

LA SUPREMACÍA EN EL ESTADO FEDERAL

Comentario de jurisprudencia *

(*) Seminario del primer cuatrimestre de 1996 sobre Derecho Público en el marco del Doctorado de Ciencias Jurídicas. El fallo comentado se dictó en autos Viñedos y Bodegas Arizu c/Provincia de Mendoza, publicado en Fallos 156:20, de fecha 23 de octubre de 1929.

1.-) Introducción¹

La forma de estado federal lleva implícita una división del poder político de modo que a distintos entes políticos se les atribuye porciones de poder en razón de su territorio. En línea horizontal unas determinadas competencias materiales, sustancialmente las mismas para cada estado miembro - salvo pactos especiales de reserva - cuyo ejercicio se le atribuye en los límites de sus respectivos territorios. Y simultáneamente se distribuyen las competencias materiales entre los estados miembros y el estado central.

Una de las expresiones del poder es el poder normativo o, poder jurígeno, es decir la competencia para dictar normas jurídicas, y entre ellas principalmente las leyes o normas de alcance general. Cuando el poder se expresa a través de esta forma normativa, dicha manifestación participa de un determinado orden fuera del cual carece de validez y pierde su condición esencial, la de su obligatoriedad. Ese orden jurídico se expresa a través de una relación de subordinación entre unos determinados tipos de normas y otros, en un proceso piramidal en el que hay normas que son su-

¹ .-) La mención de los artículos de la CN se hace en la numeración anterior a la reforma de 1994 para que coincida con los números del fallo comentado. Los artículos citados cuyo numeración se ha modificado son el 67 inc. 11 que ahora es 75 inc. 12, el 100 que ahora es el 116 y el 108 que ahora es el 126.

premas respecto de otras, en el sentido de que las normas sujetas a una supremacía no pueden válidamente contrariar lo que dispone la norma suprema.

La distribución de competencias materiales entre el estado central y los estados miembros en el marco de la forma federal abre inmediatamente la pregunta de la supremacía. Y muy especialmente de la supremacía normativa. En efecto, al coexistir en el estado federal dos órdenes normativos autónomos, que dictan leyes sobre distintas materias (ejercicio del poder de policía), es preciso establecer cuál es el orden jurídico supremo al que deben remitirse para su validez todas las normas. La constitución de los EEUU en el nacimiento mismo del constitucionalismo resolvió en forma expresa esta cuestión en la cláusula segunda del artículo sexto, a través de una fórmula semejante a nuestro a. 31. Al respecto ha dicho Story que "la naturaleza de la Constitución de los EEUU hacía esta cláusula necesaria. En efecto, si la Constitución tiene por objeto establecer un Gobierno nacional, este Gobierno debe ser supremo en los límites de sus poderes y de sus derecho. Habría contradicción en afirmar la existencia de un Gobierno nacional revestido de ciertos poderes, y en negar la supremacía de esos mismos poderes. Además una cosa tan importante como esta supremacía, no podría ser deducida fácilmente por interpretación; ha sido necesario pues, que estuviese expresamente consagrada."

Asimismo se lee en El Federalista: (nº 76), "No hay opinión que se funde en principios más claros que la que de todo acto de una autoridad delegada, contrario al tenor del mandato bajo el cual es ejercido, es nulo. Ningún acto legislativo, por consiguiente, contrario a la Constitución puede ser válido...", y (nº 31), "... se limita expresamente esta supremacía a las leyes hechas en conformidad con la constitución..."

Asimismo, desde los primeros tiempos, la Corte de los EEUU defendió claramente este principio, y suelen citarse como antecedentes del célebre caso Marbury c/Madison, los casos Hayburn (2 Dall. 407), Calder c/Bull (3 Dall. 398) en que se dijo que si una ley del Congreso o de la legislatura de un Estado viola esas disposiciones constitucionales, es incuestionablemente nula, o en Horn`s Lessees c/ Dorrance (2. Dall. 308).

Entre nosotros, el principio de la supremacía normativa federal surge del a. 31 de la constitución. Una de sus manifestaciones más notorias se vincula con el caso que me toca comentar y resulta de la articulación de la norma referida con la facultad del congreso de dictar la legislación común (a. 67 inc. 11) y la consiguiente prohibición para las legislaturas locales de legislar sobre dicha materia una vez que el congreso lo haya hecho (a. 108). Sin perjuicio de lo cual, las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación, entre los cuáles por cierto está el poder de policía o poder de dictar las leyes que reglamentan el ejercicio de los derechos, y siempre que la materia de regulación no sea de aquéllas delegadas a la Nación.

Entre las materias expresamente delegadas a la Nación está el llamado derecho común o legislación general, según surge del a. 67 inc. 11, con reserva de las jurisdicciones locales. La fórmula utilizada por el legislador constituyente argentino es original ya que en el modelo utilizado que era la constitución americana, no existió tal delegación al estado central conservando los estados miembros la facultad de legislación y jurisdicción sobre el derecho común.

Merece una referencia la evolución de esta cláusula constitucional. Originariamente en el texto de 1853 disponía que "corresponde al congreso...dictar los códigos civil, comercial, penal y de minería, y especialmente leyes generales para toda la Con-

federación sobre ciudadanía y naturalización, sobre bancarrotas, sobre falsificación de moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requieran el establecimiento del juicio por jurados". El texto debe complementarse con el a. 24 según el cual el congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todas sus ramas y el establecimiento del juicio por jurados. En la constitución americana de 1787 se decía muchos menos: el juicio por jurado, ley uniforme de naturalización y penas por falsificación de valores y moneda de los EEUU (a. III sec. 2, a. I sec. 8). El proyecto de Alberdi decía en el a. 31 que la constitución garantiza la reforma de las leyes civiles, comerciales y administrativas sobre las bases declaradas en su derecho público², y en el a. 67 inc. 5 que corresponde al congreso legislar en materia civil, comercial y penal. En las actas de la constituyente están las discusiones que mereció esta cuestión, destacándose la pretensión de Zavallía que defendía el derecho de las provincias a dictar la legislación común como una prerrogativa inherente a la soberanía a lo que replicó la autoridad de Gorostiaga señalando que esas peculiaridades solamente tendrían lugar en un código de procedimientos el que quedaba en la autoridad de las provincias y que por lo demás ya se había aprobado el a. 24. Aprobada la constitución, el a. 108 sobre la amplitud de la jurisdicción federal suscitó dudas con respecto a la jurisdicción de las provincias para dictar los códigos de procedimientos tal como había sido la intención de los constituyentes. Razón por la cual la comisión Revisora de la Convención de Buenos Aires en el año 1860 propuso introducir expresamente esta reserva en el inciso habiendo quedado la norma como reza actualmente el a. 67 inc. 11, agregándose asimismo al a. 108 la mención de la referida reserva³.

En la dinámica existencial de la norma se generan problemas en orden al concepto y contenido del derecho común, que se presentan esquivos a una definición de tipo cerrada, como son en general los conceptos jurídicos, manteniéndose por el contrario una textura abierta a la historia. Como criterio general se puede decir que el derecho común tiene por objeto la regulación de las relaciones jurídicas de los particulares entre sí y por ésta razón debe ser el mismo para todos los habitantes, a lo que debe agregarse la materia propia del derecho penal. La Corte ha dicho que el derecho común está integrado por: a) los códigos que de manera estable y general legislen para todo el territorio de la Nación, b) las leyes que se declaren incorporadas a dichos códigos, c) las leyes que no mediando tal declaración, integren, modifiquen o amplíen tales códigos (Fallos 248:781 y 250:236). Como se ve, es un criterio formal que remite al congreso determinar el contenido de tales códigos, que es donde se plantea existencialmente el problema en muchos casos límites. Ha ocurrido así por ejemplo en materia de algunos institutos procesales que el congreso ha sancionado para la adecuada vigencia de algunos institutos de fondo como el caso de la ley de prenda con registro, de las hipotecas de los organismos bancarios oficiales, casos en los que la Corte ha reconocido la excepción con el argumento de que eran necesarios para el aseguramiento de los derechos establecidos (Fallos publicados en LL 8-281, 16-1113,

² .-) Llama la atención la carga ideológica que Alberdi quería lanzar sobre la legislación futura, y que los constituyentes evitaron.

³ .-) Esta era la norma al tiempo del fallo que más adelante comentamos. A la fecha de han producido reformas. En efecto, las dudas acerca de la condición de *numerus clausus* de la norma constitucional llevó en 1957 a agregar el Código del Trabajo y de la Seguridad Social entre los expresamente mencionados por el inciso. Y la reforma de 1994 a agregar que tales códigos pueden dictarse "en cuerpos unificados o separados" como así también a aclarar en el a. 125 que las provincias pueden conservar los organismos de seguridad social para los empleados públicos y para los profesionales.

23-270, 51-731, etc); así también en el caso de la propiedad de los hidrocarburos (YPF c/Prov. de Mendoza del 3.5.79).

Entre los problemas interpretativos que plantea el a. 67 inc. 11 está el de su articulación con el a. 108 donde dice que las provincias no pueden dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería después que el congreso los haya sancionado. Lo que plantea la pregunta acerca de si las provincias pueden legislar en materias que la Nación no lo ha hecho. El caso que hemos seleccionado aborda precisamente este tópico y lo resuelve por la negativa.

2.-) El caso

Se resume en los siguientes puntos en orden a nuestro tema:

1. La provincia de Mendoza había sancionado dos leyes, la 732 en 1918 y la 922 en 1927 mediante las cuáles fijaba distintos niveles de salarios mínimos para una serie de actividades comerciales e industriales, imponiendo multas a los infractores. Frente a lo cual la firma Arizu, afectada por la norma planteó demanda de repetición de lo pagado por tales conceptos, en cuyo marco impugnó la validez de ambas leyes por infracción a la constitución nacional, fundada en que: a) vulnera las libertades de industria, trabajo y propiedad, B9 sólo el congreso de la Nación tiene facultades para dictar leyes modificatorias de las disposiciones del código civil relativas al contrato de locación de servicios por imperio de lo dispuesto en el a. 67 inc. 11 y 108 de la CN.
2. La Provincia de Mendoza planteó su defensa apoyándose en la norma del a. 108 de la CN afirmando que en consecuencia: a) tiene facultades concurrentes con el congreso de la nación para legislar sobre instituciones como la de autos, acerca de la cual la Nación no ha legislado por formar parte del derecho obrero, b) el derecho de fijar el salario mínimo en los contratos de trabajo nace de su poder de policía.
3. Llegado el caso a la Corte, dictó sentencia el 23 de octubre de 1929, con los siguientes fundamentos:
 - Las normas constitucionales que rigen el caso son las de los as. 24, 67 inc. 11 y 108. Asimismo el a. 31 al dar el carácter de ley suprema de la Nación a las leyes que se dictan por el congreso de acuerdo con la constitución las hace obligatorias para las provincias no obstante cualquier disposición en contrario que sus leyes o constituciones contengan, y por ello contiene el medio de hacer efectivo en todo el territorio de la república el principio de unidad de legislación común. Comprende a todas las leyes que estatuyen sobre las relaciones privadas de los habitantes. Esta facultad es exclusiva de la nación lo que resulta con toda evidencia de los antecedentes de la norma y del texto del a. 108.
 - La cláusula constitucional no contiene disposición alguna que atribuya a los gobiernos provinciales poder para destruir o anular a la leyes sancionadas por el congreso de la nación (cita en apoyo el fallo del t. 68:238). No puede ser en consecuencia compartido por las autonomías provinciales.
 - La facultad de dictar el código civil implica la regulación de la organización de la familia, los derechos reales, las sucesiones, las obligaciones y los contratos, entre los cuales se incluye la locación de servicios, que el código civil

argentino ha legislado en el cap. VIII del libro II sec. 3a tit. VI calificándolo como consensual siendo la obligación de una de las partes prestar un servicio y de la otra pagar por ello un precio en dinero. Y precisamente es la misma relación jurídica contemplada en las leyes impugnadas. De allí que la ley de salario mínimo no solamente modificaría la locación de servicios en lo atinente al contenido establecido en el código civil, sino al de todos relativos a la libertad de contratar, a la autonomía de la voluntad, a la capacidad de contratar.

- Sin desconocer al alto desarrollo que ha alcanzado el derecho obrero, es posible distinguir dentro de él aspectos que pertenecen al campo de las relaciones civiles o privadas, y otros correspondientes al campo del derecho administrativo, siendo que solamente estos últimos aspectos pueden corresponder al poder de legislación y al de policía de los estados, no así lo demás. Y cita en apoyo de esta doctrina la esclarecida opinión de Matienzo sobre el tema⁴.
- El conflicto así planteado entre la ley nacional y la ley local solamente puede resolverse haciendo prevalecer la primera sobre la segunda de conformidad con lo dispuesto por el a. 31 de la CN.
- Con respecto a la defensa de la provincia apoyada en el a. 108, la frase de la norma "después que el congreso los haya dictado" solo tiene un alcance justificado por las circunstancias del momento. Las provincias, al sancionarse la constitución, poseían su legislación común propia y no era posible ni conveniente que ella quedara abrogada de inmediato. Por eso, mientras el congreso no dictara los códigos comunes, las provincias tenían al respecto facultades concurrentes con la nación, pero cumplida la condición como lo fué con el dictado del código civil, la facultad se convirtió en exclusiva de la nación y no podía ser compartida por las provincias. Acerca de tal poder las provincias no conservan ningún derecho actual.
- En cuanto al poder de policía invocado por la provincia en fundamento de su competencia, recuerda la Corte que este poder de policía de los estados en solamente un residuo cuando está en presencia de facultades exclusivamente delegadas al gobierno de la nación. En tal sentido y cuando se trata de estas materias el congreso puede dictar al ejercitar su facultad, disposiciones de carácter policial relativas a las materias contenidas en el derecho privado y asimismo impedir por este medio que las provincias usen de las propias para alterar o modificar el contenido de las leyes sustantivas. La mayor parte de las instituciones comprendidas en los códigos comunes son susceptibles de considerables restricciones motivadas en razones de policía y por lo tanto el poder de policía de las provincias no puede tener tal alcance que

⁴ .-) Como presidente del departamento nacional del trabajo, el Dr. Matienzo se había expedido ya en el año 1907 diciendo: *"En la legislación del trabajo hay que clasificar y distinguir las medidas relacionadas con ella en los siguientes grupos: 1) disposiciones de dercho civil, o sea aquéllas que se refieren a la capacidad de las personas para contratar el trabajo propio o ajeno y a las prestaciones que pueden ser objeto de la locación de servicios, 2) disposiciones de derecho penal fundadas en principios de orden público, 3) disposiciones de policía que reglamenten la construcción o funcionamiento de las fábricas y talleres con objeto de asegurar en ellos la higiene, la seguridad y el bienestar de los trabajadores"*. La legislación correspondiente a los dos primeros grupos deberán ser por su naturaleza de carácter nacional, las del tercero tienen carácter local o provincial.

reduzca a una mera fórmula la competencia del congreso. El poder de policía de las provincias no obstante ser uno de los más comprensivos e indeterminados que han retenido las provincias, no puede invadir en su ejercicio el campo en que se mueve cualquiera de las facultades exclusivas de la nación.

4. Suscriben el fallo Figueroa Alcorta, Repetto, Guido Lavalle y Sagarna. Ejerció influencia en posteriores pronunciamientos y fué citado entre otros en Fallos 171:49, 174:105, en otros publicados en Jur. Arg. 47:389, 52:359, 54:692, 60:355.
5. Hay muchos fallos del período que va de 1916 a 1930 en los que se reafirma el principio de la supremacía vinculado al contenido del derecho común. Especialmente reiterativo es el tema vinculado a la facultad de las provincias para establecer condiciones especiales de cobro judicial compulsivo a los entes públicos, respecto de lo cual la doctrina que afirma la Corte es que las provincias y los municipios son personas jurídicas según lo ha establecido el código civil y que por lo tanto deben quedar sometido en cuanto a sus obligaciones civiles a las reglas uniformes de la legislación civil y no pueden alterar estas normas con privilegios especiales porque en tal caso estarían alterando el código civil y esta facultad por el a. 67 inc 11 y el a. 108 es exclusiva de la Nación (Fallos 124:379, 132139:259, 146:122, 147:29, 148:369, 150:320, 159:326).

3.-) Comentarios.

Voy a detenerme en un aspecto del fallo cual es el referente a la supervivencia o no de las facultades del a. 108 aún dictado los códigos a que se refiere el artículo 67 inc. 11. La cuestión presenta dos caras. En primer lugar si la enumeración del a. 67 inc. 11 es taxativa o enunciativa. En segundo lugar, si aún dictados los respectivos Códigos de fondo, las provincias mantienen o no la facultad de legislar supletoriamente en materias o aspectos no regulados por el congreso.

a)

Es cierto que el texto constitucional no es lo suficientemente claro y la fórmula utilizada no responde decididamente al primer interrogante. Si la mención de la norma fuera una enumeración taxativa solamente los códigos expresamente designados podrían tener el carácter de derecho común porque se habría hecho una delimitación positivo formal del concepto, e inversamente si no tuviera tal carácter, el derecho común resulta un término flexible cuyo contenido lo define la historia dentro de ciertos parámetros. El segundo concepto de derecho común permite la asimilación de las nuevas ramas del derecho como consecuencia del avance de la ciencia jurídica que en el primero quedan excluidas.

El otro interrogante pretende desentrañar la cuestión vinculada a la vigencia del a. 108 de la CN aún después de sancionados los Códigos de fondo. Son imaginables por lo menos dos supuestos. La posibilidad de las legislaturas provinciales de dictar leyes sobre materias que el congreso no ha abordado tal como ocurrió durante mucho tiempo con las leyes del derecho del trabajo y la seguridad social, o bien que el congreso derogue algún Código de fondo sin sancionar otro.

b)

El fallo que comento trata según veo las dos cuestiones en un pronunciamiento centralizador y unificador, invocando precisamente entre sus fundamentos el principio de la unidad de legislación como política del constituyente.

Al primer interrogante responde la Corte en el considerando 12 cuando define el contenido del a. 67 inc. 11 como el de las leyes que estatuyen sobre las relaciones privadas de los habitantes, es decir definiendo un concepto material del derecho común y no formal, con lo cual permite recibir en su seno las nuevas ramificaciones que va desarrollando la ciencia al ritmo de la historia. Concepto que se repite en el considerando 13 al señalar que de ningún modo el poder exclusivo del congreso significa cerrar las puertas al progreso en las diferentes ramas del derecho privado en las provincias ya que ante tal evolución en todo caso las provincias a través de sus órganos de participación en el gobierno nacional pueden impulsar dicho progreso. Según estas consideraciones las designaciones del inciso 11 no serían de ningún modo taxativas sino abiertas a la evolución histórica (progreso en el lenguaje de la época), de modo que sería posible con el tiempo invocar la norma en relación a otras ramas del derecho privado⁵.

En un lenguaje muy directo la Corte aborda el segundo interrogante, esto es el de la vigencia del artículo 108 y dice en el considerando 19, que la frase referida a la prohibición de legislar después que el congreso haya sancionado los códigos, tiene una lectura en función de circunstancias históricas, ya que al sancionarse la constitución, las provincias poseían su legislación común propia y no era posible que quedara abrogada de inmediato y por eso mientras la nación no dictara los códigos la facultad era concurrente con el congreso. Pero hecho lo cual, las provincias ya no conservan ningún derecho al respecto y menos aún cuando las leyes impugnadas no se han limitado a crear nuevas instituciones sino que han alterado la esencia de la regulaciones del código civil (esta última afirmación está en línea con lo sostenido respecto del primer interrogante).

c)

Es obligado según veo algún comentario respecto de la afirmación del fallo en el sentido de que la relación de trabajo es una locación de servicios e integra el derecho civil de los contratos. Afirmación que hoy seguramente provoca escándalo entre una gran parte de juristas considerando la evolución que ha sufrido el contrato de trabajo, desde la dimensión contractual originaria a la actual pertenencia estatutaria del instituto.

No obstante, creo que la afirmación que contiene el fallo es coherente con los standars jurídicos de la época en que el fallo se pronuncia. Los derechos sociales aún se hallaban en proceso de maduración y no habían hecho un ingreso decidido en el mundo jurídico aunque sí en muchas pretensiones sociales y sindicales. Todos recuerdan los intentos de Joaquín V. González cuando siendo legislador de la Nación presentó su proyecto de Código del Trabajo y que dicha legislación finalmente se trabó precisamente en gran parte por la argumentación de que contenía muchas normas de policía del trabajo que eran facultades provinciales. Hemos mencionado en nota precedente la opinión de Matienzo que logró autoridad por mucho tiempo a punto que más de veinte años después la propia corte la cita en su apoyo. Finalmente mencionamos

⁵ .-) De hecho es lo que ha ocurrido en forma permanente y sostenida.

como dato ilustrativo la sanción de la ley 11.729 que modificaba el a. 157 del Cód. de Comercio incorporando algunos de los más caros reclamos del derecho del trabajo.

Al respecto quiero destacar que en realidad este período histórico que va de 1916 a 1930 se caracterizó en realidad por una profunda innovación en los hábitos políticos en primer lugar en reconocimiento de la transformación sufrida por la población argentina en los años precedentes. En punto al modelo de organización social y de las relaciones del estado con la sociedad, el tiempo que consideramos intentó sustancialmente romper la doctrina del estado de abstención y modelar un moderado intervencionismo estatal en las relaciones jurídicas existentes. Y nació de este modo la licitud de la intervención del estado en las relaciones jurídicas privadas como modo de intervención en la economía; el estado adquirió un cometido hasta entonces insuspechado y el poder de policía incorporó un contenido que hasta entonces le había sido extraño. La Corte legitimó este giro a partir del caso Ercolano de 1922 con la notable disidencia de Bermejo. Para los derechos sociales había que esperar aún algún tiempo más y sobre todo algunos acontecimientos que cambian el rumbo del siglo 20 y de las instituciones hasta entonces clásicas: la crisis económica del 29/30 y la consecuente caída de la economía libre, la aparición de la economía de demanda a partir de Keynes y la segunda guerra. Mientras estas grandes pulsaciones no tuvieron lugar, no había espacio para el derecho del trabajo que debió abrirse paso tímidamente mediante su inserción en las instituciones conocidas. No podía entonces pedírsele a los jueces de la Corte que en 1929 dictaran una doctrina que ni siquiera el legislador de la ley 11729 se animó a legislar y optó por la metamorfosis de su incorporación a hurtadillas en el código de comercio.

Considérese además la personalidad de algunos integrantes de la Corte. Bermejo era el presidente y lo era desde 1905 sin interrupción; por cierto antes de eso había ocupado despachos ministeriales, diputaciones, senadurías de modo que formaba parte por así decirlo de la generación del 80 que habían conducido un proyecto de país muy distinto en el que la intervención del estado en la economía y en las relaciones privadas no tenía cabida en las estructuras ideológicas de sustento. A punto que como lo recordamos, en Ercolano Bermejo firmó en sesuda disidencia. También era difícil para Figueroa Alcorta que había recorrido similares caminos y más aún hasta ocupar la presidencia y antes la gobernación de Córdoba. Sagarna era de otra extracción; hijo de inmigrante, ministro del primer gobierno radical de Entre Ríos, amigo de la reforma universitaria del 18 a través de su intervención en la Universidad de Córdoba, no obstante lo cual, las preocupaciones de este tiempo no eran el derecho obrero que estaba impulsado por los socialistas y no por los radicales, de modo que Sagarna tampoco tenía motivos para impulsar un cambio tan radical.

d)

¿ Es contradictorio con otras afirmaciones del fallo, el aserto según el cual cuando se trata de facultades exclusivas de la Nación, ésta puede dictar su facultad disposiciones de carácter policial relativas a las materias contenidas en el derecho privado e impedir por este medio que las provincias usen de las propias ?.

La provincia de Mendoza había planteado como uno de sus argumentos que el establecimiento del salario mínimo tenía un carácter policial en el sentido restringido del término. La sanción del incumplimiento no era la nulidad del contrato sino la multa

a la empresa que no lo pagaba, a punto que el tema del caso es precisamente la repetición de las sumas pagadas en concepto de multas.

Considero que el argumento de la Corte es excesivo. No creo que legislar sobre derecho común le abra competencia de poder de policía restringido a la Nación ya que el poder de policía restringido es derecho administrativo y nunca derecho común, y por lo tanto siempre corresponde a la jurisdicción local o provincial, o aún federal en los temas respectivos. Pero en las regulaciones de derecho común que la propia Corte afirma en el mismo fallo que son relativas a las personas privadas - excluye al estado por lo tanto -, no cabe el poder de policía que es una potestad del estado respecto de los particulares.

En realidad hubiera sido suficiente con afirmar que el poder de policía de las provincias no puede ejercerse cuando precisamente interfiere una regulación de derecho común, cuando deforma el diseño que el derecho común ha hecho de este derecho. Es el principio de la efectividad existencial de los derechos en su aspecto negativo, es decir una de las facetas del principio de clausura del a. 19 de la CN: no esta prohibido lo que la ley no prohíbe, la ley de autoridad competente por cierto.

e)

¿ Es coherente sostener por un lado la estructura abierta de la norma del inciso 11 del a. 67 en el sentido de que permite el crecimiento formal de la legislación siempre que sea derecho común, y a la vez sostener que la facultad provincial era formal y por lo tanto debe limitarse a las legislaciones expresamente mencionadas ?.

Tendría sustento una respuesta negativa ya que se estaría utilizando un criterio lógico para la comprensión del a. 67 inc. 11 y un criterio lógico distinto para la comprensión del 108. En el caso del 108 un criterio formal y en el caso del 67 inc. 11 un criterio material. El argumento histórico que utiliza la Corte no está suficientemente desarrollado y no sostiene adecuadamente la tesis.

La tesis debiera sustentarse más bien en el a. 19 de la CN, es decir en el principio de legalidad. El aserto normativo de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe permite una interpretación en el sentido de la decisión de la Corte desde la perspectiva del principio de clausura, es decir de la segunda parte del enunciado. Ello porque bien podría interpretarse que las materias no reguladas por el congreso no significan ontológicamente una omisión del congreso sino la entrega del tema a la autonomía de la voluntad. En tal caso no podría sostenerse la potestad regulatoria provincial por omisión del congreso porque su falta de regulación tiene un aspecto positivo que es ampliar el círculo de la libertad. Si se relaciona el 108 con el 19, el criterio del 108 puede interpretarse como formal sin chocar con el 67 inc. 11.

ARMANDO J. ISASMENDI

BIBLIOGRAFÍA

- Story J., Constitución de los EEUU, Comentarios, Buenos Aires 1881.
- Segovia Juan F., Las facultades legislativas respecto de códigos, leyes generales y especiales, en Atribuciones del Congreso Argentino, Ed. Depalma, Pérez Guilhou y otros.
- Paschal Jorge, La Constitución de los EEUU, Bs. As., Lajouane 1888.
- Ekmedjian, Der. Consticucional, t. I y III
- Vanossi J.R., Situación actual del Federalismo.
- José Nicolás Matienzo, Lecciones de Derecho Constitucional.
- Ramella P., Replanteo del Federalismo.
- Rivarola Mario, Tratado de derecho comercial.
- Goyena Juan Carlos, Facultades de la Nación y las Provincias para dictar leyes del trabajo, en Jur. Arg., doct. 1971-459
- Hayek F., Camino de servidumbre.
- Montes de Oca, Lecciones de Derecho Constitucional.