad de la ley afectada por el vicio de procedimiento<sup>13</sup>, especialmente cuando tal vicio suponga, en la práctica, una violación sustancial al sistema bicameral<sup>14</sup>.

En nuestro sistema constitucional la necesidad de respetar el correspondiente procedimiento decisorio es tan trascendente que alcanza incluso al propio “poder constituyente derivado”, como lo ha señalado la Corte Suprema en un caso donde se cuestionó lo actuado por la convención constituyente reformadora provincial, *in re Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro*<sup>15</sup>. Allí se afirmó: “[e]s que la Constitución Nacional no admite la validez de una voluntad popular expresada sin respetar los principios del Estado de Derecho ni permite que las mayorías puedan

13. Ver CSJN, *Minas Petrus S.A. c/ Nación*, 1948 Fallos: 210:855 y *Nobleza Piccardo*, op. cit. En *Nobleza Piccardo*, op. cit. la actora planteó la inconstitucionalidad de la ley que establecía un impuesto, debido a que el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados (Cámara de origen imperativa) fijaba una fecha para su exigibilidad que luego fue modificada por el Senado (Cámara revisora). Sin embargo, el proyecto fue sancionado sin el correspondiente reenvío a la cámara de origen. La Corte Suprema sostuvo que en el caso no se habían cumplido los requisitos constitucionales mínimos e indispensables que rigen el procedimiento legislativo. En igual sentido, *United States v. Muñoz-Flores*, 495 U.S. 385 (1990).

14. También la Corte Suprema de los Estados Unidos, en *Chadha*, 462 U.S. 919 (1983)

15. CSJN, Fallos: 338:249 (2015).

derogar los principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los ciudadanos. El *escrutinio judicial de los procedimientos* resulta esencial para robustecer las prácticas democráticas. Estas normas constituyen un presupuesto para que la decisión mayoritaria sea válida. Por esta razón, no es admisible modificar las reglas sobre la base de los resultados que surgen luego de incumplirlas. Un principio de estas características no podría fundar la competencia política, ya que ninguna persona razonable aceptaría ser parte de una sociedad formada de esa manera”<sup>16</sup>.

También la Corte declaró inconstitucional la reforma constitucional hecha por la Provincia de Tierra del Fuego en cuanto a la extensión de sus derechos económicos en el subsuelo marítimo adyacente, porque era “(...) evidente el exceso en que incurre al pretender avanzar de manera indebida sobre atribuciones que le son adjudicadas exclusivamente al gobierno federal y, a la vez, prohibidas a las provincias (art. 75, inc. 15, ya citado, y art. 126 de la Ley Fundamental)”<sup>17</sup>. En el caso *Fayt*<sup>18</sup> similar criterio fue aplicado por la Corte Suprema, para declarar la invalidez de lo actuado por la Convención Reformadora de 1994, en cuanto introdujo una restricción al carácter vitalicio de la designación de los jueces, exigiendo un nuevo nombramiento al

16. Cons, 11, destacado agregado.

17. CSJN, *Total Austral S.A. c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Provincia de s/ acción declarativa*, sentencia del 8/9/2003, Fallos: 326:3368, cons. 9°.

18. CSJN, *Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento*, sentencia del 19/08/1999, Fallos: 322:1609. En *Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa*, sentencia del 28/03/2017, Fallos: 340:257: “[d] entro de los límites de la competencia habilitada, la Convención Constituyente es libre para determinar si lleva a cabo la reforma y, en su caso, para definir el contenido de las disposiciones constitucionales que modificará (...) En caso de duda debe optarse por la plenitud de poderes de esa Convención (...) [L]a ley 24.309 (artículo 3°, tema e), al habilitar a la Asamblea reformadora de 1994 a actualizar las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo contenidas en la Constitución Nacional, incluyó los diversos componentes del proceso de designación de los jueces federales que impera en nuestro país (...) Tras la habilitación otorgada a la Convención en los términos destacados en el punto anterior, la necesaria intervención de los Poderes Ejecutivo y Legislativo —cuando los jueces federales alcanzan la edad de 75 años— aparece razonablemente como una de las modalidades posibles reservadas al Constituyente para hacer efectiva esa competencia reconocida”.

cumplir 75 años, por haber excedido la atribución determinada por la ley 24309 que habilitara los temas para que había sido convocada. Si bien este ha dado lugar a controversias y fallos no pacíficos<sup>19</sup>, esto ha sido mas por las circunstancias de hecho de los casos concretos, que por la inteligencia del mencionado principio.

## V. REFLEXIONES FINALES

En conclusión, el escrutinio de los procedimientos resulta esencial para robustecer las prácticas democráticas. Estas normas constituyen un presupuesto para que la decisión sea válida. Por esta razón, no es admisible modificar las reglas sobre la base de los resultados que surgen luego de incumplirlas. Su incumplimiento valida la posibilidad de revisión tanto por el órgano superior como por el judicial en caso de invocación de derechos sustanciales afectados.

## VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- BARRA, RODOLFO *"Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos"*, T. 1, Capítulo V, Buenos Aires, Astrea-Rap, 2018;
- HAURIU, MAURICE, *La Teoría de la Institución y de la Fundación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968;
- LINARES, JUAN F., *Razonabilidad de las leyes*, pp. 11 a 13, Buenos Aires, Astrea, 2015;
- ROMANO, SANTI, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, España, Editorial Reus, 2012.

19. En el caso *Highton De Nolasco, Elena Inés c/ EN s/ amparo ley 16.986 (Causa N° 83656/2016)* quedó firme el fallo de primera instancia, que siguió la doctrina *Fayt, supra*, de modo que la Corte no llegó a expedirse. Cfr. Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 6°, CABA, *Highton De Nolasco, Elena Inés c/ EN s/ amparo ley 16.986 (Causa N° 83656/2016)*, sentencia del 10/2/2017, disponible en: <http://www.saij.gob.ar/juzgado-contencioso-administrativo-federal-nro-6-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-highton-nolasco-elena-ines--amparo-ley-16986-fa17100000-201-7-02-10/123456789-000-0017-1ots-eupmocsollaf?> (fecha de consulta 10/4/2020).

## ***I. Normas***

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA, publicada según ley N° 24.430, B.O. 10/1/1995, disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> (fecha de consulta 17/3/2020);

CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS, disponible en: <https://constitution.congress.gov/constitution/> (última visita 20/12/2019).

## ***II. Jurisprudencia***

CSJN, Joaquín M. Cullen, *por el Gobierno Provisorio de la Provincia de Santa Fé c/ Baldomero Llerena, s/ inconstitucionalidad de la ley Nacional de Intervención en la Provincia de Santa Fé y nulidad*, 1893, Fallos 53:420;

CSJN, *Minas Petrus S.A. c/ Nación*, 1948, Fallos: 210:855;

CSJN, *Soria de Guerrero, Juana Ana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.*, 1963, Fallos: 256:556;

*Chadha* 462 U.S. 919 (1983);

*United States v. Muñoz-Flores*, 495 U.S. 385 (1990);

CSJN, *Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento*, sentencia del 19/08/1999, Fallos:322:1609;

CSJN, *Nobleza Piccardo SAIC. y F. c/ Estado Nacional - Dirección General Impositiva s/ repetición DGI*, 15/12/1998, Fallos: 321:3487;

CSJN, *Famyl S.A. c/ Estado Nacional s/ acción de amparo*, 29/08/2000, Fallos: 323:2256;

CSJN, *Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa*, sentencia del 28/03/2017, Fallos: 340:257;

Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 6°, CABA, *Highton De Nolasco, Elena Inés c/ EN s/ amparo ley 16.986 (Causa N° 83656/2016)*, sentencia del 10/2/2017, disponible en: <http://www.saij.gob.ar/juzgado-contencioso-administrativo-federal-nro-6-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-highton-nolasco-elena-ines--amparo-ley-16986-fa17100000-2017-02-10/123456789-000-0017-1ots-eupmoc-sollaf?> (fecha de consulta 10/4/2020);

CSJN, *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, 04/06/2019, Fallos: 342:917.