

[Buenos Aires, 21 de agosto de 2024]

A 30 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Edición especial

REVISTA DE DOCTRINA
Y JURISPRUDENCIA

DIRECTORA: MARÍA GABRIELA ÁBALOS

COORDINADORA DEL NÚMERO: CARMEN FONTÁN

Artículos:

CARMEN FONTÁN - EDUARDO MENEM - HORACIO ROSATTI
- RODOLFO C. BARRA - ANDERSON C. SALTZER CHAVEZ -
ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ - JUAN CARLOS HITTERS -
HUGO N. PRIETO - EDUARDO BARCESAT - BEATRIZ ALICE -
ALBERTO RICARDO DALLA VÍA - JORGE HORACIO GENTILE
- WALTER F. CARNOTA - PABLO RICARDO RECA - NÉSTOR
OSVALDO LOSA - IRIDE ISABEL GRILLO - MARÍA GABRIELA
ABALOS - MARCELA I. BASTERRA - PABLO LUIS MANILI -
HÉCTOR PÉREZ BOURBON - ALFONSO SANTIAGO - MARIE-
LA UBERTI - ALEJANDRO PÉREZ HUALDE - LEOPOLDO M. A.
GODIO - CARLOS D. LUQUE - MARIO MIDÓN - FERNANDO
RUIZ - MARÍA CAROLINA SALAZAR

COMITÉ ASESOR:

Alberto Bianchi, Pablo Manili, Guillermo Schinelli, Cecilia Recalde, Sofía Sagüés, Santiago Legarre, Lucio Palumbo, Enrique del Carril, Ezequiel Abásolo, Carmen Fontán, Norma Bonifacino, Mariela Uberti, Sofía Calderone, Florencia Ratti

crear regiones para el desarrollo
y social y establecer órganos co-
para el cumplimiento de sus fin-
también celebrar convenios inte-
en tanto no sean incompatibles
con la política exterior de la Na-
y no afecten las facultades dele-
al Gobierno federal, el crédito
de la Nación; con el conocimiento
del Congreso Nacional. La ciud-
de Buenos Aires tendrá el régimen
que se establezca a tal efecto.
Corresponde a las provincias el
originario de los recursos natur-
existentes en su territorio”.

La nueva



“Artículo 86. El Defensor del Pueblo es un órgano independiente
instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará 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.

Artículo 120. El Ministerio Público
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
de los intereses generales de la sociedad
en coordinación con las demás autoridades



EL DERECHO

Contenido

PRESENTACIÓN

Introducción, por Carmen Fontán • Cita Digital: ED-V-DCCCLI-596

APORTES DE LOS CONVENCIONALES

Síntesis del contenido de la Reforma, por Eduardo Menem • Cita Digital: ED-V-DCCCLI-587

La ciudadanía electoral y la elección presidencial. Tres reflexiones sobre la elección del Presidente y vice a partir de la reforma constitucional de 1994, por Horacio Rosatti • Cita Digital: ED-V-DCCCLI-588

Los decretos de necesidad y urgencia: a 30 años de la reforma constitucional de 1994, por Rodolfo C. Barra y Anderson C. Saltzer Chavez • Cita Digital: ED-V-DCCCLI-589

La función Presidencial, por Rodolfo Barra • Cita Digital: ED-V-DCCCLI-591

A 30 años de la Reforma Constitucional de 1994, por Antonio María Hernández • Cita Digital: ED-V-DCCCLI-592

Impacto de la reforma de 1994 de la Constitución Argentina y los Tratados sobre Derechos Humanos (Control de Convencionalidad), por Juan Carlos Hitters • Cita Digital: ED-V-DCCCLI-593

A 30 años de la Reforma Constitucional de 1994. La autonomía municipal, garantía institucional, en el orden económico y financiero, por Hugo N. Prieto • Cita Digital: ED-V-DCCCLI-594

El artículo 36 de la Constitución Nacional: "La lección de Derecho", por Eduardo Barcesat • Cita Digital: ED-V-DCCCLI-595

APORTES DOCTRINARIOS

La tipología de la Constitución Argentina después de la Reforma de 1994, por Beatriz Alice • Cita Digital: ED-V-DCCCLI-567

La reforma constitucional de 1994 a 30 años de su sanción, por Alberto Ricardo Dalla Vía • Cita Digital: ED-V-DCCCLI-568

¡Feliz cumpleaños Constitución reformada en 1994!, por Jorge Horacio Gentile • Cita Digital: ED-V-DCCCLI-569

La Constitución invisible después de la Reforma Constitucional argentina de 1994, por Walter F. Carnota • Cita Digital: ED-V-DCCCLI-570

La Constitución Nacional. Con motivo del trigésimo aniversario de su reforma, por Pablo Ricardo Reca • Cita Digital: ED-V-DCCCCLI-571

Reforma Constitucional de 1994: Leyes ordenadas y otras modificaciones en general, por Néstor Osvaldo Losa • Cita Digital: ED-V-DCCCCLI-572

Algunas Reflexiones En Un Nuevo Aniversario de la Reforma Constitucional de 1994, por Iride Isabel Grillo • Cita Digital: ED-V-DCCCCLI-573

El derecho internacional de los derechos humanos y el constitucionalismo argentino: balance, debates y propuestas, por María Gabriela Abalos • Cita Digital: ED-V-DCCCCLI-574

La evolución del derecho a un medioambiente sano. La regulación ambiental en la reforma de 1994 y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por Marcela I. Basterra • Cita Digital: ED-V-DCCCCLI-575

Antecedentes históricos de la Acción de Amparo a 30 años de su constitucionalización, por Pablo Luis Manili • Cita Digital: ED-V-DCCCCLI-576

Modificaciones a las instituciones de gobierno en la Reforma Constitucional de 1994 (con principal énfasis en el trámite parlamentario y en la función legislativa), por Héctor Pérez Bourbon (con sustanciales aportes de Guillermo Carlos Schinelli) • Cita Digital: ED-V-DCCCCLI-577

La utilización de la delegación legislativa en la instrumentación de los distintos programas de gobierno tras la reforma constitucional de 1994, por Alfonso Santiago • Cita Digital: ED-V-DCCCCLI-578

La vacancia del Defensor del Pueblo de la Nación, por Pablo Luis Manili • Cita Digital: ED-V-DCCCCLI-579

El ethos presidencialista argentino, ¿mito o realidad?, por Mariela Uberti • Cita Digital: ED-V-DCCCCLI-580

Argentina federal en tiempos de regulación y desregulación de la economía en emergencia, por Alejandro Pérez Hualde • Cita Digital: ED-V-DCCCCLI-581

Los límites interprovinciales en la Constitución Nacional. Aspectos jurídicos, políticos y técnicos en torno a su fijación, por Leopoldo M. A. Godio • Cita Digital: ED-V-DCCCCLI-582

El federalismo en la Argentina a 30 años de la reforma constitucional de 1994, por Carlos D. Luque • Cita Digital: ED-V-DCCCCLI-583

La sempiterna emergencia de los DNU y los Decretos Delegados, por Mario Midón • Cita Digital: ED-V-DCCCCLI-584

Reforma Constitucional: El triángulo de hierro que defiende al periodismo profesional de interés público, por Fernando Ruiz • Cita Digital: ED-V-DCCCCLI-585

La democracia y el derecho a la educación: conquistas normativas a treinta años de la reforma constitucional, por María Carolina Salazar • Cita Digital: ED-V-DCCCCLI-586

Artículos

Introducción

por CARMEN FONTÁN(*)

El Suplemento de Derecho Constitucional de Editorial El Derecho se complace en presentar este número especial conmemorando tres décadas de la Reforma Constitucional de 1994.

Una reforma que estuvo precedida de acuerdos políticos en busca de coincidencias básicas. Así, los líderes de los partidos políticos mayoritarios, el presidente de la Nación y presidente del Justicialismo, Dr. Carlos Menem, y por el radicalismo el ex presidente de la Nación, Dr. Raúl Alfonsín, firman el 14 de noviembre de 1993 el llamado “Pacto de Olivos” y un mes más tarde el “Pacto de la Casa Rosada”. El primero es un acuerdo político programático que explica el porqué y para qué de la reforma; coincidiendo en un proyecto de reforma sin introducir modificación alguna a la primera parte del estatuto de los derechos de la Constitución, la atenuación del poder presidencial, el fortalecimiento de la independencia del Poder Judicial y del Federalismo. El “Pacto de la Rosada” precisa las materias a reformar y los procedimientos a seguir formando un núcleo de coincidencias básicas y los mecanismos jurídico-políticos para garantizar la concreción de los acuerdos en la futura enmienda constitucional.

La ley 24.309, sancionada poco después, instrumentó ese llamado, diferenciando dos posibles ámbitos de reformas: la primera, denominada “Núcleo de coincidencias básicas”, reproduciendo los aspectos esenciales del “Pacto de Olivos”, obligando a la Convención Constituyente a aprobar o desechar en bloque las reformas. El segundo, en cambio, era un debate sin ataduras, como era la costumbre constitucional en las convenciones argentinas. La ley fue cuestionada judicialmente sin éxito, tanto en su aspecto procedimental, como por la “cláusula cerrojo”.

Los convencionales fueron electos el 10 de abril de 1994, iniciando sus sesiones el 25 de mayo, finalizando su labor el día 22 de agosto de ese año. El nuevo texto fue jurado en el Palacio San José el día 24 de agosto de 1994. La Convención de Santa Fe y Paraná tuvo 305 convencionales –la suma del número de los miembros del Congreso: 257 diputados y 48 senadores–, que representaron a 19 bloques políticos, y casi sobre el final de la tarea reformista llegaron a 20 por el reconocimiento del Bloque unipersonal del Profesor Iván Cullen. Fue la Convención más numerosa de nuestra historia constitucional. Culminó su tarea en 90 días, en un marco de verdadero pluralismo democrático. El producto jurídico de la reforma comprendió la sanción de 61 normas constitucionales: 20 nuevas, 24 reformadas y 17 disposiciones transitorias. La mayor reforma constitucional desde el dictado de la carta fundacional de los argentinos.

Treinta años es un período más que suficiente para analizar desapasionadamente el fruto de la reforma. ¿Es realmente una constitución evanescente o reforma espasmódica, como la calificó Jorge Vanossi en 1994⁽¹⁾; ¿logró atenuarse el régimen presidencial?; ¿se fortaleció el federalismo?; ¿se aseguró la independencia del Poder Judicial?; ¿salió fortalecido el rol de control del Congreso de la Nación?; ¿funcionó más eficazmente el sistema de frenos y contrapesos de la Constitución?; ¿se acentuó el desequilibrio entre el Estatuto de los Derechos y el Estatuto del Poder?

Esos y muchos otros interrogantes serán abordados en los distintos trabajos que integran el suplemento. Luces y sombras de la reforma en la pluma de los protagonistas, los intérpretes auténticos de la reforma: los convencionales constituyentes de 1994. El Presidente de la Convención Constituyente, Dr. Eduardo Menem, analiza el efecto que las reformas tuvieron en nuestra forma de gobierno representativa, republicana y federal. El Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Horacio Rosatti, examina la ciudadanía electoral y la elección presidencial, con tres reflexiones sobre la elección de Presidente y Vice a la luz de la reforma. A su turno,

el Convencional Constituyente (MC) Dr. Rodolfo Barra escruta la evolución de los Decretos de Necesidad y Urgencia antes y después de la reforma. Nos insta a repensar este instituto para que cumpla con la finalidad que tuvo el constituyente cuando los incorporó y que no fue otra que establecer un instrumento jurídico eficaz para resolver problemas de suma urgencia dentro del marco de respeto a la Constitución.

El Convencional Constituyente (MC) Antonio María Hernández reactualiza su análisis de la reforma, dividiendo el proceso constituyente en tres etapas: el preconstituyente, el constituyente y el posconstituyente. Este último, caracterizado por el incumplimiento de la reforma acorde a nuestra débil cultura constitucional y de legalidad. El Convencional Constituyente (MC) Juan Carlos Hitters nos ilustra sobre el impacto de la reforma y los Tratados sobre Derechos Humanos y los cambios que se produjeron en el sistema de fuentes del orden público argentino. Concluyendo que podemos hablar de “Tratados constitucionalizados” y de la “Constitución internacionalizada”. El Convencional Constituyente (MC) Hugo Prieto pone el acento en la autonomía municipal, como garantía institucional, en orden económico y financiero, concluyendo que nuestro sistema federal fiscal resultó poco funcional para satisfacer la consecución de los fines del estado y que al municipio le toca la peor parte. Finalmente, el Convencional Constituyente (MC) Eduardo Barcesat enfoca el problema de la validez del derecho como punto de partida para analizar el art. 36 de la norma de base federal. Sostiene que con esa incorporación se quebró el paradigma consistente en atribuirle a la eficacia del empleo del aparato de la fuerza estatal la capacidad para otorgarle legitimidad a los golpes de estado militares. Con originalidad aborda el interrogante de si el art. 36 CN es también aplicable cuando un poder del Gobierno Federal con legitimidad de origen desborda el marco de sus incumbencias para apropiarse –usurpar– de las potestades de los otros poderes que conforman el mismo gobierno federal.

La segunda parte del suplemento, donde participan prestigiosos autores, aborda con espíritu crítico las reformas introducidas tanto en la parte dogmática como en la orgánica, y en lo referido al Federalismo y al derecho público provincial. Un tema que desveló a los autores es la emergencia y los instrumentos normativos utilizados para establecer limitaciones más intensas al ejercicio de los derechos.

Werner Kägy⁽²⁾ sostiene que el “desmontaje” de la Constitución es un fenómeno vinculado a la decadencia o desplazamiento de lo normativo constitucional, entendido como el proceso de debilitamiento de la fuerza normativa de la norma de base. Importan casos de desviaciones o aberraciones normativas, ya que la regla constitucional no queda formalmente afectada, aunque sí su eficacia. A su entender, la decadencia de lo normativo-constitucional es una consecuencia general de la declinación de lo normativo en la existencia humana en comunidad. Y uno de los ejemplos dados por este autor es justamente la doctrina judicial en materia de control de la emergencia. En este suplemento se analiza en profundidad la sempiterna emergencia de los DNU y los decretos delegados, el presidencialismo argentino, la Argentina federal en tiempos de regulación y desregulación de la economía en la emergencia, entre otros.

También los autores aportan visiones distintas de la Constitución: la visible y la invisible. Los cambios en la tipología de la Constitución después de la reforma. Un agudo análisis sobre el secreto de las fuentes de información y la protección de la libertad de expresión.

Hace treinta años, un 22 de agosto de 1994 en horas de la tarde, en el Paraninfo de la Universidad Nacional del Litoral, fui a retirar las copias de la reforma recién sancionada. Las hojas estaban calientes, de tantas fotocopias que se habían hecho. Era la constitución viviente. Hoy es una

(*) Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UNT.

(1) Jorge R. Vanossi, “La constitución evanescente (Una reforma espasmódica)”, La Ley, 1994-E, 1246.

(2) Kägy, Werner, “La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho constitucional”, Madrid, Dykinson, 2005.

joven adulta y quedan muchas promesas constitucionales incumplidas. El Convencional Constituyente (MC) Dr. Horacio Rosatti expresó: “El gran legado de la reforma de 1994 es el de la búsqueda –y el logro– del consenso”, y definió aquel hito como “el último acto de la política grande” en nuestro país. “Antes y después del 94 hubo grieta; sin embargo, durante tres meses pudimos poner entre paréntesis las diferencias –que las había, y muchas–, el conflicto, la discordia y la disidencia, y legar a la posteridad un documento que ya lleva 30 años de vigencia ininterrumpida y que, creo, va a perdurar por muchísimos más”.

Hace tiempo Bidart Campos se preguntaba cuál era el rostro de la reforma de 1994. Y contestaba: “Un texto extenso, en oposición a la parquedad sobria de la constitución histórica. Normas a veces ambiguas, y otras muy abiertas. Un consenso de base presta legitimidad. Es la hora de que el rostro que por ahora sólo atisbamos a través de la letra escrita de la constitución cobre corporeidad efectiva y real”⁽³⁾. Según los distintos análisis de este suplemento, hay una parte de ese rostro que todavía debemos descubrir.

(3) Germán J. Bidart Campos, “La constitución que dura”, Ediar, Bs. As., 2004, p. 35.

Agradezco a la Directora de este Suplemento, Dra. María Gabriela Ábalos, por la confianza depositada en mi persona para coordinar las tareas de recopilación de los aportes doctrinarios y a la invaluable tarea de la Dra. Sofía Calderone y Marco Rufino. Sin ellos no habríamos llegado a buen puerto. Y a los Convencionales Constituyentes (MC) y colaboradores de este tomo por la calidad y seriedad con que afrontaron el desafío de analizar las tres décadas recorridas por la reforma constitucional de 1994.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO POLÍTICO - PODER LEGISLATIVO - PROVINCIAS - DERECHO COMPARADO - PARTIDOS POLÍTICOS - ELECCIONES - FILOSOFÍA DEL DERECHO - PODER EJECUTIVO - TRATADOS Y CONVENIOS - CONSTITUCIONES PROVINCIALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DEMOCRACIA - ESTADO - ADUANA - DIVISIÓN DE PODERES - COMERCIO E INDUSTRIA - IMPUESTOS - MONEDA - ECONOMÍA - PODER JUDICIAL - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - CONSEJO DE LA MAGISTRATURA - MINISTERIO PÚBLICO - DERECHO AMBIENTAL - LEY - CONGRESO NACIONAL - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - HISTORIA DEL DERECHO - DERECHO MUNICIPAL

Síntesis del contenido de la reforma

por EDUARDO MENEM

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. EL CONTENIDO DE LA REFORMA DE 1994. A) SISTEMA REPRESENTATIVO. B) SISTEMA REPUBLICANO. C) SISTEMA FEDERAL. – III. DIMENSIÓN AXIOLÓGICA. A) LOS NUEVOS DERECHOS, GARANTÍAS Y VALORES. B) OTROS DERECHOS Y VALORES. – IV. IMPORTANCIA DE LOS CONTENIDOS AXIOLÓGICOS. – V. APORTE A LA CULTURA DE LA PAZ. – VI. INCUMPLIMIENTO DE LA REFORMA. – VII. RATIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE SOBERANÍA ARGENTINOS SOBRE LAS ISLAS MALVINAS, GEORGIAS DEL SUR Y SANDWICH DEL SUR.

I. Introducción

Para poner en valor la reforma constitucional de 1994 debemos tener en cuenta que nuestra historia constitucional fue muy traumática y complicada, porque registramos dos Constituciones sancionadas en 1819 y 1826 que no entraron en vigencia por su marcado carácter unitario, y la Constitución de 1853 y su reforma de 1860 fueron precedidas por las batallas de Caseros y Cepeda, respectivamente.

Las reformas de 1866 y 1890 no fueron importantes, ya que la primera de ellas tuvo por única finalidad la de modificar la norma por la cual las provincias coparticipaban del monto de los derechos de importación y exportación, los que pasaron en su totalidad a la Nación porque Argentina estaba en guerra con Paraguay, y la de 1890 tuvo como objetivo ajustar la cantidad de diputados de cada provincia según la cantidad de habitantes.

A su vez, las dos últimas reformas, la de 1949 fue anulada por un bando militar y la de 1957 convocada por el mismo gobierno militar que anuló la de 1949, ejerciendo de un modo ilegítimo y espurio el poder constituyente y proscribiendo al peronismo. En ambas hubo retiros masivos de convencionales. Sin olvidar, por cierto, las reformas

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: *¿Atenuación o flexibilización del presidencialismo? La jefatura de gabinete ante nuevos escenarios políticos, comparada con la propuesta de Sartori*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA y ANTONIO MARTINO, EDCO, 180-927; *La Reforma Constitucional de 1994 y el federalismo argentino*, por ALBERTO R. ZARZA MENSAQUE, EDCO, 2004-667; *La Reforma Constitucional de 1994, los Convenios Internacionales y las provincias*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2004-625; *El sistema de elección presidencial en la Constitución de 1994*, por VÍCTOR E. IBAÑEZ ROSAZ, EDCO, 2005-777; *Reforma constitucional y consolidación democrática*, por ALBERTO R. DALLA VÍA, EDCO, 2006-586; *Entre Ríos y el desafío de una reforma constitucional*, por MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, EDCO, 2008-592; *El número de las opciones políticas*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2009-305; *La coparticipación federal*, por JORGE HORACIO GENTILE, EDCO, 2009-461; *Federalismo y declaraciones de derechos. Segunda Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1819-1853*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2012-589; *Federalismo y declaraciones de derechos. Tercera Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1853-1860*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2013-313; *El federalismo ante la responsabilidad patrimonial de los jueces*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2013-151; *Fortalecimiento del federalismo y los principios de cooperación leal y subsidiariedad*, por ROBERTO ANTONIO PUNTE, EDCO, 2013-591; *Obstáculos para la vigencia de la atenuación del presidencialismo argentino veinte años después. Rol del Poder Judicial*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA, EDCO, 2013-544; *Federalismo y declaraciones de derechos. Cuarta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1862-1916*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2014-585; *A 20 años de una reforma innecesaria: el Referéndum Constitucional*, por ALBERTO J. EGÜES, EDCO, 2014-652; *Veinte años después de la reforma constitucional de 1994. Su balance*, por NÉSTOR P. SAGÜÉS, ED, 259-81; *La necesidad del federalismo*, por JULIO CONTE-GRAND, ED, 264-699; *El federalismo, la justicia y el bien común*, por JUAN C. CASSAGNE, EDA, 2015-671; *Hace 150 años se sancionaba la reforma constitucional de 1866. Mitre, su conducta y su entorno*, por JUAN MANUEL PEIRE, EDCO, 2016-509; *Federalismo y declaraciones de derechos. Quinta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1916-1949*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2015-613; *Federalismo y declaraciones de derechos. Sexta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1949-1955*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2016-330; *Federalismo y declaraciones de derechos. Séptima Parte: Derecho constitucional provincial argentino 1955-1983*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2016-594; *Federalismo y declaraciones de derechos. Octava Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1983-1994*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2017-310; *A 150 años de la reforma constitucional de 1866 –y de la Guerra de la Triple Alianza–*, por JUAN JOSÉ HERRERO DUCLOUX, EDCO, 2016-509; *La Reforma Constitucional de 1898 y la Argentina de aquel tiempo*, por JUAN JOSÉ HERRERO DUCLOUX, *El Derecho* - Constitucional, Octubre 2022 - Número 10. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

efectuadas por gobiernos militares, una de las cuales, la de 1972, se aplicó para la formación del gobierno en 1973.

II. El contenido de la reforma de 1994

Con la reforma se modificaron 24 normas, se sancionaron 20 normas nuevas y 17 disposiciones transitorias.

El abordaje del contenido de la reforma de 1994 puede ser tratado de distintas formas. Yo lo haré analizando el efecto que las reformas tuvieron en nuestra forma de gobierno representativa, republicana y federal.

A) Sistema representativo

El clásico principio consagrado por el artículo 22 de nuestra ley fundamental de que “el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución”, ha sido complementado en la reforma por una *mayor participación de los ciudadanos en las deliberaciones y decisiones políticas, lo que era una de las ideas fuerza que impulsaron la reforma*.

Esta mayor participación directa de los ciudadanos se puede comprobar con las siguientes modificaciones:

a) Elección directa del presidente y vicepresidente de la Nación (artículo 94), eliminando los colegios electorales y de los senadores nacionales (artículo 54) que eran elegidos por las legislaturas locales.

b) Los institutos calificados como de “democracia semidirecta”, en los cuales la participación de los ciudadanos es esencial para la toma de algunas decisiones relevantes en el ámbito estatal, tales como:

b.1) La iniciativa popular, por la cual se otorga a los ciudadanos el derecho de presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados, a los cuales el Congreso debe darles expreso tratamiento dentro del término de 12 meses. No pueden ser objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, los tratados internacionales, tributarios, presupuesto y materia penal (artículo 39).

b.2) La consulta popular *vinculante*, por la cual la Cámara de Diputados puede someter a votación obligatoria del pueblo de la Nación un proyecto de ley que en caso de ser aprobado se convierte en ley de promulgación automática (artículo 40).

b.3) La consulta popular *no vinculante*, en virtud de la cual el Congreso o el Presidente de la Nación, dentro de sus respectivas facultades, pueden convocar al pueblo para que se pronuncie voluntariamente sobre asuntos determinados. En este caso el voto no es obligatorio (artículo 40).

c) La participación necesaria de las asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control de las relaciones de consumo (artículo 42).

B) Sistema republicano

Las características principales que definen a la república, tales como la *responsabilidad* de los funcionarios públicos, la *periodicidad* de sus mandatos, la *publicidad* de los actos de gobierno y la *división y equilibrio de los Poderes del Estado*, han resultado fortalecidas por la reforma constitucional de 1994, según surge de las normas que se citan a continuación.

a) Responsabilidad de los funcionarios públicos

Siendo el control la antesala de la responsabilidad, como se ha sostenido por la doctrina, la reforma de 1994 les ha concedido jerarquía constitucional a algunos de los organismos de control existentes en el ámbito “infraconstitucional”, pudiéndose citar al respecto:

a.1) Auditoría General de la Nación

Es un organismo colegiado, creado en 1992 (ley 24.156), con autonomía funcional para la asistencia técnica del Congreso a los fines del ejercicio del control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública, centralizada y descentralizada, cualquiera sea su modalidad de organización. Al ser incorporado a la Constitución se dispuso que *el presidente del organismo sea designado a propuesta del partido político de oposi-*

ción con mayor cantidad de legisladores en el Congreso (artículo 85).

a.2) El Defensor del Pueblo

Este organismo, creado en el orden nacional por la ley 24.284, sancionada en el año 1993, se instituyó en el ámbito del Congreso de la Nación, con plena autonomía funcional y sin recibir instrucciones de ninguna autoridad, con la misión fundamental de proteger los derechos e intereses de los individuos y de la comunidad frente a los actos, hechos u omisiones de la administración pública nacional. Al ser receptada esta figura en el artículo 86 de la Constitución, se le agregó como misión la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y en las leyes, otorgándole legitimación procesal para cumplir con sus funciones.

b) Periodicidad de los mandatos

La reforma de 1994 ha acentuado el principio republicano de periodicidad de los mandatos de los funcionarios públicos, *al acortar el del Presidente y del Vicepresidente de la Nación de 6 a 4 años con posibilidad de una sola reelección consecutiva* (artículo 90).

Asimismo, *redujo el mandato de los senadores nacionales de 9 a 6 años*, siendo reelegibles indefinidamente pero debiendo renovarse el Senado a razón de una tercera parte de los distritos electorales cada 2 años.

c) Publicidad de los actos de gobierno

Esta característica del sistema republicano de gobierno ha sido tenida en cuenta al consagrar expresamente que el acuerdo que debe prestar el Senado para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se realice en *sesión pública convocada al efecto* (artículo 99 inciso 4, 1° párrafo), *debiendo ser aprobado por dos tercios de los miembros presentes*.

Asimismo, *se exige sesión pública del Senado de la Nación a los fines de prestar acuerdo para el nombramiento de los jueces de los tribunales federales inferiores* en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura (artículo 99, inciso 4°, 2° párrafo).

d) División y equilibrio de los Poderes del Estado

Como expusieramos en nuestro libro *La Constitución Reformada* (en coautoría con el Dr. Roberto Dromi), *en la Constitución de 1853-1860, "la fórmula de división de los Poderes puso su acento en un Ejecutivo fuerte, en el afianzamiento de la justicia, en el reparto federal y en la eficacia parlamentaria", pero a lo largo de los años fue produciéndose un desequilibrio institucional como consecuencia de la concentración de poder en la Nación y del sobredimensionamiento del Poder Ejecutivo, en detrimento de los otros dos Poderes del Estado federal, de las provincias y de los municipios*.

La reforma de 1994 estableció una nueva fórmula de separación y equilibrio de Poderes, mediante las disposiciones que se explican a continuación.

1. Mayor eficacia del Poder Legislativo

Se logra este resultado mediante las siguientes reformas:

a) *Las Cámaras se reúnen por sí solas* (artículo 63), *es decir, sin tener que esperar la apertura por parte del Poder Ejecutivo, mediante el mensaje del Presidente de la Nación, como se hacía anteriormente*.

b) *Se amplió el periodo de sesiones ordinarias*, que se extiende del 1° de marzo al 30 de noviembre (artículo 63), mientras que anteriormente era del 1° de mayo al 30 de septiembre. Es decir que *se incrementa en 4 meses el funcionamiento del Congreso para cumplir con sus importantes funciones*.

c) *Se agilizó el procedimiento para sancionar las leyes, reduciéndose de 5 a 3 pasos o lecturas*, haciendo prevalecer a la Cámara de origen o a la mayoría calificada, en caso de discrepancia entre ambas Cámaras (artículo 81).

d) *Se autoriza a las Cámaras para que, una vez aprobada en general un proyecto de ley, por resolución adoptada por la mayoría absoluta del total de miembros de la Cámara, sea remitido a la comisión competente para su tratamiento en particular*. De ser aprobado en particular por la mayoría absoluta del total de miembros de la Comisión, el proyecto sigue su trámite ordinario (artículo 79).

e) *Se faculta expresamente al Congreso para disponer la intervención federal a una provincia o a la Ciudad de*

Buenos Aires y para aprobar o rechazar la intervención decretada, durante su receso, por parte del Poder Ejecutivo (artículo 75 inciso 31). De esta forma queda superada la histórica discusión acerca de cuál es el Poder que puede disponer la intervención federal, ya que *el artículo 6° de la Constitución Nacional que regula este instituto habla del "gobierno federal"*, sin ninguna otra precisión, razón por la cual el Poder Ejecutivo se atribuyó esta facultad en numerosas ocasiones.

f) *Puede interpelar al Jefe de Gabinete de Ministros a los fines de una moción de censura por el voto de la mayoría absoluta del total de miembros de cualquiera de las Cámaras y removerlo por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras* (artículo 101). Debe destacarse que, desde la creación de esta figura, *el Congreso no ejerció nunca estas facultades*, pese al reiterado incumplimiento de algunos Jefes de Gabinete de concurrir mensualmente en forma alternativa a cada una de las Cámaras, para informar sobre la marcha del gobierno.

g) *Ejerce el control de la administración pública nacional por medio de la Auditoría General de la Nación* (artículo 85) *y del Defensor del Pueblo* (artículo 86), que funcionan en el ámbito del Congreso con las atribuciones explicadas anteriormente al referirnos al Sistema republicano.

2. Atenuación del presidencialismo

El Poder Ejecutivo fue diseñado como un poder fuerte, según la concepción de Alberdi influenciado por la Constitución chilena. Pero con el transcurso de los años ese poder se fue incrementando en desmedro del Poder Legislativo y del Poder Judicial, razón por la cual *la atenuación del presidencialismo fue una de las ideas-fuerza que inspiraron la reforma de 1994*.

Así, se incorporaron algunas normas tendientes a obtener ese objetivo, tales como:

2.1. *La creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros, como responsable político ante el Congreso de la Nación, atribuyéndole facultades para desconcentrar las del titular del Poder Ejecutivo*, entre ellas: ejercer la administración general del país; efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al Presidente; coordinar, preparar y convocar a las reuniones del Gabinete de Ministros, presidiéndolas en caso de ausencia del Presidente; hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la Ley de Presupuesto Nacional; refrendar los decretos reglamentarios de las leyes, los decretos que dispongan la prórroga de las sesiones ordinarias del Congreso o la convocatoria a sesiones extraordinarias y los mensajes del Presidente que promuevan la iniciativa legislativa, etc. (artículo 100).

2.2. *La reducción del mandato presidencial de 6 a 4 años, con la posibilidad de una sola reelección consecutiva* (artículo 90).

2.3. *La privación de la facultad de elegir al Intendente de la Capital de la Nación en su condición de jefe inmediato y local de la misma, según lo establecía el artículo 86 inciso 3° de la Constitución 1853-1860, que fue eliminado por la reforma, sancionando en cambio el artículo 129, determinando que la Ciudad de Buenos Aires tendrá un gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción y que su Jefe de Gobierno será elegido por el pueblo de la Ciudad*.

2.4. *La prohibición de disponer la intervención federal de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires, salvo cuando el Congreso se encuentre en el periodo de receso, debiendo en este caso convocarlo simultáneamente para su tratamiento* (artículo 99 inciso 20).

2.5. *La limitación de la facultad de dictar disposiciones de carácter legislativo, es decir, los denominados decretos de necesidad y urgencia, salvo cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos*, lo que deberá ser decidido en Acuerdo General de Ministros y refrendarlos conjuntamente con el Jefe de Gabinete de Ministros. Este funcionario deberá elevar, dentro de los diez días, los decretos a la Comisión Bicameral Permanente, la que en el mismo plazo someterá su dictamen al plenario de cada Cámara, para su aprobación o rechazo, en los términos de la ley reglamentaria.

2.6. Corresponde considerar también como una atenuación del presidencialismo *la prohibición de la delegación*

legislativa al Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de delegación que el Congreso establezca (artículo 76).

2.7. Constituye otra limitación al poder presidencial para la designación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la exigencia de que el acuerdo que debe prestar el Senado a tales fines se realice en audiencia pública convocada al efecto y con el voto de 2/3 de los miembros presentes (artículo 99 inciso 4°, primer párrafo). Asimismo, el nombramiento de los jueces federales de los tribunales inferiores debe hacerlo en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado en sesión pública (artículo 99, inciso 4°, segundo párrafo).

3. Independencia del Poder Judicial

Para lograr el equilibrio de los Poderes del Estado era necesario también garantizar la independencia del Poder Judicial, a los fines de evitar las influencias políticas de los otros dos Poderes, sobre todo en los procesos de designación y remoción de los magistrados.

En ese sentido nos remitimos a lo explicado anteriormente, referido a uno de los aspectos de la atenuación del presidencialismo, en cuanto exige ciertas condiciones para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los jueces federales de tribunales inferiores, asegurando una mayor transparencia en esas designaciones y contribuyendo también a la independencia del Poder Judicial.

Asimismo, para garantizar la justicia e imparcialidad en la selección y en la remoción de los magistrados federales de tribunales inferiores, se crearon el Consejo de la Magistratura (artículo 114) y el Jurado de Enjuiciamiento (artículo 115).

El Consejo de la Magistratura tiene a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. Se integra periódicamente de modo tal que procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias, abogados de la matrícula federal y personas del ámbito académico y científico. Entre sus atribuciones se encuentran la de seleccionar mediante concursos públicos a los postulantes a las magistraturas inferiores, emitir propuestas en ternas vinculantes para el nombramiento de los magistrados de tribunales inferiores, administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia y decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso, ordenar la suspensión y formular la acusación correspondiente.

El Jurado de Enjuiciamiento, integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal, tiene la atribución de remover a los jueces de tribunales inferiores de la Nación, por las causales del artículo 53 de la Constitución. Su fallo, que será irrecurrible, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante tribunales ordinarios.

Las leyes reglamentarias 24.937 y 24.939, sancionadas el 10/12/97 y 18/12/97, fijaron en 20 el número de integrantes del Consejo de la Magistratura y en 9 los del Jurado de Enjuiciamiento, respetando en el primero de ellos la exigencia constitucional del equilibrio entre la representación de los distintos estamentos. Pero la ley 26.080, sancionada el 22/2/2006, redujo de 20 a 13 el número de integrantes del Consejo y de 9 a 7 los del Jurado, con el evidente propósito de dar preeminencia a los representantes del sector político y rompiendo el equilibrio antes mencionado, por lo que resulta notoriamente inconstitucional.

Por otra parte, también fortalece la independencia del Poder Judicial la incorporación constitucional del Ministerio Público, integrado por un Procurador General de la Nación y un Defensor General de la Nación, como órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene como función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la comunidad, en coordinación con las demás autoridades de la República (artículo 120).

C) Sistema federal

La reforma de 1994 fortaleció el federalismo mediante las normas que se enuncian a continuación y que se explican por sí solas.

a) Fija las bases para el dictado de una ley convenio de coparticipación federal de contribuciones entre la Nación y las provincias, que garantice la remisión automática de fondos. Esta ley, que tendrá origen en el Senado y será aprobada con la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada Cámara, deberá contemplar criterios objetivos de reparto, será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional (artículo 75 inciso 2°).

b) La atribución del Congreso para promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de las provincias, debiendo ser el Senado la Cámara de origen de estas iniciativas (artículo 75 inciso 19).

c) Reconocimiento del dominio originario de las provincias de los recursos naturales que se encuentren dentro de su territorio (artículo 124).

d) Posibilidad de crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines (artículo 125).

e) Atribución de las provincias para celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación (artículo 124).

f) Reconocimiento de la autonomía municipal que tiene manifestación concreta en la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (artículo 129). No basta con que las provincias aseguren el régimen municipal, como lo establece el artículo 5° de la Constitución, sino que se les exige asegurar la autonomía municipal (artículo 123).

g) Reconocimiento del poder de policía provincial en materia de medio ambiente, al establecerse que pueden complementar las normas que dicte la Nación que contengan los presupuestos mínimos de protección, sin alterar las jurisdicciones locales (artículo 41, 3° párrafo).

h) Participación de las provincias en los organismos de control de los servicios públicos (artículo 42, última parte).

i) Elevación de 2 a 3 el número de senadores por cada provincia, para dar participación a las minorías, consolidando el pluralismo como elemento fundamental de la democracia (artículo 54).

III. Dimensión axiológica

La ley 24.309 estableció la prohibición de que la Convención constituyente introduzca modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el capítulo único de la primera parte de la Constitución, es decir, de los primeros 35 artículos (artículo 7°), determinando que serían nulas, de nulidad absoluta, todas las modificaciones, derogaciones y agregados que se realicen apartándose de la competencia establecida en los artículos 2° y 3° de la ley (artículo 6°).

Estas disposiciones se establecieron de una manera expresa para rechazar algunas de las críticas y temores que habían sembrado los opositores a la reforma, en el sentido de que la Convención no iba a respetar los “valores pétreos” consagrados en esos primeros 35 artículos o que iba a declararse soberana para introducir cualquier tipo de modificaciones, agrandando a la Constitución en forma desmesurada.

Con la sanción de la reforma de 1994 no solo quedaron despejadas esas dudas y temores, sino que además de respetar los límites fijados por la ley, se sancionaron normas que ampliaran o precisaron las Declaraciones, Derechos y Garantías contemplados en los primeros 35 artículos, otorgándole a la Constitución reformada una dimensión axiológica enriquecida por nuevos valores, en beneficio de las personas y de las instituciones de la República.

Es decir que sobre los cimientos axiológicos consuetudinarios por la Constitución de 1853-1860 y la reforma de 1957, la Convención nacional constituyente de 1994 sancionó nuevos derechos y garantías para consolidarlos, incorporando derechos de segunda y tercera generación y otros valores, según se consigna a continuación.

A) Los nuevos derechos, garantías y valores

En virtud de lo autorizado por el artículo 3° inciso b) de la ley 24.309, se incluyó un segundo capítulo en la primera parte de la Constitución, bajo el título “Nuevos derechos y garantías”, con el siguiente contenido:

- La defensa del orden constitucional y del sistema democrático, más la exigencia de la sanción de una Ley de Ética Pública en el ejercicio de la función (artículo 36).

- Los derechos políticos (artículo 37).
- La regulación de los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático (artículo 38).
- El derecho a la iniciativa popular (artículo 39) y la consulta popular (artículos 39 y 40).
- El derecho a un ambiente sano (artículo 41).
- La defensa del usuario y del consumidor (artículo 42).
- El derecho a promover las acciones de amparo, hábeas data y hábeas corpus y a la preservación del secreto de las fuentes de información periodística (artículo 43).

Esta norma del artículo 43 reviste extraordinaria importancia por cuanto les confiere jerarquía constitucional a las garantías para hacer efectivo el ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional que, de otro modo, se convertirían en meras declaraciones ilusorias.

A tales fines, admite la posibilidad de que los jueces puedan declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Alberdi decía que “las garantías individuales proclamadas con tanta gloria, conquistadas con tanta sangre, se convertirán en palabras vanas, en mentiras relumbrosas, si no se hacen efectivas por medio de garantías públicas”.

A su vez, el artículo 1º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 afirmó: “Una sociedad que no tenga la garantía de derechos asegurada, ni la división de poderes determinada, no tiene Constitución”.

Además de los derechos y garantías precedentemente mencionados, se les otorgó jerarquía constitucional a los contenidos en los principales tratados sobre derechos humanos que se consignan en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución, los que deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Por cierto que, por su extensión, no puedo precisarlos ni explicarlos en esta oportunidad.

B) Otros derechos y valores

Por otra parte, al determinar las atribuciones del Poder Legislativo en el artículo 75 de la Constitución reformada, se han consagrado otros derechos, garantías y valores, que también enriquecen su contenido axiológico, tales como:

a) *Equidad, solidaridad, calidad de vida, grado equivalente de desarrollo, e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional* (artículo 75, inciso 2º, 3º párrafo)

Estos valores están mencionados como criterios objetivos de reparto que deben observarse en la distribución de ingresos por la coparticipación entre la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires y tienen como finalidad que todos los habitantes de la República Argentina disfruten de similares condiciones de vida y posibilidades de desarrollo personal y familiar.

b) *Igualdad real de oportunidades* (artículo 37) e *igualdad real de oportunidades y de trato* (artículo 75 inciso 23)

Estas normas admiten la discriminación positiva, es decir, la aplicación de normas desiguales para lograr la igualdad de personas que se encuentran en situación desfavorable. Es decir, se desiguala para igualar.

c) *Libertad de elección y trato equitativo y digno* (artículo 42)

La norma consagra el derecho de los usuarios y consumidores, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos y a una información adecuada y veraz.

d) *Desarrollo humano y progreso económico con justicia social* (artículo 75, inciso 19, 1º párrafo)

La incorporación del concepto “justicia social” en el texto constitucional significa que los beneficios del progreso económico deben ser distribuidos entre todos los habitantes, en forma equitativa.

e) *Promoción de los valores democráticos* (artículo 75, inciso 19, párrafo 3º)

Se refiere a los objetivos que deben tener las leyes de organización y de base de la educación, estableciendo la responsabilidad indelegable del Estado en la promoción de los valores democráticos, que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

IV. Importancia de los contenidos axiológicos

Los contenidos axiológicos son importantes, no solo por su valor en sí mismos, sino porque además marcan la

ideología de la Constitución y el criterio que debe observarse en la interpretación de los textos constitucionales.

Al referirse a la dimensión axiológica o estimativa de la Constitución de España, que en su artículo 1º proclama como valores de su ordenamiento jurídico a la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, el prestigioso jurista Pablo Lucas Verdú afirma que *la importancia de los valores radica en su relación esencial con el hombre*. El valor no es una cualidad de cualquier objeto, sino su relación significativa. *Los valores se interrelacionan con la situación vital del hombre. Existe la necesidad que tiene la sociedad de vincular el orden axiológico con el derecho*.

V. Aporte a la cultura de la paz

Como dijimos en el discurso de clausura de la Convención nacional constituyente, los valores y principios incorporados a la Constitución Nacional constituyen un relevante aporte a la cultura de la paz, concepto que está contemplado en la carta constitutiva de la UNESCO, en la que se sostiene: “Puesto que es en la mente de los hombres donde se genera la idea de la guerra, es también en la mente de los hombres donde debemos crear los baluartes para la paz”.

Al respecto se ha dicho que esos baluartes se fundan en el respeto de los valores universales de la vida, la libertad, la justicia, la solidaridad, la tolerancia, los derechos humanos y la igualdad entre los hombres y las mujeres.

Precisamente estos son los valores incorporados por la reforma de 1994, enriqueciendo la escala axiológica contenida en la Constitución de 1853-1860, por lo que podemos afirmar sin ninguna duda que constituyen un relevante aporte a la cultura de la paz en la República Argentina y en el mundo.

Y al hablar de la cultura de la paz es oportuno recordar la célebre definición de Mahatma Gandhi: “No hay caminos para la paz, la paz es el camino”.

VI. Incumplimiento de la reforma

Lamentablemente, en la etapa post reforma constitucional, el Congreso de la Nación no cumplió debidamente con la sanción de las leyes requeridas para concretar los objetivos de la reforma o, peor aún, en algunos casos lo hizo contrariando la letra y el espíritu de las mismas. Entre las omisiones pueden citarse:

a) *La ley regulatoria de la coparticipación federal de impuestos, entre la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires*, conforme a las pautas establecidas por el artículo 75 inciso 2º de la Constitución, la que debía ser dictada antes de la finalización del año 1996, según lo determinado por la disposición transitoria sexta.

b) Las leyes reglamentarias de instituciones incorporadas a la Constitución, como las concernientes al amparo y al hábeas corpus que ya estaban creadas antes de la reforma, necesitan actualizarse de acuerdo a los textos constitucionales.

c) *La ley referida a los pueblos aborígenes argentinos* (artículo 75 inciso 17), principalmente en los aspectos relacionados con la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan y que están ocasionando hechos de violencia en la Patagonia.

d) *La ley regulando las políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones* (artículo 75 inciso 19).

e) *La ley actualizando el funcionamiento de la Auditoría General de la Nación, para su adecuación a la modificación de la ley 24.156, introducida por el artículo 85 de la Constitución*.

f) *El establecimiento de un banco federal con facultad de emitir moneda* (artículo 75 inciso 6º).

g) *En general, los Jefes de Gabinete no cumplen últimamente con la obligación de concurrir, al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar sobre la marcha del gobierno* (artículo 101). Pese a este incumplimiento, las Cámaras no han ejercido la moción de censura ni la facultad de removerlo de su cargo, ni tampoco han promovido el juicio político previsto por el artículo 53 de la Constitución.

h) Además de las omisiones se incurrió, mediante la ley 26.122 del año 2006, en la inconstitucional regulación de los decretos de necesidad y urgencia previstos en el artículo 99 inciso 3º de la Constitución. La citada ley establece que para derogar un decreto de necesidad y urgencia se requiere el rechazo de ambas Cámaras del Congreso,

colocando a esta medida excepcional en una posición de privilegio respecto a la sanción de las leyes ordinarias, que exige la aprobación de ambas Cámaras y su promulgación y publicación para tener vigencia.

i) *Por último, y no menos importante entre las omisiones, hace 15 años que no se nombra al Defensor del Pueblo.*

VII. Ratificación de los derechos de soberanía argentinos sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur

La disposición transitoria primera, incorporada a nuestro texto constitucional en la reforma de 1994, expresa:

“La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional.

La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino”.

Esta cláusula se originó en un proyecto de texto constitucional de mi autoría, con algunas modificaciones efectuadas por la Comisión de Redacción, con las cuales estuve de acuerdo al ser consultado sobre las mismas.

La norma referida fue incorporada entre las Disposiciones Transitorias, por cuanto tuvimos y tenemos la convicción de que el territorio usurpado por Gran Bretaña en 1831, por un acto de fuerza, volverá a estar bajo la soberanía argentina, por cuanto nos asisten fundados derechos, que no puede invocar la potencia usurpadora.

Al ser tratado este proyecto por el plenario, el convencional doctor Raúl Alfonsín propuso que, como autor de la iniciativa, sea yo el único miembro informante, al tiempo que presentó una moción de apartamiento del Reglamento, para que pudiera hacerlo desde el estrado presidencial para sortear la norma reglamentaria que impide al Presidente de la Convención opinar sobre el tema en debate, lo cual fue aprobado por la asamblea.

En el informe destacué todos los antecedentes históricos, geográficos y jurídicos que avalan la posición argentina, descartando totalmente los argumentos británicos, entre ellos, el de ser descubridores de las islas, o el derecho de autodeterminación de los isleños, el cual no puede invocarse por cuanto está prohibido por normas de las Naciones Unidas, cuando significa la mutilación o el desmembramiento del territorio de la Nación, que fuera víctima de la usurpación.

Desde otro punto de vista, la disposición comentada establece una verdadera política de Estado para la recu-

peración de la soberanía plena sobre las islas en cuestión, consistente en: a) la ratificación constitucional del legítimo e imprescriptible derecho de soberanía de la Nación Argentina sobre el archipiélago y su espacios marítimos e insulares, *por ser parte integrante del territorio nacional* (el resaltado me pertenece para eliminar cualquier deuda de que los espacios aludidos “integran el territorio nacional”, vedando totalmente la pretensión británica de la autodeterminación de los isleños); b) excluir el uso de la fuerza para la recuperación del ejercicio de la soberanía argentina, toda vez que, como se dice en el texto, tiene que hacerse de acuerdo a los principios del derecho internacional que rechazan ese tipo de acciones; c) otro requisito fundamental al que se refiere la norma es “*el respeto al modo de vida*” de los habitantes de las islas. Queda claro que esa frase no significa concederles derecho alguno sobre el territorio, sino que, una vez recuperada la soberanía argentina, los isleños podrán seguir con sus costumbres y ejercer sus actividades lícitas, como lo hacen “los hombres de buena voluntad que quieran habitar en el suelo argentino”, como lo consagra el preámbulo de nuestra Constitución Nacional. Formulo esta aclaración porque algunos intelectuales argentinos, tal vez sin medir debidamente el significado y alcance de sus palabras, suelen hablar del “derecho” de los isleños cuando en realidad se trata de proteger “sus intereses”, que es equivalente a su modo de vida. *(Un ejemplo de no respetar el modo de vida de los isleños lo realizaron las autoridades militares que participaron en la toma de posesión temporal de las islas, cuando obligaron a sus habitantes a cambiar el sentido de circulación de las calles y rutas, para dejar de lado el sistema inglés de circular por la izquierda).*

Al momento de la votación, la disposición fue aprobada por aclamación, constituyendo uno de los actos más emocionantes de la Convención, porque había algunos convencionales que habían luchado en Malvinas y empezaron a ponerse de pie antes de terminar mi discurso, siendo acompañados por el resto de los convencionales con nutridos y prolongados aplausos.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO POLÍTICO - PODER LEGISLATIVO - PROVINCIAS - DERECHO COMPARADO - PARTIDOS POLÍTICOS - ELECCIONES - FILOSOFÍA DEL DERECHO - PODER EJECUTIVO - TRATADOS Y CONVENIOS - CONSTITUCIONES PROVINCIALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DEMOCRACIA - ESTADO - ADUANA - DIVISIÓN DE PODERES - COMERCIO E INDUSTRIA - IMPUESTOS - MONEDA - ECONOMÍA - PODER JUDICIAL - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - CONSEJO DE LA MAGISTRATURA - MINISTERIO PÚBLICO - DERECHO AMBIENTAL - LEY - CONGRESO NACIONAL

La ciudadanía electoral y la elección presidencial. Tres reflexiones sobre la elección del presidente y vice a partir de la Reforma Constitucional de 1994

por HORACIO ROSATTI

Sumario: 1. LA ELECCIÓN DIRECTA Y EL RÉGIMEN FEDERAL. – 2. LA PONDERACIÓN DE LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD ELECTORAL NEGATIVA. – 3. LOS LÍMITES A LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL Y EL EJERCICIO DE LA CIUDADANÍA ELECTORAL.

Entendemos por “ciudadanía electoral” a aquella proyección del ejercicio de la ciudadanía referida al acto del voto electoral, con lo cual asumimos: a) que la ciudadanía comprende más –en realidad mucho más– que el ejercicio del voto (v. gr.: peticionar, reunirse, asociarse, etc.); b) que el voto no solo puede ser electoral, sino que puede ser ejercido en otros sentidos (v. gr.: refrendatario, plebiscitario, destituyente, etc.); y c) que el voto no solo es ejercido por los “ciudadanos de a pie”, sino que también es ejercido por representantes de los ciudadanos (v. gr.: legisladores en ocasión de aprobar una ley).

Circunscripto el análisis al voto electoral de los ciudadanos comunes, formularemos en este trabajo algunas reflexiones sobre el régimen electoral del Presidente y Vicepresidente, modificado en la reforma constitucional de 1994.

1. La elección directa y el régimen federal

El régimen político argentino es representativo, republicano y federal (art. 1 de la Constitución Nacional). El voto electoral alude –por antonomasia– al republicanismo (uno de sus pilares es el carácter electivo de sus autoridades) y a la representatividad (por aquello de que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes, tal como sostiene el art. 22 de la Constitución).

Pero en el caso argentino también el sistema electoral estaba vinculado –según cierta doctrina– con el federalismo; en la elección indirecta del presidente y vice, establecida en la Constitución originaria, siguiendo el modelo norteamericano, la mediación que significaba el colegio electoral –aquel órgano surgido del voto popular que intermedaba entre el pueblo y los posibles candidatos y en definitiva elegía al presidente y vice– expresaría sin matices las preferencias provinciales. De modo que el cambio de régimen hacia la elección directa, propiciado y concretado en la reforma de 1994 por medio del art. 94, pondría en tensión –siempre según cierta doctrina– al republicanismo representativo con el federalismo.

Bastaría con argumentar que el presidente y vice representan al pueblo de la Nación argentina en su totalidad (algo que nadie discute) y no a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por separado (pues para esto está el Senado) para dar por contestado al cuestionamiento al sistema directo de elección presidencial por su supuesto carácter antifederalista. Pero, aun así, quedaría pendiente la respuesta a la siguiente pregunta: si no es el federalismo, ¿cuál es entonces el principio fundante del sistema indirecto? La contestación surge claramente de los redactores y propulsores de la Constitución federal estadounidense de 1787, que adopta este mecanismo electoral y sirve de inspiración al nuestro.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: *¿Atenuación o flexibilización del presidencialismo? La jefatura de gabinete ante nuevos escenarios políticos, comparada con la propuesta de Sartori*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA Y ANTONIO MARTINO, ED, 180-927; *El sistema de elección presidencial en la Constitución de 1994*, por VÍCTOR E. IBÁÑEZ ROSAZ, EDCO, 2005-777; *Reforma constitucional y consolidación democrática*, por ALBERTO R. DALLA VÍA, EDCO, 2006-586; *El autoritarismo en Latinoamérica*, por JORGE HORACIO GENTILE, EDCO, 2008-62; *El número de las opciones políticas*, por EUGENIO L. PALAZZO, EDCO, 2009-305; *Obstáculos para la vigencia de la atenuación del presidencialismo argentino veinte años después. Rol del Poder Judicial*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA, EDCO, 2013-544; *La atenuación del presidencialismo en la reforma constitucional de 1994*, por PABLO LUIS MANIÚ, EDCO, 2015-255; *Apuntes sobre los orígenes y causas del presidencialismo “fuerte” en la Argentina*, por SANTIAGO J. MARTÍN, ED, 268-593; *Populismo y Estado Populista. Discurso Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, *Revista de Derecho Administrativo*, abril de 2024, n° 4. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

La lectura de Alexander Hamilton es reveladora. En un artículo publicado el 14 de marzo de 1788 (luego convertido en el capítulo LXVIII de *El Federalista*), expresa: “Era de desear que el sentido del pueblo se manifestara en la elección de la persona a quien ha de confiarse tan importante cargo (se refiere a la elección presidencial). Este objetivo se alcanza confiriendo el derecho de elección no a un cuerpo ya organizado, sino a hombres seleccionados por el pueblo con ese propósito y en una ocasión particular (...) Igualmente conveniente era que la elección inmediata fuera hecha por los hombres más capaces de analizar las cualidades que es conveniente poseer para ese puesto, quienes deliberarán en circunstancias favorables y tomarán prudentemente en cuenta todas las razones y alicientes que deben normar su selección”⁽¹⁾.

Parece claro, entonces, que el principio fundante (o, cuanto menos, el preponderante) del sistema electoral indirecto estadounidense es el principio que inspira la aristocracia⁽²⁾.

Esta es también la conclusión a la que arriba Juan Bautista Alberdi, cuya influencia en el texto constitucional argentino de 1853/60 resulta innegable. En su obra *Derecho público provincial argentino* argumenta: “La inteligencia y fidelidad en el ejercicio de todo poder depende de la calidad de las personas elegidas para su depósito; y la calidad de los elegidos tiene estrecha dependencia de la calidad de los electores. El sistema electoral es la llave del gobierno representativo. Elegir es discernir y deliberar. La ignorancia no discierne, busca un tribuno y toma un tirano. La miseria no delibera, se vende. Alejar el sufragio de manos de la ignorancia y de la indigencia es asegurar la pureza y acierto en su ejercicio”⁽³⁾.

En su estudio sobre el régimen político argentino imperante entre 1880 y 1916, Natalio Botana resalta la importancia que asumió en la consolidación del “orden conservador” esta restricción al ejercicio del derecho electoral (la oposición entre el “pueblo grande” –compuesto por naturales y extranjeros, que goza de todos los derechos civiles– y el “pueblo chico” –aquella minoría convocada para ejercer el derecho electoral–). El control de la sucesión (el manejo de la transferencia del poder presidencial) reafirmó la hegemonía gubernamental de una minoría que –turnándose en el poder– mantuvo el control de los asuntos públicos hasta la sanción de la Ley Sáenz Peña que consagró el voto obligatorio, igualitario y secreto⁽⁴⁾.

Si las razones anteriores no alcanzaran, es la historia electoral argentina la que desmiente la supuesta vinculación entre la adopción del sistema indirecto de elección presidencial y el favorecimiento del federalismo.

En un trabajo anterior⁽⁵⁾ creemos haber demostrado que –en la práctica– la elección directa del presidente y vice no debería incidir en el federalismo argentino, o al menos no debería afectarlo más que el sistema indirecto estable-

(1) HAMILTON, Alexander, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, trad. Gustavo R. Velazco, pág. 289 y sgte.

(2) “¿Se han confirmado esas esperanzas depositadas en el complicado dispositivo que, con algunas importantes variantes, adoptó nuestra Constitución?”, se pregunta Bidegain. Y responde: “Para no hacer la historia larga que exigiría la revisión detallada de las experiencias norteamericana y argentina, recurriré a la síntesis hecha por el ‘Justice’ Robert H. Jackson (in re “Ray. vs. Blair”, 343 U.S. 2141 1952): ‘cómo institución el Colegio Electoral ha sufrido una atrofia apenas distinguible del ‘rigor mortis’”. Lo curioso es que, como hemos dicho, los norteamericanos mantengan vigente la elección indirecta del Presidente y del Vicepresidente; método que han reemplazado en 1912 por la elección directa en el caso de los senadores, para poner fin a los lamentables espectáculos que allá como aquí, han ofrecido las legislaturas locales en el cumplimiento de esa función”. BIDEGAIN, Carlos María, *La reforma constitucional en ciernes: algunas cuestiones sobre la institución presidencial*, Comunicación del académico Dr. Carlos María Bidegain en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 13 de mayo de 1992.

(3) ALBERDI, Juan Bautista, *Derecho público provincial argentino*, La Cultura Argentina, Buenos Aires, 1917, pág. 121.

(4) BOTANA, Natalio, *El orden conservador*, Hyspamérica, Buenos Aires, 1977, pág. 40 y ss.

(5) ROSATTI, Horacio, *El presidencialismo argentino después de la reforma constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, Capítulo II.

cido en 1853/60, por cuanto la estadística histórica revela que –en cualquiera de los dos sistemas– el voto de pocos distritos muy poblados que no incluyera las preferencias minoritarias de cada jurisdicción terminaría por inclinar la balanza hacia uno de los candidatos. El problema en realidad no radica en el sistema electoral, sino en la desigual distribución de la población en el territorio. Es decir que no es un problema electoral sino geopolítico.

2. La ponderación de la manifestación de la voluntad electoral negativa

El hecho de que la Constitución Nacional determine –luego de la reforma de 1994– que solo se computen los “votos afirmativos” (es decir, aquellos que se pronuncian por una fórmula determinada) a los efectos de dirimir la elección de la fórmula presidencial (arts. 97 y 98), excluyendo los votos en blanco, no implica tratar desigualmente al elector que vota de esa manera con relación a quien emite su voto por alguna de las fórmulas presentadas.

En ocasión de fallar la causa “Gil Domínguez, Andrés s/fórmula petición”⁽⁶⁾, expusimos los argumentos que validan el criterio constitucional:

– *Argumento de la literalidad constitucional*: es la Constitución Nacional la que establece la distinción entre los votos que se computan y los que no se computan, a los fines de la elección y la que, en ese sentido, dispone que solo se computarán los votos “afirmativos válidamente emitidos” (artículos 97 y 98 de la CN). El texto es muy claro y la Corte Suprema de la Nación ha sostenido, reiteradamente, que cuando la ley es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo, no cabe sino su directa aplicación⁽⁷⁾.

– *Argumento del conocimiento de las reglas de juego*: cada uno de los electores tiene idéntico conocimiento –antes de tomar su decisión– del valor que se asignará a su voto, sea este afirmativo o negativo, asumiendo en este último caso las siguientes consecuencias: a) que su voto no será considerado a los fines del cómputo de las mayorías que prevén las normas constitucionales referidas, y b) que su decisión beneficiará indirectamente –y en caso de necesitarlo– a la fórmula más votada, pues su inutilidad en el cómputo final tendrá el efecto de “agrandar” el porcentaje de quien salió primero, acercándolo –en caso de no haber llegado directamente– al número constitucionalmente requerido para triunfar.

– *Argumento de la eficacia del proceso electoral*: el no cómputo de los votos en blanco se vincula con el propósito de favorecer un resultado electoral positivo, en tanto aumenta las chances de alcanzar el umbral electoral constitucionalmente exigido en la primera vuelta para proclamar como ganadora a una fórmula presidencial. Ello, asimismo, encuentra respaldo en la intención perseguida con la adopción de la particular fórmula electoral prevista en los artículos 97 y 98 de la Constitución Nacional que, al prescindir del requisito de mayoría absoluta de los votos –usualmente establecido en otros ordenamientos que prevén segundas vueltas– atemperó las mayorías necesarias y generó de ese modo condiciones para facilitar los triunfos en primeras vueltas.

Agregamos en ese fallo “que el hecho de que el voto en blanco no se compute, no significa que carezca de relevancia simbólica y política. La decisión de votar en blanco expresa insatisfacción, descontento, disconformidad o apatía con la oferta electoral, o peor aún, un rechazo hacia el funcionamiento de las instituciones. Por ello, en ocasiones, el elector que no encuentra atractiva la oferta electoral, conector de las consecuencias de no votar por ninguna fórmula, decide sufragar por alguna de ellas, evidenciando que con su actitud no expresa una ‘elección’ sino una ‘opción’”.

3. Los límites a la reelección presidencial y el ejercicio de la ciudadanía electoral

Si asumiéramos la tipificación weberiana de legitimidad (tradicional, carismática o racional-legal)⁽⁸⁾, aceptaríamos que las posibilidades de reelección, o en su caso –y en el extremo– la posibilidad de reelección indefinida,

dependerán de la opción por el tipo de legitimidad apriorísticamente escogido por el constituyente.

En el primer caso, el de la legitimidad tradicional (aquella que funda la dominación en las costumbres que condensan factores históricos y sociológicos que se consideran valiosos en una comunidad), no hay reelección porque no hay elección, pero sí hay perpetuidad (una perpetuidad obligada, no una perpetuidad opcional como sería el caso de la reelección electoral, que siempre dependerá de la voluntad expresada en votaciones periódicas). En el segundo caso, el de la legitimidad carismática (expresada en la personal forma de comunicación que se produce en ocasiones entre un líder y el pueblo), la reelección se verá favorecida como opción institucional apriorística y tendrá su problematización fáctica a partir de la muerte del líder. En el tercer caso, el de la legitimidad racional-legal (basada en la vigencia de la ley y el funcionamiento de las instituciones), la reelección indefinida encontrará obstáculos serios.

Anteriormente, sostuvimos, respecto de la taxonomía weberiana, que la experiencia histórica “no revela un tránsito inexorable y rectilíneo desde la legitimidad tradicional hacia la carismática y desde ésta hacia la racional, porque las tradiciones históricas son importantes para la vigencia de un sistema político y porque los líderes carismáticos pueden surgir también en un sistema racional. Pero es evidente que la tendencia generalizada marca una intención inequívoca en el trayecto que discurre desde lo tradicional a lo racional, procurando que la objetividad de las leyes y la permanencia de las instituciones se imponga a la subjetividad y fugacidad de un gobernante (por más carismático o longevo que éste sea)”⁽⁹⁾.

Este criterio general, que es la tendencia hacia la despersonalización del poder, debe conjugarse con la experiencia histórica concreta de cada país para adoptar la solución más adecuada. Proyectado a la posibilidad de la reelección presidencial, es cierto –como se ha dicho⁽¹⁰⁾– que el debate suele haberse centrado –con mayor atención– en la reelección inmediata y por un solo período; debate en el que los fundamentos de sus defensores (principalmente la posibilidad de aprovechar la experiencia del gobierno en curso y posibilitar al electorado que pueda aplicar el voto-premio o el voto-castigo en la segunda elección), aunque puedan ser legítimamente discutibles, parecen suficientemente razonables. La posibilidad de la habilitación al “tercer mandato” consecutivo es la que genera un debate más intenso porque parece alejarse de la objetividad del procesalismo democrático e introduce la perspectiva –o amenaza, según se vea– del personalismo. Es posible que el electorado considere que dos mandatos constituyan un plazo razonable para desarrollar un plan de gobierno (si lo hubo, se habrá notado y si no lo hubo, se habrá notado más) y, en cuanto al incentivo de premiar o castigar con el voto, es probable que, al finalizar un segundo mandato consecutivo, haya perdido buena parte del encanto y contundencia que tenía al finalizar el primer mandato.

No afirmamos que la habilitación a tres mandatos presidenciales consecutivos sea de por sí antidemocrática, pero sí que es problemática porque hace girar el eje desde lo institucional hacia lo personal y recordemos que, en la Argentina, la Corte Suprema de la Nación sostuvo –desde la perspectiva de quien aspira a ser votado– que no hay un derecho subjetivo a la reelección cuando la norma constitucional no lo permite y que –en consecuencia– la imposibilidad de la reelección no violenta la forma republicana de gobierno en tanto expresión de la libre voluntad electoral⁽¹¹⁾.

Si la habilitación a un “tercer mandato” consecutivo es problemática, la reelección ilimitada lo es mucho más. No obstante, su invalidación requiere de argumentos lógicos antes que emocionales.

Hemos sostenido que “la profundización del tema nos deposita en el umbral de la definición misma de la democracia: o se trata de un lugar, un ámbito, un escenario, una ‘forma’ que se va llenando con los contenidos que la gente quiere (contenidos ‘históricos’ y cambiantes) o se trata de la realización institucional de determinados principios o contenidos. En el primer caso podemos hablar de ‘una

(6) CSJN, Fallos: 347:43, sentencia del 20 de febrero de 2024, considerando 5° de mi voto.

(7) Fallos: 320:2145; 324:1740; 327:5614; 330:2286, entre tantos otros.

(8) WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979, trad. Medina Echavarría, Roura Perella, Imaz, García Maynez y Ferrater Mora, pág. 170 y ss.

(9) ROSATI, Horacio, *El presidencialismo...*, op. cit., Capítulo III.

(10) SERRAFERO, Mario D., “La reelección presidencial indefinida en América Latina”, *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, n° 54, mayo de 2011, págs. 225-259.

(11) CSJN, Fallos: 317:1195, in re “Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe c/Santa Fe, Provincia de s/acción declarativa”, sentencia del 6 de octubre de 1994.

forma sin forma' que va modificando su apariencia y su volumen con las decisiones surgidas de la participación de la gente; en el segundo caso se trata de alcanzar 'una determinada forma', inmodificable, o también 'un contenido' que, si bien se mira, es lo contrario de la forma.

La regla para dirimir situaciones como la que nos ocupa (la reelección o no del presidente de un país y los límites del número de reelecciones) es, en el primer caso, sencilla: se trata de aplicar el principio de la mayoría; en el segundo caso de lo que se trata es de verificar –con criterios no electorales– el grado de respeto a una definición previa sobre el tema que la comunidad asume como un legado valioso y cuya inobservancia descalifica al gobierno infractor⁽¹²⁾.

Participamos del criterio que desaconseja la reelección ilimitada y creemos que no permitir la no violenta principios superiores que la propia democracia como régimen político debe respetar (por ejemplo, la abolición de la esclavitud en cualquiera de sus formas, el resguardo de la integridad física y moral de las personas o la igualdad ante la ley). Por ello, una fórmula "intermedia" como la adoptada por la Convención Nacional Constituyente de 1994 –que habilitó una y solo una reelección inmediata para presidente y vice– parece razonable.

Pero además de razonable es compatible con el sistema de partidos que la propia reforma constitucional alienta en el artículo 38, por el que se asigna el protagonismo político a los partidos –a los que considera "instituciones fundamentales del sistema democrático"– antes que a las personas. Si el gobernante reelecto por una vez ha sido honesto y eficaz, es probable que el premio del voto subsiguiente sea para el candidato del partido oficialista y, en caso contrario, estará en condiciones de ser beneficiado un candidato opositor. La alternancia en el ejercicio del Poder Ejecutivo será siempre institucional (distinto partido) y personal (distinto candidato), pero la permanencia

(12) ROSATI, Horacio, *El presidencialismo...*, op. cit., Capítulo III.

–y de ello estamos hablando cuando hablamos de reelección– debe ser siempre institucional (a nivel de partido) y nunca subjetiva (a nivel de candidato).

Termino con una reflexión personal sobre este tema: no discutimos en la Convención Constituyente de 1994, porque no estaba previsto hacerlo según la ley de convocatoria⁽¹³⁾, si un(a) presidente(a) oportunamente reelecto(a) podría presentarse luego de uno o más turnos subsiguientes a una nueva elección para el mismo cargo. De hecho (y de derecho), al no estar prohibida esta posibilidad, es claro que está permitido hacerlo (y además ya se ha intentado⁽¹⁴⁾).

Hace treinta años pensaba –y lo sigo pensando ahora– que la mejor fórmula es la vigente en la Constitución federal norteamericana, que prohíbe a los mandatarios que han sido reelectos una nueva habilitación a futuro.

Reconozco, no obstante, que no se trata de una cuestión sencilla y que es sumamente debatible y controversial.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - HISTORIA DEL DERECHO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DEMOCRACIA - DERECHO POLÍTICO - ESTADO - ECONOMÍA - PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - LEY - JUECES - DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA - JUICIO POLÍTICO - PODER EJECUTIVO - PODER LEGISLATIVO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - PODER JUDICIAL - DERECHO - ESTADO NACIONAL - DIVISIÓN DE PODERES

(13) La ley 24.309, art. 2, ítem B. proponía la "reducción del mandato de presidente y vicepresidente de la Nación a cuatro años con reelección inmediata por un solo período, considerando el actual mandato presidencial como un primer período". Como se ve, no proponía el debate sobre un tercer mandato en un período posterior al subsiguiente de la reelección.

(14) El expresidente Carlos Saúl Menem, oportunamente reelecto (1989-1995 y 1995-1999), se presentó para el mismo cargo en la elección de 2003.

Los decretos de necesidad y urgencia: a 30 años de la reforma constitucional de 1994

por RODOLFO C. BARRA^(*) y ANDERSON C. SALTZER CHAVEZ^(**)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. SITUACIÓN PREVIA A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. – III. DNU EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. 1. REQUISITOS SUBSTANCIALES. 2. REQUISITOS PROCEDIMENTALES. – IV. DNU A 30 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. 1. RAZONES DE NECESIDAD Y URGENCIA. 2. EXCEPCIONALIDAD Y EMERGENCIA. 3. EL CONTROL DEL DNU. – V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. Introducción

Desde los orígenes de nuestra organización constitucional el Poder Ejecutivo Nacional dictó, sin ninguna intervención del Congreso, normas de contenido materialmente legislativo⁽¹⁾ y de competencia del Congreso de la Nación⁽²⁾. Estas normas fueron emitidas bajo la forma de decreto que, con el tiempo, adoptaron la denomina-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Cuestiones de la delegación legislativa*, por MARÍA ANGÉLICA GELLI, ED, 182-1277; *Los límites de la delegación legislativa. (El caso del decreto 677/01)*, por JAIME LUIS ANAYA, ED, 196-775; *Antecedentes jurisprudenciales de la CS sobre el derecho de emergencia. El principio de razonabilidad utilizado como límite*, por DANIEL E. MAIJAR, ED, 197-799; *Los decretos de necesidad y urgencia ante ciertos precedentes parlamentarios*, por GUILLERMO C. SCHINELLI, ED, 198-1030; *Jefatura de gabinete y ley de acefalía, experiencias recientes*, por NORBERTO PADILLA, EDCO, 01/02-622; *El lugar del jefe de gabinete en el sistema constitucional argentino*, por PABLO LISTE, EDCO, 2003-390; *De la promesa de la atenuación a la realidad de la concentración. El Jefe de Gabinete de Ministros a diez años de la reforma constitucional*, por VALENTÍN THURY CORNEJO, EDCO, 2004-680; *Derechos y emergencias a los ciento cincuenta años de la sanción de nuestra Constitución*, por EUGENIO L. PALAZZO, EDCO, 2003-286; *Una nueva ratificación genérica en materia de delegación legislativa*, por ENRIQUE VALENTÍN VERAMENDI, EDCO, 2004-724; *Emergencia como remedio constitucional ¿o viceversa?*, por PABLO RIBERI, EDCO, 2005-664; *Una reflexión sobre los decretos de necesidad y urgencia en las emergencias generales y de tracto sucesivo. (El caso "Redrado")*, por ALBERTO B. BIANCHI, ED, 236-845; *La aplicación de la normativa de emergencia económica*, por JAVIER J. SALERNO, ED, 242-511; *Delegación de facultades legislativas*, por GREGORIO BADENI, EDA, 2009-410; *Algunas reflexiones sobre la delegación legislativa en materia de presupuesto público. ¿Una cuestión fuera del control judicial?*, por JULIA MICHELINI, EDA, 2012-556; *El régimen de delegación legislativa en la nueva ley de abastecimiento*, por SANTIAGO MARÍA CASTRO VIDELA y SANTIAGO MAQUEDA FOURCADE, EDLA, 8/2015-7; *Democracia, decretos autónomos y emergencia en seguridad*, por JUAN RODRIGO ZELAYA, EDCO, 2016-395; *Primeras impresiones acerca de la operatividad del decreto 34/19 e implicancias de la emergencia ocupacional que declara*, por ESTEBAN CARCAVALLO, ED, 285-846; *La potestad del Estado para intervenir en las relaciones del trabajo en momentos de emergencia económica y social: consideraciones acerca de la Ley 27.541 y del Decreto 14/2020*, por ESTEBAN CARCAVALLO, ED, 286-377; *La Constitución en tiempos de pandemia*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, El Derecho Constitucional, N° 4, Abril de 2020; *La pandemia y el retroceso del federalismo. Un avance centralista de la mano de las decisiones administrativas*, por MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, ED, 287-768; *El decreto de necesidad y urgencia 690/20: una oportunidad para pensar sobre los decretos de necesidad y urgencia, su control parlamentario, los servicios públicos y los principios de subsidiariedad y razonabilidad*, por JUAN CRUZ AZZARRI, Revista de Derecho Administrativo, Agosto 2020, N° 8; *Reglamentos del Poder Ejecutivo, opciones ante la dilación u omisión de reglamentar*, por LEANDRO NICOLÁS MAZZA, El Derecho Constitucional, Diciembre 2020 - Número 12. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Procurador del Tesoro de la Nación, Ex Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ex Ministro de Justicia de la Nación, Convencional Constituyente, Ex Presidente de la Auditoría General de la Nación, Máster en Derecho Administrativo Profundizado (UBA), Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), Catedrático de Derecho Administrativo (UCA) y de Derecho Constitucional y Administrativo (UNLaM).

(**) Subdirector Nacional de Asuntos Judiciales (PTN), Especialista en Abogacía del Estado (ECAE), maestrando en Derecho Administrativo y Tributario (U. Austral).

(1) Lugones, Narciso J.; Garay, Alberto F.; Dugo, Sergio O.; Corcuera, Santiago H., "Leyes de Emergencia. Decretos de Necesidad y Urgencia", La Ley, Buenos Aires, 1992.

(2) Esta última salvedad toma razón en que el Presidente de la Nación sanciona, dentro de su propia competencia legislativa propia de la "función presidencial", normas de alcance general que materialmente son leyes, como los decretos reglamentarios de la ley, los reglamentos autónomos, el decreto de promulgación total o parcial de la ley (en realidad, del proyecto sancionado por el Congreso). Los decretos de necesidad y urgencia (tema del presente estudio) tienen como característica principal regular temas de competencia del Congreso. Sobre la "función presidencial", ver Barra, Rodolfo C., "Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos", Astrea, Buenos Aires, 2018, pp. 269 y ss.

ción, común en la doctrina y en el derecho comparado⁽³⁾, de "decretos de necesidad y urgencia" (DNU), haciendo referencia a las circunstancias, generalmente excepcionales, que justificaban su dictado. Finalmente, siempre en nuestro caso, su regulación fundamental fue producto de la reforma constitucional de 1994, que incluyó el instituto como competencia presidencial en el art. 99.3, CN.

Nuestro país atravesó por diversas crisis de suma gravedad en múltiples ocasiones. Solo por mencionar un dato previo a la reforma constitucional, por ejemplo, en lo económico, hacia mayo de 1989 la inflación había alcanzado la astronómica tasa del 3000 % anual. Había desaparecido la moneda y con ella la seguridad jurídica y la estabilidad contractual, comenzando a percibirse signos inequívocos de grave quiebra del "contrato social" con sus consecuencias institucionales previsibles.

Con posterioridad a la reforma constitucional, apenas en el inicio del nuevo siglo, las situaciones de extrema gravedad en lo económico, social e institucional volvieron a repetirse, lo que obligó al dictado de múltiples leyes emergencia y, por supuesto, decretos de necesidad y urgencia.

En la actualidad, a 30 años de la reforma constitucional, nuestro país se encuentra atravesando por una nueva crisis de similares, o peores, características y alcances a la experimentada en los años 1988/89. Esto nos invita a pensar nuevamente el instituto a fin de delimitar su alcance actual, en base a las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales que se hicieron del mismo. Esta situación se agrava aun más si tenemos en cuenta que el Poder Ejecutivo se encuentra muy lejos de contar con mayoría propia en el Congreso, lo que dificulta la sanción de leyes consideradas necesarias y urgentes para enfrentar la crisis.

II. Situación previa a la reforma constitucional de 1994

La trascendencia y frecuencia con que el Poder Ejecutivo recurrió a la emisión de los DNU, durante las últimas dos décadas del siglo XX, forzó la interpretación judicial del instituto. En 1985, el presidente Alfonsín dictó uno de los DNU más importantes, por su contenido y efectos, de toda la historia de esa fuente del derecho hasta ese momento: el decreto 1096/85. Este modificó nuestro signo monetario con la creación del "austral", de corta y triste memoria, y su valor, a la vez que con tal decreto alteraba o incidía sobre las relaciones contractuales corrigiendo las prestaciones nominales dinerarias pactadas a través del mecanismo del "desagio", o método para valorar el descuento de la inflación implícita en aquellas.

El DNU 1096/85 fue cuestionado en su constitucionalidad, llegando a conocimiento de la Corte Suprema en la causa "Porcelli, Luis c/ Banco de la Nación Argentina" (Fallos, 312:555, sentencia del 20/4/89). En el ínterin, el DNU había sido ratificado por el Congreso a través del art. 55 de la ley 23.410, por lo cual la Corte resolvió que carecía de interés actual el análisis de la inconstitucionalidad, por el origen u órgano emisor de la medida cuestionada, sin perjuicio de destacar que la ratificación por el Congreso desplazaba cualquier cuestionamiento en tal sentido.

Si bien la Corte fue muy parca en el análisis del tema, de la lectura del fallo parece resultar que la ratificación legislativa sana el origen de la norma, sin perjuicio de la

(3) Comadira, Julio R., "Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional", La Ley, 1995-B, 825; Saquiés, Néstor Pedro, "Decretos de necesidad y urgencia: estado actual del problema", La Ley, 1992-B, 917; García Pelayo, Manuel, "Derecho Constitucional Comparado", p. 163, Madrid, 1964. Estrictamente hablando, la Constitución Española (art. 86) los denomina "disposiciones legislativas provisionales" "que tomarán la forma de decretos-leyes". Para la Constitución italiana (art. 77), son "disposiciones ('provvedimenti') provisionales con fuerza de ley", denominándolos la doctrina "decretos-leyes"; Crisafulli, Vezio y Paladini, Livio, "Commentario breve alla Costituzione", p. 476, Cedan, Padova, 1990. En el caso italiano, la provisionalidad es clara, ya que el decreto-ley pierde eficacia si no es aprobado por el Parlamento dentro de los sesenta días de su publicación. En cambio, la Constitución española nada dice al respecto, aunque exige el pronunciamiento expreso del Congreso.

cuestión de valoración constitucional de su contenido, como en el caso de cualquier norma jurídica. Esta, sin duda, es una manera de decir que aquella primera cuestión, sin duda fundamental, es de *decisión exclusiva del Congreso*, quedando fuera del alcance de la intervención de los tribunales.

Poco tiempo después, la Corte tuvo ocasión de explicarse sobre la cuestión. En el célebre caso “Peralta”⁽⁴⁾, el actor cuestionó la constitucionalidad del DNU 36/90, sancionado por el presidente Menem, que provocó una profunda alteración en el régimen de retribución y pago de inversiones financieras, como medida de emergencia para atacar el proceso de hiperinflación que el país vivía desde comienzos de 1989.

Como en “Porcelli”, la Corte tuvo que afrontar el desafío respecto a la constitucionalidad del decreto en cuestión, debido a su aparente vicio de origen por la falta de intervención del Congreso en una materia reservada a la ley.

Allí la Corte exigió la presencia de tres requisitos para aceptar la validez constitucional de un DNU: primero, la existencia de una situación “de grave riesgo social”; segundo, la adecuación del medio o procedimiento empleado para afrontarla, tanto en su forma como en su contenido: así, la necesidad de definir una medida súbita, sorpresiva (como en el caso del DNU 1096/85), de gran rapidez en su decisión, instrumentación y ejecución, como también la adecuación (principio de proporcionalidad) del medio con el fin. En otras palabras, el DNU debe contener una medida razonablemente apropiada, y no exagerada, para enfrentar la crisis; en tercer lugar, la participación del Congreso, aun solo en la medida de su tolerancia o aquiescencia. Y, además, corresponde resaltar que la Corte no exigió la ratificación expresa del DNU por parte del Congreso, sino solo que este “no adopte decisiones diferentes” –consid. 24–.

III. DNU en la reforma constitucional de 1994

La reforma constitucional de 1994 siguió esta doctrina jurisprudencial, aunque con matices diferenciadores de gran importancia práctica. El instituto del DNU fue incorporado por el reformador constituyente dentro del art. 99 –atribuciones del Poder Ejecutivo– en su inc. 3º que, estrictamente, se refiere a las competencias colegislativas del Presidente: “Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución (reza el primer párrafo de la norma), las promulga y hace publicar”. De esta manera queda claro que *la sanción de un DNU es, potencialmente, parte del proceso de formación de las leyes*, con iniciativa en el Presidente, por cuanto, como veremos más adelante, es un medio con el que cuenta el Poder Ejecutivo para instar la sanción de una ley por parte del Congreso. Un medio de especial significación y fuerza ya que, frente al silencio del Congreso luego de sancionado el DNU, este es –continúa siendo– una norma jurídica de “carácter legislativo”, como lo califica la Constitución. Es decir, una ley en sentido material, de acuerdo con la habitual calificación doctrinaria⁽⁵⁾.

El art. 99 inc. 3º realiza una afirmación tajante: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”; pero, inmediatamente después de esta terminante y severa prohibición, introduce la excepción y con ella regula el régimen de los DNU: “Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes (...) podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia (...)”. Por tratarse de una excepción a la regla prohibitiva enunciada al principio, y por insertarse en el inc. 3º según lo comentado antes, queda claro que estos DNU son “disposiciones de carácter legislativo”. Asimismo, se excluyen de la excepción, por lo que quedan siempre alcanzadas por la prohibición general, las “(...) normas que regulen materia penal, tributaria⁽⁶⁾, electoral o el régimen de los partidos políticos (...)”.

(4) Fallos: 313:1513, sentencia del 27/12/90.

(5) Cassagne, Juan C., “Derecho Administrativo”, t. II, p. 66, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987 y Marienhoff, Miguel S., “Tratado de derecho administrativo”, t. I, p. 76 y sig., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, entre otros.

(6) Aquí también el constituyente siguió a la Corte Suprema de Justicia, que ya había adelantado el principio de “reserva de ley” como inexcusable regla constitucional para generación de obligaciones tributarias en “EVES Argentina S.A.” –Fallos: 316:2329, sentencia del 14 de octubre de 1993, La Ley, 1993-E, 4272, declarando la inconstitucionalidad del art. 7º del dec. 499/74, reglamentario de la

La norma constitucional establece dos requisitos sustanciales habilitantes para el dictado de un DNU: A) la razón de necesidad y urgencia, de naturaleza excepcional, en resolver una determinada situación política, social, económica o cualquier otra que precise de una respuesta legislativa y B) que aquella circunstancia de excepción imposibilite seguir “los trámites ordinarios” previstos para la sanción de las leyes, esto es el régimen, de naturaleza procesal, establecido en el Capítulo V de la Parte Segunda, Título Primero, Sección Primera, de la Constitución Nacional, “De la formación y sanción de las leyes”.

Posteriormente, en el año 2006, se dictó la ley 26.122 que estableció el régimen legal aplicable a los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes.

En el Título II de esta norma se regula lo atinente a la Comisión Bicameral Permanente prevista en los arts. 99, inc. 3º, y 100, incs. 12 y 13 de la Constitución Nacional. En el mismo se establece lo referido a la competencia de la Comisión, su integración, la duración en el cargo de los integrantes de la misma, la forma de elección de las autoridades y su funcionamiento.

Luego, en el Título III, se regula de manera específica y concreta lo referido a los decretos de necesidad y urgencia conjuntamente con los otros instrumentos con los que el PEN ejerce su potestad legislativa. Veamos, entonces, a continuación, los requisitos propios de los decretos de necesidad y urgencia en el diagrama normativo entre lo establecido en la Constitución Nacional y la ley 26.122.

1. Requisitos sustanciales

A. Necesidad y urgencia excepcionales: En “Peralta” la Corte exigía como requisito fundamental para la procedencia del DNU, la existencia de “una situación de grave riesgo social”, que incluso es capaz de poner en peligro la propia unidad nacional. Para el constituyente de 1994, en cambio, *basta con una situación de excepción*, es decir, no ordinaria o conforme al curso regular de los acontecimientos de la vida social. Hay, en el lenguaje de la Constitución, un menor dramatismo, que comporta naturalmente una menor dosis de exigencia a la hora de valorar la validez del DNU.

Tal circunstancia excepcional puede ser de cualquier naturaleza y tener cualquier tipo de efectos sobre la situación colectiva, o aún particularizada de un grupo de personas o, también, de una sola persona, ya que cuando “Peralta” exige la generalidad de los efectos de la medida de emergencia, esto lo hace para admitir la validez de la “emergencia” en cuanto tal –del instituto de la emergencia como limitante de ciertos contenidos de derechos patrimoniales– y no del DNU. Este puede tener un contenido “ordinario”, es decir, puede afrontar una situación excepcional, urgente, con normas que no avancen sobre los derechos constitucionales de los particulares. Recuérd-

ley 20.631 (Adla, XXXIV-C, 2189; XXXIV-A, 99); que avanzó en la determinación de sujetos al impuesto al valor agregado. En “Video Club Dreams c. Instituto Nacional de Cinematografía” –Fallos: 318:1161, sentencia del 6 de junio de 1995, La Ley, 1993-E, 167–, la Corte afrontó la situación de dos DNU (2736/91 y 949/92 –Adla, III-A, 354; III-C, 2977–) que, como nota destacable, habían sido tomados en consideración por el Congreso al sancionar, luego, la ley de presupuesto 24.191 (Adla, III-A, 16), correspondiente al ejercicio del año 1993. Sin embargo, la Corte recordó lo sugerido ya en “Peralta” acerca de la “obligada participación del Poder Legislativo en la imposición de contribuciones”, y también en la causa “EVES” antes mencionada. Es de notar que en “Video Club” –sobre un caso anterior a la reforma constitucional, aunque fallado con posterioridad– la Corte, si bien reconociendo que el “mérito” acerca de la decisión de dictar un DNU le corresponde en último término al Congreso, no dejó de destacar que, en ese caso, no se presentaban las circunstancias excepcionales que habían justificado la solución dada en “Peralta”. Por ello la Corte confirmó la declaración de inconstitucionalidad de los citados DNU. Esta doctrina fue reiterada por la Corte en “La Bellaca c. Estado nacional DGI”, causa L.62. XXXI, del 27 de diciembre de 1996, La Ley, 1997-C, 125; “Nobleza Piccardo S.A. c. DGI, causa N.82. XXVIII; “Kupchik, Luisa c. Banco Central de la República Argentina”, causa K.3. XXXII y “Cic Trading c. Fisco Nacional”, causa C. 221. XXX, todas del 17 de marzo de 1998. En estas dos últimas la Corte declaró la inconstitucionalidad del decreto 560/89, generador de una obligación tributaria, a pesar de su posterior ratificación expresa por la ley 23.757 (Adla, XLIX-C, 2573; XLIX-D, 3733), en la medida que el tributo fue percibido con anterioridad a la ley –en “Cic Trading c. Estado Nacional”, causa C. 1177. XXVIII, de igual fecha, en cambio, se rechazó la inconstitucionalidad del tributo percibido con posterioridad a la ley–, señalando que “(...) la ratificación legislativa (...) carece de incidencia respecto de dicha conclusión (ya que) resulta improcedente cualquier interpretación que conduzca a asignar efectos convalidantes, con carácter retroactivo, a la ratificación legislativa o a la reiteración del texto del decreto en una ley posterior (...)”.

dese que la situación excepcional justifica el origen –por el órgano– de la sanción de la norma, y no su contenido. Puede haber leyes de “emergencia” –en la terminología de “Peralta”– como también DNU de la misma naturaleza. Pero pueden sancionarse DNU, justificados en los términos de art. 99.3 de la Constitución Nacional, sin contenido de emergencia, es decir, sin fundamentación en emergencia alguna⁽⁷⁾.

La situación de excepción debe precisar de una necesidad de ser resuelta con urgencia. Ya no se trata de una solución brindada a través una medida “súbita”, como en “Peralta”, o que ronda el secreto, como en “Porcelli”, sino simplemente de la rapidez en la adopción de la solución del caso.

B. Imposibilidad de seguir el trámite legislativo ordinario: El criterio del constituyente es sencillo y amplio: si nos encontramos ante un caso excepcional que requiere ser enfrentado con urgencia y, por cualquier razón –ya que el constituyente no distinguió–, es imposible aguardar a la finalización del procedimiento constitucional para la formación y sanción de las leyes, el DNU queda habilitado. La imposibilidad es producto de la misma razón de urgencia (debe ser valorada en razón de la necesidad y urgencia) ya que puede ocurrir, siempre según las circunstancias del caso concreto, que la medida precisada, de aguardarse su sanción por el Poder Legislativo, sea tardía o inconveniente, o insuficiente para responder rápidamente a la necesidad.

Por este motivo, en la economía del art. 99.3, el Poder Ejecutivo ha visto *ampliadas sus atribuciones de colegislador, ya que puede instar la acción del Congreso a través del DNU* (esta es la verdadera naturaleza del instituto), siempre, claro está, que el Congreso quiera expresarse al respecto, conforme lo dispone el art. 82 CN. Esta interpretación quedará confirmada cuando analicemos los requisitos procesales relativos a la validez del DNU.

Debemos detenernos en este punto a los efectos de comprender la verdadera naturaleza jurídica del DNU, conforme lo regula nuestra Constitución Nacional. Es decir, no en abstracto, sino en nuestro sistema concreto y en razón de sus efectos prácticos.

Hasta la reforma de 1994, el DNU quedaba reservado (sin perjuicio de abusos que pudieron haber ocurrido a lo largo de nuestra historia constitucional) a los casos en que era necesario enfrentar una “situación de grave riesgo social” con “medidas súbitas” –siempre según “Peralta”– ante las cuales el trámite parlamentario se presentaba como absolutamente inconveniente, ya sea por su demora natural, por su posible publicidad, por la complicación generada en los intereses inmediatos de partidos –naturales de la democracia, pero no admisibles frente al riesgo de disolución social al que también hizo referencia “Peralta”– reflejados en la demora del debate en Comisión, o la presentación de proyectos alternativos llamados “tapón”, ya que tienden solo a obstaculizar la marcha del proyecto principal, o la negativa de dar *quorum*, etcétera.

Con la reforma constitucional la regulación se modificó con matices de gran importancia. Ante el mismo clima parlamentario (ya ocurrido o de previsible ocurrencia), el Poder Ejecutivo se ve obligado (necesidad) a enfrentar una urgencia política (de contenido económico o social, o de otra naturaleza) que tiene características excepcionales –no ordinarias– y para ello –y solo en tales casos–, bajo pena de “nulidad absoluta e insanable”, la Constitución le permite dictar la norma y, al hacerlo, obligar al Congreso a tomar una decisión al respecto, positiva o negativa.

De lo contrario, la consecuencia de una posible continuación de la inactividad del Congreso será la vigen-

cia de la norma sancionada por el DNU. Hasta 1994, en cambio y según lo sugerido por la Corte, el DNU venía a paliar la crisis social y el Congreso quedaba con una situación de mayor pasividad. Aun cuando tanto “Porcelli” como “Peralta” hacen referencia al papel del Congreso y lo meritúan a los efectos del análisis de la validez del DNU –conocimiento de la medida, reflejado a la toma de posteriores decisiones legislativas que la suponen, falta de rechazo expreso o por la adopción de alguna ley contradictoria–, no se encontraba regulada, como sí lo hace la Constitución de 1994, la obligación de un pronunciamiento expreso, hasta con plazos brevísimos para ello (cfr. art. 99.3 CN).

Por eso sostenemos que en el nuevo art. 99.3, el DNU no es un “recurso desesperado” para enfrentar una crisis social hasta amenazante de la misma unidad nacional. No solo la Constitución no impone estos requisitos, sino que, en realidad, *coloca al instituto del DNU como parte del proceso de formación de las leyes, dentro de las competencias del Presidente como colegislador*. Así, en realidad, y siempre que se trate de una situación de urgencia no ordinaria (sobre cuya valoración volveremos luego), el DNU es tratado por la Constitución más desde la perspectiva del Congreso que desde la óptica del Presidente. Este tiene, sin duda, la atribución, pero esa atribución es también para “forzar” *al Congreso a decidir* –que no la tiene por otro camino en nuestro régimen constitucional–, con la consecuencia, frente al silencio del legislador, de la plena vigencia del DNU con los efectos propios de una ley.

En el nuevo régimen constitucional, en consecuencia, el Poder Ejecutivo tiene mayor libertad que antes para recurrir al remedio del DNU⁽⁸⁾. Con ello fuerza la acción del Congreso, pero también queda sometido a ésta con una rigurosidad que ni “Porcelli” ni “Peralta” habían considerado.

2. Requisitos procedimentales

Lo expuesto será mejor advertido al considerar los requisitos procedimentales del instituto, impuestos por el art. 99 inc. 3° de la Constitución.

A. Acuerdo general de ministros: El DNU debe ser decidido en “acuerdo general de ministros”, los que deberán refrendarlo juntamente con el Jefe de Gabinete. Este “acuerdo general de ministros” no se encuentra regulado por la Constitución, en lo que respecta a sus formalidades, aunque lo podría hacer una futura ley de ministerios. Mientras tanto, la existencia del “acuerdo” se expresa y formaliza con el refrendo conjunto, del DNU, por todos los ministros, incluyendo al Jefe de Gabinete, tal como lo exige la norma comentada, con los efectos generadores de responsabilidad solidaria que establece el art. 102 de la Constitución. Sin el requisito del refrendo colectivo, el DNU carece de eficacia, estando viciado de nulidad absoluta.

B. Sometimiento al Congreso: El DNU tiene vigencia a partir de la publicación en el Boletín Oficial de la Nación en las condiciones establecidas por el art. 5° del Código Civil y Comercial, así lo establece también el artículo 17 de la ley 26.122; pero su validez queda condicionada al requisito de su presentación dentro de los diez días –debe interpretarse que son días corridos y contados desde la sanción y no desde la publicación– al Congreso, para su examen por la Comisión Bicameral Permanente que la Constitución, en el mismo artículo 99.3, crea al efecto y cuyo funcionamiento regula el Título II de la ley 26.122. La presentación la debe efectuar el Jefe de Gabinete personalmente, siendo estos requisitos –la presentación en sí misma, su modalidad y el órgano encargado de hacerlo– esenciales para la validez del DNU.

Naturalmente que cuando la Constitución exige que personalmente el Jefe de Gabinete presente el DNU al Congreso, no está exigiendo el acto físico, sin perjuicio

(7) Cuando el constituyente quiso referirse a la emergencia lo hizo expresamente, como en el art. 76. La abstención del constituyente, en el art. 99.3, de utilizar las expresiones “emergencia” o “conmoción interior” o “ataque exterior” (art. 99.16, para la declaración del estado de sitio), para limitarse a señalar la excepcionalidad de las circunstancias y la necesidad y urgencia en afrontarlas, indica a las claras la diferente valoración de la gravedad de las situaciones. Así, de mayor a menor, conmoción interior para el estado de sitio, emergencia para la delegación de competencias legislativas, circunstancias excepcionales para la procedencia del DNU. Sobre el punto no está de más recordar la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema: “La inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen; debido a ello, las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras, computando que los términos utilizados no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los preceptos empleados” (Fallos: 346:25). Recordemos que la aplicación de la CN, como de toda ley, requiere de una “interpretación interpretativa” de todo su articulado (Fallos: 326:4816, entre muchos otros).

(8) La reforma de 1994 limitó las atribuciones presidenciales en varios aspectos. Así, al crear la figura del Ministro Jefe de Gabinete y su relativo sometimiento al Congreso (ver Barra, Rodolfo C., “El Jefe de Gabinete en la Constitución Argentina”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995); en el proceso de designación de los jueces inferiores del Poder Judicial; al independizar de la órbita del Poder Ejecutivo (en realidad, de la órbita de los tres poderes) al Ministerio Público o, por vía indirecta, al reforzar ciertos institutos de control, que quedan en jurisdicción del Congreso, como la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo. Pero en lo que respecta al DNU, la atribución presidencial quedó fortificada, por mayor amplitud, en la habilitación de su sanción y esta virtualidad de forzar la acción del Congreso al que se ha hecho referencia en el texto.

que la presencia personal del Jefe de Gabinete pueda ser requerida por la Comisión Bicameral o por cualquiera de las Cámaras legislativas, para brindar explicaciones acerca de la medida tomada (art. 100 inc. 11). Se trata simplemente de que el “mensaje” de elevación debe ser firmado por el Jefe de Gabinete, además de por el Presidente de la Nación, y enviado a la Comisión Bicameral, lo que es conforme con el tratamiento de urgencia que la Constitución le impone a la cuestión. La omisión del envío en término produce la nulidad absoluta y retroactiva del DNU, de pleno derecho⁽⁹⁾, ya que la inmediata intervención legislativa en la tramitación del DNU, en las condiciones fijadas por la Constitución, es un requisito procesal esencial, que no puede ser salvado por una presentación tardía.

Sin perjuicio de ello, corresponde señalar que la ley 26.122 establece una causal de subsanación: en caso de que el Jefe de Gabinete no remita en el plazo establecido el DNU, la Comisión Bicameral Permanente se podrá abocar de oficio a su tratamiento conforme lo establecido en el artículo 18 de la ley 26.122; pero ni la Comisión ni las Cámaras se encuentran obligadas a tal subsanación; en caso de no hacerlo, dejarían al DNU, siempre en la hipótesis de la omisión por el Jefe de Gabinete, en una situación de grave debilidad jurídica y con la eventual sanción constitucional de nulidad.

La Constitución exige la rápida intervención del Congreso y esta solo es posible si el Ejecutivo, a través del Jefe de Gabinete, cumple estrictamente con esta actuación en el plazo debido. La omisión o el cumplimiento defectuoso, como vimos, provoca la nulidad absoluta de la norma, con efectos retroactivos, por lo que alterarán también las relaciones jurídicas que hubieran nacido al amparo del DNU durante estos primeros diez días, en los términos del art. 390, CCC. Esta es la solución lógica, ya que esta hipótesis de nulidad absoluta es distinta de la disconformidad del Congreso (que luego examinaremos), pues afecta a la condición de validez del DNU.

C. Comisión Bicameral Permanente: Debe tener una composición que respete la “proporción de las representaciones políticas de cada Cámara”, como lo establece el art. 99.3. Este órgano del Congreso, regulado por la ley 26.122, es, como vimos, el mismo que debe analizar los decretos de promulgación parcial de las leyes y los decretos de delegación legislativa, según el art. 100, incs. 12 y 13, CN.

La Comisión es un órgano consultivo del Congreso, que debe dictaminar (entendiéndose que puede haber despacho por mayoría y otros por minoría) asesorando a los plenarios de cada Cámara acerca de la cuestión, dictamen que no es vinculante para éstas. La Comisión se debe expedir expresamente –para “su expreso tratamiento”, dice la Constitución, aunque relativo a la decisión de las Cámaras– dentro del plazo de diez días hábiles.

El artículo 10 de la ley 26.122 reitera que la Comisión Bicameral Permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado.

A su vez, se establece que, para emitir dictamen, la Comisión Bicameral Permanente puede consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia⁽¹⁰⁾.

En caso de incumplimiento de la Comisión o de las Cámaras, la Constitución parecería, en principio, no prever sanción alguna. Se trataría así de un plazo indicativo, como todos los formulados al Legislativo, que el Constituyente estableció para indicar la extrema urgencia del tratamiento del DNU. Pero no hay sanción, ya que no resultaría posible, en la economía de la Constitución, establecerla para los legisladores. Mientras tanto el DNU continúa vigente ya que, al exigir la Constitución el “expreso tratamiento”, ha eliminado toda posibilidad de decisión tácita acerca de la conformidad o disconformidad con el DNU, amén de lo dispuesto por el art. 82 CN. Nótese

que hacer aguardar la vigencia del DNU a la conformidad expresa de la Comisión Bicameral, o del Congreso, sería una interpretación contradictoria con el carácter de urgente de la medida, la que justifica, precisamente, su dictado. De todas maneras, nada impide que, superado el plazo de diez días, cualquiera de las Cámaras (según las reglas de la Cámara de origen, que en la práctica solo importan para la materia del “reclutamiento de tropas”, ya que la tributaria está prohibida en lo que hace a su regulación por DNU) se avoque al tratamiento del tema, aun mediando silencio de la Comisión Bicameral, ya que se habría agotado el plazo imperativo que para su intervención obligada establece la Constitución. Volveremos sobre el tema.

El artículo 20 de la ley 26.122 establece que, vencido el plazo sin que la Comisión Bicameral Permanente haya elevado el correspondiente dictamen para consideración de ambas Cámaras, estas se podrán abocar al expreso e inmediato tratamiento del DNU. Este supuesto no significa que la Comisión Bicameral pierda su competencia por el transcurso del tiempo, sino que se agota su competencia exclusiva, lo que habilita la intervención directa –decisión discrecional– de cualquiera de las Cámaras. En cambio, no podría esto ocurrir durante este plazo de diez días, ya que la Constitución impone aquí la actuación exclusiva de la Comisión Bicameral.

Advirtamos también que, existiendo urgencia en la consideración legislativa del DNU, si el Congreso así lo desea, el despacho de la Comisión y la decisión de los plenos de las Cámaras pueden ocurrir en el mismo día. La Comisión debe elevar su despacho, dentro del plazo antes señalado, “(...) al plenario de cada Cámara (...) el que de inmediato considerarán las Cámaras”. La intervención de ambas Cámaras puede o no ser simultánea, ya que a estos efectos no rige el procedimiento legislativo relativo a las competencias entre Cámara de origen y Cámara revisora previsto en el art. 81 CN. Recordemos que este procedimiento especial previsto en la CN y en la ley 26.122 no es el establecido para la sanción legislativa de un proyecto de ley, sino otro destinado a resolver rápidamente acerca de la validez o invalidez del DNU.

D. El tratamiento en plenario: El artículo 21 de la ley 26.122 establece que, elevado por la Comisión el dictamen correspondiente al plenario de ambas Cámaras, éstas deben darle inmediato y expreso tratamiento.

La decisión sobre la aprobación o rechazo del DNU la debe tomar el Congreso por el pleno de cada una de las Cámaras. El Congreso no tiene ningún plazo para expedirse, ni siquiera el indicativo que el constituyente utilizó para otros institutos, ni sanción alguna para el caso de silencio. Mientras tanto, el DNU continúa vigente. Con esa impronta, el artículo 22 de la ley 26.122 establece que las Cámaras se deben pronunciar mediante sendas resoluciones y se el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional, ello sin perjuicio de que, aun sin aprobación expresa, el DNU continúe vigente por el tiempo que el mismo establezca, si así lo hace, o indefinidamente hasta que una nueva norma de jerarquía legislativa lo modifique o derogue expresa o implícitamente, como ocurre con cualquier ley.

E. La aprobación o rechazo: Debe distinguirse la aprobación o rechazo del DNU a los efectos del régimen del art. 99.3 CN, de la norma derogatoria –incluso por contradicción– o modificatoria posterior. La aprobación expresa no modifica en nada a la vigencia del DNU, que siempre es a partir de su sanción y publicación, aunque tiene –frente al mero silencio del Congreso– dos efectos prácticos de importancia: fortifica la seguridad jurídica, completando el proceso querido por el constituyente, es decir, la manifestación expresa del legislador y, concordantemente, impide un rechazo posterior.

Por su parte, el artículo 23 de la ley 26.122 establece –siempre dentro de este procedimiento especial– que las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes.

Así, el DNU podría ser solo derogado o modificado por otra norma de jerarquía legal u otro DNU. Nunca podría ser derogado o modificado por un decreto ordinario. En este punto la ley 26.122 es sobreabundante dado que establece que las disposiciones de esa ley y el curso de los procedimientos en ella establecidos no obstan al ejercicio

(9) Es la sanción de nulidad prevista en el segundo párrafo del art. 99.3, CN.

(10) A la fecha de este trabajo existen 45 Comisiones Permanentes funcionando en el Congreso de la Nación, entre ellas, las más importantes son: asuntos constitucionales, legislación general, relaciones exteriores y culto, presupuesto y hacienda, justicia, acción social y salud pública, defensa nacional, finanzas, asuntos municipales, juicio político, entre otras.

de las potestades ordinarias del Congreso relativas a la modificación o derogación de normas de carácter legislativo emitidas tanto por el Poder Ejecutivo como, por supuesto, por el mismo Congreso (art. 25, ley 26.122), derogación o modificación que, reiteramos, podrá ocurrir en cualquier momento

Para derogar un DNU, entonces, siguiendo el procedimiento establecido, es necesario el rechazo expreso por ambas Cámaras del Congreso. Esta circunstancia, de acontecer, deja a salvo los derechos adquiridos durante la vigencia del DNU –artículo 24 de la ley 26.122–. Por lo tanto, el rechazo plantea cuestiones más delicadas. No puede el Congreso sancionar un rechazo si ya aprobó el DNU; en este caso, el rechazo sería inconstitucional. ¿Puede rechazar si, aunque no aprobó expresamente el DNU, sancionó leyes que lo suponen, es decir, que parten del presupuesto de su vigencia? Ya mencionamos que la aprobación, como el rechazo, debe ser expresa, por un acto dirigido específicamente a tal finalidad. El rechazo posterior a una ley o a leyes que suponen la vigencia del DNU es válido y, según los casos, podría significar la derogación institucional de tales leyes, siempre que el rechazo tenga forma de ley.

El rechazo puede tener diferentes contenidos, con efectos también distintos: a) por defectos formales sustanciales (falta de refrendo, falta de envío, envío tardío); en este caso, el decreto padece nulidad absoluta cayendo retroactivamente sus efectos, sin perjuicio de las relaciones jurídicas de buena fe nacidas a su amparo; b) disconformidad con la valoración de la razón de necesidad y urgencia: también acarrea la nulidad absoluta del DNU con los mismos alcances; c) disconformidad con el contenido del DNU con aceptación o sin manifestación acerca de la razón de necesidad y urgencia: este caso es similar a los efectos de una ley derogatoria posterior –mediando o no aprobación– con efectos a partir de la vigencia de la nueva ley.

Puede ocurrir también que el DNU contenga, total o parcialmente, regulaciones relativas a las materias excluidas del instituto por el art. 99.3 CN. Estas normas estarán siempre afectadas por una nulidad absoluta e insanable de pleno derecho, por lo que, en este caso, ni siquiera podrían estar protegidas las relaciones jurídicas de buena fe.

Debe ser distinguida la ley derogatoria del rechazo. Este debe ser expreso y específico, con los efectos ya vistos. Si la ley del Congreso no rechaza, sino simplemente deroga, estamos frente al caso ordinario de una ley posterior derogatoria de otra anterior, pero no es el rechazo a los efectos del art. 99.3 CN. ¿Cuál debe ser la forma de la aprobación o rechazo? Según el artículo 22 de la ley 26.122, éste debe ser hecho por resolución de cada una de las Cámaras. Es decir, no se tratará de una ley, que podría ser observada por el Poder Ejecutivo, sino resoluciones coincidentes de cada una de las Cámaras que tienen el efecto de rechazar o aprobar el DNU.

La aprobación o rechazo del DNU también puede ocurrir mediante una ley formal (art. 25, ley 26.122). Se tratará de una ley ordinaria, con su tramitación y régimen de relación entre la Cámara de origen y la Cámara revisora, sanción y promulgación. Puede ser vetada total o parcialmente por el Poder Ejecutivo –como toda ley– con el régimen de insistencia del art. 83 de la Constitución Nacional.

F. Plazo para el procedimiento especial: Como hemos visto, el DNU puede perder vigencia de dos maneras (sin perjuicio de los supuestos de agotamiento, desaparición del objeto, o tiempo de vigencia previsto por el propio DNU): 1) por rechazo resultante del *procedimiento especial*, es decir, el procedimiento previsto en el art. 99.3, CN y reglamentado por la ley 26.122 (excluye la modificación como también la posibilidad de observación o “veto” presidencial); 2) por derogación legislativa siguiendo el *procedimiento ordinario* para la sanción de las leyes (admite modificaciones al DNU y la observación, total o parcial, presidencial).

La segunda opción no tiene plazo alguno. ¿Lo tiene la primera, es decir, la que es fruto del que aquí denominamos “procedimiento especial”? La ley 26.122 nada dice al respecto, pero, en cambio, el art. 99.3 CN nos brinda claras pistas al respecto.

La norma constitucional está estructurada sobre el dato fundamental de la “situación de urgencia” y, por ende, sobre la necesidad de una *rapidez especial* para enfrentarla. Así, el art. 99.3, CN, prescribe: 1) dentro de los diez días desde la vigencia del DNU (si la vigencia fuese distinta

a la inmediata con su publicación, fijada expresamente o por aplicación de las normas civiles), haría sospechar acerca de la “necedad y urgencia”, debe ser presentado por el Jefe de Gabinete a la Comisión Bicameral (lo ideal sería que concurrendo ante ella para dar explicaciones); 2) la Comisión debe emitir su dictamen dentro de los diez días siguientes, elevándolo simultáneamente al plenario de cada Cámara; 3) las Cámaras deben dar “expreso tratamiento” al dictamen, y con él al DNU, “de inmediato”.

Lo cierto es que, por elementales razones de seguridad jurídica, no es posible mantener esa situación de cierta “endeblez” del DNU por un tiempo mayor que el previsto por el citado art. 99.3 CN. Es lógico, entonces, interpretar que pasado un tiempo razonable –¿cuarenta y cinco días corridos, diez para la Comisión y veinticinco totales para las Cámaras?–, *el procedimiento especial debería considerarse caducado*.

IV. DNU a 30 años de la reforma constitucional de 1994

En la actualidad, a 30 años de esa reforma constitucional, nuestro país se encuentra atravesando una nueva situación de emergencia donde, además, se encuentra en discusión el modelo de Estado y el rol que el mismo debe asumir especialmente a los fines regulatorios. No es aquél un tema sencillo de abordar ni de implementar porque ante una mayor regulación, menor libertad para los individuos y ante una menor presencia del Estado, también menos libertad y derechos porque no hay quien los garantice.

Ante esta situación de difícil solución es donde adquiere total vigencia el principio de subsidiariedad, según el cual los entes políticos superiores –por ejemplo, el Estado–, en lugar de oprimir y afectar la funcionalidad de los entes inferiores, deben propender para que éstos se encuentren en las mejores condiciones posibles de gestión y administración de sus propios fines, siempre al servicio objetivo del bien común.

Por eso, en *Quadragesimo anno*, Pío XI escribe, en el numeral 80, que es conveniente “(...) que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás, perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que solo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija”. Y concluye: “(...) tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función ‘subsidiaria’, el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no solo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación”.

En ese marco, nos gustaría hacer algunas reflexiones sobre determinados temas puntuales y controvertidos que trae el instituto del DNU, como ser si la calificación de una situación como excepcional de urgencia es o no es una cuestión política justificable.

1. Razones de necesidad y urgencia

Debe anticiparse que las razones de urgencia y necesidad constituyen cuestiones políticas no justificables. Trataremos de desarrollar esta idea y de brindar argumentos a ese efecto.

Tal como señalamos, frente a una situación de extrema gravedad vivida en los años 1988 y 1989, aunque de menor intensidad que la actual, la Corte Suprema, en el trascendente caso “Peralta”⁽¹¹⁾, reiterando principios ya sentados por la jurisprudencia y doctrina jurídica, afirmó que “(...) la Constitución debe ser interpretada de manera de no hacer impotente e inoperante y sí preservar y hacer efectiva la voluntad soberana de la Nación (...)” (Considerando 21).

La “crisis” genera en su concepción un estado de “emergencia” o de especial excepcionalidad; y, ante situaciones de emergencia, se permiten conductas que no serían aceptables bajo un estado de “normalidad”, tanto de los particulares como del propio Estado.

En ese precedente, nuestro Máximo Tribunal sostuvo que “Cuando una situación de crisis o de necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales, se puede, sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, poster-

(11) CSJN, Fallos: 313:1513.

gar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos. No se trata de reconocer grados de omnipotencia al legislador ni de excluirlo del control de constitucionalidad, sino de no privar al Estado de las medidas de gobierno que conceptualice útiles para llevar un alivio a la comunidad”.

No podemos omitir que en ese caso se cuestionaba justamente la validez constitucional de un DNU y allí la Corte Suprema fue perfilando los rasgos del instituto en tanto sostuvo: “Parece evidente que (...) la eficacia de la medida adoptada (...) depende en forma fundamental de la celeridad con que se adopte y ponga en vigencia y, en este aspecto, la prudencia y el recto juicio del poder administrador no deben ser subestimados en el juzgamiento de esos motivos o razones, que se relacionan con hechos que, como los económicos, afectan gravemente la existencia misma del Estado y se vinculan con el bien común” (Cons. 26, con cita de Villegas Basavilbaso), y también que “(...) inmersos en la realidad no solo argentina, sino universal, debe reconocerse que, por la índole de los problemas y el tipo de solución que cabe para ellos, difícilmente pueden ser tratados y resueltos con eficacia y rapidez por cuerpos pluripersonales”.

De manera profética sostuvo que la confrontación de intereses que dilatan —y normalmente con razón dentro del sistema— la toma de decisiones, las presiones sectoriales que gravitan sobre ellas, lo que es también normal, en tanto en su seno están representados los estados provinciales y el pueblo —que no es una entidad homogénea, sino que los individuos y grupos que en él están integrados están animados por intereses muchas veces divergentes—, coadyuvan a que el Presidente, cuyas funciones le imponen el concreto aseguramiento de la paz y el orden social, seriamente amenazados en el caso, deba adoptar la decisión de elegir las medidas que indispensablemente aquella realidad reclama con urgencia impostergable. Esta situación no supone eliminar la intervención del Congreso que podrá alterar o coincidir con lo resuelto; pero, en tanto no lo haga, no cabe en la situación actual del asunto coartar la actuación del Presidente en cumplimiento de su deber inmediato (Consid. 29). Por otra parte, como ya lo hemos visto, el DNU, lejos de sortear la intervención del Congreso, la provoca con un llamamiento de especial fuerza.

Los poderes de emergencia que contiene la Constitución son para atender a la necesidad de asegurar la unión nacional, lo que implica también la de asegurar su continuidad y supervivencia. En el caso citado, nuestro Máximo Tribunal, como si lo estuviera escribiendo hoy y no en 1990, afirmó: “Cuando los sucesos que conmuevan a la vida de la sociedad amenacen llevarla a la anomia y la inviabilidad de la vida política organizada, como puede ser hoy el resultado del descalabro económico generalizado, del mismo modo que ayer fue la discordia entre provincias, allí deben actuar los poderes del Estado para evitar que se malogren aquellos esfuerzos, dilatados y penosos, retrotrayendo al país a estadios superados de fragmentación, desorden, falta de un imperio extendido del derecho (...) [lo que] tiene por problema central hoy asegurar la supervivencia de la sociedad argentina. La sanción del decreto en cuestión debe verse como un capítulo actual de esa tarea (...)”.

Agregó: “Son las exigencias de la vida política de un país la razón de ser de las constituciones. La vida real del país, su situación económica, política y social son la fuente eficaz del texto (...) Las constituciones son fuente de derecho. Las realidades políticas son hechos. Cuando las primeras no interpretan a las segundas, estas fracasan; cuando las reflejan, triunfan. Las más bellas creaciones, las más justas aspiraciones, las más perfectas instituciones no suplen la naturaleza de las cosas”.

Estamos de acuerdo en que el contenido de un DNU, de cualquier DNU, siempre puede ser incorporado a una ley del Congreso, pero ¿para estar vigente cuándo? Las gestiones de gobierno a las que les toca atender situaciones de crisis y emergencia no cuentan con el tiempo necesario, esas situaciones justifican que se tomen medidas urgentes para paliar la crisis.

Ahí es donde la Constitución Nacional surge como un faro que debe guiar las medidas que adopta el PEN en estas situaciones de excepcionalidad y de urgencia; en estos casos, el legislador no será el Congreso, porque por naturaleza no puede serlo, sino el Presidente de la Nación. Así está previsto, a partir de 1994, en el art. 99, inc. 3º, de la CN y, en base a ello, el Presidente podrá y puede sus-

tituir al Congreso y dictar una norma jurídica equivalente a una ley, de vigencia inmediata, hasta que el Congreso la anule, derogue o modifique. No se ponen en juego la democracia ni los principios básicos de la República porque, desde ese mismo momento, el poder con competencia puede derogar, anular o modificar los decretos de necesidad y urgencia que emita el PEN.

El PEN goza de esta competencia constitucional en razón de sus atribuciones como “Jefe Supremo de la Nación” y “Jefe del Gobierno”, conferidas por el art. 99, inc. 1º de la CN. Esta última jefatura se refiere al Estado, mientras la primera, con mayor “supremacía” todavía —es jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema que el lenguaje del constituyente no es ocasional o simbólico, sino literal con contenido jurídico—, lo coloca por encima de los gobiernos provinciales, respetando las competencias de estas en materias no delegadas, pero con poder de impulso de políticas (direccionamiento) y de impulso también de la intervención federal en caso de ser necesario. También le corresponde al Presidente decretar el “estado de sitio”, aun por situación de conmoción interior, si el Congreso estuviese en receso, siempre con intervención posterior del Legislador. Las mismas competencias de excepción, *mutatis mutandis*, son las previstas en el art. 99, inc. 3º de la CN, con relación a los decretos de necesidad y urgencia.

La totalidad de tal régimen ya había sido previsto por Alberdi. El sentido de esta “Jefatura Suprema” que él propuso, que el constituyente argentino de 1853 aceptó y que el de 1994 mantuvo, resulta luminosamente aplicable a la actual situación que la Argentina atraviesa.

Sostuvo Alberdi que, “En cuanto a su energía y vigor, el Poder Ejecutivo debe tener todas las facultades que hacen necesarios los antecedentes y las condiciones del país y la grandeza del fin para que es instituido. De otro modo, habrá gobierno en el nombre, pero no en la realidad; y no existiendo gobierno, no podrá existir la Constitución, es decir, no podrá haber ni orden, ni libertad, ni Confederación Argentina”⁽¹²⁾.

El mismo Alberdi sostuvo, además, en cuanto a la jefatura suprema, que “si el orden, es decir, la vida de la Constitución, exige en América esa elasticidad del poder encargado de hacer cumplir la Constitución, con mayor razón la exigen las empresas que interesan al progreso material y al engrandecimiento del país. Yo no veo por qué en ciertos casos no puedan darse facultades omnímodas para vencer el atraso y la pobreza, cuando se dan para vencer el desorden, que no es más que el hijo de aquellos” (lug. cit.). Y proféticamente remataba su argumento de este modo: “Hay muchos puntos en que las facultades especiales dadas al Poder Ejecutivo pueden ser el único medio de llevar a cabo ciertas reformas de larga, difícil e insegura ejecución, si se entregan a legislaturas compuestas de ciudadanos más prácticos que instruidos, y más divididos por pequeñas rivalidades que dispuestos a obrar en el sentido de un pensamiento común. Tales son las reformas de las leyes civiles y comerciales y, en general, todos esos trabajos que, por su extensión considerable, lo técnico de las materias y la necesidad de unidad en su plan y ejecución, se desempeñan mejor y más pronto por pocas manos competentes que por muchas y mal preparadas” (lug. cit.).

En suma, el Presidente fue elegido por la mayoría del pueblo argentino para ejercer como Jefe Supremo de la Nación y Jefe del Estado (personificación jurídica del Gobierno); coartar sus atribuciones fuera de los parámetros del debido control parlamentario y judicial (en base a la razonabilidad) es ir en contra de la validez del texto constitucional y los principios que surgen del mismo.

En ese marco es que consideramos que las razones de urgencia y necesidad constituyen cuestiones políticas no justiciables. De esta manera, cuando el Jefe de Gabinete de Ministros cumple con sus obligaciones propias de poner el DNU en consideración del Congreso, el mismo se encuentra bajo la revisión y control de ese poder del Estado.

Recientemente, en relación al DNU 70/2023, la doctrina fue categórica al sostener que “(...) por primera vez, en nuestra historia constitucional, se configura una situación de necesidad y urgencia en forma integral, que demanda una solución única y drástica para remediarla, a fin de superar el grave riesgo social de caer en un proceso de inflación incontenible.

(12) Alberdi, Juan Bautista, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, capítulo XXV, p. 489.

En cuanto al fondo, el DNU 70/2023 configura una situación extrema que supera la emergencia (que siempre es transitoria) y traduce la necesidad de volver a los postulados de la Constitución alberdiana, mediante la remoción de los obstáculos que, mediante un círculo vicioso de regulaciones, suprimen las libertades, crean privilegios sectoriales e impiden salir de la más peligrosa crisis económica y social a la que nos llevó una política estatista que agravó el déficit fiscal, hasta llegar a límites susceptibles de crear una situación de grave riesgo social, con olvido de los parámetros económicos que observan la mayoría de los países del mundo, incluso los de nuestra región de Iberoamérica⁽¹³⁾.

La necesidad y urgencia constituyen una verdadera *cuestión política* (institucional) que debe ser considerada como no justiciable. Asimismo, la imposibilidad de cumplir con el trámite ordinario para la sanción de las leyes es una cuestión que remite a cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia, lo cual también es de valoración estrictamente política.

En este sentido, cabe señalar que, en el sistema constitucional estadounidense, se ha sostenido –siguiendo a Locke– que “los gobernantes responsables pueden recurrir a poderes excepcionales. Las legislaturas serían demasiado numerosas, pesadas y lentas para enfrentar las crisis, además, ellas no serían capaces de prever mediante leyes, para satisfacer todos los accidentes y necesidades (...) La prerrogativa es el ejercicio de autopreservación. Es el pueblo autorizando a sus gobernantes a hacer ciertas cosas por su propia discreción, en favor del bien público, y dando su consentimiento cuando así lo hace el gobernante. Esta es una prerrogativa que pertenece al Ejecutivo”⁽¹⁴⁾.

2. Excepcionalidad y emergencia

Por su parte, es importante diferenciar la “emergencia” de la “excepcionalidad”, pues el art. 99, inc. 3º, de la Carta Magna, habilita la competencia legislativa del Presidente de la Nación, en “circunstancias excepcionales”, que es diferente del concepto de la “emergencia”.

El constituyente de 1994 fue muy explícito al momento de distinguir la “necesidad y urgencia” de la “emergencia”. Mientras el referido art. 99, inc. 3º, parte de “razones de necesidad y urgencia” para autorizar el dictado del DNU, el art. 76, inc. 3º, de la CN, toma en cuenta “materias de emergencia pública” en tal caso para autorizar al Poder Legislativo a sancionar leyes que deleguen facultades de determinadas competencias legislativas (decretos por delegación legislativa, “DLD”). La emergencia es la calificación jurídica de una materia que habilita al Poder Ejecutivo, o al Legislativo, a tomar medidas jurídicas. La emergencia normalmente hará necesaria y urgente una determinada respuesta, pero no todo lo urgente o necesario importará una emergencia⁽¹⁵⁾.

Como se advierte, el constituyente distinguió dos institutos, el DNU y el DLD, y ha utilizado terminologías diferentes. De esta manera, si al habilitar la competencia presidencial para dictar DNU, los convencionales hubiesen querido limitarlo a situaciones de emergencia, lo hubiese dicho así, como lo hicieron en el art. 76⁽¹⁶⁾.

Por lo tanto, el constituyente disminuyó el requisito causal fáctico habilitante de dicha competencia: no se trata de una necesidad de afrontar la emergencia, sino de dar respuesta a una situación no habitual valorada políticamente como fuera de lo ordinario.

En el caso del art. 99, inc. 3º, las razones de necesidad y urgencia son los motivos que mueven al Presidente –Jefe Supremo de la Nación y Jefe del Gobierno– a considerar que es necesario legislar de determinada manera una cuestión dada, y que ello debe ser hecho con rapidez sin debate, sin perjuicio de la posterior decisión legislativa.

La necesidad requiere velocidad en la respuesta y también adecuación o proporción. La urgencia refiere a la prontitud requerida por las medidas contenidas en el DNU. Por ello, por la urgencia, no es posible seguir los

trámites ordinarios legislativos. Es lo urgente y necesario para el Presidente lo que justifica el dictado de una norma con jerarquía de ley, que sobrevivirá como tal, siempre que el Congreso no considere que las razones presidenciales no eran suficientes para justificar la norma.

Conforme a las atribuciones que la Constitución Nacional atribuye al Presidente, puede elegir entre enviar un proyecto de ley o, en forma más rápida, dictar un DNU. Tal como señalé en el apartado anterior, y para reforzar la idea, corresponde decir que la excepcionalidad –que no es emergencia– es un *concepto exclusivamente político, de valoración política y no jurídica* [tales como lo son “seguridad de las fronteras” (art. 75, inc. 16), “justicia social” (art. 75, inc. 19), “conmoción interior” (arts. 75, inc. 29 y 99, inc. 16), entre otros] que resulta ajeno a la valoración de los jueces y propios de la acción conjunta del Presidente y del Congreso⁽¹⁷⁾.

De ahí que la doctrina entiende que el DNU supone un acto complejo, lo que implica que la validez constitucional de tales normas exige la concurrencia de dos voluntades: la del Poder Ejecutivo que los dicta, y la del Poder Legislativo que controlará la existencia de los presupuestos fácticos, que habilitan al Presidente de la Nación el ejercicio de esta facultad excepcional⁽¹⁸⁾.

3. El control del DNU

El procedimiento de *control político* previsto por el texto constitucional da lugar a un control intraórganos, dado que se requiere la intervención de las dos Cámaras que componen el Congreso Nacional, órgano que finalmente determinará si corresponde aprobar o rechazar un DNU.

Por consiguiente, no hay dudas de que la valoración política de la excepcionalidad, la necesidad y urgencia es del Poder Ejecutivo Nacional, y del Congreso de la Nación, mas no del Poder Judicial. Pues el Poder Legislativo será quien se encuentre en mejores condiciones para examinar si resultaba necesario sortear las vías ordinarias para la sanción de una ley.

En efecto, dictado el DNU, se comunica inmediatamente al Congreso, el que puede revocarlo, en un procedimiento cuya velocidad dependerá de la exclusiva voluntad del Congreso y del debate democrático-representativo y sobre el cual los jueces no pueden avanzar.

Por ello, una intervención del Poder Judicial en esta instancia constituiría una actuación cuanto menos prematura, toda vez que se encuentra en marcha el mecanismo institucional previsto por la Constitución Nacional y el trámite parlamentario de la ley 26.122, cual es el debido controlador por parte del órgano legislativo, del DNU dictado.

Asimismo, piénsese cómo podría el Poder Judicial considerar que no existe justificación suficiente para el dictado del DNU si el Congreso lo aprobase o simplemente no lo revocase. La rapidez con que el Congreso debe revisar el mérito del mecanismo utilizado por el Poder Ejecutivo de la Nación no se condice con la revisión judicial “de la necesidad y urgencia”. Por ello, la vía del amparo no resulta idónea para controlar la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, a poco que se repare que la confirmación o la no declaración de nulidad tornará abstracto cualquier planteo.

Ello, sin perjuicio de las facultades de los jueces de analizar en un caso concreto si el DNU, por su contenido, agravia derechos reconocidos por la Constitución Nacional o avanza sobre materias prohibidas.

Al respecto cabe tener presente la jurisprudencia que sostuvo que “(...) las circunstancias que corresponde analizar a este Tribunal respecto de los cuestionamientos y validez constitucional del decreto de necesidad y urgencia 18/2010 resultan sustancialmente diferentes a las sometidas a consideración de la Sra. Juez de feria de Primera Instancia (...). No se advierte, frente a la situación configurada a partir de la decisión presidencial, motivo suficiente que justificare a esta altura larval del proceso que el Poder Judicial interfiera en la órbita privativa de los otros Poderes que, con su funcionamiento armónico, permitirían el libre juego de los mecanismos constitucionales en el marco republicano.

Desde tal perspectiva, este tribunal considera que se ha desdibujado la verosimilitud del derecho evaluada por

(13) Cassagne, Juan Carlos, “Sobre la constitucionalidad del DNU 70/2023”, Diario La Ley, Segunda Edición, 10/1/2024.

(14) Schlesinger, Arthur M., “The imperial presidency”, Mariner Books, 2004, p. 7 y siguientes y Barra, Rodolfo Carlos, “Derecho Administrativo, Acto administrativo y reglamentos”, Astrea, Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre, 2018, p. 428.

(15) Barra, Rodolfo Carlos, “Derecho Administrativo: Acto administrativo y reglamentos”, Astrea, Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre, 2018, p. 430.

(16) Barra, ob. cit., p. 438.

(17) Fallos: 247:528, 305:269; 312:1882, entre otros.

(18) Pérez Hualde, Alejandro, “Decretos de Necesidad y Urgencia: su ley especial”, Depalma, Bs. As., 1995, p. 222.

la magistrado previniente, y que deben aguardarse las alternativas propias del juego de los Poderes Legislativo y Ejecutivo que determinarán en definitiva la permanencia o el desplazamiento del presidente del Banco Central sin óbice jurídico⁽¹⁹⁾.

Si las circunstancias son extraordinarias, como se dijo, el remedio también debe serlo. La imposibilidad de seguir el procedimiento para la sanción de las leyes es una cuestión no justiciable que por su naturaleza debe ser considerada exclusivamente por el Congreso.

Ello así porque el PEN puede sancionar un DNU tanto para afrontar una situación grave como también para forzar el tratamiento por la Cámaras de una propuesta legislativa. Esta tesis refuerza la iniciativa presidencial frente a supuestos de un Congreso remiso (por ej., por mayoría opositora); pero, aun así, la última palabra seguirá siendo del Congreso, ya sea por vía de revocación del DNU, conforme lo establece la ley 26.122, o por la sanción de una ley derogatoria o modificatoria⁽²⁰⁾.

En virtud de ello, los planteos judiciales que se hacen para cuestionar la vigencia de un DNU no solo deben estar al margen de una cuestión política no justiciable como la señalada, sino que, también, se debe acreditar la titularidad de un perjuicio determinado. Al respecto, la Corte Suprema tiene dicho que el daño es abstracto, cuando el demandante no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes⁽²¹⁾.

La reforma de 1994 no ha acogido una acción popular, así lo ha manifestado reconocida doctrina, que sostuvo: “(...) La reforma constitucional de 1994 no ha introducido una ‘acción popular’, susceptible de ser ejercida por cualquier persona en todo supuesto en que se verifique una violación a la jerarquía piramidal de las normas jurídicas vigentes; el art. 43 de la CN, para acordar legitimación para accionar judicialmente –aun cuando no requiera ya que la lesión sea personal y exclusiva, admitiéndola también ahora cuando puede afectar a un número indeterminado de personas, sea como integrantes de un grupo de ellas o de la sociedad toda–, sigue exigiendo que exista perjuicio o inminencia de él”⁽²²⁾.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido “(...) en Fallos 321:1252, considerando 25, que admitir la legitimación en un grado que la identifique con el ‘ge-

neralizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes de gobierno’, deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares. Y agregó que la protección de los contribuyentes o de los ciudadanos, dada su base potencialmente amplia, es precisamente el tipo de influencia que en una democracia debe ser utilizada ante las ramas del gobierno destinadas a ser sensibles a la actitud de la población, modalidad de naturaleza política a la que es ajeno el Poder Judicial. Es claro, en mi concepto, que tal supuesto equivaldría a una acción popular, a una defensa abstracta de la legalidad, inadmisibles en nuestro ordenamiento federal (...)”⁽²³⁾.

V. A modo de conclusión

Está claro que el instituto jurídico del decreto de necesidad y urgencia, instrumento excepcional introducido en el texto de la Ley Fundamental luego de la reforma constitucional de 1994, buscó superar uno de los peligros del sistema presidencialista: la parálisis gubernativa por la contradicción política entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo y, en tal sentido, ha fortalecido el diálogo político institucional⁽²⁴⁾.

A 30 años de la reforma constitucional, luego de haber superado varias crisis de suma gravedad y atravesando una en la actualidad, corresponde pensar y repensar el instituto para que cumpla con la finalidad con la que el constituyente lo ideó, que no fue otra que se establezca un instituto jurídico eficaz para resolver problemas de suma urgencia siempre en el marco del pleno respeto a la Constitución Nacional.

El Presidente de la Nación no puede quedar prisionero de la lucha partidista que naturalmente ocurre dentro del Congreso. Por ello, el dictado del DNU fuerza la actuación del Congreso, *so pena* de que, ante el silencio, el DNU mantenga su vigencia normativa. De esta forma, se fortalece la interacción entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Nación, estableciendo una relación de iniciativa, decisión y control recíproca.

VOCES: PODER JUDICIAL - PODER EJECUTIVO - ECONOMÍA - EMERGENCIA ECONÓMICA - ESTADO - DERECHO COMPARADO - DERECHO ADMINISTRATIVO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DERECHO CONSTITUCIONAL - PODER LEGISLATIVO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - DEMOCRACIA - MINISTERIOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA - DERECHO POLÍTICO - DIVISIÓN DE PODERES - PARTIDOS POLÍTICOS

(19) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala de feria, “Pérez Redrado, Hernán Martín v. Estado Nacional”, sentencia del 22 enero de 2010.

(20) Barra, ob. cit., p. 435.

(21) Fallos: 321:1352; 323:1261; 327:2512; 331:2287, entre otros.

(22) Bidart Campos, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, La reforma constitucional de 1994”, Ediar, Bs. As., 1997, t. VI, p. 318.

(23) Dictamen de la Procuración General de la Nación recaído en autos “Colegio de Fonoaudiólogos de la Provincia de Entre Ríos c/ EN s/ acción de amparo” (C. 547, XXXVI).

(24) Barra, ob. cit., p. 436.

La función presidencial

por RODOLFO C. BARRA

Sumario: 1. RESPONSABLE POLÍTICO DE LA “ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL PAÍS”. – 2. JEFE DEL GOBIERNO. – 3. JEFE SUPREMO DE LA NACIÓN.

La “división de poderes” es una idea directriz que define al constitucionalismo moderno y con él al denominado “Estado de Derecho” y a la misma democracia. Así, ya la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en gran medida un documento fundacional del constitucionalismo, afirmaba con una gran dosis de dogmatismo: “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la Separación de Poderes, carece de Constitución” (art. 16).

Claro que, en realidad, más que de “poderes”, la división es de **funciones**: la función legislativa, la función judicial y la función administrativa, esta última especializada en la aplicación de la ley para la obtención y gestión de los recursos. Recordemos también que la **función** (constitucional) es la resultante de la atribución, por la Constitución, de determinadas competencias⁽¹⁾ a un órgano para que las lleve a cabo de acuerdo a un procedimiento determinado. Así el compuesto de órgano, competencia y procedimiento da como resultado la función, que, conforme a la competencia atribuida al órgano (Congreso, Tribunales judiciales, órganos administrativos) abarca las **tres actividades jurídicas a cargo del centro de poder o gobierno del ordenamiento**: creación de la norma, gestión de la norma, aplicación de la norma en la resolución de conflictos. En síntesis, legislación, administración y jurisdicción.

La actividad predominante atribuida en competencia al órgano constitucional superior de que se trate identifica, en las constituciones modernas, a dicho órgano ya sea como “Poder Legislativo”, “Poder Ejecutivo” o “Poder Judicial”⁽²⁾, aunque en los tres casos, cada uno de esos órganos lleva a cabo, en la medida dada por la competencia constitucional, las tres actividades jurídicas mencionadas más arriba⁽³⁾.

Pero con tales tres “poderes” o, mejor, **funciones**, no se agota el fenómeno organizativo del Gobierno. En tanto que, como lo advierte la Corte Suprema estadounidense, “(l)a Constitución trata con sustancia, no con sombras” (“*Cummings v. Missouri*”, cit. en “*Trump v. United States*”, US, 1/07/2024), el poder, o conducción, o gobierno (en todos los casos en sentido lato) tiene, sino “sombras”, tonalidades indefinidas que no siempre pueden encasillarse en la descripción material de una determinada actividad.

En efecto, estamos en condiciones de identificar a una ley (limitada su creación al Poder Legislativo, arts. 44, 75, 99.3, 2do párrafo y cc, CN) y a una sentencia, en tanto medio formal de decisión de una “causa” (art. 116, CN). También podemos identificar el reglamento y el acto administrativo de alcance particular, ambos expresión del ejercicio de la “administración general del país”, la que, básicamente, consiste en gestionar los recursos disponibles conforme con los arts. 4 y 75.8, CN, amén de los

“recursos” personales integrados en el “funcionariado público” en sentido lato.

Pero no todo es tan claro. Tomemos el caso del “Presidente de la Nación Argentina”, que es el título que la CN le otorga al ciudadano que desempeña el Poder Ejecutivo de la Nación (art. 87, CN). Conforme con el art. 99.1, el Presidente “*tiene las siguientes atribuciones*” (competencias): “*Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país*”. Recordemos que el antiguo art. 86 de la Constitución de 1853/1860 rezaba: “*El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones. 1. Es el jefe supremo de la Nación; tiene a su cargo la administración general del país*”⁽⁴⁾. Como se ve, el nuevo texto agrega la jefatura de gobierno, limita la incidencia en la gestión administrativa y conserva la jefatura suprema.

Veamos las tres atribuciones o competencias del art. 99.1 por separado.

1. Responsable político de la “administración general del país”

La CN utiliza la misma identificación de la actividad material –“Administración General del País” (AGP)– que atribuye tanto al Presidente como al Jefe de Gabinete de Ministros (JGM), aunque con distintos alcances. Mientras el JGM **ejerce** la AGP (art. 100.1, CN), el Presidente es “responsable político” de la misma (art. 99.1, cit.). La diferencia es notable.

La responsabilidad política a la que se refiere el art. 99.1 es ante el electorado (la gestión administrativa, en mayor o menor medida, incide sobre la voluntad del electorado, aunque el Presidente no sea candidato en la elección de que se trate) y, en situaciones extremas, ante el Congreso a través del juicio de responsabilidad de los arts. 53 y 59, CN, por la causal de “mal desempeño”⁽⁵⁾.

La “responsabilidad política” que el Presidente conserva por la AGP justifica las competencias presidenciales de los incs. 2 (instrucciones), 7 (nombramiento y remoción de ministros a sola discreción), 10 (supervisión de la gestión del JGM) y 17 (solicitud de informes) del art. 99, CN. Todas ellas le otorgan herramientas para hacer frente a aquella “responsabilidad política”.

¿Puede avocarse el Presidente el ejercicio de competencias ministeriales, incluso las del JGM (el art. 100 no lo prohíbe)? Sí, en la medida en que ello sea necesario para afrontar la responsabilidad política que le impone la CN, aunque se trata de un instrumento difícilmente necesario, en tanto la competencia presidencial de nombrar, remover e instruir, discrecionalmente, a **todos y cada uno** de los ministros, incluyendo el JGM. En todo caso, se tratará de una avocación fundada en razones políticas de ejercicio totalmente discrecional (p.ej., mostrar autoridad política resolutoria en un determinado asunto) y no de gestión administrativa. En definitiva, el Presidente, por su jefatura suprema de la Nación y la jefatura de gobierno, precisa de la actividad servicial de la Administración pública, para lo cual cuenta con la actividad del JGM y de los restantes ministros.

Igual explicación puede darse con relación a la competencia presidencial para resolver el recurso administrativo “jerárquico”, que el mismo Presidente se reservó para sí en el art. 90, 2do párrafo, del Reglamento de Procedi-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: ¿*Atenuación o flexibilización del presidencialismo? La jefatura de gabinete ante nuevos escenarios políticos, comparada con la propuesta de Sartori*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA y ANTONIO MARTINO, ED, 180-927; *El sistema de elección presidencial en la Constitución de 1994*, por VÍCTOR E. IBÁÑEZ ROSAZ, EDCO, 2005-777; *Reforma constitucional y consolidación democrática*, por ALBERTO R. DALLA VÍA, EDCO, 2006-586; *El autoritarismo en Latinoamérica*, por JORGE HORACIO GENTILE, EDCO, 2008-62; *El número de las opciones políticas*, por EUGENIO L. PALAZZO, EDCO, 2009-305; *Obstáculos para la vigencia de la atenuación del presidencialismo argentino veinte años después. Rol del Poder Judicial*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA, EDCO, 2013-544; *La atenuación del presidencialismo en la reforma constitucional de 1994*, por PABLO LUIS MANILI, EDCO, 2015-255; *Apuntes sobre los orígenes y causas del presidencialismo “fuerte” en la Argentina*, SANTIAGO J. MARTÍN, ED, 268-593; *Populismo y Estado Populista. Discurso Académico Nacional de Ciencias de Buenos Aires*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, Revista de Derecho Administrativo, Abril 2024 - Número 4. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Competencias que pueden ser residuales, como en el caso de la Administración Pública.

(2) Así en la Constitución federal de Estados Unidos, como en la argentina de 1853 (vigente), y con variantes, en las constituciones modernas, como la española de 1978 (cfr. art. 66.2; art. 117).

(3) Ampliar en Barra, Rodolfo C., “Acto Administrativo”, T. I, Cap V, Astrea - RAP, Buenos Aires, 2018.

(4) Hasta la reforma constitucional de 1994 era habitual entender a la competencia de ejercicio de la Administración General del País como una derivación de la jefatura suprema. Así, por ejemplo, “Ricardo Francisco Molinas v. Nación Argentina (Poder Ejecutivo Nacional)”, CSJN, Fallos: 314:1091, sobre la competencia presidencial de remoción discrecional del Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas, a la que la mayoría del Tribunal entendió que corresponde “...al Presidente de la Nación quien, como ‘jefe supremo’ tiene a su cargo la ‘administración general del país’”. Advirtamos que el fallo es de fecha 24 de septiembre de 1991, muy anterior a la reforma constitucional.

(5) El de “mal desempeño” es un concepto tomado del “*misdeemeanour*” de la Constitución norteamericana (art. II s. 4) que es una infracción o falta no penal. El mal desempeño no sería gestionar mal (lo que supone un juicio de valor que al Congreso no le correspondería hacer en un régimen no parlamentario, aunque en nuestra Constitución esto es matizado por la excepcional regulación del art. 101), sino actuar de manera impropia o irregular. A partir de la reforma de 1994, por lo que vemos en el texto, esta situación sea difícilmente aplicable al Presidente, aunque sí al JGM.

mientos Administrativos según la nueva redacción del art. 39 del decreto 695/2024⁽⁶⁾.

Pero el Presidente, aun con responsabilidad política sobre ella, **no ejerce** la AGP, lo que se encuentra reservado al JGM. ¿Cuál es la diferencia? La primera es que no realiza la tarea. No debe realizarla (salvo situaciones excepcionales de avocación), porque ello se encuentra encomendado al JGM como su **competencia constitucional exclusiva**. Las competencias ministeriales se concentran en el JGM, no en el Presidente⁽⁷⁾. Cabe insistir: la competencia de ejercicio de la AGP no le es atribuida al JGM por la ley de ministerios, ni, mucho menos, por imperio de delegación presidencial alguna. Se origina en la misma Constitución, de manera que el Jefe de Gabinete es un **ministro necesario** (no puede ser suprimido, salvo reforma constitucional) y su **competencia básica** no puede ser reducida por ningún acto normativo de jerarquía inferior, aunque sí podría ser ampliada.

2. Jefe del gobierno

La Constitución utiliza la expresión “Gobierno” en distintos sentidos. El primero es **organizativo**: la Segunda Parte de la CN se refiere a las Autoridades de la Nación, compuestas por el Gobierno Federal (Título Primero) y los Gobiernos de Provincia (Título Segundo, al que hay que agregar el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires)⁽⁸⁾. Se refiere también a este tipo de “gobierno” el art. 75.32, al otorgar al Congreso la competencia implícita de legislar para el ejercicio de la actividad del “Gobierno de la Nación Argentina”.

El segundo sentido es **político-institucional**: el “gobierno” de la Nación se realiza bajo la “forma” (forma de gobierno) “representativa republicana federal” (art. 1).

El tercer sentido es de **gestión superior**, y así el “programa general de gobierno” mencionado en el art. 75.8, sobre el que se debe sustentar el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la “administración nacional”. Esta competencia es una clara expresión de la jefatura del gobierno en cabeza del Presidente de la Nación, prevista en el art. 99.1, que es el que nos interesa en estas reflexiones.

Esta regulación tiene semejanzas y diferencias con el régimen francés. El art. 20 de la Constitución francesa de 1958 prescribe que “(E)l Gobierno determinará y dirigirá la política de la Nación”. El **Gobierno**, entonces, hace a la acción de definir políticas y conducir su ejecución, bajo la dirección (en el caso francés) del Primer Ministro⁽⁹⁾ (art. 21)⁽¹⁰⁾. A la vez, lo distingue de la Administra-

(6) La norma establece: “El Jefe de Gabinete de Ministros, los Ministros y Secretarios de la Presidencia de la Nación resolverán definitivamente el recurso; cuando el acto impugnado emanare del Jefe de Gabinete de Ministros, de un Ministro o de un Secretario de la Presidencia de la Nación, el recurso será resuelto por el Poder Ejecutivo Nacional, agotándose en ambos casos la instancia administrativa”. Aun así, nada impide que planteado el recurso ante el Presidente, este, si el acto no emanase del JGM, delegue su resolución en este último (cfr. art. 100.4, CN), o, de emanar del JGM, el Presidente, a su opción, ejerza una especie de *certiorari* negativo, rechazando intervenir en el caso, competencia que no es cuestionable en tanto la intervención presidencial en el ejercicio de la AGP es de su decisión discrecional. Notemos que la LPA no es directamente aplicable al Presidente (no está mencionado en su art. 1) aunque sí lo sea por vía de analogía, de manera que no rige para aquel la obligación de resolver lo peticionado de manera fundada con los alcances de la ley 19.549, como tampoco rige ni para el Congreso (podría simplemente no darle tratamiento alguno a un proyecto de ley, quien sea lo haya presentado) ni para la Corte Suprema de Justicia (ver art. 280, Código Procesal Civil y Comercial). La solución del *certiorari* negativo puede resultar útil cuando el Presidente, por razones políticas, decida no abrir juicio sobre un determinado asunto, dejando la responsabilidad en cabeza del JGM.

(7) Podemos sintetizar aquí, recordando que en las organizaciones complejas, como los ministerios, el órgano superior (el Ministro) concentra todas las competencias materiales del ministerio; por lo que los inferiores (Secretario) tienen sus competencias concentradas en el Ministro, y a la vez ellos concentran la de los órganos inferiores de la suborganización/Secretaría, y así sucesivamente (como ocurre con la muñequita rusa o “mamushka”). Sobre las figuras administrativas de concentración y desconcentración, ampliar en Barra, “Acto Administrativo”, ob. cit. T. 2, Cap. XIII-B.

(8) Obviamente el Presidente no es el “jefe del gobierno” en este sentido, lo que iría en plena contradicción con el sistema de división de poderes.

(9) Este es designado por el Presidente de la República, quien también lo puede cesar junto con la dimisión del resto del Gobierno (art. 8). Cabe aclarar que en el ordenamiento francés el Consejo de Ministros no es una institución en sí misma, sino la reunión formal de los ministros, presidida por el Presidente de la República, o, en caso de ausencia, por el Primer Ministro.

(10) La Constitución española de 1978 sigue los pasos de la francesa, ver arts. 97 y ss. Ambas encuentran también fuente (aunque no exclusivamente) en la Constitución italiana de 1947 (arts. 92 y ss).

ción (contemplada en el segundo párrafo) de la cual el Gobierno “dispondrá” (es una acción subordinada al Gobierno) como también dispondrá de la “fuerza armada”, aunque el Presidente mantiene la jefatura de la misma (art. 15)⁽¹¹⁾. Por último, el Gobierno se encuentra sujeto responsabilidad política ante el Parlamento (arts. 20, 49 y 50). Conviene recordar aquí que el Presidente no forma parte del Gobierno, como tampoco se encuentra previsto un procedimiento de destitución presidencial por parte de la Asamblea.

Hemos hecho esta breve referencia al modelo francés en orden de destacar la diferencia con nuestro sistema, donde el Presidente es el “jefe del gobierno” (art. 99.1)⁽¹²⁾, atribución cuya mención expresa seguramente resultó necesaria frente a la incorporación de la figura del JGM, lo que podría haber traído confusión al respecto: en nuestro país la determinación y dirección de la política de la Nación –es decir, el “Gobierno” como gestión superior– corresponde al Presidente y no al JGM. Esto no obsta a que, en lo que respecta a la AGP, que es una actividad servicial del gobierno, esta se encuentre a cargo del JGM, como órgano de concentración superior de las competencias administrativas.

3. Jefe Supremo de la Nación

Quizás sea esta la atribución más significativa en cabeza del Presidente de la República.

El término tiene antecedentes históricos. Se encuentra propuesto en las “Bases” alberdianas⁽¹³⁾, inspiradas, en el punto, en el art. 59 de la Constitución de Chile de 1833, con antecedente en la brasilera de 1824 (art. 98). En 1828, por Decreto Orgánico del 27 de agosto de ese año, el Libertador Simón Bolívar fue atribuido de la “jefatura suprema del Estado”⁽¹⁴⁾. No se encuentra así expresamente plasmado en la Constitución estadounidense, que “simplemente” inviste al Presidente de los Estados Unidos de América con el Poder Ejecutivo del Gobierno federal (II.1.1), aunque la enumeración de competencias hecha en la Sección 2 del mismo art. II no difiere en mucho de la establecida en el decreto bolivariano y de la receptada luego por Alberdi y plasmada en el art. 86 de nuestra Constitución de 1853/60, hoy contenida –con agregados importantísimos, sobre todo en materia de atribuciones legislativas del Presidente– en el art. 99 de texto reformado en 1994.

La Jefatura Suprema de la Nación no depende de que esta se encuentre expresamente mencionada, sino de las competencias que de ella se derivan de acuerdo con el derecho constitucional comparado. Tampoco depende de que el sistema constitucional sea presidencialista o parlamentario. También aquí depende de las competencias otorgadas, aunque, recordemos, la calidad de Jefe Supremo (mencionado expresamente o no) supone las competencias implícitas necesarias para garantizar la subsistencia de la Nación, en nuestro caso con las características fundamentales definidas en los arts. 1 y 2, CN.

Veamos los que sobre el Presidente de los EE. UU. manifiesta la Corte Suprema de Justicia de aquel país⁽¹⁵⁾: “Los deberes del Presidente son de ‘incomparable gravedad y alcance’ (*Trump v. Vance* 591 U.S. 786, 800; 2020). Incluyen, por ejemplo, el mando de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos; otorgar indultos y perdonar por delitos contra los Estados Unidos; nombrar ministros públicos y cónsules, miembros de la Corte Suprema de Justicia y funcionarios de la administración. También tiene importantes responsabilidades en materia de relacio-

(11) Distintos son el caso de las fuerzas armadas y el caso de la Administración. En el primer supuesto, el Presidente es el jefe de las fuerzas (art. 15), pero el Primer Ministro “dispondrá” de ellas (art. 20), nombra los cargos militares y es responsable (art. 21) de la defensa nacional. Como se ve, se presenta cierta superposición, aunque siempre tendrá preponderancia el Presidente. En cambio, en el caso de la Administración, el Presidente carece de competencias, salvo cuando su intervención sea exigida en los supuestos del art. 5, donde el Presidente intervendrá en razón de su Jefatura Suprema.

(12) Las mismas diferencias se destacan con las constituciones española e italiana.

(13) Alberdi, Juan Bautista, art. 85 del Proyecto de Constitución de la Confederación Argentina, en “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, Obras Completas, T. III, La Tribuna Nacional, Buenos Aires, 1886, pág. 575.

(14) Decreto Orgánico –o Constitucional– del 27 de agosto de 1828.

(15) In re “*Trump v. United States*”, n° 23-989, sentencia de 1 de julio de 2024. Seguimos el voto del Presidente Roberts que hizo mayoría de 6 “justices”, con 3 disidencias.

nes exteriores: celebrar tratados, nombrar embajadores, reconocer gobiernos extranjeros, reunirse con líderes de otros países, supervisar la diplomacia internacional y la recopilación de inteligencia para gestionar asuntos relacionados con el terrorismo, el comercio y la inmigración. A nivel interno, debe ‘cuidar que la Ley se ejecute fielmente’ y es responsable de las acciones de los numerosos departamentos y agencias del Poder Ejecutivo. También desempeña un papel en la elaboración de leyes, recomendando al Congreso las medidas que considera prudentes y firmando o vetando los proyectos de ley que aprueba el Congreso”.

Estas competencias no son muy diferentes –son sustancialmente iguales– que las que corresponden a nuestro Presidente e, incluso, a los otros “jefes supremos” en las constituciones parlamentarias.

Así el caso de España: “El Rey es el Jefe del Estado⁽¹⁶⁾, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes”.

Además de estas competencias, que hacen explícitas las sustanciales de la “función de jefatura”, los arts. 62 y 63 (siempre en la Constitución del Reino de España) identifican otras que también le son típicas, sea el sistema presidencialista o parlamentario, como “(E)l mando supremo de las Fuerzas Armadas” (62.h); indulto (62.i); promulgación de las leyes (62.a) entre otras. Lo mismo ocurre en el caso italiano, donde el Presidente de la República “es el Jefe del Estado y representa la unidad nacional”, conforme con el art. 87 de la Constitución, el que también enumera otras competencias propias de la “función de jefatura”.

En Francia, el Presidente de la República “...(E)s el garante de la independencia nacional, de la integridad territorial y del respeto de los tratados” (art. 5), mientras que a partir del art. 8 se desgranar sus competencias propias de la jefatura suprema (insisto, independientemente de que el sistema sea presidencialista o parlamentario), entre ellas la promulgación legislativa, convocatoria a referéndum, jefatura de las Fuerzas Armadas, indulto, acreditación de embajadores, etc.

La Jefatura Suprema, en nuestro caso, contiene competencias explícitas, así enumeradas en el art. 99, a las que se agrega la de órgano residente de la delegación legislativa en las condiciones del art. 76.

¿Se derivan competencias implícitas de la Jefatura Suprema?

Sin duda que sí, en la medida en que tales competencias sean las necesarias para ejecutar, en las circunstancias del caso, las competencias explícitas que, como hemos visto se encuentran enumeradas en el art. 99, CN. El inc. 2 del art. 99 cit. prevé claramente esta situación, cuando autoriza al Presidente a expedir “las instrucciones y reglamentos **que sean necesarios** para la ejecución de las leyes de la Nación...”. Notemos que el Presidente ejerce su competencia también a través de, precisamente, instrucciones y reglamentaciones que pueden contener una variedad de medidas a los efectos de la ejecución de las leyes. El contenido de tales instrucciones y reglamentaciones pertenece al ámbito de la discrecionalidad política del Presidente, con la única limitación de la no alteración del “espíritu” o sentido de la ley (no solo de la reglamentada, sino de cualquier ley) amén de la limitación fundamental impuesta por el art. 28, CN. Así entonces, el contenido implícito de esta competencia material de expedir instrucciones o reglamentaciones le permite al Presidente definir el detalle o modo o proceso o alcance de la ejecución de cualquier materia siempre que: a) se

encuentre contemplada en la ley que reglamenta para todo operador de la ley, o sobre cuya ejecución instruye en este caso para el órgano encomendado de su ejecución; b) no contradiga ninguna ley vigente, además de la reglamentada, c) no avance sobre materias de competencia exclusiva del Congreso⁽¹⁷⁾. En este ejemplo, entonces, la competencia explícita presidencial es la de expedir instrucciones o reglamentos, mientras que la competencia implícita es la de definir y establecer el contenido de la instrucción o reglamento, con los límites ya vistos. Es decir, a estos efectos, las competencias implícitas tienen un alcance material significativo.

Un elemento a tener en cuenta, también de gran importancia mucho más allá de lo meramente terminológico, es que nuestro Presidente no es Jefe del “Estado”, como sí lo son el Rey español, el Presidente italiano y el Presidente francés (en cuanto asegura “la permanencia del Estado”, art. 5 cit.). Nuestro Presidente es “*jefe supremo de la Nación*”. El de “Estado” no es un término –y, especialmente, un concepto político– adoptado por nuestra Constitución. Nuestra Nación es gobernada por, precisamente, el “Gobierno”. No es “estocrática”, concepción política que, en cierta medida de manera inconsciente, justificó, permitió o facilitó en Europa la llegada de los estatismos totalitarios del siglo XX⁽¹⁸⁾. De un estatismo pacífico, respetuoso de los derechos, democrático, no ha sido difícil pasar al estatismo totalitario, que exigió, para su cese, una espantosa guerra “caliente” y otra “fría”, aunque siempre en peligro de hervir.

Para nuestro ordenamiento el Estado es la subjetivación jurídica del Gobierno, y, en lo internacional, de la Nación. Es solo una figura jurídica. No existe (no debería) como organización superior del ordenamiento jurídico. Para eso está el Gobierno, que es más coordinador y garante que “órgano de síntesis comunitaria”, u “órgano supremo de la comunidad”, como estamos acostumbrados a considerar a partir de una educación (especialmente en las facultades de derecho) de cierta tendencia estatista.

Ciertamente las competencias otorgadas al Presidente por el art. 99, CN, son de una trascendencia especialísima en orden a **asegurar la permanencia de la Nación**. Es legislador y colegislador, nombra a los magistrados del Poder Judicial (con acuerdo del Senado y con competencias más limitadas en el supuesto de los jueces inferiores), indulta y conmuta penas, conduce las relaciones exteriores, designa a los embajadores con acuerdo del Senado, nombra y remueve a sus ministros, tiene la jefatura de las Fuerzas Armadas, en la paz y en la guerra, tiene el impulso (efectivo en ciertos casos) para la declaración del estado de sitio y la intervención a las provincias, impulsa la acción del Congreso y define ante el mismo la situación general del país y su proyección futura, entre otras competencias. Todo eso, nada más ni nada menos.

Como vemos, no existen solo tres funciones (los “poderes”, legislativo ejecutivo o administrativo y judicial), sino cinco, considerando también la función de gobierno y la de jefatura suprema, se encuentren o no unidos entre sí y a la función administrativa.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - HISTORIA DEL DERECHO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DEMOCRACIA - DERECHO POLÍTICO - ESTADO - ECONOMÍA - PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - LEY - JUECES - DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA - JUICIO POLÍTICO - PODER EJECUTIVO - PODER LEGISLATIVO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - PODER JUDICIAL - DERECHO - ESTADO NACIONAL - DIVISIÓN DE PODERES

(17) Advertimos que en los supuestos b) y c) el Presidente podría legislar a través de decretos de necesidad y urgencia, en las condiciones del art. 99.3, CN.

(18) Enumeremos: Alemania, Austria (luego de la anexión), Italia, España, Portugal, la enorme Unión Soviética, siempre considerando la situación preguerra. Obviamente, la parte de Europa ocupada por los nazis era estatista, como lo fue la parte de Europa dominada por los soviéticos.

(16) Como en nuestro caso (sobre el “jefe supremo de la Nación”) la calidad de Jefe del Estado no es título, sino competencia. El 56.1 reza “El Rey es el Jefe del Estado...”, es decir, el que cumple con tal función (a la que, precisamente, denominó “función de jefatura” o “función mayestática”). En cambio, “[S]u título es el de Rey de España...” (art. 56.2).

A 30 años de la reforma constitucional de 1994^(*)

por ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. LA LEGITIMIDAD DE LA REFORMA. – III. LAS IDEAS FUERZA DE LA REFORMA. – IV. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL Y LA PRÁCTICA INSTITUCIONAL POSTERIOR. – V. LA MODERNIZACIÓN CONSTITUCIONAL. – VI. EL INCUMPLIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL.

I. Introducción

He desarrollado este análisis en oportunidad de los 10, 15 y 20 años de la reforma constitucional de 1994, en sendos artículos titulados “Valoración de la reforma constitucional de 1994 en su décimo aniversario”⁽¹⁾; “Balance de la reforma constitucional de 1994”⁽²⁾ y “A 20 años de la reforma constitucional de 1994”⁽³⁾. Y con motivo de los 25 años publiqué un libro titulado “A veinticinco años de la reforma constitucional de 1994”⁽⁴⁾.

Como se comprenderá, el análisis más completo fue el efectuado en último término, y en base al mismo, hago ahora lo propio, adelantando desde ya que muchos aspectos que señalara mantienen plena actualidad.

Pienso que para realizar un juicio de valor de una reforma constitucional se deben considerar los tres períodos del proceso constituyente: el “preconstituyente”⁽⁵⁾, de de-

claración de la necesidad de la reforma, a cargo del Congreso y que culmina con la elección popular de los Convencionales; el “constituyente”, cuando la Convención ejercita el poder constituyente y sanciona las reformas y el “postconstituyente”, destinado a la reglamentación y cumplimiento de la reforma producida.

Asimismo indico que para la consideración del período específicamente constituyente –y al cual dedicaré mayor atención–, analizaré las siguientes cuestiones: la legitimidad de la reforma, sus ideas-fuerza, el diseño constitucional y la modernización producida.

Finalmente, abordaré el período postconstituyente, caracterizado por el incumplimiento de la reforma, acorde a nuestra débil cultura constitucional y de la legalidad.

Por razones de brevedad, me limitaré a una reflexión sintética y panorámica de tan importantes, complejas y trascendentes cuestiones⁽⁶⁾.

II. La legitimidad de la reforma

El problema de la legitimidad de la Constitución –dice Linares Quintana⁽⁷⁾– es de naturaleza esencialmente política, y debe resolverse remontándose hasta la naturaleza del acto constituyente. Este autor coincide con Sánchez Viamonte en que para la legitimidad constitucional, el acto constituyente debe ser la expresión genuina de la voluntad del pueblo, surgida de una libre determinación mayoritaria.

He analizado detenidamente la legalidad y legitimidad de la reforma constitucional de 1994 en el propio seno de la Convención Nacional Constituyente⁽⁸⁾.

Allí recordé los debates producidos con motivo de las reformas constitucionales, comenzando con la de 1860. Desde la necesidad de sostener que existió ejercicio de poder constituyente originario y abierto⁽⁹⁾ –iniciado en 1810 y terminando en 1860 con la incorporación de la provincia de Buenos Aires a la Confederación– ya que de lo contrario se podría impugnar la constitucionalidad de la reforma, porque una cláusula del texto de 1853 prohibía que se efectuara dentro de los 10 años.

Lo propio ocurrió posteriormente con la cuestión de los dos tercios de votos –presentes o totales– de las cámaras. Y aunque la reforma de 1898 no mereció objeción, sabemos que no tenía vigencia la república democrática, pues no se ejercitaba adecuadamente la soberanía popular. Ya en el siglo XX, el momento de máximo enfrentamiento político fue con motivo de la reforma de 1949, que tuvo el signo partidario del oficialismo y fue impugnada en su legalidad y legitimidad por la oposición y gran parte de la doctrina, porque faltaron los dos tercios de votos de la totalidad de sus miembros en la Cámara de Diputados. También hubo objeciones a la reforma de 1957, efectuada con la proscripción del justicialismo. Y por si faltara algo, tuvimos además ejercicio autocrático de poder constituyente, con la reforma de facto de 1972.

He sostenido que este debate permanente sobre el “estatus constitucional” ha sido la prueba de nuestra falta de cultura política y jurídica. Por ello es conveniente recordar a Joaquín V. González, en su “Juicio del Siglo”, en 1910, cuando destacó que la ley de la discordia interna había protagonizado la vida política de los argentinos⁽¹⁰⁾.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: *¿Atenuación o flexibilización del presidencialismo? La jefatura de gabinete ante nuevos escenarios políticos, comparada con la propuesta de Sartori*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA y ANTONIO MARTINO, ED, 180-927; *La Reforma Constitucional de 1994 y el federalismo argentino*, por ALBERTO R. ZARZA MENSAQUE, EDCO, 2004-667; *La Reforma Constitucional de 1994, los Convenios Internacionales y las provincias*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2004-625; *El sistema de elección presidencial en la Constitución de 1994*, por VÍCTOR E. IBÁÑEZ ROSAZ, EDCO, 2005-777; *Reforma constitucional y consolidación democrática*, por ALBERTO R. DALLA VÍA, EDCO, 2006-586; *Entre Ríos y el desafío de una reforma constitucional*, por MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, EDCO, 2008-592; *El número de las opciones políticas*, por EUGENIO L. PALAZZO, EDCO, 2009-305; *La coparticipación federal*, por JORGE HORACIO GENTILE, EDCO, 2009-461; *Federalismo y declaraciones de derechos. Segunda Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1819-1853*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2012-589; *Federalismo y declaraciones de derechos. Tercera Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1853-1860*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2013-313; *El federalismo ante la responsabilidad patrimonial de los jueces*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2013-151; *Fortalecimiento del federalismo y los principios de cooperación leal y subsidiariedad*, por ROBERTO ANTONIO PUNTE, EDCO, 2013-591; *Obstáculos para la vigencia de la atenuación del presidencialismo argentino veinte años después. Rol del Poder Judicial*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA, EDCO, 2013-544; *Federalismo y declaraciones de derechos. Cuarta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1862-1916*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2014-585; *A 20 años de una reforma innecesaria: el Referéndum Constitucional*, por ALBERTO J. EGUES, EDCO, 2014-652; *Veinte años después de la reforma constitucional de 1994. Su balance*, por NÉSTOR P. SAGUÉS, ED, 259-81; *La necesidad del federalismo*, por JULIO CONTE-GRAND, ED, 264-699; *El federalismo, la justicia y el bien común*, por JUAN C. CASSAGNE, EDA, 2015-671; *Hace 150 años, se sancionaba la reforma constitucional de 1866. Mitre, su conducta y su entorno*, por JUAN MANUEL PEIRE, EDCO, 2016-509; *Federalismo y declaraciones de derechos. Quinta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1916-1949*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2015-613; *Federalismo y declaraciones de derechos. Sexta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1949-1955*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2016-330; *Federalismo y declaraciones de derechos. Séptima Parte: Derecho constitucional provincial argentino 1955-1983*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2016-594; *Federalismo y declaraciones de derechos. Octava Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1983-1994*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2017-310; *A 150 años de la reforma constitucional de 1866 –y de la Guerra de la Triple Alianza–*, por JUAN JOSÉ HERRERO DUCLOUX, EDCO, 2016-509; *La Reforma Constitucional de 1898 y la Argentina de aquel tiempo*, por JUAN JOSÉ HERRERO DUCLOUX, *El Derecho - Constitucional*, Octubre 2022 - Número 10. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Publicado en La Ley del 6 de junio de 2024.

(1) En el libro colectivo “A diez años de la reforma constitucional”, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Editorial Advocatus, Córdoba, 2005.

(2) Publicado en La Ley, Buenos Aires, el 24 de agosto de 2009.

(3) En el Número Especial de Jurisprudencia Argentina, titulado “A veinte años de la reforma constitucional de 1994”, Coordinadores Alberto García Lema y Antonio María Hernández, 2014-III, del 20/8/2014, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Fascículo 8, págs. 20/38.

(4) Editado por la Imprenta de la UNC, en Córdoba, en 2019.

(5) El denominado Pacto o Acuerdo de Olivos, con sus contenidos definitivos, fue firmado el 13 de diciembre de 1993 en la Casa Rosada, en el que participaron además de Carlos Menem y Raúl Alfonsín como Presidentes de los partidos, los integrantes de la Comisión de Juristas Eduardo Menem, Carlos Ruckauf, Jorge Matzkin, Eduardo Bauzá, Carlos Corach y Alberto García Lema por el Justicialismo y José

Genoud, Raúl Galván, Antonio Berhongaray, Ricardo Gil Lavedra, Enrique Paixao, Arnoldo Klainer y el suscripto por el Radicalismo..

(6) Para un análisis en profundidad de estas cuestiones, véanse el libro y los artículos antes citados y el que actualmente está en prensa “A treinta años de la reforma constitucional de 1994”.

(7) Segundo V. Linares Quintana, “Tratado de la ciencia del derecho constitucional”, Tomo 2, Alfa, Buenos Aires, 1953, p. 139.

(8) Ver nuestra intervención del día 8 de junio de 1994 en la obra “Reforma constitucional de 1994. Labor del convencional constituyente Antonio María Hernández (h.)”, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1995, ps. 49/57. Para un análisis completo de la teoría del poder constituyente, véase Antonio María Hernández, Director, “Derecho Constitucional”, Tomo 1, La Ley, Buenos Aires, 2012, Cap. II de nuestra autoría sobre “El Poder Constituyente”. Y la 2ª edición como e-book, La Ley, Buenos Aires, 2023.

(9) Como lo hicieron Carlos Sánchez Viamonte y Germán Bidart Campos.

(10) Y por eso, siguiendo a Tagore, sostuvo que no nos comprendíamos porque no nos amamos, y no nos amábamos porque no nos comprendíamos.

Y ello explica nuestra dificultad para alcanzar acuerdos durante nuestra historia que nos permitiesen reformar la Ley Suprema, mientras nos hemos caracterizado por las violaciones permanentes de ella.

Recordé también en la Convención el pensamiento alberdiano sobre la constitución como una transacción política fundamental, y, en consecuencia, que la reforma debía ser el fruto del consenso de las fuerzas políticas y sociales.

En este sentido, la ley 24.309 –de declaración de la necesidad de la última reforma–, tuvo las mayorías exigidas constitucionalmente por el art. 30 de la Ley Suprema, o sea, más de dos tercios de la totalidad de los miembros de cada una de las cámaras, y los Convencionales fueron electos en comicios absolutamente limpios, con vigencia del Estado de Derecho y de las libertades públicas. Más allá de las objeciones efectuadas a la ley –que fueron superadas con la adopción del Reglamento por parte de la Convención⁽¹¹⁾–, hoy parece ya acallado el debate al respecto.

La Convención de Santa Fe y Paraná tuvo 305 convencionales –la suma del número de los miembros del Congreso: 257 diputados y 48 senadores–, que representaron a 19 bloques políticos⁽¹²⁾.

Fue la Convención más numerosa de la historia argentina, que realizó su tarea en solo 90 días, en un marco ejemplar de pluralismo democrático –como lo sostuvieron los distintos partidos políticos–, y que produjo la más importante reforma constitucional, tanto en la parte dogmática como en la parte orgánica. Existió muy alto grado de acuerdo para la sanción de 61 normas constitucionales: 20 nuevas, 24 reformadas y 17 disposiciones transitorias.

En el amplio contexto de nuestra historia institucional, consideramos que esta es la reforma con mayor legalidad y legitimidad, y que además clausuró dolorosas etapas de frustraciones y desencuentros, que incidieron gravemente en la vida nacional. No por casualidad la reforma fue efectuada en el proceso democrático más extenso que hemos tenido a partir de 1930 y en tal sentido, creo que fue el punto culminante de dicha experiencia política y jurídica, pues expresó el momento más importante de ejercicio de política arquitectónica en nuestro tiempo⁽¹³⁾.

Téngase presente que la política constitucional es la quintaesencia de la política arquitectónica, pues debe basarse en amplios consensos sobre las grandes ideas, valores, objetivos y sueños de una sociedad en su más trascendente proyecto político nacional, que es la Ley Suprema.

La Constitución Nacional que nos rige es la de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994, tal como fue jurada por los Convencionales y autoridades federales el 24 de agosto de 1999, en el histórico Palacio de San José, que perteneciera al ilustre general Justo José de Urquiza, el prócer máximo de la organización nacional.

III. Las ideas fuerza de la reforma

Considero pertinente recordar aquí lo que señalamos sobre este particular en los Fundamentos de mi Proyecto integral de Reforma de la Constitución Nacional, presentado en la Convención Constituyente⁽¹⁴⁾: “El contenido del proyecto que propiciamos está inspirado por seis ideas fuerza: a) la atenuación del presidencialismo; b) la modernización y fortalecimiento del Congreso; c) la garantía de

la independencia del Poder Judicial; d) el fortalecimiento del federalismo y las autonomías municipales; e) el otorgamiento de un nuevo estatus a la Ciudad de Buenos Aires; y f) el reconocimiento de nuevos derechos y garantías constitucionales”.

“En cuanto a la atenuación del presidencialismo, destacamos la creación de la figura de un jefe de gabinete de ministros, lo que implica la posibilidad de reforzamiento del control del Congreso frente al Ejecutivo. En efecto, el jefe de gabinete será responsable ante el Congreso que podrá removerlo a través de un voto de censura. La introducción de la figura del jefe de gabinete y su responsabilidad ante el Congreso no altera la esencia del régimen presidencialista, pero introduce un correctivo que atempera la excesiva concentración de poder en el Ejecutivo presidencial.

La reducción del mandato presidencial a cuatro años, con la posibilidad de una sola reelección, apunta en la misma dirección señalada, al tiempo que permite una cierta flexibilización de las tensiones que se desarrollan en el entramado político por la excesiva duración del mandato y su corte abrupto, sin posibilidad de continuidad. La solución que propiciamos está abonada por una larga serie de antecedentes en el derecho comparado, en el derecho público provincial argentino y por la opinión mayoritaria de la doctrina constitucional. La posibilidad de la reelección, con un período de cuatro años, no implica lesión alguna al sistema republicano porque es el pueblo el depositario de la soberanía y quien, en definitiva, va a resolver la continuidad o no de una gestión presidencial.

Para reforzar la participación ciudadana en este sentido, se introduce la elección directa de la fórmula presidencial. El sistema de doble vuelta proyectado apunta a reforzar la legitimidad de los gobernantes, garantizando a quien gobierna el respaldo de una amplia mayoría de la ciudadanía. El sistema propuesto permite, al mismo tiempo, evitar el desgaste de una nueva elección cuando los guarismos electorales anticipan ya un grado de legitimidad suficiente.

El abuso de los antes excepcionales decretos de necesidad y urgencia que ha caracterizado la gestión presidencial hace indispensable la introducción de límites y controles a esta atribución que la Corte Suprema reconoció al presidente en el caso ‘Peralta’. En este sentido propiciamos el establecimiento de límites en cuanto a la materia regulable estableciendo que los decretos de necesidad y urgencia no podrán normar temas como régimen de partidos políticos y sistema electoral, ni tampoco legislación penal y tributaria. Se asegura, asimismo, el control del Congreso sobre el ejercicio de esta facultad que se confiere como excepcional, frente a situaciones de emergencia que hagan imposible seguir los procesos legislativos ordinarios. En la misma línea de limitación del poder presidencial, se inscribe la regulación de la delegación legislativa que, conforme al proyecto, solo procederá por tiempo determinado y sobre materia expresa, conservando el Congreso el control de lo actuado por el Poder Ejecutivo. Además queda claro que siempre se tratará de lo que la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema caracterizan como delegación impropia. Como sostuvo Meynaud, la eficacia es la regla de oro del gobierno moderno; las modificaciones que hemos comentado apuntan en esa dirección, compatibilizando eficacia y control.

El propósito de moderación de las facultades presidenciales se manifiesta también en otros aspectos del proyecto. Mencionemos algunos de estos puntos. La necesidad del acuerdo del Senado para la designación de funcionarios de los organismos de control y del Banco Central es uno de estos mecanismos, con lo cual el Senado argentino se acerca al modelo de su par norteamericano. Los controles externos a que será sometido el sector público nacional a través de la Auditoría General a la que se otorga rango constitucional, apuntan en la misma dirección. En este caso se refuerza la capacidad de la Auditoría al hacerla depender del Congreso y encargar su dirección a la oposición parlamentaria. La creación de la figura del Defensor del Pueblo se inscribe en la misma línea, al igual que la garantía de independencia del Ministerio Público que tiende a afirmar el estilo republicano, mediante el fortalecimiento de los poderes de control del Congreso y del Poder Judicial.

La segunda idea fuerza es la **modernización y fortalecimiento del Congreso**. Un análisis detenido de la política argentina, en la última década, muestra el aumento de

(11) Para un análisis circunstanciado del histórico debate sobre el Reglamento de la Convención, que comprendió la cuestión de la legalidad y legitimidad de la reforma, ver el interesante y agudo libro de Humberto Quiroga Lavié, “El Poder Constituyente en acción”, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1996.

(12) Aunque dicha cifra se elevó a 20, cuando al final de las sesiones de la Convención, se otorgó el reconocimiento como Bloque Unipersonal al integrado por Iván Cullen.

(13) Véase Antonio María Hernández, “Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, donde destacamos especialmente a la reforma como una de nuestras fortalezas en el período de 100 años entre 1910 y 2010.

(14) Véase mi Proyecto de Reforma Constitucional, que abarcó todos los puntos de la reforma según lo dispuesto por la ley declaratoria 24.309, presentado en la Convención Nacional Constituyente de 1994, bajo el N° 72, que obra en el Diario de Sesiones de la Convención y en mis libros “Reforma Constitucional de 1994...”, págs. 26 y sgts. y “Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994”, Depalma, Buenos Aires, 1997, en el Apéndice. Por otra parte, adviértase la coincidencia con lo expuesto sobre el particular por el Convencional Alberto García Lema en los debates de la Convención –también integrante de la Comisión de Redacción–, lo que se encuentra mencionado en el trabajo de su autoría, en la obra que coordinamos, citada en la nota 3.

las atribuciones del Presidente en detrimento del Congreso. A esto se suma un creciente desprestigio del Congreso frente a la opinión pública, fenómeno que se repite en otras partes del mundo. El fortalecimiento del Congreso y la revalorización de sus funciones en el Estado moderno es uno de los imperativos de la hora. En efecto, se trata de revitalizar la función representativa, de redimensionar –al mismo tiempo– la función del Congreso como ámbito de debate y diseño de políticas públicas y finalmente, de rescatar y dinamizar las funciones de control que son propias de un Congreso republicano.

Estos son los ejes que impulsan las reformas en materia de integración y funcionamiento del Congreso. En primer lugar, se proyecta la elección directa de los senadores, con lo que se garantiza una mayor participación de los ciudadanos y se refuerza el carácter representativo democrático del cuerpo. Al mismo tiempo se crea la figura del Senador por la minoría, ampliando la representatividad política del cuerpo y garantizando de modo más eficaz un pluralismo enriquecedor del debate.

En cuanto al proceso de sanción de las leyes, la dinámica moderna exige una agilización de los trámites, por lo cual se propone la reducción a tres de las lecturas previstas para cada proyecto. Se incorporan, también, en el proyecto instituciones como el trámite de urgencia y la aprobación en particular de proyectos de ley en comisión. Asimismo se propone la creación de comisiones de enlace entre las cámaras, lo que facilitará el desenvolvimiento de ambas ramas del Congreso y la pronta y coordinada consideración de las iniciativas. Estos mecanismos contribuirán a mejorar el papel del Congreso en los procesos decisivos vinculados a las políticas públicas.

Como dijimos, una de las funciones esenciales del Congreso es la relacionada con el control del Ejecutivo. Cuando ese control es débil o llega tarde, el equilibrio de los poderes se desdibuja y la República corre el riesgo de una concentración excesiva del poder e incluso de la utilización discrecional y arbitraria del mismo. Para evitar estos peligros, el proyecto refuerza la función de control a través de numerosos mecanismos, entre los que cabe mencionar, por ejemplo, el control del Congreso sobre los decretos de necesidad y urgencia y los actos del Ejecutivo derivados de delegación del Congreso, así como sobre la promulgación parcial de leyes por el Ejecutivo. El proyecto redefine, en la misma línea de acción, las facultades del Congreso en cuanto a los pedidos de informes y a la interpelación y regula la formación de comisiones de investigación. Finalmente la incorporación del Jefe de Gabinete va acompañada de la posibilidad de control congresional a través del voto de censura.

La tercera idea fuerza que impulsa este proyecto es la de **vigorizar la independencia del Poder Judicial**. Asimismo a una profunda crisis de confianza en la institución judicial de lo que dan muestras numerosos estudios de opinión. Es necesario revertir ese proceso de desprestigio que puede minar uno de los baluartes del sistema democrático. En este sentido se propone mecanismos de despolitización de los procedimientos de nombramiento y remoción de los magistrados que garantizarán no solo idoneidad, sino independencia de los jueces frente a las posibles presiones políticas. A este objetivo apuntan la creación del Consejo de la Magistratura y el establecimiento del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. La Argentina se pondrá así a la altura de las legislaciones más modernas en la materia. Los jurados de enjuiciamiento, a su vez, permiten evitar los desvíos a los que ha conducido la remoción por juicio político, mecanismo que se reserva –en el proyecto– para los magistrados del máximo tribunal.

La designación de miembros de la Corte Suprema con el voto de los dos tercios de los miembros presentes en el Senado para brindar acuerdo, en audiencias públicas, garantizará que lleguen al más alto tribunal de la Nación los hombres de mayor autoridad jurídica y moral, atento a la responsabilidad que le cabe a la Corte como intérprete final e irrevocable de la Constitución. La revalorización del Poder Judicial se completa con la constitucionalización del Ministerio Público como órgano extrapoder, a la que ya hemos hecho referencia.

La cuarta idea que informa este proyecto es la de **fortalecer el régimen federal y la autonomía municipal**. El desproporcionado y desequilibrado desarrollo de la Argentina es una realidad palmaria que no requiere mayor comentario. El presente y el futuro de la Nación re-

quieren de un federalismo moderno de concertación y no de confrontación, de cooperación interjurisdiccional y regional y no de competencia y desequilibrio desgastante. Uno de los aspectos a contemplar para dar nueva forma al federalismo argentino es el de las relaciones económico-financieras de la Nación y las provincias para evitar que, desde el gobierno central, se avasallen sistemáticamente las autonomías provinciales. La institución de la coparticipación federal de impuestos no puede basarse en la imposición del gobierno central a las provincias, sino en el acuerdo y consenso entre las jurisdicciones involucradas. Como decía Alberdi, 'sin finanzas, sin rentas, no hay gobierno'. En este mismo orden, se reconoce a las provincias su capacidad de decisión autónoma sobre los recursos naturales cuyo dominio es innegable.

Siempre con miras a un federalismo moderno, el proyecto contempla la posibilidad de las provincias de celebrar acuerdos internacionales sin afectar las facultades propias del gobierno central. Una gestión de negocios moderna y exitosa, en el marco de un mundo cada vez más integrado e interdependiente, requiere de estas herramientas, sin las cuales los gobiernos provinciales quedan sujetos al humor del funcionario de turno del gobierno federal. Este mecanismo permitirá, asimismo, el fortalecimiento de las economías regionales.

La regionalización es un instrumento apto para el desarrollo económico y social de importantes sectores de nuestro territorio. En tal sentido, el proyecto prevé la posibilidad de crear regiones en un marco de coordinación y consenso, evitando la imposición, desde escritorios de tecnócratas, de estructuras carentes de sustento real. La regulación de la competencia provincial en los establecimientos de utilidad nacional también está contemplada en el proyecto. Se saldan así reiteradas discusiones doctrinarias y conflictos políticos que no siempre tuvieron uniforme resolución en los estrados de la Justicia.

Por último, propiciamos el reconocimiento constitucional de la autonomía municipal, como base misma de la organización democrática. La Constitución Nacional se pondrá así a tono con los desarrollos del derecho público provincial argentino que en una posición de avanzada, ha reconocido ya el principio de la autonomía municipal.

La quinta idea fuerza que impulsa este proyecto es la **vinculada con la ciudad de Buenos Aires, a la que se la dota de autonomía** para designar a sus autoridades. La elección popular del intendente del distrito es un reclamo unánime de la ciudadanía. El proyecto prevé mecanismos transitorios para el gobierno de la ciudad hasta la constitución definitiva de sus autoridades, la que será el resultado de las deliberaciones de una convención convocada al efecto y electa directamente por los vecinos de la ciudad. La Ciudad de Buenos Aires tendrá así la posibilidad de darse sus instituciones, como lo han hecho ya muchos municipios del país.

El **reconocimiento de nuevos derechos y garantías para los habitantes de la Nación, además del otorgamiento de rango constitucional a algunos tratados internacionales de derechos humanos** constituye la sexta idea fuerza que ha guiado la elaboración del presente proyecto. Lugar destacado en este capítulo merece el reconocimiento de los mecanismos de democracia semidirecta: la iniciativa popular y la consulta no vinculante. El proyecto propone también la constitucionalización del amparo y el hábeas corpus, que son las máximas garantías de los derechos de las personas. Asimismo, se contempla los derechos a un medio ambiente sano y los derechos de los usuarios y consumidores, el respeto del derecho a organizar partidos políticos democráticos y las garantías esenciales del derecho del sufragio, sin cristalizar fórmulas que se transforman, con el tiempo, en obstáculos insalvables para el desarrollo político. Se otorga rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Se incorpora expresamente el derecho de las comunidades indígenas a una integración que respete su idiosincrasia y su cultura. Se prevé, también, la creación de un Consejo Económico Social con carácter consultivo, institución propia de una moderna concepción de la democracia social y participativa."

A dicha enumeración de ideas fuerza debo agregarle una séptima, que es el **afianzamiento de los procesos de integración tanto nacional como supranacionales**. En efecto, la reforma persiguió la alta finalidad de consolidar la integración en sus diversas fases, como una respuesta eficaz a los desafíos del mundo globalizado en que vivimos.

IV. El diseño constitucional y la práctica institucional posterior

Aquí considero si el diseño del constituyente fue adecuado a las ideas fuerza que guiaron la reforma. En tal sentido, efectúo mi valoración en relación a cada una de las ideas antes mencionadas. Y después observaremos el desarrollo institucional posterior, ya en la etapa postconstituyente.

Con respecto a la primera, **la atenuación del presidencialismo**, es la que ha suscitado mayores controversias, con diversas críticas ante la continuidad del fenómeno del “hiperpresidencialismo”⁽¹⁵⁾.

Mereciendo el tema un análisis más detallado de instituciones, que no puedo ahora realizar por razones de brevedad, creo que en general los cambios introducidos en el texto fueron acertados, aunque en la vigencia sociológica no se cumplieran.

En efecto, para corregir nuestro “hiperpresidencialismo”, basado en el modelo alberdiano –de presidencialismo más fuerte que el norteamericano por la influencia de la Constitución chilena de 1833–, que además se acentuó por las prácticas políticas, las emergencias, el debilitamiento del Congreso, el inadecuado ejercicio del control de constitucionalidad –en especial de la Corte Suprema– y los golpes de Estado, el constituyente de 1994 adoptó las siguientes principales modificaciones:

1) Privación de una de sus Jefaturas al Presidente como fue la de la Capital Federal, en cuya virtud a lo largo de la historia pudo designar por sí mismo al Intendente de la Ciudad de Buenos Aires.

2) Fortalecimiento del Congreso mediante distintas reformas, que más adelante analizaremos y que persiguen un mejor equilibrio de los poderes dentro de nuestro sistema republicano. En tal sentido, menciono la ampliación del período ordinario de sesiones, las mayores atribuciones para la declaración de la intervención federal, la creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros que debe rendir mensualmente informe ante cada una de las Cámaras y que puede ser removido por un voto de censura y la creación de órganos de control que tienen relación funcional con el mismo.

3) Reducción de las atribuciones del Presidente en la designación de los miembros del Poder Judicial mediante la creación del Consejo de la Magistratura y la sesión pública del Senado establecida para el acuerdo a los Ministros de la Corte Suprema.

4) Fortalecimiento de las autonomías provinciales y municipales, para reducir las atribuciones del Gobierno Federal y afirmar el control vertical del poder⁽¹⁶⁾, como otro objetivo del federalismo.

5) Jerarquización constitucional de órganos de control como la Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público, con la finalidad de profundizar el control propio del sistema republicano.

6) Reducción del mandato del Presidente a 4 años, con posibilidad de una reelección inmediata y elección directa, como había sido reclamado desde hace años por la mayoría de los partidos políticos, la doctrina y los precedentes constitucionales de 1949, 1957 y 1972, además de ser la tendencia predominante en el derecho comparado, incluso latinoamericano.

7) Incorporación al texto constitucional de los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada, como institutos de emergencia convalidados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde los casos “Peralta” (1990) y “Delfino” (1927) y con la indiscutible finalidad de limitar las atribuciones del Poder Ejecutivo en el

(15) Para mí este fenómeno se caracteriza por la concentración del poder en el Presidente, más allá de las competencias fijadas por la Constitución, en desmedro de la división y equilibrio de los poderes y de los principios de la democracia constitucional. Debemos a Carlos Santiago Nino el más agudo y profundo estudio de esta grave patología institucional, que produce inconmensurables efectos negativos para el sistema político y jurídico y para una sociedad abierta, porque impide la vigencia de una democracia deliberativa, en su obra “Fundamentos de Derecho Constitucional” (Astrea, Buenos Aires, 1992), Cap. III, donde expuso el tema con visión interdisciplinaria. También se detuvo en la caracterización del carácter corporativo de nuestro hiperpresidencialismo, que en nuestros días se manifiesta con particular fuerza. Véase además, Antonio María Hernández, Director, “Derecho Constitucional”, Tomo II, Cap. XVII, “El Poder Ejecutivo”, de mi autoría, en sus dos ediciones de 2012 y 2023.

(16) Como lo expresaron Madison y Hamilton en los “Federalist papers” y Loewenstein desde la doctrina constitucional y la teoría del federalismo.

ejercicio de los mismos, como emerge de los arts. 99, inc. 3, y 76 y de los debates de la Convención Constituyente.

8) Creación del Jefe de Gabinete de Ministros, como institución de cierta hibridez por su origen parlamentario en un sistema presidencialista⁽¹⁷⁾ y con la finalidad de morigerar el hiperpresidencialismo y servir para asegurar la gobernabilidad en situaciones de crisis políticas, como también se observa en la letra y en los debates de la Convención.

Reiterando el acuerdo con el diseño normativo realizado por la Convención, considero que por la falta de cumplimiento de la Constitución y permanente violación de la ley, no se ha verificado en el orden de la realidad una atenuación del hiperpresidencialismo como el constituyente lo legisló, hasta fines del 2015⁽¹⁸⁾. Porque si bien en algunos aspectos funcionaron como limitaciones parciales las indicadas en los puntos 1, 3, 4 y 5, no se ha podido verificar en cambio que los otros puntos hayan logrado su propósito.

En particular, considero criticable la declinación por el Congreso de sus atribuciones, especialmente por la sanción de las leyes de emergencia económica como la 25.561, de 2002 con amplísimas delegaciones legislativas, que fue prorrogada hasta el 6 de enero de 2018, y la 27.541 de 2019, de similares características; el uso excesivo de decretos de necesidad y urgencia y de legislación delegada por la Presidencia, sin controles del Congreso; la inconstitucional reglamentación efectuada por la ley 26.122 de dichos institutos de emergencia; la concesión de los llamados superpoderes en la Administración financiera y presupuestaria al Jefe de Gabinete de Ministros; la práctica institucional de este último órgano, que en modo alguno ha atenuado los poderes presidenciales ni servido hasta ahora en una situación de crisis, como la de fines del 2001 durante la Presidencia de De la Rúa.

Considero que de las normas redactadas, merece especial mención por su brevedad la del art. 76 sobre delegación legislativa, que ha originado dificultades de interpretación y una práctica abusiva por parte del propio Congreso y de la Presidencia. Esta cuestión debiera ser superada por una adecuada reglamentación del Congreso y un correcto y celoso ejercicio de sus competencias, además de una firme jurisprudencia de los Tribunales, como se hizo por la Corte Suprema en el célebre caso “Provincia de San Luis”, donde nuestro más alto Tribunal efectuó una acertada interpretación sobre el alcance de la emergencia y el uso de los decretos de necesidad y urgencia y de la delegación legislativa⁽¹⁹⁾.

De todas maneras, en Argentina se ha vivido de emergencia en emergencia, lo que ha significado una ostensible declinación del Estado constitucional y democrático de derecho⁽²⁰⁾.

(17) Esta ha sido la tendencia consagrada en las 14 reformas constitucionales producidas sobre un total de 18 países de América Latina, según lo analiza especialmente Diego Valadés en sus obras “El Gobierno de Gabinete”, editada por Rubinzal Culzoni y la Universidad Autónoma de México, Santa Fe, 2008, con Prólogo de mi autoría y “La parlamentarización de los sistemas presidenciales”, editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Colegio Nacional de México, México, 2007. En dichos libros, el distinguido constitucionalista mexicano reabre con agudeza el debate que habían producido politólogos como Linz, Valenzuela, Sartori y Nohlen en torno al presidencialismo y parlamentarismo en América Latina, inclinándose por la renovación del primero, mediante la incorporación de instituciones del segundo, a los fines de morigerar la concentración del poder presidencial y racionalizar su ejercicio. Que es lo que estableció el constitucionalismo latinoamericano –incluido nuestro país–, más allá de los problemas observados posteriormente en las prácticas institucionales, que muestran la distancia entre la norma y la realidad.

(18) Porque como más adelante veremos, se produjeron por las elecciones nacionales cambios políticos que equilibraron el poder en el país entre las distintas fuerzas políticas y así se produjo dicha atenuación.

(19) Y más recientemente, en los casos “Camaronera Patagónica S.A. c. Ministerio de Economía y otros s/ amparo”, sobre el principio de legalidad en materia tributaria y limitación de las delegaciones, fallado por la Corte Suprema de Justicia en 2014, además de los recaídos en los reclamos efectuados por las provincias de San Luis, Santa Fe y Córdoba a las detracciones a la masa coparticipable para la ANSES y la AFIP, resueltos por el alto Tribunal en noviembre de 2015, a los que me referiré también más adelante.

(20) Véanse mis libros “Las emergencias y el orden constitucional”, en sus dos ediciones de Rubinzal Culzoni, Buenos Aires (2002), y de la Universidad Nacional Autónoma de México y Rubinzal Culzoni, México (2003), y “Emergencias, orden constitucional y Covid19”, de Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2020, donde estudio detenidamente cómo se fue produciendo en nuestra historia institucional dicha decadencia del Estado de Derecho, que afectara el sistema republicano y la vigencia de los derechos individuales, mediante la utilización de emergencias permanentes.

Y pese a que el diseño constitucional de 1994 significó una modificación del fuerte presidencialismo del texto originario de 1853, en Argentina se ha gobernado por muy pocas personas⁽²¹⁾ y por medio de decretos⁽²²⁾, sin el debido control por parte del Congreso⁽²³⁾ ni en general del Poder Judicial y de la Corte Suprema de Justicia en particular, aunque deben destacarse algunos fallos que sí lo hicieron⁽²⁴⁾.

En relación específica a los decretos de necesidad y urgencia, aunque se ha reglamentado el art. 99, inc. 3, de la Ley Suprema que estableció la Comisión Bicameral Permanente para el control de dichos decretos, por medio de la ley 26.122 en el 2007, la mayoría que ejerció el partido del gobierno en la misma ha significado en la práctica que actuara simplemente para convalidar los decretos dictados, que han superado holgadamente el número de proyectos de leyes enviados por el Poder Ejecutivo al Congreso⁽²⁵⁾.

(21) En particular durante las Presidencias de Kirchner y Fernández de Kirchner, cuando prácticamente no hubo reuniones de Gabinete, las que son una indudable exigencia después de la creación de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

(22) Delegados o de necesidad y urgencia. Y a veces, ni siquiera ello, como ocurriría con la resolución 125 sobre las retenciones agrarias, que originara un gran conflicto político y que finalmente fuera rechazada por el voto del Senado de la Nación al intentarse su convalidación mediante un proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo. No obstante ello, el Poder Ejecutivo, mediante el decreto 1076 del año 2008, siguió reivindicando su atribución de fijar las retenciones, en base a lo legislado inconstitucionalmente en los arts. 755 y concordantes del Código Aduanero, que fuera dictado por un gobierno de facto y que estableciera una delegación de facultades tributarias en el Presidente.

(23) Una excepción de ello fue el rechazo del proyecto de Ley del Poder Ejecutivo que pretendía la convalidación de la resolución 125 sobre retenciones –como notoria expresión de hiperpresidencialismo, pues se trataba de materia tributaria–, producido en el Senado de la Nación en julio del año 2008. Véase nuestro artículo “Las retenciones, el hiperpresidencialismo y las violaciones constitucionales”, *Debates de Actualidad*, N° 200, mayo-diciembre 2008, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, pág. 40 y sgts.

(24) Piénsese en tal sentido, que no ha existido un adecuado control de constitucionalidad en materia de emergencia económica, dado que en varios casos, y en especial en “Bustos” y “Massa”, se convalidó la misma en relación al corralito (véase nuestro artículo “El regreso a la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica”, *Debates de Actualidad*, N° 198, enero-diciembre de 2007, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, págs. 25 y sgts.). Tampoco la Corte Suprema intervino en relación a las retenciones agrarias, la estatización de las AFJP, la reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia por la ley 26.122, o las candidaturas testimoniales, pese a las graves objeciones y planteamientos judiciales presentados en dichas cuestiones. En cambio, deben señalarse positivamente la declaración de inconstitucionalidad de la ley 26.855 del Consejo de la Magistratura, en sus arts. 2, 4, 18 y 30, según Fallo de la Corte de 2013 en el caso “Rizzo” y de la ley 26.080 del Consejo de la Magistratura, según fallo de la Corte de 2022 en el caso “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires”. Además de los casos antes citados “Camaronera Patagónica S.A.”, de 2014, y en los reclamos de las Provincias de San Luis, Santa Fe y Córdoba por las detracciones a la masa coparticipable, con respecto a las violaciones del principio de legalidad en materia tributaria y al exceso de las delegaciones. Igualmente deben destacarse los fallos “Smith” y “Provincia de San Luis”, fallados por nuestro más alto Tribunal de la Nación en 2001 y 2003, respectivamente, en relación al corralito y la emergencia económica (cfr. “Las emergencias y el orden constitucional”, 2ª ed., UNAM y Rubinzal Culzoni, México, 2003 y “Emergencias, orden constitucional y Covid19”, obra citada). Más recientemente deben destacarse los fallos del más alto Tribunal en “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional”, de 2021 y 2022, donde se dejaron sin efecto sendos DNU del Presidente que trataron de impedir el dictado de clases en la CABA durante la pandemia y que dispusieron una quita de su coparticipación, que fue destinada a la Provincia de Buenos Aires.

(25) Según editorial del 11 de septiembre de 2007 del diario “La Nación” de Buenos Aires, el Presidente Kirchner suscribió durante su mandato 249 decretos de necesidad y urgencia frente al envío de solo 174 proyectos de ley remitidos al Congreso. Asimismo, con acertado criterio constitucional se sostenía en dicho documento en relación a la ley 26.122: “Es que la ley que reguló el trámite y los alcances de la intervención del Congreso frente al dictado de DNU –solo sancionada 12 años después de aprobada la reforma constitucional– no estableció término alguno para que las cámaras se expidieran al respecto ni, menos aún, la caducidad de los DNU no ratificados dentro de un plazo determinado. Peor aún, establece esa ley que para rechazar uno de estos decretos se deben expedir en el mismo sentido ambas cámaras, de manera que si una cámara lo rechaza y la otra lo aprueba, el decreto seguirá vigente. Esto determina que, aun con mayoría en una sola de las cámaras, el Poder Ejecutivo puede en la práctica emitir disposiciones de carácter legislativo sin limitación alguna. Por esta vía se llegó a una deformación del sistema republicano por la cual en la Argentina actual es más fácil conseguir la aprobación parlamentaria de un decreto que obtenerla para un proyecto de ley. De ese modo, en vez de desalentarse, se estimula la emisión de esta clase de normas de carácter muy excepcional”. Además de dicha reglamentación alejada del espíritu de la Constitución, insisto en que al número de decretos de necesidad y urgencia se sumó otra enorme cantidad de decretos delegados –en razón de la ley de emergencia económica citada, N°

Estas ostensibles violaciones del sistema republicano y de nuestra democracia constitucional fueron consecuencia de una notoria falta de cultura política, jurídica y democrática⁽²⁶⁾.

De todas maneras, debe señalarse que como consecuencia de las elecciones ocurridas a fines de 2015, con el triunfo de Cambiemos, se equilibró el poder político en el país, pues en las Cámaras del Congreso la coalición de gobierno careció de mayoría y solo gobernó en las Provincias de Buenos Aires, Mendoza, Jujuy y Corrientes y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En consecuencia, se atenuó el hiperpresidencialismo que soportábamos anteriormente. Hubo una menor cantidad de decretos de necesidad y urgencia y finalizó la emergencia económica a comienzos de 2018. A eso se sumó un mayor diálogo con los Gobernadores, que significó la concreción de varios acuerdos en materia de federalismo fiscal.

En cuanto a la idea fuerza de **modernizar y fortalecer el Congreso**, también estimo correcta la decisión del constituyente a través de estos principales cambios institucionales:

1) Ampliación del período ordinario de sesiones.

2) Elección directa de los Senadores, con reducción de su mandato a 6 años y aumento de sus atribuciones en materias federales.

3) Nuevo procedimiento para la sanción de las leyes.

4) Creación de nuevos órganos de control como la Auditoría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, con relación funcional con el Congreso.

5) Necesidad de reglamentación por el Congreso de los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada, para la actuación de la Comisión Bicameral Permanente y el control de los institutos por dicho cuerpo legislativo.

6) Asignación de mayores atribuciones en la declaración de las intervenciones federales.

7) Reconocimiento de su competencia para remover por voto de censura al jefe de Gabinete de Ministros, quien deberá además presentarse mensualmente ante cada una de las Cámaras para informar.

8) Reconocimiento de competencia para otorgar rango constitucional a tratados de derechos humanos.

Estas importantísimas reformas, a las cuales intenté añadir mayores competencias al Senado para otorgar acuerdos para las designaciones del Presidente, no han tenido tampoco la adecuada vigencia que nuestro sistema político requiere, de conformidad a los principios republicanos.

Me afecta especialmente señalar la declinación del Congreso en el ejercicio de su trascendente rol tanto de legislación como de control, tal como lo ejemplificamos con los aspectos mencionados en la anterior idea fuerza y los que mencionaré más adelante.

Respecto a la idea fuerza de **garantizar la independencia del Poder Judicial**, fue también implementada para nosotros de manera razonable mediante estas instituciones:

1) Creación del Consejo de la Magistratura.

2) Creación del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.

3) Creación del Ministerio Público.

Estas tres instituciones están funcionando, pero es evidente que de manera progresiva se fue afectando la in-

25.561, y sus prórrogas– lo que confirma mi afirmación acerca del gobierno por decreto en nuestro país que hemos tenido y que actualmente padecemos, como muestra inexcusable de la decadencia de nuestro Estado de Derecho.

(26) Quien más estudió el fenómeno de la “anomia” fue Carlos S. Nino en su libro “Un país al margen de la ley”, Emecé, Buenos Aires, 2ª ed., 1992. Este autor calificaba a la anomia como “boba” (por los daños que producía) y “antidemocrática” (porque se desconocía la ley que es fruto en principio de una deliberación y sanción de carácter democráticos). Por mi parte, cuando ejercí la Presidencia de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, realicé un trabajo interdisciplinario sobre cultura de la constitución y la legalidad, que se tituló “Encuesta de cultura constitucional. Argentina, una sociedad anómica”, de Hernández, Zovatto y Mora y Araujo, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, y que fue parte de un proyecto regional latinoamericano, pues se produjeron encuestas similares en México, Bolivia y Costa Rica. Allí se explica nuestro subdesarrollo cultural, político y democrático en relación a esta cuestión, sintetizada en el propio título del libro. Posteriormente hemos publicado la “Segunda Encuesta de Cultura Constitucional. Argentina: una sociedad anómica”, de Hernández, Zovatto y Fidanza, editado por Eudeba, Buenos Aires, 2016, correspondiente a la Segunda Encuesta, realizada en 2014, que corroboró los datos de la primera. Y el 15 de diciembre de 2023 presentamos la Tercera Encuesta de Cultura Constitucional, en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, junto a Daniel Zovatto y Eduardo Fidanza, donde se han confirmado las tendencias anteriores.

dependencia del Poder Judicial, y por tanto, violado el sistema republicano de la Constitución. Ello se debe a lo acontecido con las dos primeras instituciones, que en un primer momento fueron reglamentadas a través de las leyes 24.937 y 24.939, para posteriormente ser modificadas por la ley 26.080, de 2006. Sobre esta última, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, dictaminó lo siguiente en sus Conclusiones: “Que la nueva ley 26.080 recientemente sancionada por el Congreso de la Nación, no se adecua a los arts. 114 y 115 de la Constitución Nacional, que establecen que el equilibrio entre los sectores en el Consejo de la Magistratura y en el Jurado de Enjuiciamiento, es el principio fundamental para la integración de ambas instituciones. Que la inconstitucionalidad de la nueva ley resulta evidente puesto que se ha otorgado a la representación de los órganos políticos la mayoría de los cargos tanto en el Consejo como en el Jurado de Enjuiciamiento. Que esta ley inconstitucional significa no solo una grave lesión al principio de la independencia del Poder Judicial, que es esencial para el funcionamiento de nuestro sistema republicano y del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, sino además una violación a los principios que surgen de la Constitución Nacional...”⁽²⁷⁾.

Pero posteriormente se produjo un intento más grave por parte del anterior oficialismo gobernante para avanzar en el control del Consejo de la Magistratura, mediante la sanción de la ley 26.855, que fue declarada inconstitucional en varios de sus artículos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Rizzo”, en 2013.

Esa propuesta integró junto a otras que seguidamente comento, lo que se denominó como la “democratización de la justicia”⁽²⁸⁾. Por mi parte, al no compartir esta propuesta sobre el Consejo, sostuve que democratizar no era “partidizar”⁽²⁹⁾, ya que el objetivo de la reforma constitucional fue corregir los excesos de la “politización de la justicia”, mediante la creación de este instituto, que debe tener una integración equilibrada de diversos sectores, para asegurar la independencia del Poder Judicial. Y creo que con las objeciones a la ley 26.080 –que subsistieron luego del caso “Rizzo”–, no se alcanzó una adecuada reglamentación del Consejo hasta el momento en que la Corte Suprema declaró dicha normativa inconstitucional en 2021. Y allí se dispuso el regreso a la integración y funcionamiento conforme a las leyes iniciales 24.937 y 24.939, consideradas más acordes con los objetivos perseguidos por la Reforma constitucional en el art. 114.

Siguiendo con la democratización de la justicia y el análisis de los otros proyectos enunciados por el Gobierno anterior y sancionados por el Congreso en 2013, consideramos conducentes para ello los de ingreso por concurso a la administración de justicia (ley 26.861), de la publicación de las declaraciones juradas de magistrados y funcionarios y de la tramitación de las causas (ley 26.857) y de la publicación en internet de las resoluciones, acordadas y sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales de segunda instancia (ley 26.856).

En cambio considero inconstitucionales e inconsistentes con aquel propósito, otras normas incluidas, como la ley 26.854 de 2013, que limitó las medidas cautelares contra el Estado Nacional, y con ello lesionó gravemente los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional y en Tratados Internacionales de Derecho Humanos. Es inconcebible una vigencia de esos derechos, sin dichas medidas cautelares, que son esenciales para una administración de justicia oportuna⁽³⁰⁾. Piénsese que

(27) Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, aprobado en la Sesión Ordinaria del 14 de marzo de 2006 y que llevó la firma del Presidente de la Academia, Dr. Olsen Ghirardi y del Secretario Dr. Ernesto Rey Caro.

(28) Propósito que comparto, ya que los principios democráticos, republicanos y federales son la quintaesencia de la filosofía política de nuestra Ley Suprema. Y por ello estimo imprescindible una profunda reforma de los Poderes Judiciales, tanto Federal como Provinciales, en consonancia con dichos principios. Por otra parte, esta cuestión se ha convertido en un reclamo de la ciudadanía, a la luz de gran cantidad de estudios y encuestas realizados. Sin poder detenernos al respecto, véanse la “Segunda Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica”, Hernández, Zovatto y Fidanza, Eudeba, Buenos Aires, 2016 y la “Tercera Encuesta de Cultura Constitucional”, de 2023.

(29) Véase Antonio María Hernández, “Democratizar no es partidizar”, La Voz del Interior, Córdoba, 11 de abril de 2013.

(30) Véanse los artículos de Marcela Basterra, “El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado. A propósito de la Ley 26.854”, Estudios de Derecho Público, Director Enrique Alonso Regueira, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho de la UBA, Buenos

hubiese ocurrido con el corralito, sin las medidas cautelares innovativas y autosatisfactivas que se dictaron...⁽³¹⁾. Es muy evidente el gran avance producido por la reforma en derechos humanos y en garantías, y eso es lo que se debe respetar y asegurar y en consecuencia, debe derogarse esta ley.

Asimismo objeté otra ley sancionada al respecto, la 26.853 de creación de las Cámaras Nacionales de Casación en lo Contencioso Administrativo, en Trabajo y Seguridad Social y en lo Civil y Comercial, porque entre otras cosas, servirían para demorar aún más las causas y para centralizar aún más en Buenos Aires las funciones judiciales, lo que afecta el federalismo⁽³²⁾.

La democratización de la justicia se debe alcanzar por otros medios, como v.gr.: instaurar el juicio por jurados⁽³³⁾, modificar los Códigos Procesales para una justicia más rápida y eficaz, garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, informatizar los procesos y mejorar la formación profesional y la carrera judicial. Todo con el gran objetivo de asegurar la independencia del Poder Judicial, que es una de las bases más importantes de nuestro sistema republicano⁽³⁴⁾. No cabe dudar acerca de la imperiosa necesidad de mejorar el funcionamiento del Poder Judicial, para lograr una efectiva y plena vigencia de la Constitución Nacional⁽³⁵⁾.

En relación al **fortalecimiento del federalismo y las autonomías municipales**, afirmo mi especial acuerdo con las decisiones del Poder constituyente que tuve el honor de integrar. En tal sentido, señalo sintéticamente estas modificaciones⁽³⁶⁾:

- En los aspectos **institucionales y políticos**:

1. Los cuatro órdenes de gobierno de la federación argentina, o sea el Gobierno Federal, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios autónomos.

2. La distribución de competencias, cuyo principio general se ha mantenido pero con mayores competencias reconocidas a las Provincias.

3. El Senado y su rol federal, con el objetivo de acentuar el rol federal del mismo mediante la elección directa de sus miembros, la incorporación del tercer Senador y la asignación de mayores competencias.

4 La intervención federal, cuya declaración corresponde esencialmente al Congreso, modificando la práctica an-

Aires, 2013, págs. 533/66; Osvaldo A. Gozaíni, “Las medidas cautelares ante la Ley 26.854”, La Ley, Supl. Especial Cámaras Federales de Casación, Buenos Aires, 2013, Eduardo Oteiza, “El cercenamiento de la protección a la medida cautelar en los procesos contra el Estado por la Ley 26.854”, La Ley, ídem y Andrés Gil Domínguez, “La inconstitucionalidad e inconveniencia del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en que el Estado es parte (Ley 26.854)”, La Ley, ídem, entre otros artículos, donde además se citan diversos fallos judiciales.

(31) Me remito a las ediciones ya citadas, donde analizo en profundidad la emergencia económica del corralito, que fuera la más grave que hemos soportado.

(32) Tal como lo señalara la Corte Suprema de Justicia en el caso “Pedraza”, fallado en 2014, que posibilitara que las causas de los jubilados se resuelvan en las distintas Cámaras Federales de Apelación, sin necesidad de concurrir a Buenos Aires ante las Cámaras de la Seguridad Social. La ley 26.853 fue derogada por la ley 27.500 de 2019.

(33) Recuerdo que oportunamente presenté un Proyecto de Ley al respecto, cuando integré la Cámara de Diputados de la Nación (véase la obra “Labor parlamentaria del Diputado Dr. Antonio M. Hernández, 1991-1994”, 2 Tomos, Imprenta del H. Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1995).

(34) En relación al funcionamiento del Consejo de la Magistratura, véase el análisis positivo que efectuó el Diario La Nación, en relación a la Presidencia de Miguel Piedecasas, en el artículo editorial titulado “Consejo de la Magistratura: el valor de una eficaz gestión”, de fecha 14 de noviembre de 2018. Allí se señala que por primera vez se realizó un control de gestión sobre el funcionamiento de 147 tribunales en 10.000 causas de corrupción en los 20 años transcurridos entre 1996 y 2016 –con solo un 12% de ellas que llegaron al juicio oral–, además del juzgamiento y remoción de varios jueces y de la elevación de 300 ternas para cubrir vacantes en los tribunales.

(35) Téngase presente que en la Segunda Encuesta de Cultura Constitucional los entrevistados señalan que la primera razón del incumplimiento de la Constitución y de las leyes es el mal funcionamiento del Poder Judicial. Y ello fue ratificado por la Tercera Encuesta de Cultura Constitucional.

(36) Para un análisis exhaustivo de las reformas en cuanto a la descentralización del poder y en particular el federalismo, la consagración de la autonomía municipal y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, véanse nuestras obras citadas “Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994” (1997), “Federalismo y Constitucionalismo Provincial” (2009), “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino” (2017) y “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, 2ª edición actualizada y ampliada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2023.

terior que mostró al Presidente actuando por decreto en las 2/3 partes de los casos observados.

5. Los partidos políticos y el federalismo, porque consideramos que los mismos deben dar cumplimiento al ideario y prácticas federales en su funcionamiento.

- En los aspectos **financieros**:

6. La Coparticipación impositiva, con el objetivo de sancionar una ley convenio como instrumento del federalismo de concertación, para solucionar los graves problemas de nuestro federalismo fiscal.

7. El organismo fiscal federal, como institución fundamental para asegurar el buen funcionamiento de las relaciones fiscales interjurisdiccionales y del sistema anteriormente mencionado.

8. Pautas federales del presupuesto nacional., para la inversión con criterio “federal” de los fondos públicos por parte del Gobierno Federal.

- En los aspectos **económicos y sociales**:

9. El Banco Federal, para modificar el actual Banco Central, más propio de estados unitarios.

10. Las regiones para el desarrollo económico y social, como nuevo instituto para fortalecer nuestro federalismo y corregir y revertir el inadecuado ordenamiento territorial que tenemos.

11. Las provincias y los convenios internacionales, como una de las bases esenciales para modernizar nuestro derecho público en el marco de un regionalismo abierto y un mundo globalizado

12. Las provincias y el dominio originario de sus recursos naturales, como otra de las más trascendentes decisiones de la Convención en reconocimiento de las autonomías provinciales⁽³⁷⁾.

13. Organismos de seguridad social y otras facultades concurrentes, ratificando los principios de división de competencias y de las autonomías locales.

14 Principios federales en educación, ciencia y cultura, con criterios y objetivos similares a los del punto anterior.

Pienso que un análisis comparativo con otras federaciones existentes en el mundo, nos exhibe con un muy adecuado diseño de federalismo con apreciable descentralización del poder y reconocimiento de las autonomías locales.

Pero también aquí se observa una notoria distancia entre la norma y la realidad, pues existe un evidente incumplimiento del proyecto federal de la Constitución que se advierte con un simple repaso de los puntos no respetados. He analizado esta cuestión en distintos artículos y libros, a los que remito en razón de brevedad⁽³⁸⁾, donde hago referencia a los problemas de desigualdad, injusticia, inequidad y falta de integración, ocasionados entre otras causas, por la profunda centralización del país.

En el **Informe Anual⁽³⁹⁾ sobre federalismo de 2021**, he sostenido:

1. “La continuidad de las violaciones constitucionales

Durante el año 2021 se han mantenido las violaciones constitucionales relacionadas con el proyecto federal de la Constitución Argentina que anualmente, desde 2006, hemos venido señalando en las sucesivas ediciones de esta publicación (ver *Cuadernos de Federalismo*, N° XX, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX, XXX, XXXI, XXXII, XXXIII y XXXIV).

En efecto, recordamos que: a) Todavía no se sancionó la ley convenio de coparticipación impositiva ni se reglamentó el organismo fiscal federal con los criterios fijados en el art. 75, inc. 2º, CN, que conforme a la cláusula tran-

(37) Véase, Antonio María Hernández, “El federalismo, ausente en el impulso de YPF”, Clarín, Sección Opinión pág. 25 del 8 de julio de 2014.

(38) “El federalismo a diez años de la reforma constitucional de 1994”, en el libro “A una década de la reforma constitucional 1994-2004”, con la coordinación de Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez, Ediar, Buenos Aires, 2004., págs. 263/297; “Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino”, en el libro “Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino”, Antonio María Hernández, Director, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008, págs. 11 y sgts. y en el libro ya citado “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”. Asimismo, destaco que a partir del año 2006 he realizado el Informe anual sobre Federalismo Argentino en cada uno de los Cuadernos de Federalismo, que publica el Instituto de Federalismo que dirijo, y que en 2018 celebró su 30 aniversario. Con anterioridad, dichos Informes eran elaborados por el Director, Dr. Pedro J. Frías, a quien sucedí en ese carácter. Véase www.acadec.org, Instituto de Federalismo, Doctrina.

(39) Que presento cada año en el respectivo Cuaderno de Federalismo, editado por el Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

sitoria sexta de la Ley Suprema debían estar establecidos a fines del año 1996; b) Siguen dictándose leyes de presupuesto que no se adecuan a los mandatos del art. 75, inc. 8, CN, en cuanto a los principios federales para el gasto público, c) Se mantiene vigente el art. 37 de la Ley de Administración Financiera que permite la modificación del presupuesto por decreto, lo que también lesiona al Federalismo; d) Continúa una notoria insuficiencia en el avance del proceso de integración regional dentro del país, y en algunos casos está detenido; e) No se cumplen otras normas referidas a los aspectos económicos del federalismo, f) Persisten leyes centralistas que también lesionan el federalismo y las atribuciones de las Provincias, que es necesario modificar o derogar, y a las que nos hemos referido en anteriores informes y en nuestras “20 propuestas para fortalecer el federalismo argentino”, además de las referencias que expresamos más adelante, g) No existe una autonomía plena para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; h) Existen violaciones a la autonomía municipal, especialmente en los aspectos fiscales y de ejercicio del poder de policía, y h) Se mantiene una inadecuada ordenación territorial argentina –cuyo eje central es la superpoblación del área metropolitana de Buenos Aires–, que no ha recibido cambio alguno. Esto exige soluciones impostergables, como lo venimos reclamando, y como lo indicamos en las 20 Propuestas referidas.

Ello conlleva una severa lesión de nuestro estado constitucional y democrático de derecho.

Reiteramos nuestra convicción de que es el momento para profundizar el diálogo en todas las instancias, que nos posibilitará encontrar las soluciones de fondo para los problemas estructurales que sufre Argentina.

El cumplimiento del proyecto político democrático republicano y federal definido en la Constitución Nacional es el gran objetivo a lograr en los tiempos por venir.”

2. “La arbitrariedad en el destino del gasto público federal

Reiteramos asimismo el diagnóstico del informe anterior, que expresaba que además de las deficiencias apuntadas, son también recurrentes los problemas observados respecto a la arbitrariedad en el destino del gasto público federal.

Durante 2021 se volvieron a profundizar los desequilibrios a favor del AMBA en la política de subsidios en materias variadas como electricidad y agua, tal como fue señalado en el informe del año anterior.

Dicha política de centralización a favor del Área Metropolitana continuó en perjuicio del interior del país. Obsérvese el artículo titulado “Electricidad y agua. Otra vez, en el AMBA pagan casi 70 por ciento menos que en Córdoba”, de la periodista Laura González⁽⁴⁰⁾. A ello se debe sumar la continuidad de los subsidios al transporte que en un 80% fueron destinados también a dicha área. Por ello es sorprendente la diferencia por el precio del boleto, ya que allí alcanzaba a 18 \$ mientras que en el interior dicha cifra se multiplicaba por 4 o por 5.

Este penoso centralismo también se vio acentuado por la prestación de los servicios de electricidad y agua por parte de las empresas Edenor y Edesur en electricidad y AySA de agua, a cargo del Presupuesto Nacional, cuando es evidente que solo prestan servicios para el Área Metropolitana.

A ello hay que sumar que también siguieron a cargo de dicho Presupuesto, la prestación de servicios de la ex Justicia Nacional en la CABA, además del Registro General de la Propiedad y la Inspección General de Justicia, que deben ser inmediatamente transferidos a dicha jurisdicción, en cumplimiento del art. 129 de la Constitución Nacional.

Otro aspecto que se destaca en cuanto a la arbitrariedad en el gasto público federal es en el aumento de las partidas por transferencias discrecionales, que durante el año 2021 beneficiaron, como en el año anterior, a la Provincia de Buenos Aires.

Es por ello que se impone en esta materia un estricto cumplimiento de las pautas federales de la Constitución tanto en lo relativo a la sanción de las leyes de presump-

(40) La Voz del Interior, domingo 24 de octubre de 2021. La periodista en su detallado informe comparativo indica que el kilovatio residencial más barato de Edenor en el Área Metropolitana de Buenos Aires costaba 3,02 pesos mientras que el de la EPEC, 6,36 \$. Y el más caro allá alcanzaba los 3,82 \$ mientras que aquí, 13,62 \$. Y mientras el agua en Córdoba estaba a 46,79 \$ el m³ más caro, en AySA costaba 25,58 \$ pero también incluía cloacas. En cambio los subsidios para el consumo de gas eran iguales en todo el país.

to como con respecto a la imperiosa necesidad de avanzar con las leyes de coparticipación impositiva.

Asimismo, urge modificar o derogar la legislación centralista vigente y las políticas respectivas, a la que nos referiremos más adelante”.

3. “Federalismo y Covid-19

Debe puntualizarse que el **proceso de centralización se ha profundizado**, ya que tal como lo expusimos en el artículo de doctrina inserto en anterior Cuaderno, se han producido muy graves circunstancias durante la pandemia del Covid-19 en 2021.

En efecto, el gobierno por DNU ha agravado nuestro problema de hiperpresidencialismo, en perjuicio del sistema republicano y federal de nuestra Constitución.

Se han dictado más de 100 DNU y se subordinaron todos los gobiernos subnacionales al Ministerio de Salud de la Nación, al del Interior y a la Jefatura de Gabinete de Ministros, especialmente.

Se desconocieron las **facultades competentes** en materia de salud y educación, que les corresponden también a las Provincias, a la CABA y a los gobiernos locales.

El exceso de los abusos de la emergencia llegaron a tal nivel, que en un país de las dimensiones del nuestro, solo el Ministerio del Interior podía expedir un Certificado Único de Circulación para poder ejercitar el derecho de tránsito y solo la Jefatura de Gabinete podía exceptuar actividades prohibidas por tal vez la cuarentena más larga del mundo, que afectó dolorosamente nuestros derechos fundamentales.

Obviamente que **no se ejerció el federalismo de concertación** y dejó de consultarse al Consejo Federal de Salud.

Desde la asunción del nuevo gobierno federal, con la sanción de la Ley de Emergencia N° 27.541 ya se produjo una medida centralista no menor: **la vuelta de Edenor y Edesur a su manejo por el ENRE y por el Gobierno nacional, además de AYSA**, cuando había comenzado el proceso para que dichas empresas que prestan servicios en el Área Metropolitana de Buenos Aires, pasasen a depender de los gobiernos respectivos⁽⁴¹⁾.

Y esto fue continuado y agravado cuando efectivamente comenzó el combate a la pandemia. En este muy breve análisis⁽⁴²⁾, no puede dejar de señalarse el accionar anti-constitucional del Gobierno nacional en particular con relación a la CABA. En efecto, se produjeron **dos conflictos muy graves, que llegaron a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por la detracción de fondos de coparticipación y por las competencias con respeto a la apertura de las escuelas. Ambos fueron fallados en 2022 y en 2021, mediante una medida cautelar que dejó sin efecto el DNU 735 de detracción de fondos de la masa coparticipable de la CABA y por un fallo de fondo con respecto a las competencias en educación y salud de la CABA frente a otro DNU del Presidente Fernández**⁽⁴³⁾.

En definitiva, Argentina volvió a su pasado, caracterizado por los abusos en materia de institutos de emergencia y con profundas afectaciones al sistema republicano y federal. Por el manejo de la emergencia el país recibió entre las peores calificaciones a nivel mundial. Sin poder detenernos en la cuestión, agregamos que fue penoso el proceso de vacunación, por los privilegios de que gozó la dirigencia política gobernante, además de la violación de otras normas dictadas, que hirieron la igualdad ante la ley. Por otra parte, es muy evidente que el **oficialismo gobernante redujo sus preocupaciones políticas prácticamente al Área Metropolitana de Buenos Aires**⁽⁴⁴⁾.

4. “El debate por los biocombustibles

Durante 2021 se produjo un importante debate en torno a esta cuestión. Debe recordarse que el proyecto de ley

(41) Como fue analizado en el anterior Informe Anual de Federalismo correspondiente a 2019, obrante en el Cuaderno de Federalismo destinado a dicho año.

(42) Que debe ser ampliado por el análisis que realizamos en nuestra obra “Emergencias, orden constitucional y Covid-19”, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2020, además del artículo de la parte de Doctrina del Cuaderno anterior, ya mencionado.

(43) Véase mi comentario titulado “Trascendente fallo sobre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otras cuestiones federales”, en Revista de Derecho Administrativo, N° 136, Abeledo Perrot, Buenos Aires, julio-agosto 2021, págs. 207 y sgts.

(44) Véase el artículo de Laura González titulado “Lo que dejó la pandemia: puja de poder y configuración territorial”, en La Voz del Interior del 4 de julio de 2021. Allí sostiene que “El AMBA populosa fue el molde para la toma de decisiones para todo el país. El peso de las encuestas y la inercia centralista de los presidentes para resolver sobre todo”.

de prórroga de la legislación que oportunamente había impulsado este tipo de energías en base a la soja, el maíz y la caña de azúcar, fue aprobado en el Senado, pero sorpresivamente demorado en la Cámara de Diputados por el oficialismo.

La temática tiene decisiva importancia ante los problemas del cambio climático, como política mundial impulsada por las Naciones Unidas en búsqueda del desarrollo sostenible, lo que significa dejar atrás el uso de los combustibles fósiles como el petróleo y derivados. Pero el lobby de estos poderosos sectores logró detener la sanción de la ley, lo que produjo una notable reacción por parte del complejo agroindustrial del país, que ha tenido inversiones significativas (solo en Córdoba se invirtieron 600 millones de dólares) y aproximadamente 6000 puestos de trabajo. Esto produjo un alineamiento político de tipo regional que superó las pertenencias partidarias, entre legisladores nacionales de Juntos por el Cambio y Hacemos por Córdoba, que pugnaron por la sanción de la ley⁽⁴⁵⁾.

Finalmente fue sancionada en agosto de 2021 la ley 27.640, aunque ello significó un retroceso en la materia al establecerse límites para el corte de naftas y gas oil, lo que vulnera los compromisos asumidos por el país que suscribió el Acuerdo de París y las contribuciones al Convenio Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático”.

5. “La necesidad de una agenda federal, regional y municipal

Desde hace tiempo vengo insistiendo en la necesidad de una agenda federal, regional y municipal para el país. Ya me he referido a la agenda federal, a través de mis Informes y especialmente, en mis 20 Propuestas para fortalecer el Federalismo Argentino.

En cuanto a la agenda regional, también hemos señalado que dicho proceso está prácticamente detenido, cuando se trata de una de las herramientas más trascendentes dentro del gran proyecto político federal de la Constitución.

Y en particular, debe ponerse especialmente el énfasis en la agenda municipal, que nos lleve a la consolidación de la autonomía local, ya que es la base de la república democrática y federal.”

En relación a esta materia, y sin poder detenerme por razones de brevedad en un análisis de la jurisprudencia centralista de la Corte Suprema⁽⁴⁶⁾, **se está advirtiendo en estos tiempos, una modificación de la misma tendiente a consolidar los principios federales.**

En tal sentido señalo los casos “Zavalía José Luis c. Santiago del Estero, Provincia y Estado Nacional s/amparo” (2004) y “Díaz Ruth Inés c. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (2006), sobre **soberanía y autonomía provinciales**⁽⁴⁷⁾; “El Práctico c. Córdoba, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (2011), sobre el **alcance del poder de policía provincial en el transporte interprovincial**⁽⁴⁸⁾; “Camaronera Patagónica S.A. c. Ministerio de Economía y otros s/amparo” (2014), sobre **principio de legalidad en materia tributaria y limitación de las delegaciones**⁽⁴⁹⁾; y “Pedraza Héctor Hugo c. Anses s/acción de amparo” (2014), sobre **federalismo y descentralización**

(45) Véanse los artículos de Roberto Battaglini titulado “Cuando lo regional se impone a lo partidario”, en La Voz del Interior, del 26 de marzo de 2021, y de Walter Giannoni, “Combustibles. Córdoba, en medio de una batalla decisiva”, también en La Voz del Interior del 5 de febrero de 2021.

(46) Que efectúo en mi obra “Estudios de federalismo comparado. Argentina, Estados Unidos y México”, Rubinzal Culzoni, 2018 y la edición conjunta con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, de 2019. Véase, asimismo, a Mario Juridón, “El vicio de la inconstitucionalidad”, Ediar, 2018, Buenos Aires, Cap. V.

(47) Véase mi comentario “Soberanía y autonomía provinciales en la doctrina y en la jurisprudencia de la CSJN”, en el Cap. XXXIX de la obra “Corte Suprema de Justicia de la Nación, Máximos precedentes, Derecho Constitucional”, Tomo IV, Director Pablo Manili, La Ley, Buenos Aires, págs. 593 y sgts. Aquí el máximo Tribunal vuelve a una jurisprudencia originada en el caso “Resoagli” de 1869, que reconoce esta doble naturaleza para las provincias, como lo hacía la doctrina más autorizada de nuestro país.

(48) Especialmente véanse los Considerandos 12 a 15 del Voto de Mayoría, que hacen referencia al federalismo de concertación y además extienden el alcance del poder de policía provincial en una materia como la del transporte interprovincial, donde existía una intervención excluyente del gobierno federal, según la propia jurisprudencia anterior del Tribunal.

(49) Este fallo ratifica el principio de legalidad en materia tributaria, limitando las delegaciones efectuadas en violación del art. 76 de la Ley Suprema. Esto es muy importante en relación a nuestro sistema republicano, a la atenuación del hiperpresidencialismo, a las emergencias y también al federalismo, ya que en el Congreso se encuentra la representación de las Provincias.

judicial al posibilitar que las Cámaras Federales del interior del país intervengan en cuestiones de seguridad social⁽⁵⁰⁾.

En torno a los aspectos fiscales y económicos como los de la coparticipación impositiva, debo destacar muy especialmente los históricos fallos de la Corte Suprema de Justicia de 2015 sobre los reclamos efectuados por las Provincias de San Luis, Santa Fe y Córdoba por detracciones a la masa coparticipable con destino a la ANSES y a la AFIP.

En efecto, el 25 de noviembre de 2015 nuestro más alto Tribunal emitió 5 sentencias, haciendo lugar a los reclamos presentados a partir del 2008 por la Provincia de San Luis y 2009 por la Provincia de Santa Fe, además de una medida cautelar solicitada por la Provincia de Córdoba en el 2013, por detracciones a la masa coparticipable, ordenando el inmediato cese de las mismas.

Dichos fallos, de gran factura y claridad en materia constitucional –que oportunamente he comentado⁽⁵¹⁾– deben destacarse dentro de la jurisprudencia histórica de la Corte, precisamente porque marcan el cambio hacia una visión federal, en estricto cumplimiento de la Ley Suprema, en un tema crucial para las finanzas federales.

Por eso, además de la devolución de las detracciones el máximo Tribunal ha urgido la sanción de la Ley Convenio de Coparticipación Impositiva federal, que ya se acerca a los 28 años de incumplimiento constitucional.

Estos fallos, asimismo, ratificaron otro precedente notable de 2014, “Intendente Municipal Capital c. Provincia de La Rioja s. Amparo”, cuando el máximo Tribunal ordenó a la Provincia de La Rioja sancionar la ley Convenio de Coparticipación Impositiva, como mandato incumplido de la Constitución local, que afectaba la autonomía financiera de los gobiernos municipales⁽⁵²⁾. Los fundamentos de la Corte fueron de especial relevancia institucional y admitían una doble lectura que alcanzaba también al orden federal, pues se trata de situaciones similares, con más de una quincena de años de incumplimientos constitucionales en una cuestión tan decisiva como la coparticipación impositiva⁽⁵³⁾.

En cuanto al reconocimiento de la autonomía municipal, por el art. 123 de la Ley Suprema, podemos decir con orgullo que Argentina luego de la reforma, se encuentra en la posición más avanzada en el derecho comparado mundial. Pero también aquí debemos distinguir la norma de la realidad, pues a pesar de los notorios avances producidos, todavía es permanente la lucha que debe librarse por el cumplimiento efectivo del principio y su respeto por parte de los otros órdenes gubernamentales. Piénsese solamente en las 3 Provincias que todavía no han adecuado sus respectivas Constituciones a la Federal para reglamentar la sanción de Cartas Orgánicas Municipales (Buenos Aires, Santa Fe y Mendoza); o las Provincias que todavía no comenzaron a sancionarlas (Santa Cruz, La Pampa, Formosa, La Rioja, Entre Ríos y Tucumán); o lo han hecho parcialmente (Córdoba); además de los avances provinciales que se observan sobre las potestades tributarias y el poder de policía locales.

También debe señalarse que aquí se está consolidando una jurisprudencia de la Corte Suprema a favor de la autonomía municipal. Ya hubo fallos en los aspectos

institucionales, políticos y administrativos a partir de “Rivadamar, Ángela Martínez Galván de c. Municipalidad de Rosario” (1989) y hasta “Ponce Carlos Alberto” (2005)⁽⁵⁴⁾. A ello se suma jurisprudencia más reciente sobre los aspectos financieros de la autonomía, como el antes comentado fallo en “Intendente Municipal de la Capital c. Provincia de La Rioja” de 2014, al que debe agregarse el recaído en “Intendente Municipal de La Banda c. Provincia de Santiago del Estero s. Conflicto de poderes”, de 2018, en que el más alto Tribunal ordena a la Provincia terminar la discriminación sufrida por el Municipio en materia de coparticipación impositiva⁽⁵⁵⁾.

Y luego dicha jurisprudencia fue reafirmada con el fallo “Esso c. Municipalidad de Quilmes”, de 2021, donde la actora discutía la constitucionalidad de la tasa de seguridad e higiene⁽⁵⁶⁾.

Creo, asimismo, necesario puntualizar que actualmente hay 178 Cartas Orgánicas Municipales vigentes en 14 Provincias, lo que revela el avance logrado en esta materia tan trascendente para la república federal.

Respecto al otorgamiento de un nuevo estatus a la Ciudad de Buenos Aires, estimo que este fue otro de los grandes aciertos del constituyente, para afirmar la descentralización del poder y reconocer una autonomía institucional especial a la ciudad, que en nuestro concepto es la de una ciudad-Estado como las de Berlín, Bremen y Hamburgo en el federalismo alemán.

Así como el diseño constitucional fue correcto, en la reglamentación efectuada por el Congreso a través de las leyes 24.588 y 24.620, no se respetó la normativa suprema del art. 129 y es necesario efectuar las modificaciones necesarias para el cumplimiento estricto de esta, que supone entre otras cuestiones que la Ciudad Autónoma debe tener su propia Justicia –en todos los fueros– y sus Registros Públicos⁽⁵⁷⁾.

Como consecuencia del cambio de autoridades operado en las elecciones de 2015, un nuevo impulso se produjo en esta trascendente cuestión y el 19 de enero de 2017, el Presidente de la República y el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires firmaron 4 Convenios para la transferencia de la Justicia llamada Nacional en el fuero penal y en las relaciones de consumo, así como del Registro de la Propiedad Inmueble y de la Inspección de Sociedades Jurídicas, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Los fundamentos de dichos Convenios interjurisdiccionales son de una gran calidad y precisión en materia constitucional, ya que se fundan en los arts. 129 de la Ley Suprema de la Nación y en las normas correlativas de la

(50) La Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del art. 18 de la ley 24.463 y estableció que la Cámara Federal de la Seguridad Social dejará de intervenir en grado de apelación contra la sentencia de los Jueces Federales con asiento en las provincias, que serán de competencia de las respectivas Cámaras Federales. En particular en el Considerando 16 se hace expresa referencia al federalismo y la descentralización institucional, lo que consideramos un precedente de singular importancia, que debe extenderse a otras materias, tal como lo postulo en la Propuesta 14 de Fortalecimiento del Federalismo.

(51) Antonio María Hernández, “Los fallos de la CSJN sobre detracciones a la masa coparticipable y la confirmación de una jurisprudencia federalista”, Suplemento La Ley, Constitucional, Directora María Angélica Gelli, Abril 2016, N° 2, págs. 44 y sgts.

(52) “Intendente Municipal Capital c. Provincia de La Rioja s. Amparo”, fallado el 11 de noviembre de 2014, donde representé a la Municipalidad actora ante la Corte Suprema de Justicia, que hizo lugar al Recurso de Queja que presentáramos y que comentara en el Informe de Federalismo del año 2014, “Cuaderno de Federalismo”, Director Antonio María Hernández, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2015 en la pág. web, www.acadec.org.ar. Este fallo, junto a los antes y luego mencionados, son los más importantes de la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal Federal en torno a la autonomía municipal.

(53) Véase Antonio María Hernández, “Sin coparticipación impositiva no hay federalismo”, Clarín, Opinión, pág. 33, 27 de noviembre de 2014.

(54) Véanse mis comentarios “La Corte Suprema de Justicia, garante de la autonomía municipal - Análisis de los casos ‘Municipalidad de la ciudad de San Luis c. Provincia de San Luis y otro’ y ‘Ponce Carlos Alberto c. San Luis, Provincia de’”, Debates de Actualidad, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, N° 195, 2005, págs. 146/158 y “La Corte Suprema de Justicia y la reafirmación de la autonomía municipal”, La Ley, Suplemento Extraordinario de Derecho Constitucional, 75 Aniversario, agosto de 2010 y los de María Gabriela Ábalos, sobre “Autonomía municipal”, Cap. XL del libro “Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho Constitucional”, Director Pablo Manili, ya citado, Tomo IV, págs. 635 y sgts.

(55) También en este caso representé a la Municipalidad actora en este otro caso de histórica importancia en cuanto a la autonomía local. Más allá de esto, no puede obviarse que es menester una mayor consistencia en los estándares de control de constitucionalidad de los Tribunales y de la Corte en relación a la autonomía local, particularmente en lo relativo a los avances que se observan sobre los poderes de imposición y de policía municipales, pese a lo establecido por el art. 75, inc. 30, de la Ley Suprema. En tal sentido, obsérvese lo resuelto en la causa “Cet c. Municipalidad de Río Cuarto - Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, de 2014, donde el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, hizo lugar a la acción promovida por la empresa concesionaria del juego provincial contra una ordenanza del Concejo Deliberante que había intentado limitar el funcionamiento por 24 horas del Casino, en ejercicio del poder de policía de salubridad, y atento los problemas causados por la ludopatía. Y no obstante los recursos extraordinarios y de queja interpuestos, además del pedido de audiencia pública, finalmente la Corte Suprema desestimó la cuestión en 2017, aunque debe destacarse el voto contrario del Ministro Dr. Rosatti.

(56) Véase Antonio María Hernández y Germán Krivocapich, “La autonomía municipal en su aspecto tributario”. Comentario sobre el fallo de la Corte Suprema en “Esso c. Municipalidad de Quilmes”, La Ley, Buenos Aires, 2021.

(57) Para un estudio detenido del tema, véanse nuestras obras: “Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994”, Cap. IV; “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, Depalma, Buenos Aires, 2009, y “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino”, Jusbaire, Buenos Aires, 2017.

Constitución de la Ciudad, además del objetivo de fortalecimiento del federalismo.

Se ha tratado de un paso decisivo en el cumplimiento del proyecto federal de la Constitución, modernizado y reafirmado en la última reforma de 1994.

Dichos 4 Convenios fueron aprobados por la Legislatura de la CABA con fecha 5 de abril de 2017, mediante las resoluciones 24/2017 destinada a la transferencia de la Justicia Nacional en las relaciones de Consumo, la 25/2017 sobre la Inspección General de Justicia, la 26/2017 sobre la transferencia progresiva de la Justicia Nacional Penal y la 27/2017 destinada al traspaso del Registro de la Propiedad Inmueble.

Estos Convenios deben ser aprobados por parte del Congreso de la Nación para su cumplimiento. El Poder Ejecutivo de la Nación ha enviado a la Cámara de Diputados de la Nación los proyectos de ley 1/2017, para la aprobación del Convenio interjurisdiccional de transferencia de la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo, y 2/2017, para la aprobación del Convenio interjurisdiccional para la transferencia de la Inspección General de Justicia. El Poder Ejecutivo de la Nación asimismo remitió al Senado de la Nación los proyectos de ley 14/2017, para la aprobación del convenio interjurisdiccional de transferencia de la justicia penal ordinaria de la Capital, y 15/2017, para la aprobación del convenio interjurisdiccional por el traspaso del Registro de la Propiedad Inmueble.

Asimismo, en 2016 se pudo lograr el acuerdo entre el Gobierno Federal y la CABA, **para el traslado de la mayor parte de los efectivos de la Policía Federal que prestaban servicios en la Ciudad a la órbita de este gobierno. Ello significó cumplir con el mandato constitucional y avanzar hacia la autonomía plena de la Ciudad, lo que ha incidido muy favorablemente bajo el punto de vista de nuestro federalismo**⁽⁵⁸⁾.

En esa línea, también insisto en la modificación de la ley 24.588 en sus arts. 2, 8 y 10, para asegurar el efectivo cumplimiento del art. 129 de la Ley Suprema.

Reitero mi convicción de que es necesario profundizar el diálogo en todas las instancias, para encontrar las soluciones de fondo para los problemas estructurales que sufre Argentina.

Y por otra parte, que el cumplimiento del proyecto republicano y federal definido en la Constitución Nacional es el gran objetivo a lograr en los tiempos por venir.

Sobre el **reconocimiento de nuevos derechos y garantías constitucionales y el otorgamiento de jerarquía suprema a algunos tratados internacionales de derechos humanos**, creo que también existe amplio consenso en cuanto al diseño constitucional elegido por la Convención Constituyente.

Aquí la finalidad fue profundizar la filosofía humanista y personalista de la Constitución que hace de los derechos humanos su más importante objeto. Y la reforma ha aumentado notablemente el reconocimiento de derechos y garantías, que ahora tienen su fuente interna, tanto en la parte dogmática como orgánica de la Ley Suprema y su fuente externa, mediante el otorgamiento de rango constitucional a 11 instrumentos internacionales de derechos humanos en el art. 75, inc. 22, y la posibilidad de que otros tratados alcancen igual jerarquía, como nueva atribución del Congreso de la Nación, como ya ocurrió en tres casos⁽⁵⁹⁾.

También aquí se observa el notable avance obtenido en la materia a la luz del derecho comparado, así como las graves dificultades observadas para la efectiva vigencia de los derechos humanos en nuestro país, como consecuencia de la violación de la Constitución y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos⁽⁶⁰⁾ y el uso

inconstitucional de los institutos de emergencia. Ejemplo paradigmático de esta lamentable realidad fue el “corralito” –entre otros efectos derivados de la “emergencia económica” que hemos padecido– y la violación de los derechos económicos y sociales, como lo indican los altísimos índices de pobreza, marginación y exclusión social que actualmente padecemos.

De todas maneras, no puede dudarse que la reforma constitucional en estos aspectos ha comenzado a producir sus frutos, en las distintas ramas jurídicas, en lo que no puedo detenerme por razones de extensión de este trabajo⁽⁶¹⁾. Finalmente, en relación a la séptima idea fuerza, el **afianzamiento de los procesos de integración tanto nacional como supranacionales**, igualmente considero que fue acertada la reforma producida y el diseño constitucional utilizado.

Se consagró no solo la posibilidad de la creación de regiones por parte de las provincias (art. 124), sino también de la celebración de tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales por parte del Gobierno Federal (art. 75, inc. 24). Esta ha sido la manera adecuada de promover la integración en sus distintos órdenes, como uno de los caminos sobre los que existen menores disidencias, para enfrentar las complejas y variadas situaciones que presenta el mundo globalizado, competitivo e interdependiente de nuestros días⁽⁶²⁾. También en este aspecto de la realidad se pueden apreciar avances y retrocesos, que por razones de brevedad, no puedo considerar. Para finalizar este punto, reitero que nuestra práctica constitucional revela que más que problemas de diseño, nosotros evidenciamos problemas de débil cultura constitucional y de la legalidad⁽⁶³⁾.

V. La modernización constitucional

Para nosotros el primer resultado de esta obra constituyente ha sido la modernización constitucional, lo que se confirma de manera rotunda desde una visión de derecho comparado.

En este sentido, nosotros creemos que en la historia de nuestra disciplina hubo tres grandes períodos consecutivos: a) el constitucionalismo liberal o clásico; b) el constitucionalismo social, y c) el derecho constitucional de la internacionalización de los derechos humanos.

Desde esta perspectiva, nuestro texto originario de 1853 se inscribió en el primer período, mientras que el tránsito hacia el constitucionalismo social se produjo con las reformas constitucionales de 1949 y de 1957, siendo profundizado en la última reforma de 1994. Pero, además, **esta nos introdujo en la última etapa, correspondiente a la internacionalización de los derechos humanos, en un notable avance cualitativo.**

Este tercer período es el resultado de la formidable lucha de las Naciones Unidas por cumplir el más grande objetivo de su Carta, sancionada luego de la Segunda Guerra Mundial, donde se abatiera el fenómeno oprobioso del totalitarismo nazi.

Los sucesivos Tratados de Derechos Humanos fueron introduciendo profundos cambios en nuestra disciplina y en el derecho en general y hoy constituyen una de las realidades del mundo globalizado que vivimos.

En ese marco, las Constituciones Nacionales fueron reconociendo una mayor vinculación entre el derecho interno y el internacional público y se fueron admitiendo los procesos de integración, con creación de organismos supranacionales y sistemas jurídicos regionales y mundia-

(61) Véanse las obras “La Constitución reformada y sus normas reglamentarias. Estudios constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación”, de Alberto Dalla Vía y Alberto García Lema, Directores, 2 Tomos, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2016, y “El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional”, de Horacio Rosatti, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2016.

(62) Véanse nuestros libros “Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios”, Depalma, Buenos Aires, 2000, y “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

(63) Que hemos analizado detenidamente en nuestras Tres Encuestas realizadas, a las que nos remitimos y que antes he citado. Allí se comprobó desde una metodología interdisciplinaria el acierto del pensamiento de Carlos Nino, expuesto con singular brillantez en su obra “Un país al margen de la ley”, de 1992, que sería su testamento intelectual, pues moriría el 29 de agosto del año siguiente. A ello hay que agregar, como lo expresamos en su Homenaje a los 25 años de su muerte, realizado en la Facultad de Derecho de la UNC, el 8 de noviembre de 2018, sus obras “Fundamentos de Derecho Constitucional”, también del mismo año 1992 y su obra póstuma sobre “The constitution of the deliberative democracy”, editada por Yale University Press, bajo el cuidado de Owen Fiss.

(58) Téngase presente que el incumplimiento de los mandatos constitucionales significaba que el Presupuesto de la Nación se hacía cargo del servicio de seguridad pública de la ciudad más rica del país... Y lo propio sigue ocurriendo con la llamada ex Justicia Nacional, tal como lo demostramos en nuestro trabajo “La autonomía plena de la Ciudad de Buenos Aires y el traspaso de la ex Justicia Nacional”, www.acadec.org, Instituto de Federalismo, además de lo expuesto en la obra ya citada “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino”.

(59) La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, según ley 24.556; la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad, según ley 24.584 y la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, según ley 26.378.

(60) Véase la exhaustiva obra de Víctor Bazán sobre “Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales”, editado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2017.

les destinados a la protección de los derechos humanos, además de la aparición de un derecho comunitario, con su máxima expresión en la Unión Europea.

Y ahora nuestro país cuenta con las normas jurídicas supremas para avanzar en tan promisorios procesos, encontrándose en una posición de vanguardia dentro de los sistemas constitucionales comparados.

Pero como la reforma tuvo entre sus fuentes a nuestro constitucionalismo provincial, conforme a nuestra forma federal de Estado, no debemos olvidar que en este aspecto fueron precursoras las reformas constitucionales de Neuquén (1957), San Juan (1986) y Córdoba (1987), que en Disposiciones Complementarias hicieron referencia a algunos Tratados de Derechos Humanos.

Esta modernización se advierte además en todos los aspectos vinculados a la organización del poder, o sea a la parte orgánica de la Constitución, y en particular a su descentralización.

Ya he destacado lo acontecido en cuanto al federalismo, la autonomía municipal y la ciudad Autónoma de Buenos Aires, que nos coloca igualmente en una situación de particular relevancia desde el punto de vista normativo, con una lectura comparatista.

Y en cuanto a los otros cambios introducidos en el Gobierno Federal, también se aprecia la modernización, con influencias que han provenido tanto del constitucionalismo comparado como desde nuestro constitucionalismo provincial, que también se anticipó en la introducción de nuevas instituciones.

En síntesis, la reforma efectuada –con su legitimidad y grandes aciertos y algunas imperfecciones⁽⁶⁴⁾– produjo una modernización del texto constitucional, tanto en su parte dogmática como orgánica, sentando las bases para un desarrollo progresivo de nuestro derecho rumbo al siglo XXI.

VI. El incumplimiento de la Constitución Nacional

El derecho constitucional opera en los ámbitos de la libertad, el poder y la política. Y esto se aprecia especialmente cuando se trata del poder constituyente y de la política constitucional, que requieren del ejercicio de una política arquitectónica más que de una agonal.

Y con la “tosca materia” –como decían los clásicos– de que está hecha la política –y la nuestra en particular–, por lo que afirmaba Joaquín V. González, fue muy difícil alcanzar aquella clase de política basada en grandes consensos.

Los altísimos grados de acuerdos que indicaron las distintas votaciones de los artículos y la final del texto completo de la reforma y su posterior juramento por todos los Convencionales demuestran que en 1994 se alcanzó esa política arquitectónica.

Pero en la etapa “postconstituyente”, destinada a la reglamentación y cumplimiento de la reforma, que también exige esa política, sostengo que la misma dejó de practicarse.

Y la política agonal a la que volvimos –que esencialmente ha primado en la historia argentina– nos dio como resultado un deficiente y parcial cumplimiento de la Ley Suprema.

No podemos dejar de mencionar la **grave responsabilidad del Congreso en el incumplimiento de la sanción de las leyes reglamentarias de la Constitución**. En efecto, se trata aproximadamente de 30 leyes necesarias para la plena vigencia de la reforma, de las que se han sancionado cerca de un tercio, y en algunos casos, de manera inconstitucional⁽⁶⁵⁾.

Respecto de **las normas no sancionadas o no reformadas**, señalamos las siguientes:

1) Del art. 36 contra actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, derecho de resistencia a la opresión y el enriquecimiento por delito doloso que atente contra el Estado. Lo que supone la modificación del Código Penal y de la Ley de Ética Pública, a dichos efectos. No cabe dudar que Argentina tiene un altí-

simo nivel de corrupción y, mucho más grave aún, de impunidad, que es imperioso modificar, a través de cambios en la legislación, entre otros aspectos.

2) De partidos políticos y electorales, en el marco de la reforma política y electoral, según los principios y mandatos de los arts. 37 y 38 de la Constitución Nacional.

3) Del art. 41 sobre derecho al medio ambiente sano, ya que faltan normas y convenios, en relación a los amplios objetivos y propósitos perseguidos por el constituyente.

4) Del art. 42 sobre derechos de usuarios y consumidores, que obligará a la reforma de la normativa actualmente vigente en la materia, para la regulación adecuada de los marcos jurídicos, de los entes de usuarios y consumidores y de la participación de las provincias en los servicios públicos nacionales.

5) Del amparo, según los amplios principios del art. 43, que modificará la legislación vigente, restrictiva e inconstitucional.

6) Sobre secretos de las fuentes de información periodística, cuarta garantía incorporada en el art. 43, para mejor garantizar la libertad de prensa.

7) De acciones de protección de los derechos de incidencia colectiva, según lo dispuesto en el art. 43.

8) Del hábeas corpus, para su adecuación a los principios del art. 43.

9) De coparticipación impositiva, según lo prescripto por el inc. 2 del art. 75, como una de las más claras manifestaciones del federalismo de coordinación y concertación.

10) De transformación del actual Banco Central en Banco Federal, de conformidad al inc. 6 del art. 75.

11) Sobre ciudadanía y naturalización, que importará modificaciones de la legislación vigente, según lo dispuesto por los incs. 12 y 22 del art. 75.

12) Sobre la propiedad comunitaria de los aborígenes, según mandato del inc. 17 del art. 75.

13) Para proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio, promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones, según el inc. 19 del art. 75.

14) Para apoyar el desarrollo e integración regional del país, de conformidad a los arts. 124 y 75, inc. 19.

15) Sobre medidas de acción positiva que garanticen igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos humanos reconocidos, y en particular para los niños, mujeres, ancianos y discapacitados, según el inc. 23 del art. 75.

16) Sobre el régimen de seguridad social en protección del niño desde el embarazo hasta la finalización de la enseñanza elemental, de conformidad al inc. 23 del art. 75.

17) Sobre la delegación legislativa, para el estricto cumplimiento de la letra y espíritu del art. 76, destinado a fortalecer el Congreso.

18) Sobre la Auditoría General de la Nación, que obligará a la modificación de la vigente normativa, para su adecuación a la Ley Suprema.

19) De la intervención federal, según lo dispuesto por los arts. 75, inc. 31, y 99, inc. 20, de la Constitución Nacional.

20) De la Jefatura de Gabinete de Ministros, según lo dispuesto por los arts. 100 y 101, ya que actualmente está regulada la institución por decreto del Poder Ejecutivo.

21) Leyes tendientes a cumplir el proyecto federal, lo que importa además la derogación o modificación de legislación vigente, como la que establece asignaciones específicas o subsidios, además de leyes de presupuesto anual que cumplan los principios de los incs. 8 y 2 del art. 75⁽⁶⁶⁾.

Por otra parte, es **inexplicable que el Congreso no haya designado al Defensor del Pueblo de la Nación**, a pesar de que han transcurrido más de 14 años del alejamiento del anterior titular.

Obsérvese, además, la defección de nuestros Poderes Ejecutivos y Legislativos Federales y Provinciales, que no han avanzado en la sanción de la Ley Convenio de Coparticipación Impositiva, pese a que el plazo fijado fuera el 31 de diciembre de 1996.

En cambio, debemos puntualizar que la crítica anterior sobre la Corte Suprema de Justicia, por el caso “**Fayt**” (1999), que declarara la nulidad del artículo 99, inciso 4, y la Disposición Transitoria Undécima, desconociendo la

(64) Ya que no hay obra humana perfecta y hacen falta dioses y no hombres para hacer las leyes, como decía Rousseau.

(65) Como en los casos del Consejo de la Magistratura –recién señaladas leyes 26.080 y 26.855–, de la de decretos de necesidad y urgencia –ley 26.122– y sobre la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –ley 24.588 y 24.620–, que la restringieron (véase Antonio María Hernández, “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, Cap. V, y la 2ª edición actualizada y ampliada de 2023).

(66) Véase Antonio María Hernández, “20 propuestas para fortalecer el federalismo argentino”, La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, julio, 2014, específicamente Propuesta 14, donde nos detenemos en esta cuestión.

reforma y los principios de la teoría constitucional⁽⁶⁷⁾, ha sido corregida y revocada por una nueva jurisprudencia fijada en el caso “Schiffrin”⁽⁶⁸⁾.

Pero, además, no se trata solamente del Gobierno Federal, pues es bien conocida la violación flagrante de la Ley Suprema en que están incurriendo **tres Provincias (Buenos Aires, Mendoza y Santa Fe), que no han producido sus respectivas reformas constitucionales para dar cumplimiento al art. 123** sobre la autonomía municipal.

Pero sería un error pensar que solo se incumple la Reforma de 1994. Más allá de que la reforma es la Constitución en sí misma, en nuestro país lo que se viola permanentemente es la ley en general, empezando por la Constitución, que es la Ley Primera y Suprema.

Y ello ocurre en extensas partes de la Constitución, pues no podemos llegar a otra conclusión luego los análisis previamente efectuados sobre la vigencia efectiva de los derechos humanos y el funcionamiento de nuestro sistema republicano y federal. Es decir que las violaciones empiezan desde el Preámbulo y el art. 1.

Hace tiempo que vengo insistiendo en esta trascendente cuestión y al respecto he desarrollado en una de mis obras⁽⁶⁹⁾ la tesis de que las emergencias han sido el argumento utilizado permanentemente para incumplir la Constitución, afectar el sistema republicano y lesionar los derechos humanos a lo largo de nuestra historia.

Asimismo he publicado las Encuestas sobre Cultura de la Constitución, que demuestran –desde la sociología con el posterior análisis interdisciplinario desde lo político y lo jurídico–, la magnitud y profundidad del desconocimiento de la Ley Suprema en nuestra sociedad⁽⁷⁰⁾.

Ello me impele a continuar abogando por la necesidad de volver a la educación popular y democrática como el mejor camino para superar el subdesarrollo jurídico y político que padecemos⁽⁷¹⁾.

(67) Véase nuestro libro “El caso Fayt y sus implicancias constitucionales”, 1ª ed., Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2001, y 2ª ed., “El caso Fayt”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

(68) Fallado el 28 de marzo de 2017, aunque en fallo dividido, que no podemos analizar en esta oportunidad por la extensión de este trabajo.

(69) Antonio María Hernández, “Las emergencias y el orden constitucional”, 1ª ed., Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, y 2ª ed. ampliada, Universidad Nacional Autónoma de México y Rubinzal Culzoni Editores, México, 2003, y “Emergencias, orden constitucional y Covid19”, ya citadas.

(70) Véanse “Encuesta de cultura constitucional: Argentina, una sociedad anómica”, Antonio María Hernández, Daniel Zovatto y Manuel Mora y Araujo, obra editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005 y “Segunda Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica”, Antonio María Hernández, Daniel Zovatto y Eduardo Fianza, Compiladores, Eudeba, Buenos Aires, 2016. Y la Tercera Encuesta, presentada en Buenos Aires el 15 de diciembre de 2023 en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

(71) Entre las medidas que hemos propuesto al respecto, es menester poner el énfasis en la educación cívica y democrática, asentada en

Nuevamente hay que recordar a Sarmiento: “**Arriba la Constitución como tablero y abajo la escuela para aprender a deletrearla**”⁽⁷²⁾.

Debemos poner el énfasis en el cumplimiento de la ley y de la Constitución en especial, para desarrollar nuestro proyecto nacional, que está allí claramente contemplado.

Insisto en tal sentido que el verdadero cambio significa en primer lugar una más estrecha vinculación de la política con la ética, para alejarnos de los fenómenos tan lamentables de una corrupción estructural, potenciada por la impunidad, que han caracterizado nuestra decadencia nacional.

Y, por otra parte, que el cumplimiento del proyecto político democrático republicano y federal definido en la Constitución Nacional es el gran objetivo a lograr en los tiempos por venir.

Debemos abrazarnos a la Constitución, que es nuestro proyecto político nacional más importante, para poder dejar atrás la decadencia y alcanzar un grado de desarrollo acorde a los sueños de los padres fundadores.

Solo así podremos cumplir el primer gran objetivo del Preámbulo que es el de constituir la unión nacional, que nos permita superar las graves desavenencias y conflictos que dividen al país y resolver sus problemas estructurales.

Finalmente, a 30 años de la reforma constitucional de 1994, ya es tiempo de ejecutar con fidelidad sus mandatos, así como los demás de la Ley Suprema de la Nación⁽⁷³⁾.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO POLÍTICO - PODER LEGISLATIVO - PROVINCIAS - DERECHO COMPARADO - PARTIDOS POLÍTICOS - ELECCIONES - FILOSOFÍA DEL DERECHO - PODER EJECUTIVO - TRATADOS Y CONVENIOS - CONSTITUCIONES PROVINCIALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DEMOCRACIA - ESTADO - ADUANA - DIVISIÓN DE PODERES - COMERCIO E INDUSTRIA - IMPUESTOS - MONEDA - ECONOMÍA - PODER JUDICIAL - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - CONSEJO DE LA MAGISTRATURA - MINISTERIO PÚBLICO - DERECHO AMBIENTAL - LEY - CONGRESO NACIONAL

los valores y principios de la Constitución Nacional, tal como lo dispone la ley 25.863 –cuya sanción lográramos en 2003 cuando ejercí la Presidencia de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional–, que también se incumple. Dicha norma fija el 1º de Mayo como Día de la Constitución Nacional y obliga a la enseñanza de la misma en todos los niveles educativos.

(72) Cfr. Recapitulación Sumaria que precede al Tomo VIII de sus Obras Completas, Editorial Luz del Día.

(73) Véase Antonio María Hernández, “Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012. En esta obra analizo especialmente desde lo constitucional, los 100 años transcurridos entre 1910 y 2010, señalando nuestros graves problemas de cultura constitucional y de la legalidad y proponiendo las soluciones respectivas.

Impacto de la reforma de 1994 de la Constitución Argentina y los Tratados sobre Derechos Humanos (control de convencionalidad)

por JUAN CARLOS HITTERS^(*)

Sumario: I. LA REFORMA DE 1994. GENERALIDADES. A. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES. B. LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS. 1. Generalidades. 2. Particularidades. 3. La autoejecutividad del Pacto de San José de Costa Rica. a) Generalidades. b) La postura antigua de la Corte Suprema de la Nación. c) Actualización de la antigua postura de la Corte Suprema de la Nación. C. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA REFORMA DE 1994. D. INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. – II. PARTICULARIDADES DE LA REFORMA DE 1994. JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS. A. GENERALIDADES. LA CONSTITUCIÓN INTERNACIONALIZADA. B. TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS ENUMERADOS EN EL ART. 75 INC. 22. – III. LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS ÓRGANOS INTERAMERICANOS. A. OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE CUMPLIR LOS TRATADOS Y LOS FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA. B. EFECTOS DE LOS FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. VALOR VINCULANTE. – IV. CONCLUSIONES. UN AVANCE DE LA REFORMA DE 1994 Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

I. La reforma de 1994. Generalidades

A. Introducción. Antecedentes

El art. 30 de la Constitución Nacional permite la reforma de dicha norma fundamental, por ello el 29 de diciembre de 1993 se dictó la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma parcial de la Carta Magna de 1853 (que ya había sido retocada en los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1972).

Allí se dispuso sobre la base de un núcleo de coincidencias básicas “rejuvenecer” varios preceptos del citado ins-

trumento. Por ello, el art. 3º de la ley antes nombrada puso sobre el tapete el debate respecto de diversos puntos; entre ellos, habilitó (art. 3º, I) el campo de “los institutos de integración y la jerarquía de los Tratados Internacionales”.

En la Segunda Parte del Título Primero, Sección Iª, Capítulo 4º (Atribuciones del Congreso), el art. 67 inc. 19 de la anterior Constitución se transformó en el actual art. 75 inc. 22, que enclavó entre las potestades de ambas Cámaras Legislativas la responsabilidad de aprobar o desechar Tratados. Puntualizó que estos documentos tienen jerarquía superior a las leyes⁽¹⁾.

Mas en paralelo enumeró una serie de instrumentos sobre “Derechos Humanos” (aquí está uno de sus puntos vertebrales) otorgándoles jerarquía constitucional, esto es, un escalón superior al de los Tratados “comunes”.

Pero, además, en su segunda parte, dio el paso fundamental al traer a nuestro ámbito doméstico el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Se les confirió vigencia entonces por una vía constitucional privilegiada a los Convenios y Tratados sobre Derechos Humanos, fenómeno global que para Mauro Cappelletti ha sido uno de los movimientos mundiales más importantes en el ámbito de la política internacional de la última mitad del siglo.

Si bien es cierto que la Constitución de 1853 (con sus modificaciones anteriores al año 1994) abordaba el tema de los Tratados Internacionales (arts. 27, 31, 67 inc. 19 y 86 inc. 14), la verdad es que no se ocupaba particularmente de esos especiales convenios relativos a los Derechos Humanos, cuya aparición se venía advirtiendo sin ambages desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial con la creación de las Naciones Unidas [1945] y posteriormente en la OEA [1948]. Ello así sobre la base de distintos documentos universales y regionales. La reforma de 1994 llegó por un gran consenso, pues el llamado “Pacto de Olivos” fue seguido por dos acuerdos políticos más amplios, los del 1º y el 15 de diciembre de ese año, donde se fijaron las pautas fundamentales: 1) por un lado, el contenido del Núcleo de Coincidencias Básicas; y 2) por otro, el amplio alcance de los temas habilitados por el Congreso que fueron la base para lograr nuevos acuerdos en el ámbito de la Convención que permitieron la unanimidad para su aprobación.

B. Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos

1. Generalidades

Como adelantamos, la ley 24.309 (del 29 de diciembre de 1993) habilitó, entre otros puntos, el tratamiento de la “jerarquía de los tratados internacionales”, enumerando en forma expresa diez⁽²⁾ documentos supranacionales a los que se les dio –ya lo dijimos– jerarquía constitucional, permitiendo al Congreso aprobar –en el futuro– otros documentos de esta naturaleza y con la misma categoría, ello así por la mayoría de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

En puridad de verdad y afinando los conceptos, cabe decir que, en ese encuadre, el art. 75 inc. 22 enumeró una serie de instrumentos que algunos de ellos no son Tratados en sentido estricto, por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que –tal cual su nombre dice– son verdaderas “Declaraciones” que originalmente solo enumeraban derechos y potestades del individuo, aunque con el tiempo se les fue otorgando cierta obligatoriedad y jerarquía⁽³⁾.

(1) Señala la primera parte del art. 75 inc. 22: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

(2) En realidad, fueron once porque englobó bajo un mismo acápite el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(3) Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos. Efectos*. (Valor vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2023, Tomo II, pág. 303 y siguientes.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Mendoza en punto al control de convencionalidad en el marco del control de constitucionalidad*, por VÍCTOR ENRIQUE IBÁÑEZ ROSAZ, EDCO, 2015-475; *Control de convencionalidad como método de supremacía de los tratados internacionales: hacia un nuevo rumbo en la jurisprudencia nacional*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, EDCO, 2010-580; *El control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio*, por ISABEL GRILLO, EDCO, 2011-330; *La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, por VALENTÍN THURY CORNEJO, EDCO, 2012-327; *Algunas inquietudes en torno al control de convencionalidad*, por MATÍAS SUCUNZA, EDCO, 2013-327; *El control de convencionalidad en el sistema de control de constitucionalidad argentino*, por ROMINA ARIANA DÍAZ, ED, 253-684; *Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino*, por SILVIA MARRAMA, ED, 255-335; *Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del “control de convencionalidad”*, por ALFREDO M. VITOLO, EDCO, 2013-637; *Supremacía constitucional y control judicial de constitucionalidad. Aclaraciones conceptuales*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-378; *La Argentina en el mundo de los sistemas de control de constitucionalidad*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-520; *Conversación sobre la jurisprudencia actual de la Corte Suprema y el control de constitucionalidad*, por MIRTHA ABAD, EDCO, 2015-539; *Ejecutando sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una contestación de oficio muy especial*, por ESTELA B. SACRISTÁN, EDCO, 2017-58; *El desenlace del conflicto entre la Corte Suprema argentina y la Corte interamericana*, por NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, ED, 275-938; *La doctrina del margen de apreciación nacional y la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, por EDUARDO BUENADER, ED, 279-489; *El Poder Ejecutivo frente al sistema internacional de derechos humanos y la ejecución de sentencia internacional*, por MARÍA MACARENA ALURRALDE URTUBEY, ED, 280-688; *La República Argentina ante la Corte IDH: año 2018*, por PAULINA R. CHIACCHIERA CASTRO, ED, 283-659; *El margen de apreciación nacional en la lectura de los tratados internacionales: ¿laberinto o techo del derecho internacional de los derechos humanos?*, por LAUTARO E. PITTIER y RICARDO G. RINCÓN, ED, 283-795; *La revisión de la cosa juzgada nacional frente a las sentencias de la Corte IDH*, por SERGIO NICOLÁS JAILL, ED, 284-919. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional de La Plata. Profesor Titular Emérito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. Ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Convencional Constituyente en la Reforma Constitucional de 1994, integrante de la Comisión de Tratados y de la Comisión de Redacción. Ex Experto Alterno de las Naciones Unidas, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones.

2. Particularidades

Los Tratados sobre Derechos Humanos que han tenido un desarrollo progresivo a partir de la puesta en marcha de la ONU y han proliferado en los últimos años, tanto los de tipo universal como los regionales, conforman ciertas características que en alguna medida los diferencian de los clásicos⁽⁴⁾. En efecto, éstos tienen en mira un intercambio recíproco de beneficios, y en caso de incumplimiento hasta pueden quedar sin efecto o suspender parcialmente sus consecuencias, conforme al art. 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En cambio, los referentes a las prerrogativas del hombre enfocan al individuo como destinatario principal y no a los Estados. Otra de las particularidades de la institución analizada –que fue remarcada por la Corte Internacional de Justicia, cuando se refirió a la Convención sobre Genocidio– es que “los Estados contratantes no tienen intereses propios; tienen solamente todos y cada uno de ellos un interés común, que es preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en un instrumento de ese tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones”⁽⁵⁾.

Ese Tribunal dejó también puntualizada la dicotomía que existe entre las obligaciones de los Estados frente a la comunidad internacional en su conjunto, esto es con relación a los seres humanos; y las que nacen frente a otro Estado. Con referencia a los primeros, agregó que todos los gobiernos tienen interés legal en su protección pues se trata de obligaciones *erga omnes*. Las mismas “derivan, por ejemplo, en derecho internacional contemporáneo, de actos ilegales de agresión, del genocidio y también de los principios y reglas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana”⁽⁶⁾.

Otra de las originalidades de las Convenciones sobre Derechos Humanos –referidas en la Constitución de 1994– es que su ámbito de aplicación y alcance no están gobernados por el equilibrio recíproco entre las partes signatarias, ya que la finiquitación de un Tratado por incumplimiento grave de uno de los adherentes, que opera en el Derecho Internacional clásico, no juega en el campo que nos ocupa. En este orden de pensamiento, el art. 60.5 de la referida Convención de Viena edicta que tales pautas tradicionales no son válidas con respecto a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en los tratados de carácter humanitario, en particular, las disposiciones que prohíben toda forma de represalia con respecto a las personas protegidas por tales tratados⁽⁷⁾.

La Corte Interamericana no ha sido ajena a esta categorización que venimos haciendo, y remarcó desde hace tiempo y en varias oportunidades la notable diferencia que hay entre los Tratados clásicos y los atinentes a las prerrogativas del hombre. En la Opinión Consultiva 2 (OC-2/82), dijo claramente que estos últimos no son multilaterales de tipo tradicional para beneficio de los Estados, “su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos Tratados sobre Derechos Humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (...)”⁽⁸⁾.

No olvidemos que en la siguiente Opinión Consultiva (OC-3/83), ese cuerpo se ocupó nuevamente de la temática que estamos abordando, perfilando una vez más las características propias de este tipo de Tratados, apuntando que los principios que rigen el modelo clásico, con respecto a las reglas que gobiernan la reciprocidad en mate-

ria de reservas de los mismos, no tienen valimiento en el campo de los Derechos Humanos⁽⁹⁾.

El carácter especial de ellos ha sido reconocido también por la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH)⁽¹⁰⁾; y surge en paralelo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo preámbulo hace referencia a su propósito de “consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre (...)”⁽¹¹⁾.

Sintetizando, podemos reiterar que se aprecian notables diferencias entre los tradicionales Tratados y los referentes a los derechos del hombre. En efecto, éstos tienen un contenido que apunta a una “garantía mínima” cuyo desarrollo progresivo casi siempre se prevé; además, no están restringidos por la contraposición del interés de los signatarios, ni rige el principio de reciprocidad entre los derechos y obligaciones contraídas. En tal tipo de instrumentos el destinatario es el ser humano (quien es el legitimado activo), y los Estados no tienen un interés propio, ya que su finalidad es mantener las prerrogativas del hombre. Por otra parte, la mayoría de ellos crea para los gobiernos obligaciones *erga omnes*, y no se aplican las reglas generales sobre “reservas”, que imperan para los Tratados clásicos.

Digamos que el “objeto y fin” de los documentos abordados en este apartado son los derechos fundamentales del hombre, y no quedan sin efecto –como los otros– en caso de incumplimiento de las partes. Uno de sus rangos definidores es que se le reconoce al individuo la calidad de *sujeto de Derecho Internacional*.

Por último, conviene reiterar que las Constituciones modernas le dan a este tipo de convenciones un ponderable rango normativo. Adviértase que el art. 46 de la Carta Magna de Guatemala dispone que los Tratados sobre Derechos Humanos ratificados por ese país tienen preeminencia sobre el Derecho interno. A su vez, el art. 105 de la Constitución de Perú, de 1979, establecía que “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Carta Fundamental”. Por su parte, el art. 95.1º de la Carta Suprema de España edicta que “la celebración de un tratado internacional que contenga disposiciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”⁽¹²⁾. Como ya expresamos, la reforma de la Constitución Nacional Argentina del año 1994 –a la que venimos haciendo referencia– les dio a ciertos instrumentos allí enumerados (art. 75, inc. 22) jerarquía constitucional⁽¹³⁾, aclarando que los mismos “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución (parte dogmática) y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Como se advierte, de este modo se produjo una “agregación” de normas y preceptos que coexisten –y deben conciliarse– con las libertades y derechos clásicos de la Primera Parte. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es, principalmente, una codificación del derecho consuetudinario (*lex lata*). Ciertas normas de este cuerpo preceptivo se erigen como derecho nuevo, por ejemplo, el art. 46 sobre disposiciones de la legislación interna concernientes a la competencia para celebrar Tratados; y otras son simplemente modificación del Derecho Internacional general existente, como el caso del sistema de reservas.

Este conjunto de preceptos se aplica solo a los Tratados celebrados por escrito y regidos por el Derecho Internacional. Ello sin perjuicio de señalar que sus pautas hermenéuticas valen como criterios de interpretación para los

(9) Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983, Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4º.2 y 4º.4 CADH), párr. 62.

(10) CEDH. Cuando sostuvo que las obligaciones asumidas por las altas Partes Contratantes en la Convención Europea son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, de violaciones originadas por las Altas partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre ellas (Austria c. Italy, Application N° 788/60, European Yearbook of Human Rights, 1961, Vol. 4, pág. 140).

(11) Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982 (cit.), párr. 30.

(12) Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas, 1987. ISBN 84-7398-513-3.

(13) Hitters, Martínez y Tempesta, *Jerarquía de los tratados sobre derechos humanos. Fundamento de la reforma de 1994*, en *El Derecho*, Bs. As., 31/10/1994.

(4) Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, Segunda Edición, 2007-2011, Tomo I, pág. 416 y ss.

(5) Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Cour internationale de Justice (CIJ), 1950.

(6) Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Excepciones Preliminares), Fallo de 24 de julio de 1964.

(7) Guardia, Ernesto de la; Delpech, Marcelo, *El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*, La Ley, 1970.

(8) Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982, El efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75), párr. 29.

Tratados celebrados por los Estados que no han ratificado dicha normativa, pues como dijo desde antiguo la Corte IDH en la Opinión Consultiva 3 (OC-3/83, Restricciones a la Pena de Muerte), los criterios que determina este instrumento pueden considerarse reglas de Derecho Internacional general sobre el tema de los Derechos Humanos. Los parámetros relativos a la hermenéutica de los Tratados constituyen una de las secciones de la Convención de Viena⁽¹⁴⁾. Los cuatro artículos que se ocupan de esta cuestión son fruto de la jurisprudencia desplegada por la Corte Internacional de Justicia.

3. La autoejecutividad del Pacto de San José de Costa Rica

a) Generalidades

Como es por demás sabido, la Constitución Argentina es decimonónica, y, por ende –obviamente–, no hace referencia al llamado Pacto de San José, aunque el elenco de los derechos protegidos por esa Carta Magna tiene una gran similitud con el de la Convención de marras. Tampoco, y por el mismo motivo, hay alusión expresa a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, ni a la prioridad que deberían tener ese tipo de Convenciones con respecto a las normas internas⁽¹⁵⁾.

Por ello, para hacer una breve referencia al sistema argentino⁽¹⁶⁾, será conveniente analizar algunos antiguos fallos, sobre todo de la Corte Suprema de la Nación, que en este aspecto ha cubierto el vacío constitucional.

Hemos visto que para que la Convención *sub examine* resulte útil, debe penetrar en el Derecho interno y ser aplicada por los tribunales locales. Además, para que el esquema resulte realmente satisfactorio deviene imprescindible que el hombre, es decir, la persona, pueda reclamar *per se* las prerrogativas que le confieren las disposiciones internacionales. El éxito del Pacto radica en que sus dispositivos normativos se esgriman directa e inmediatamente, sobre la base del modelo monista, como se deduce del art. 1º de la Convención de marras. Ello así, considerando que el sistema de protección transnacional de las libertades del hombre es subsidiario, tal cual lo vimos.

Hemos intentado dejar en claro también que la circunstancia de que un Tratado haya sido ratificado por la Argentina no significa que sea inmediatamente aplicable, ya que para que sus reglas tengan inmediata operatividad deben ser *self executing*, y no meramente programáticas.

La Corte Suprema de la Nación ha entendido, hace tiempo ya, que si del texto del Tratado se deduce la intención de las partes de que sus reglas sean autoejecutables, y si sus preceptos no necesitan adaptación alguna, son –en principio– inmediatamente operativas⁽¹⁷⁾.

b) La postura antigua de la Corte Suprema de la Nación

El más Alto Tribunal del país se ha ocupado de la autoejecutabilidad del Pacto de San José habiendo sentado la doctrina –en anteriores composiciones– de que dicho instrumento internacional no era en principio *self executing*, conclusión que no compartimos y que hemos criticado.

En el caso “Campillay”⁽¹⁸⁾, la Corte receptó la postura de la no operatividad del derecho de réplica o rectificación y respuesta, aunque dejó abierta una importante brecha en el consid. 4º *in fine*, al aplicar el art. 131 de la Convención, en lo que hace a la libertad de pensamiento y expresión. En tal sentencia uno de los magistrados votó en disidencia, opinando que, si bien no era aplicable al

caso en examen el referido Tratado, por ser posterior a los hechos allí ventilados, “ha sido incorporado a nuestro Derecho interno, conforme a lo normado por el art. 31 CN, mediante la aprobación por el art. 1º, ley 23.054 (...) cuyos arts. 13 y 14 protegen la libertad de pensamiento y de expresión y el derecho de rectificación o respuesta, respectivamente”⁽¹⁹⁾.

En el caso “E.F.E., suc. *ab intestato*”⁽²⁰⁾, la Corte, adhiriendo *in totum* al dictamen del Procurador General de la Nación, sostuvo que del art. 2º de la Convención debe inferirse que los derechos protegidos por ella tienen que ser específicamente incorporados al sistema interno de los Estados Partes, mediante las disposiciones legislativas o de otra índole que deberán adoptarse con arreglo a los procedimientos constitucionales de cada país. Va de suyo que de este pronunciamiento surge la no operatividad de la Convención de marras.

Dicho criterio fue mantenido en el caso “Eusebio, Felipe Enrique”, de fecha 9/6/1987, JA 1988-I-543, donde se dijo que el Pacto es *predominantemente programático* y *no cabe atribuirle operatividad propia*.

En el caso “Sánchez Abelenda”, dicho Alto Tribunal resolvió que el art. 14.1 del Pacto de San José es meramente programático. Este criterio fue mantenido en los autos “Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Neustadt, Bernardo y otros s/ Amparo”, de fecha 1/12/1988, JA 1989-II-383, donde se dijo que la ausencia de reglamentación del art. 14.1 del Pacto –que regula el derecho de réplica– no es operativo.

Hemos dicho que, para considerar si una cláusula es meramente programática, no es suficiente con que la misma se refiera a la “ley”, para que pierda autoejecutividad, dado que la remisión que el art. 14.1 de la Convención hace a una norma legislativa apunta a la forma y al modo en que el afectado puede pedir la rectificación, y no a la existencia de tal potestad, tal cual lo ha remarcado la Corte Interamericana en el asunto aludido.

La doctrina argentina, si bien no es unánime, en su mayoría⁽²¹⁾ considera que por regla⁽²²⁾ la Convención Americana sobre Derechos Humanos es *self executing*.

c) Actualización de la antigua postura de la Corte Suprema de la Nación

En el caso “Ekmekdjian v. Sofovich”, fallado el 7/7/1992, JA 1992-III-199, la Corte por mayoría varió su criterio con respecto al derecho de réplica, sosteniendo ya entonces que el mismo resulta operativo, pese a que el art. 14.1 del Pacto lo remite a la ley.

Dicho pronunciamiento sentó, a partir de aquella época, una serie de importantes pautas relativas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos destacando, por ejemplo, que la interpretación de la Convención de marras debe hacerse conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, añadiendo que “entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir con el Pacto de San José de Costa Rica respecto del derecho de rectificación y respuesta deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales”.

También se puso de relieve en el mencionado decisorio, que procede el recurso extraordinario en el caso en que se cuestione la inteligencia del art. 33 CN y del art. 14 del mencionado Tratado.

Quedó en claro en ese fallo que independientemente del carácter operativo o programático de sus normas, el

(19) Voto del Dr. Fayt, JA 1986-III-16/7 y LL 1986-C-417.

(14) Jiménez De Aréchaga, *Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, ISBN/ISSN/DL: 978-84-309-0837-0.

(15) Pese a ello en el dictamen preliminar presentado por el ex Consejo para la Consolidación de la Democracia, tendiente a modificar la Constitución, se insistió –equivocadamente, a nuestro modo de ver– en que el actual art. 27 debía mantener su redacción, en el sentido de que el Derecho Internacional esté en una grada inferior a la Carta Magna, contrariando así el sistema moderno perfilado en las nuevas Constituciones. Caso S.A. Quebrachales Fusionados v. Capitán, armadores y dueños de vapor nacional Águila, publicado en Fallos, 150:84 o JA 26-872.

(16) Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos...*, ob. cit., Tomo I, cap. VII. Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, ob. cit., Tomo I, p. 193.

(17) Caso S.A. Quebrachales Fusionados v. Capitán, armadores y dueños de vapor nacional Águila, publicado en Fallos, 150:84 o JA 26-872.

(18) Campillay, Julio v. La Razon y otros, del 15/5/1986, publicado en JA 1986-III-12 y LL 1986-C-411, comentado por Atilio A. Alterini y Aníbal Filipini, bajo el título *La responsabilidad civil derivada de la difusión de noticias inexactas: acto ilícito o acto abusivo*.

(20) Decidido el 9/6/1987, y publicado en JA 1988-I-543 y LL 1987-D-333, comentado por Fernando Barrancos y Vedia, con el título *La Corte Suprema de Justicia y la operatividad de las normas del Pacto de San José de Costa Rica en el orden jurídico interno*.

(21) Ekmekdjian, Miguel Á., *El derecho a la dignidad. La libertad de prensa y el derecho de réplica*, en LL 1987-C-139, ídem Albanese, ob. cit., ps. 975 y ss.; ídem Gutiérrez Posse, Hortensia D. T., *Los derechos humanos y las garantías*, ob. cit., ps. 55 y 56, entre otros. Morello, por su parte, estima que “al igual que el amparo en su época fundacional, es posible, de modo directo, el ejercicio de tal defensa imprescindible para el afectado, sin encasillar el registro del Pacto en este aspecto, en lo meramente programático” [ver Prólogo que el citado autor hizo a la obra de Ballester, Elicel C., *El derecho de respuesta. Réplica. Rectificación*, Astrea 1987, p. 20; ídem, mismo publicista: *El Pacto de San José de Costa Rica y su influencia en el Derecho argentino (en torno a algunas parcelas)*, ED 135-888.

(22) Bidart Campos estima que el art. 14.1 de la Convención no es autoejecutable, porque la misma norma remite a la ley (véase nota de fallo ED 119-375). Dicho autor añade que cuando un Estado no dicta las cláusulas programáticas produce una violación por omisión (véase, de ese publicista, *Algunas reflexiones sobre las cláusulas económicas y el control de constitucionalidad*, en Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, Buenos Aires, 1978, n. 2, p. 54).

Pacto integra el ordenamiento jurídico argentino (art. 31 CN) y que –esto es muy importante– al mismo *le resulta aplicable la presunción de operatividad de sus normas sin necesidad de disposición legislativa alguna*.

En otra antigua sentencia dictada por dicho Alto Tribunal⁽²³⁾ se mantuvieron los criterios emitidos en el caso antes citado, remarcándose, por ejemplo, que el Pacto *sub examine* es operativo en base a la presunción de operatividad que tienen los Tratados sobre Derechos Humanos. Se expresó, allí también, que el art. 13 de la Convención aludida –que impone la libertad de pensamiento y de expresión– es *self executing* en base a la presunción de operatividad que poseen los documentos sobre derechos humanos.

En síntesis, conviene reiterar que –hace ya algunos años– la Corte le ha dado una especial preponderancia a la Convención de Costa Rica, poniendo énfasis en que –por ejemplo– el derecho de rectificación y respuesta –entre otros– es operativo; cambiando su postura anterior, que consideraba que dicha prerrogativa era programática, en la medida en que una ley argentina no le diera cabida.

Puntualizó también que la interpretación del Convenio de San José debe hacerse de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana; como asimismo que a ese instrumento internacional le resulta aplicable la presunción de operatividad de sus normas “sin necesidad de disposición legislativa alguna”.

Destacó además el más alto organismo jurisdiccional de la Nación que las reglas de Derecho interno deben interpretarse de consuno con las exigencias del Pacto⁽²⁴⁾.

Se remarcó, a la par, que el Convenio de cita es *self executing* en base a la presunción de operatividad que tienen los Tratados sobre temas humanos⁽²⁵⁾; como así mismo que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados le da primacía al Derecho Internacional convencional (Tratados sobre el Derecho interno)⁽²⁶⁾.

C. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la reforma de 1994

La reforma aquí analizada al atribuirle a los Tratados un valor constitucional sirvió –como vimos– como una plataforma de lanzamiento para incorporar a nuestro ámbito el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ya tenía un desarrollo fundamental y progresivo en general, en el campo internacional y regional. Lo cierto es que, con anterioridad a la reforma, nuestro país había ratificado, entre otros documentos, la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre, nacida en el año 1969 (llamada Pacto de San José de Costa Rica), ratificada mediante la ley 23.504 del año 1983. Este Tratado fundamental para el esquema interamericano –quizá el más trascendente– enumeró una serie de derechos protegidos (arts. 4º a 23) y en particular reguló dos cuerpos de protección, uno preexistente, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante, la CIDH); y el otro allí creado, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH).

Esos dos organismos han dictado una serie de pronunciamientos, especialmente la Corte, que le dieron tal altitud a la materia aquí estudiada al punto de haber generado decisiones impensables, como por ejemplo la obligatoriedad de sus pronunciamientos en el Derecho interno, que influyeron notoriamente en el país a tal punto que fueron la base argumental para que nuestra Corte Suprema Nacional decretara, por ejemplo, la nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, etc. En este orden de ideas, vale reiterar⁽²⁷⁾ que modernamente ha visto la luz lo que se ha dado en llamar –tal cual vimos– el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, como una rama del Derecho Internacional clásico, que tiene como objeto la protección y promoción de las libertades fundamentales del hombre.

Se trata –según veremos– de una nueva disciplina que posee ciertas características que la diferencian de su rama ancestral, tales como la posibilidad de que el ser humano reclame *per se* ante los órganos metanacionales, siendo el Estado el legitimado pasivo. Todo desde una perspectiva

distinta, ya que los Tratados sobre Derechos Humanos se distinguen de los tradicionales, pues en los aquí referidos –como anticipamos–, el hombre es sujeto de derecho, mientras que en los otros solamente los Estados tienen esa condición.

Es dable remarcar las particularidades de la materia examinada. En efecto, aquí el individuo aisladamente (o en grupos) es considerado sujeto del Derecho Internacional. Como consecuencia de todo ello se ha producido una *positivación de sus prerrogativas*, en Declaraciones, Convenciones y Tratados; y en paralelo –vale la pena reiterarlo– se ha logrado la promoción y protección de esas posturas inalienables a través de órganos especializados ya referidos creados a estos efectos. Conviene reiterar que la Carta de la ONU constituyó el primer intento serio y abarcador que se ocupó de la protección y de la promoción de los derechos del hombre en el cuadrante internacional, puesto que para la Liga de las Naciones dicha temática era una cuestión de Derecho interno en la cual no podría interferir ningún Estado. Tal tendencia se consolidó con los Pactos Internacionales de las Naciones Unidas de 1966.

La plataforma compuesta por la Carta de la ONU, la Declaración Universal y los dos Pactos de la ONU de 1966 ha servido de basamento para la puesta en funcionamiento de otros documentos internacionales de gran importancia, como por ejemplo los incorporados por la reforma constitucional de 1994 que estamos analizando (art. 75 inc. 22). En este orden de pensamiento no tenemos que perder de vista que la adopción de los Pactos de 1966 impuso la modalidad de los “informes periódicos”, producidos por los distintos comités de expertos, justamente para asegurar el acatamiento de estas prerrogativas fundamentales⁽²⁸⁾. Luego se fue avizorando una tendencia hacia la regionalización en este campo, primero en Europa occidental, y posteriormente en América y en África, que terminó por conformar este cuadro de situación que es siempre cambiante y progresivo⁽²⁹⁾.

D. Internacionalización de los Derechos Humanos

Vimos ya en forma sucinta los antecedentes remotos de los fenómenos de “internacionalización” y de “universalización” –que fueron la base, en este tema, de nuestra reforma constitucional que aquí comentamos–; y que en el área de los Derechos Humanos tuvieron su epicentro a partir de la Carta de la ONU. Desde entonces han ido tomando consistencia un conjunto de normas jurídicas y de principios fundamentales, que se denomina *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, y que nacieron como consecuencia de la limitación de la soberanía de los gobiernos, a favor de las prerrogativas de la Humanidad.

A causa de ello se ha mutado –por ejemplo– el concepto de “Intervención”, ya que los Informes (o pronunciamientos) de las entidades internacionales especializadas no son considerados como intromisión en los asuntos domésticos. El reconocimiento de los Estados del coto que significan los derechos del hombre es ahora una obligación internacional que deben asumir, respondiendo todo ello a la doctrina de la mediatización del Derecho Internacional (subsidiariedad), ya que para cumplir con su función necesita de la colaboración de los gobiernos.

Por último, convengamos en que esta oleada de internacionalización no es hoy una fantasía, ya que ha llegado a un importante grado de efectividad, por supuesto dentro de la relatividad que este tipo de protección puede proporcionar.

Sintetizando, podemos reiterar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha tenido una importantísima doble influencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁽³⁰⁾ ya que, por un lado, puso en marcha un control metanacional, que ha abierto las puertas al explosivo instituto del control de convencionalidad, y, por otro, incorporó un conjunto de Derechos protegidos, que son *self executing*. Habiéndose generado a partir de todo ello un nuevo Derecho Transnacional sustancial (Tratados, *ius cogens* y jurisprudencia de la Corte IDH) y procesal (Estatutos y Reglamentos tanto de la Corte y de la Comisión), todo ello realizado por la reforma constitucional al darles a los Tratados sobre Derechos Humanos jerarquía constitucional.

(23) *In re* Servini de Cubría, María R. s/ amparo, del 8/9/1992, JA 1992-IV-18.

(24) *In re* Servini de Cubría, voto del Dr. Barra.

(25) *In re* Servini de Cubría.

(26) Caso Ekmekdjian v. Sofovich ya citado (aps. 17 a 19) (JA 1992-III-199).

(27) Hitters y Fappiano, ob. cit., T. I, Vol. 1, página 404 y siguientes.

(28) Hitters y Fappiano, ob. cit., T. I, Vol. 1, pág. 331.

(29) Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos*, ob. cit., Tomo II, págs. 314-319.

(30) Sobre mi postura en esta temática, puede verse la *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, págs. 2822, 2830, 2831, 2833, 3139 a 3149.

II. Particularidades de la reforma de 1994. Jerarquía constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos

A. Generalidades. La Constitución internacionalizada

La Comisión de Integración y Tratados Internacionales de 50 miembros⁽³¹⁾ se ocupó de esta problemática, tanto en el Dictamen de la Mayoría como en el Dictamen de la Minoría⁽³²⁾. En la Sesión 3ª Reunión 22A (del 2 de agosto de 1994) y en la Sesión 3ª Reunión 23A (del 3 de agosto de 1994)⁽³³⁾, referidas al inc. I del art. 3º de la ley 24.309, al abordar el que sería el nuevo art. 75 inciso 22 (antiguo art. 67 inc. 19), el *Dictamen de la Mayoría* propuso el siguiente texto: “Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados tienen jerarquía constitucional, y los derechos, libertades y garantías que consagran se presumen operativos. Solo podrán ser denunciados con la mayoría de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara. Los derechos, libertades y garantías consagrados por esta Constitución, los Tratados Internacionales, la legislación y las demás disposiciones del derecho interno se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados. En todos los casos se aplicará la norma de tutela más favorable”⁽³⁴⁾.

Aunque el texto final de la Convención no salió aprobado exactamente igual al sugerido por la Comisión de Tratados, lo cierto es que ésta propuso la jerarquía constitucional de los documentos sobre Derechos Humanos, sin enumerarlos. También se enfatizó en esa Comisión que este tipo de instrumentos deberían interpretarse sobre la base del principio *pro homine* (ello se infiere del art. 29 de la CADH), criterio que fuera adoptado por la Corte IDH, donde señaló que estos instrumentos supranacionales desde la perspectiva hermenéutica deben estar acordes con la jurisprudencia de ese órgano jurisdiccional interamericano⁽³⁵⁾, en la medida en que el Derecho interno no sea más favorecedor⁽³⁶⁾.

B. Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos enumerados en el art. 75 inc. 22

El art. 75 inc. 22 elencó los siguientes documentos (aunque no todos son “Tratados” en sentido estricto): 1) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁽³⁷⁾; 2) Declaración Universal de Derechos Humanos⁽³⁸⁾; 3) Convención Americana sobre Derechos Humanos⁽³⁹⁾; 4) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo⁽⁴⁰⁾; 5) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁽⁴¹⁾; 6) Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio⁽⁴²⁾; 7) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁽⁴³⁾;

(31) Véase *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, pág. 2828.

(32) Véase *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, pág. 3841 y siguientes.

(33) *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, páginas 1815/2926 y 2927/2944 y 2947/3090.

(34) *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, pág. 3842. Respecto del Dictamen de la Minoría, véase pág. 3850 y ss.

(35) Véase Corte IDH, Caso Gelman c. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, y en especial el Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

(36) Para conocer las opiniones de los distintos convencionales sobre el particular, véase *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, páginas 3094 a 3174.

(37) Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.

(38) Adoptada y proclamada por la resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

(39) Suscripta en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Ratificada por la República Argentina por ley 23.054. Sancionada: Marzo 1º de 1984. Promulgada: Marzo 19 de 1984.

(40) Suscripto en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 16 de diciembre de 1966. Ratificado por la República Argentina por ley 23.313. Sancionada: Abril 17 de 1986. Promulgada: Mayo 06 de 1986.

(41) Suscripto en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Ratificado por la República Argentina por ley 23.313. Sancionada: Abril 17 de 1986. Promulgada: Mayo 06 de 1986.

(42) Aprobada por la III Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948. Ratificada por la República Argentina por el dec.ley 6286/1956.

(43) Suscripta en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 13 de julio de 1967. Ratificada por la República Argentina por ley 17.722 [26 de abril de 1968].

8) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer⁽⁴⁴⁾; 9) Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes⁽⁴⁵⁾ y 10) Convención sobre los Derechos del Niño⁽⁴⁶⁾.

III. Los Derechos Humanos y los órganos interamericanos

A. Obligación de los Estados de cumplir los Tratados y los fallos de la Corte Interamericana⁽⁴⁷⁾

La constitucionalización de los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos enumerados en el art. 75 inc. 22, y los que luego alcanzaron esa condición, produjo importantes efectos en el Derecho interno argentino.

Ello así considerando el “diálogo” que se viene dando entre los órganos jurisdiccionales domésticos, y los cuerpos del sistema (la CIDH y la Corte IDH). Y esto no solo en nuestro país sino en todo el ámbito del Pacto de San José de Costa Rica; ya que los decisorios de los dos cuerpos citados han generado una verdadera “casación interamericana”, uniformando las pautas de interpretación para más de 500 millones de personas.

Se parte de la base de que en principio ninguna actuación de cualquiera de los tres Poderes del Estado puede resultar contraria a lo expresado en los Tratados y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, y como consecuencia de ello los países deben respetar la jurisprudencia del Tribunal regional antes aludido (art. 27 de la Convención de Roma sobre el Derecho de los Tratados), pues de lo contrario se origina la responsabilidad internacional del Estado, conforme a los arts. 1º.1 y 2º del Pacto de San José.

La Corte IDH ha dejado en claro desde siempre que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones domésticas, sino que su tarea es la de inspeccionar si los países han violado o no las Convenciones sujetas a su competencia⁽⁴⁸⁾, ya que como antes señalamos, el Derecho Internacional *es subsidiario*, lo que significa que solo actúa en la medida en que las autoridades internas hayan violado un Tratado Internacional (art. 46.1º.a de la CADH).

Por ello ha establecido –sin entrometerse en las jurisdicciones locales– que una sentencia con carácter de cosa juzgada de los jueces domésticos “(...) tiene que ser necesariamente cumplida debido a que en ella se adopta una decisión de forma definitiva, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto, y tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad. Ante este tribunal [agregó], eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando ésta afecta derechos de individuos protegidos por la convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada”⁽⁴⁹⁾. En ese mismo sentido ha añadido que solo circunstancias excepcionales pueden conducir a que el cuerpo supranacional “(...) deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos”⁽⁵⁰⁾.

(44) Aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980. Ratificada por ley 23.179. Sancionada: Mayo 8 de 1985. Promulgada: Mayo 27 de 1985.

(45) Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, y aprobada por la República Argentina mediante la ley 23.338. Sanción: 30/07/1986. Fecha de Promulgación: 19/08/1986.

(46) Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989. Aprobada por la República Argentina mediante la ley 23.849. Sancionada: Setiembre 27 de 1990. Promulgada de hecho: Octubre 16 de 1990.

(47) Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos*, ob. cit., Tomo II, pág. 246.

(48) Como bien apunta el ahora fallecido Juez Cançado Trindade, no se trata en verdad de “revisar” las sentencias de los tribunales domésticos, sino de una función más importante e imprescindible dentro de un mecanismo que se jacta de ser protector de los derechos humanos, puesto que la Comisión y la Corte, como únicos órganos de supervisión, pueden y deben determinar la compatibilidad o no con el Pacto de San José de cualquier acto u omisión en que incurran los Estados, a través de algunos de sus poderes, órganos o agentes (Albar, Germán y Cançado Trindade, Antonio, *Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos*, en *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Cox Editores, Costa Rica, 1998, pág. 584).

(49) Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros c. Perú, Sentencia de 7 de febrero de 2006, párr. 167.

(50) Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 198; Corte IDH, Caso Palamara Iribarne c. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 121.

B. Efectos de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Valor vinculante

Conviene reiterar que ese Tribunal internacional ha sentado la postura en el sentido de que, por regla, él no se ocupa de modificar en forma directa el Derecho interno, ya que su misión consiste en “inspeccionar” –a través del control de convencionalidad– si el Estado acata “o no” los Pactos internacionales; y, por ende –repetimos–, no se convierte en una “cuarta instancia”.

También importa considerar en este *racconto* sobre la influencia de la reforma constitucional de 1994 en el Derecho interno, que los fallos que la Corte IDH dicta son obligatorios para los Estados *que han sido parte en el pleito* (arts. 62.3 y 68.1). La duda aparece cuando se pretende saber si originan una especie de “doctrina legal” de aplicación, digamos, “obligatoria”, para los países signatarios. Convergamos en que esta problemática posee ciertas aristas rebeldes.

En este orden de pensamiento resulta preciso acotar que el postulado de la buena fe impuesto por el art. 31.1° de la Convención de Viena, dispone que si un Estado firma un Tratado internacional –particularmente en el ámbito de los Derechos Humanos–, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes⁽⁵¹⁾.

Aunque es importante señalar que ninguna norma del Pacto de San José le da el carácter vinculante, es decir *erga omnes*, para los países que no participaron en el pleito.

Por ello, para resolver este *desideratum* es preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados que reinan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁽⁵²⁾.

Surge –a nuestro modo de ver–, de tal análisis –como plataforma general–, que en principio existe por lo menos una *vinculatoriedad moral y también jurídica* de acatamiento, ya que el incumplimiento de los Tratados y de las directivas del Tribunal de San José impone –como ya dijimos– la responsabilidad internacional del Estado en cualquiera de sus tres Poderes (arts. 1°.1 y 2° del Pacto de San José). Visto este planteo desde la perspectiva internacional, la Corte IDH siempre ha considerado vinculantes sus fallos con respecto a los países participantes en el litigio internacional (es decir, los que han sido parte en el pleito), empero no hace mucho ha venido sentando el postulado de que esa consecuencia también se extiende a los países adherentes a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque no hayan participado en el litigio.

Hace ya algún tiempo la Corte IDH, refiriéndose al Derecho interno peruano y a partir de los casos “Barrios Altos”, “El Tribunal Constitucional de Perú” y especialmente en “La Cantuta” (entre otros)⁽⁵³⁾, había parado mientes en señalar los efectos *erga omnes* de sus fallos no solo para el asunto concreto, sino para todo el Derecho doméstico de un país, aun fuera del asunto juzgado⁽⁵⁴⁾.

El Tribunal Constitucional peruano tomó nota de los efectos atrapantes de los decisivos de marras diciendo que la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza solo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la Cuarta Disposición Final y Transitoria CDFT de la Constitución y el art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso.

En el caso “La Cantuta”, había expresado que “(...) de las normas y jurisprudencia de derecho interno analizadas, se concluye que las decisiones de esta Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes y que, por ende, la sentencia dictada en el caso ‘Barrios Altos’ está plenamente incorporada a nivel normativo interno. Si esa sentencia

fue determinante en que lo allí dispuesto tiene efectos generales, esa declaración conforma *ipso iure* parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa sentencia”⁽⁵⁵⁾.

Por ende, vale la pena recordar que tanto en “Barrios Altos”, como en los casos “Tribunal Constitucional de Perú” y en “La Cantuta”, ya referidos, y en otros posteriores, la Corte IDH se comportó como un Tribunal Constitucional anulando –indirectamente– las leyes de amnistía, con efecto *erga omnes*⁽⁵⁶⁾. Obsérvese cómo dicho organismo interamericano había “amplificado” notablemente su tradicional doctrina legal, sosteniendo a partir de allí que la vinculatoriedad de sus pronunciamientos no se agota en su parte resolutive (que vale para el caso particular), sino que se multiplica expansivamente (valga la redundancia), a los fundamentos del fallo, obligando a los tres Poderes del Estado para la generalidad de los casos similares.

La duda aparece –también lo expresamos con anterioridad– cuando se pretende saber si sus fallos originan una especie de “doctrina legal” para todos los casos similares, en cualquiera de los países signatarios del Pacto de San José.

En este orden de pensamiento resulta preciso reiterar que el postulado de la buena fe impuesto por el art. 31.1 de la Convención de Viena, dispone que si un Estado firma un Tratado internacional –particularmente en el ámbito de los Derechos Humanos–, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes (arts. 1°.1 y 2° de la CADH). Empero, lo cierto es que –como ya quedó dicho– ninguna norma del Pacto de Costa Rica le da en forma expresa el carácter extensivo, válido para todos los asuntos a los decisivos de la Corte IDH. Salvo –reiteramos–, para el caso concreto (arts. 62 y 68 del Pacto de San José).

Por ello, para resolver este *desideratum* es preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados que reinan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Corte Interamericana. Este cuerpo en tiempos no tan lejanos ha abordado nuevamente la problemática del efecto vinculante –*erga omnes*– de sus pronunciamientos.

En efecto, el 20 de marzo del año 2013, en la Supervisión del caso “Gelman c. Uruguay”, donde a nuestro modo de ver dio un paso más, y llegó a la conclusión de que sus fallos son también obligatorios para los Estados que “no fueron parte”, con lo que finalmente terminó por reducir al mínimo lo que se ha dado en llamar el “margen de apreciación nacional”.

En el asunto de marras el excelente Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot⁽⁵⁷⁾ explica este tema al votar en la Supervisión de Cumplimiento del expediente “Gelman c. Uruguay” –ya nombrado–, reiterando lo dicho por sus colegas, añadiendo –con profundidad– sus propias argumentaciones. Alude a la eficacia objetiva de la sentencia interamericana “como norma convencional interpretada” con una vinculación indirecta *erga omnes*, esto es, como estándar interpretativo mínimo de la efectividad de la norma convencional, siguiendo en parte algunos basamentos del ex presidente del Tribunal, Antônio Augusto Cançado Trindade, para referirse al efecto de los fallos de la Corte en asuntos en los que el Estado no fue parte del pleito.

El Voto Razonado aludido pone de relieve la proyección de la eficacia hermenéutica *erga omnes* que tiene la sentencia con respecto a todos los Estados que se han plegado al sistema interamericano. Ello significa –dice– que la totalidad de las autoridades domésticas deben aplicar no solo el principio convencional –que surge del Tratado–, sino la norma convencional interpretada (*res interpretata*)⁽⁵⁸⁾.

(51) Gozaíni, Osvaldo, *Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno*, en Roberto Berzonca, Juan Carlos Hitters y Eduardo Oteiza (coords.), *El papel de los Tribunales Superiores. Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 307.

(52) Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos*, ob. cit., Tomo II, pág. 256.

(53) Corte IDH, Casos: Barrios Altos c. Perú (Sentencia de 14 de marzo de 2001); La Cantuta c. Perú (Sentencia de 29 de noviembre de 2006) y Tribunal Constitucional c. Perú (Sentencia de 31 de enero de 2001). Ídem Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros c. Panamá (Sentencia de 28 de noviembre de 2003).

(54) Corte IDH, Casos: Barrios Altos c. Perú (cit.); La Cantuta c. Perú (cit.) y Tribunal Constitucional c. Perú (cit.).

(55) Caso La Cantuta c. Perú (cit.), párr. 186, citando el caso Barrios Altos c. Perú (cit.). Dichas pautas fueron aplicadas desde antiguo en Argentina por la CSN en varios casos, entre los que podemos citar: Hagelin, Ragnar Erland c. Estado Nacional. Fallos, 316:2176 [1993] y 326:3268 [2003], voto del Dr. Fayt, párr. 7 y voto del Dr. Boggiano, párr. 4.

(56) Repárese en la similitud que tienen dichos precedentes con lo actuado, por ejemplo, por la CSN en el caso “Simón” (Corte Suprema Nacional, “Simón, Julio H. y otros”, sent. 14 de junio de 2005, La Ley, 2005-C, 845).

(57) Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 20 de marzo de 2013, Caso Gelman c. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párrs. 42 y 43, ya citado.

(58) Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso Gelman c. Uruguay, cit., párr. 43.

Esto es –valga la redundancia– la hermenéutica que de la misma ha hecho la Corte IDH (art. 62.1 CADH) que resulta atrapante (arts. 1º.1 y 2º CADH). Además, el citado sufragio habla de la “efectividad mínima” como piso de marcha del modelo, ya que el art. 29 del Pacto de San José señala que si en el ámbito interno surge una protección mayor (es decir, más eficaz), debe ponerse en juego el esquema local y no el internacional.

Queda claro entonces que esos decisorios originan –en principio– efectos no solamente para el país condenado (vinculación “directa”, interpartes), sino también hacia los Estados que no intervienen en el pleito internacional (vinculación “relativa”, *erga omnes*), pero solo en la medida de la norma interpretada, no así en la totalidad del fallo. Salvo que no exista –ya lo dijimos– una interpretación local más favorable al ser humano en cuya hipótesis vale la más ventajosa (art. 29 CADH). En suma, según este elevado criterio –que compartimos–, las sentencias del Tribunal Interamericano originan dos tipos de consecuencias, a saber: una de vinculación “directa” –y obligatoria– para el país condenado (arts. 62 y 68 CADH); y otra de vinculación “relativa” –*erga omnes*– para todos los miembros del modelo interamericano, que no participaron del proceso⁽⁵⁹⁾.

IV. Conclusiones. Un avance de la reforma de 1994 y el control de convencionalidad

La irrupción de los Tratados sobre Derechos Humanos ha producido una verdadera revolución tanto en el sistema europeo como en el interamericano y en el africano, puesto que la Corte regional con sede en Costa Rica en un desarrollo progresivo ha llegado a la conclusión de que ella debe efectuar aun de oficio⁽⁶⁰⁾ una inspección sobre las actividades de los tres Poderes del Estado a los efectos de averiguar si en el ámbito doméstico se han violado los Tratados sobre Derechos Humanos. A tal punto que ha condenado a varios países, entre ellos al nuestro⁽⁶¹⁾, por infringir este postulado.

No nos debe pasar inadvertido que, como antes hemos puesto de relieve, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es de esencia subsidiaria, por lo que la obligación primaria de los jueces y órganos del Estado es efectuar ellos mismos esta revisión de convencionalidad (control primario) y en su caso descartar o inaplicar las normas internas que infrinjan los Pactos internacionales.

Y esta tarea no solamente deben llevarla a cabo los jueces sino también el Poder Ejecutivo y a la par el propio Parlamento, que tiene el deber de no dictar preceptos violatorios de los Tratados⁽⁶²⁾. Tal cual vimos, la reforma de 1994 implicó un trascendente avance en el Derecho argentino ya que, si bien el texto final se apartó en alguna medida de los Dictámenes de la Mayoría y de la Minoría, lo cierto es que su gran mérito ha sido, por un lado, incorporar a la Carta Magna la cuestión de los Tratados sobre Derechos Humanos, y, por otro, darle linaje constitucional.

En efecto, el art. 75 inc. 22 –tal cual lo adelantamos– enumera once documentos y les otorga jerarquía constitucional privilegiada, y en su parte final permite la anexión de nuevos instrumentos de esta naturaleza, imponiendo a las Cámaras Legislativas una Mayoría de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara⁽⁶³⁾. El art. 31 de la Carta Magna anterior aludía a los Tratados en general, a

su vez, el art. 27 disponía que los mismos debían estar en conformidad con los principios del Derecho Público establecidos en la Constitución. Pese a que tales normas que están vigentes (pertenecientes a la Primera Parte de dicha regla fundamental) luego de la reforma de 1994 han sido reinterpretadas de alguna manera, en concordancia con el art. 75 inc. 22 actual y con el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el sentido de que no permiten invocar ninguna regla nacional para incumplir un Tratado.

La actual redacción cambia sustancialmente el sistema de fuentes del orden público argentino, ya que –a través del art. 75 inc. 22– se incorpora un conjunto de reglas convencionales internacionales que permean en los andariveles del antiguo modelo⁽⁶⁴⁾, y de esa forma entran en el torrente jurígeno argentino. Podemos hablar sin ambages de “Tratados constitucionalizados” o de la “Constitución internacionalizada”. La reforma les da identificación propia y una jerarquía suprema.

Por ello, a partir de entonces, nuestro país quedó en mejor posición para poner en marcha en el campo doméstico todo el desarrollo previo sobre la protección de los Derechos Humanos que se había gestado en el ámbito europeo y en particular en el interamericano. En este último sector, obligando a los organismos jurisdiccionales a permear la valiosísima jurisprudencia emitida por la Corte IDH y también por la Comisión IDH. A ello se fue acoplado el formidable instrumento del control de convencionalidad, que permitió –e impuso– a los organismos del Estado llevar a cabo una “inspección” comparativa entre los Tratados y las normas domésticas a los fines de darles prioridad al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

La constitucionalización de los Derechos Humanos y la interpretación de los órganos interamericanos han generado cambios trascendentales en el modelo continental, como por ejemplo la modificación de la Carta Magna de Chile a raíz de la sentencia del caso “Olmedo Bustos”⁽⁶⁵⁾ sobre la libertad de expresión (art. 13 CADH), y también la reforma de la Constitución mexicana como consecuencia del fallo de la Corte IDH en el caso “Radilla Pacheco” (sentencia del 23 de noviembre de 2009). Allí se condenó a ese país por la violación de varios derechos consignados en la CADH, el Tribunal mandó a reformar el art. 57 del Código de Justicia Militar referente a la imposibilidad de juzgar a los civiles en dicho fuero (párrs. 277 y 300). Y posteriormente, cuando llevó a cabo la Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia (Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19/05/2011), insistió en la necesidad de concluir las modificaciones legislativas ordenadas⁽⁶⁶⁾.

Tal apertura ha implicado que esa Nación reformara luego su propia Carta Magna Nacional⁽⁶⁷⁾, incluyendo en su artículo 1º la problemática de los Derechos Humanos. A su vez, la Suprema Corte de ese país, al analizar el pronunciamiento condenatorio, aceptó el control difuso de “constitucionalidad” –que antes era concentrado– y de paso también la inspección difusa de “convencionalidad”⁽⁶⁸⁾.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - LEY - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - PODER JUDICIAL - DERECHO CONSTITUCIONAL - PROCESO JUDICIAL - CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - TRATADOS Y CONVENIOS - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA - DERECHO COMPARADO - DERECHOS HUMANOS - PODER EJECUTIVO - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

(64) Pizzolo, Calogero, *La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal*, en *La Ley*, Buenos Aires, 2006 D, p. 1023.

(65) Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) c. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001.

(66) Corte IDH, Caso Radilla Pacheco c. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia (cit.). Resolución de 19 de mayo de 2011, párr. 58. 2. c), dijo allí que el país debía “adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el art. 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (punto resolutivo décimo y Considerandos 20 a 22)”.

(67) Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *El caso Castañeda Gutman ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, 2009, UNAM-Porrúa.

(68) De ello resulta –según lo entiendo– que ahora todos los jueces de México deben inspeccionar la compatibilidad de las leyes internas, con las de la CADH en los asuntos en los que están involucrados.

(59) Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso Gelman c. Uruguay, cit., párr. 67.

(60) Véase Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124; Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

(61) Véase Corte IDH, Caso Cantos c. Argentina, Sentencia de 28 de noviembre de 2002; Corte IDH, Caso Forneron e hija c. Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012; Hitters, Juan Carlos, *Control de Convencionalidad. ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los Tribunales Superiores de los países? (El caso Fontevecchia vs. Argentina)*, Estudios Constitucionales, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 533-568, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Santiago, Chile, entre otros.

(62) Véase Corte IDH, Caso Gelman c. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, cit., párr. 46, 59, 95. Ídem Hitters, Juan Carlos, “Un avance en el Control de Convencionalidad. El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana”, ob. cit.

(63) El art. 75 inc. 22 menciona los tratados y declaraciones de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional, y que solo pueden ser denunciados previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Es decir, al mismo tiempo que les brinda la misma jerarquía que la Constitución, prevé que mayorías especiales de las Cámaras pueden habilitar que el Poder Ejecutivo los denuncie y, por ende, que pierden dicha jerarquía (véase Ibarlucía, Emilio, *Reflexiones sobre el sistema de la reforma constitucional argentino*, *La Ley* 13/9/2017).

A 30 años de la Reforma Constitucional de 1994. La autonomía municipal, garantía institucional, en el orden económico y financiero

por HUGO N. PRIETO

Sumario: 1. AUTONOMÍA. – 2. LA AUTONOMÍA MUNICIPAL EN LA CONVENCION CONSTITUYENTE DE 1994. – 3. LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL. – 4. LOS ÓRDENES DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL. – 5. LAS FACULTADES LEGISLATIVAS. – 6. EL DERECHO PÚBLICO MUNICIPAL. – 7. LA AUTONOMÍA MUNICIPAL EN EL ORDEN ECONÓMICO Y FINANCIERO. 7.1. EN LA CONVENCION CONSTITUYENTE. 7.2. PRECISIONES. 7.3. POTESTAD TRIBUTARIA DE LOS MUNICIPIOS. 7.4. LÍMITES INVASIVOS DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL. 7.4.1. La interpretación de la cláusula del progreso. 7.4.2. Supremacía constitucional mal entendida. 7.4.3. El derecho intrafederal. – 8. COLOFÓN.

1. Autonomía

1.1. Hasta la reforma de 1994, el término “autonomía” utilizado en la Constitución se relacionaba con los poderes de las provincias (artículos 5º, 121, 122 y 123), pero ahora califica a diversas instituciones, además de la municipal: la ciudad de Buenos Aires, las universidades nacionales, la Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público; así, el concepto de autonomía a partir del texto constitucional de 1994 ha dejado de ser unívoco⁽¹⁾: respecto de la Auditoría General, Defensor del Pueblo y Ministerio Público, la autonomía es acotada a lo “funcional”, y solo respecto de los municipios, ciudad de Buenos Aires y universidades nacionales se refiere a su estricto significado.

1.2. Autonomía es, en su primera acepción, “Potestad que dentro de un Estado tienen municipios, provincias, regiones u otras entidades, para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios”⁽²⁾. Luego, “el concepto de autonomía en cuanto tal solo invoca con seguridad la

cualidad de un sujeto consistente en su capacidad de autorregulación o autodeterminación (abstracción hecha del origen, fundamento y alcance de la misma). Cualquier ulterior precisión no puede hacerse ya derivar del concepto mismo, sino de los términos y condiciones de su empleo en el seno de un ordenamiento concreto”⁽³⁾.

1.3. Así, “conscientemente o no, se igualó desde cierto ángulo y con enorme trascendencia esa autonomía municipal a la autonomía que gozan las provincias en los términos del art. 121 y concs. de la C. N. [...] La autonomía en un estado de derecho federal importa y significa siempre, necesariamente y sin excepciones, un cupo de capacidad decisoria política. Esto es: autónomo, es aquel que dentro de la competencia que le corresponde en los términos de la C. N., como ella lo dice, goza de las capacidades político decisorias que las provincias se han reservado en los términos del art. 121 de la norma jurídica de base”⁽⁴⁾.

1.4. Fue conscientemente, por supuesto. No es que la imprevisión del legislador no se presume, sino que –más allá de las imperfecciones inherentes a toda obra humana– quienes integramos la Convención Constituyente –estoy seguro– tuvimos plena conciencia de las implicaciones que, previsiblemente, derivarían de su labor reformativa⁽⁵⁾.

2. La autonomía municipal en la convención constituyente de 1994

2.1. El tema de la autonomía municipal estuvo expresamente habilitado por la ley 24.309 (artículo 3º, inciso B) y, como los demás asuntos habilitados, fue considerado por la convención constituyente (solo no alcanzó a tratarse la creación del Consejo Económico y Social). En primer término, fue tratado por la Comisión del Régimen Federal, sus Economías y Autonomía Municipal y, luego, por la Comisión de Redacción⁽⁶⁾ (que podía reformular los despachos de las comisiones temáticas). Particularmente en la primera, se debatió amplia y trabajosamente el texto que trató el plenario en extensa sesión –que concluyó el 10 de agosto de 1994– en la que resultó aprobado por unanimidad y hoy es el artículo 123 de la Constitución Nacional.

2.2. Así concluyó el rico debate que –en doctrina y jurisprudencia– la precediera. La norma “cualifica el régimen municipal haciéndolo autonómico, y consecuentemente es una norma complementaria de la del artículo 5º”⁽⁷⁾.

2.3. Como miembro informante del despacho, referí expresamente la transferencia de poder que implicaba la autonomía municipal⁽⁸⁾. Las distintas jurisdicciones de

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El municipio institucionalizado*, por JUAN CARLOS LOBOS, ED, 179-945; *Provincias y municipios ante el desafío federal de la hora actual*, por NÉSTOR OSVALDO LOSA, ED, 200-615; *Federalismo vs. Globalización. Acerca del proceso de declinación de la estructura federal*, por GUIDO RISSO, ED, 201-738; *Del federalismo formal de base constitucional al centralismo informal de base social*, por ORLANDO J. GALLO, EDCO, 2003-363; *Breves cronologías del constitucionalismo y del federalismo: tiempos paralelos*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2003-534; *La reforma constitucional de 1994 y el federalismo argentino*, por ALBERTO R. ZARZA MENSAQUE, EDCO, 2004-667; *Novedades de derecho constitucional provincial: Las violaciones a la autonomía municipal en Córdoba*, por ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ, EDCO, 2006-790; *La autonomía municipal y el nuevo régimen municipal en Entre Ríos*, por JOSÉ LUIS BUSTAMANTE, EDCO, 2009-388; *Bicentenario: Cabildo y Municipio*, por NORBERTO RAMÓN MARANI, EDCO, 2010-555; *Distintas concepciones en torno a las nuevas realidades municipales*, por MARÍA GABRIELA ÁBALOS, EDCO, 2011-32; *Interpretación jurisprudencial de la autonomía municipal*, por MARÍA GABRIELA ÁBALOS, EDCO, 2013-291; *Régimen jurídico de los municipios*, por JAVIER INDALICIO BARRAZA, EDA, 2014-488; *La autonomía en el nuevo régimen municipal de Entre Ríos*, por NORBERTO RAMÓN MARANI, EDCO, 2014-531; *Federalismo y autonomía municipal: La Corte Suprema reafirma su función arquitectónica en el desarrollo constitucional argentino*, por MARÍA GABRIELA ÁBALOS, EDCO, 2015-20; *Periodicidad en la función ejecutiva. Provincias y municipios argentinos*, por MARTA SÚSANA MALDONADO, EDCO, 2917-578; *Autonomía política de los municipios: límites a las reelecciones a través de ordenanzas locales*, por MARÍA GABRIELA ÁBALOS, EDCO, 2017-289; *La importancia de la carta orgánica en la autonomía municipal. El municipio de Río Colorado como ejemplo del federalismo*, por AMPARO CASASBELLAS ALCONADA, EDCO 2018-353; *Autonomía municipal, margen de apreciación local y libertad de comercio. Interpretación jurisprudencial en el diseño federal*, por MARÍA G. ÁBALOS, El Derecho Constitucional, agosto 2021 - Número 8; *La autonomía municipal en el marco del federalismo argentino. Particular énfasis en la situación de la Provincia de Buenos Aires. Tercera parte*, por ENRIQUE LOUTEIRO, El Derecho Constitucional, Mayo 2022 - Número 5; *La autonomía financiera de los gobiernos municipales para disponer de sus recursos económicos. Análisis del caso “Banco de la Pampa c. Municipalidad de Santa Rosa”*, por GONZALO FUENTES, El Derecho Constitucional, Marzo 2024 - Número 3. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Spota, Alberto Antonio. Ensayo sobre el artículo 123 de la Constitución Nacional y la autonomía de los municipios. La Ley 2001-E, 946. Cfr. Ábalos, María Gabriela. La autonomía y el federalismo en la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994. Especial referencia a la autonomía municipal, La Ley Gran Cuyo, 2000-417.

(2) Diccionario de la lengua española. Edición del Tricentenario. Actualización 2023.

(3) Parejo Alfonso, Luciano. La autonomía local. Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica, N° 229, pág. 11.

(4) Spota, Alberto A. Ensayo sobre el artículo 123..., cit.

(5) Muchas veces leí o escuché ponerlo en duda, pero la sospecha o la crítica es injusta porque los convencionales constituyentes –de todo el espectro político– fuimos plenamente conscientes de que estábamos redactando una constitución, destinada a perdurar, independientemente de los intereses de la coyuntura de entonces. Arquitectura política constitucional por sobre lo agonal de la política cotidiana.

(6) Tuve el alto honor de integrar ambas, siendo casi el benjamín de la Convención Constituyente.

(7) Convencional Rosatti (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente; 28º Reunión - 3º Sesión Ordinaria (Continuación); pág. 3847.

(8) “Indudablemente está enmarcada en una reforma constitucional que, a mi juicio, opera en un doble sentido con relación al poder. Por un lado, en un sentido horizontal, extendiendo el poder hacia el Congreso y hacia los organismos de control que estamos creando. Por otro lado, en cuanto a la transferencia del poder, también se opera en sentido vertical, y la autonomía municipal es el ejemplo más claro a ese respecto, porque el poder queda desconcentrado ya no solamente a nivel de Nación y provincias, lo que se fortalece por este dictamen que seguramente aprobaremos, sino que incluso alcanza el ámbito municipal”; al principio, había dicho que “esto tiene vinculación con un proceso que es inherente a la democracia moderna, que es el de la descentralización o desconcentración del poder. Este proceso tiene vinculación con una necesidad de eficiencia del sistema y con una necesidad de control. En este último aspecto me estoy refiriendo al control popular o inmediato por parte de aquel ciudadano habitante de un pueblo o ciudad que con este régimen de autonomía municipal

nuestro Estado federal no ejercen la totalidad del poder público, porque la Constitución prevé, con arreglo a una distribución vertical de poderes, la participación en el ejercicio del poder de entidades territoriales de distinto rango.

2.4. Asimismo, destaqué que el régimen de autonomía municipal “de alguna forma se está inmiscuyendo en el marco de las autonomías provinciales. Esto tiene su explicación justamente en el mismo título del primer punto, es decir, reitero, el relativo al fortalecimiento del régimen federal. Si hay un avance sobre la autonomía provincial es justamente para fortalecer el régimen federal”.

2.5. El texto del artículo 123 es rotundo al prescribir que las provincias deben asegurar la autonomía a los municipios y definir el contenido de esa autonomía, que debe necesariamente explicitarse en los ámbitos institucionales, políticos, administrativos, económicos y financieros⁽⁹⁾.

2.6. Por cierto, como la cláusula constitucional cualifica al artículo 5º, ya no es posible admitir, como sucedía antes de la reforma constitucional, que la configuración del municipio –como institución necesaria– “sea atribución privativa del orden local, pudiendo escoger la provincia entre un régimen autárquico o autonómico, con las múltiples facetas que cada uno de estos puede adoptar”⁽¹⁰⁾.

2.7. Respecto del contenido y alcance, poco tiempo después, la CSJN dijo: “la Constitución admite un marco de autonomía municipal cuyos contornos deben ser delineados por las provincias, con el fin de coordinar el ejercicio de los poderes que estas conservan (arts. 121, 122, 124 y 125) con el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos de actuación mencionados por el art. 123”⁽¹¹⁾. “Al consagrar explícitamente su autonomía, el constituyente de 1994 diferenció los contenidos y los alcances de dicho status. Los contenidos son taxativos y comprenden los ámbitos institucional, político, administrativo, económico y financiero; los alcances, que conforman el variable perímetro que corresponde a cada contenido, fueron delegados a la regulación propia del derecho público provincial. La determinación de los mencionados ‘contenidos’ evita que la autonomía quede reducida a una simple fórmula literaria grandilocuente pero, en la práctica, vacía de sentido (Fallos: 341:939, considerando 6º; 343:1389); los ‘alcances’ correspondientes a cada contenido podrán tener una mayor o menor extensión, dependiendo de variados factores (cantidad de población del municipio, incidencia regional, carácter de capital provincial, etc.), pero de ningún modo podrán ser tan minimalistas como para frustrar el contenido que reglamentan”⁽¹²⁾.

podrá gestionar y controlar la gestión de sus intereses más inmediatos”. (Serán justamente las provincias las que definirán el alcance y contenido de la autonomía municipal. Pero para evitar que como bien se ha señalado con relación a otros temas la interpretación futura pueda burlar el espíritu de quienes suscribimos y de quienes aprobaremos este dictamen es necesario dar a esta cuestión alguna precisión. De allí la explicación en el sentido de que el texto constitucional se referirá a la autonomía en los órdenes institucional, político, administrativo, económico y financiero.) Véase también la intervención de la convencional Azcueta, pág. 3586.

(9) Señalé en el citado discurso: “...es necesario dar a esta cuestión alguna precisión. De allí la explicación en el sentido de que el texto constitucional se referirá a la autonomía en los órdenes institucional, político, administrativo, económico y financiero. Lógicamente, cada Constitución o, en su defecto, cada ley provincial deberá contemplar las particularidades locales para acceder al grado mayor de autonomía, que es el de municipio de convención, y que se identifica en esta reforma como de orden institucional. Es decir que cada Constitución provincial adoptará los recaudos para que los municipios de esa provincia puedan acceder al dictado de sus propias instituciones. Esto tiene vinculación, justamente, con esa descentralización del poder, que lo acerca al ciudadano y al vecino de cada una de las ciudades de la Argentina” (Diario de Sesiones, cit., pág. 3191).

(10) Del punto III del dictamen de la Procuradora General de la Nación, Dra. Graciela Reiriz, en “Rivademar” (21/3/1989, Fallos: 312:326).

(11) CSJN, 28/5/02, “Municipalidad de La Plata s/ inconstitucionalidad del decreto-ley 9111”; Fallos: 325:1249. Íd. “Intendente Municipal Capital c/ s/ amparo”, 11/11/2014, Fallos: 337:1263.

(12) CSJN, Fallos 345:61, 17/2/2022, “Recursos de hecho deducidos por la actora en las causas Municipalidad de la Ciudad Capital s/ casación”, considerando 6º. Agregó: “el margen de acción provincial en materia municipal (la definición de los alcances de los contenidos de la autonomía, en los términos del artículo 123 de la Ley Fundamental) es amplio –pues la realidad local de las distintas jurisdicciones provinciales es disímil y son ellas las que deben ponderarlo–, pero ese ámbito de maniobra debe ser ejercido siguiendo el criterio de lealtad y buena fe federal, a los que esta Corte ha adherido expresamente antes de ahora (‘La Pampa, Provincia de’, Fallos: 340:1695), otorgando ‘el mayor grado posible de atribuciones municipales’ (‘Shi, Jinchui’, Fallos: 344:1151, voto conjunto de los jueces Maqueda y Rosatti,

2.8. Luego, “las Constituciones Provinciales no pueden, bajo la apariencia de reglamentar tal autonomía, transponer los límites de lo racional y razonable para la vigencia efectiva de los municipios”⁽¹³⁾.

2.9. Por supuesto, no es posible considerar a la cláusula del artículo 123, CN, como meramente programática sino, en todo caso, como no-operativa⁽¹⁴⁾, de aplicación diferida por los órganos estatales (provinciales). Y aun considerándola programática, habrá una acción para instar su cumplimiento⁽¹⁵⁾.

3. La garantía institucional de la autonomía municipal

3.1. La autonomía municipal está protegida por una garantía institucional para su resguardo, de modo que los municipios resultan titulares de un verdadero derecho subjetivo⁽¹⁶⁾ para asegurar, como dispone la Constitución, la autonomía municipal.

3.2. La doctrina de las garantías institucionales, desarrollada por Carl Schmitt, se halla en la Ley Fundamental de Bonn⁽¹⁷⁾ y la receta ampliamente el Tribunal Constitucional de Alemania. Dice Schmitt: “mediante la regulación constitucional, puede garantizarse una especial protección a ciertas instituciones. La regulación constitucional tiene entonces la finalidad de hacer imposible una supresión en vía legislativa” y, luego de precisar la diferencia con los derechos fundamentales, que “el instituto de la autonomía queda garantizado por ley constitucional del Reich, de manera que la institución de la administración municipal autónoma como tal no puede ser suprimida, y todas las leyes que por su contenido objetivo nieguen esta administración autónoma del municipio, o arrebatan su esencia, son inconstitucionales”⁽¹⁸⁾.

3.3. La doctrina aplica también en España⁽¹⁹⁾.

3.4. El Tribunal Constitucional español, en la sentencia que trazó el perfil de la institución dijo, con palabras enteramente aplicables a nuestra autonomía municipal, que –cabe destacar– es de mayor extensión que la española: “El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un

considerando 8º). Íd., 14/2/2022 ‘Intendente de la Municipalidad de Castelli c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa (art. 322 Cód. Procesal)’, Fallos 345:22”.

(13) CSJN, Fallos 328:175, 24/2/2005, “Ponce, Carlos Alberto c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa de certeza” (Del dictamen del Procurador General, punto VIII, que la mayoría de la Corte hizo propio). La idea ya había sido sostenida por Spota, Alberto G., Ensayo sobre el artículo 123..., cit.

(14) Vanossi clasifica a las normas, según su inmediata aplicabilidad. Las normas operativas o autoaplicativas, son de aplicación inmediata e incondicionada; mientras que las no-operativas son de aplicación diferida por los órganos estatales, dado que puede haber un retardo u omisión en su cumplimiento a causa de la necesidad de ser complementadas por otras normas inferiores. Mientras tanto, estas normas tienen las características de normas condicionadas. Esta no-operatividad no afecta su validez, pero sí condiciona su vigencia (Vanossi, Jorge R. Teoría Constitucional, Depalma, Bs. As. 1976, T II, pág. 3).

(15) Para Bidart Campos, “a) cuando hay cláusulas programáticas que definen derechos subjetivos, el órgano encargado de determinar la norma programática tiene obligación de dictar las normas que lleven a cabo esa determinación; b) cuando no lo hace, incurre en omisión inconstitucional; c) cuando el titular del derecho lo invoca y postula, la falta de norma que determine a la programática obliga a hacer funcionar directamente la norma programática para reconocer el derecho involucrado en ella, en homenaje a la supremacía de la Constitución que quedaría violada si por falta de reglamentación se desconociera aquel derecho” (Bidart Campos, Germán. De las Constituciones “ideológicas” y “nominales” a las cláusulas programáticas de la Constitución. El Derecho, t. 49, pags. 938 y 939).

(16) Se “puede decir que un sujeto tiene ‘un derecho’ en este sentido, solo a condición de que haya –no una sino– dos normas: una primera norma que le confiere un determinado ‘derecho’ (de por sí no protegido), y una segunda norma que le confiere el ulterior ‘derecho’ –el meta-derecho– de acción judicial para la tutela del primero. A esta forma de expresarse subyace la idea de que los derechos no protegidos no son ‘verdaderos’ derechos sino, dicho de alguna manera, derechos ‘de papel’” (Guastini, Riccardo. La sintaxis del derecho, pág. 97. Ed. Marcial Pons Madrid | Barcelona | Buenos Aires | São Paulo, 2016).

(17) V. artículo 28 de la Ley Fundamental de Bonn, y 127 de la Constitución de 1919.

(18) Schmitt, Carl. Teoría de la Constitución (ap. IV, Capítulo 14, pág. 175). Ed. Alianza, Madrid.

(19) V. la obra señera de Luciano José Parejo Alfonso: Garantía institucional y autonomías locales. Instituto de Estudios de Administración Local, 1981 y proficua jurisprudencia del TCE; v.gr., SSTC 4/1981, 32/1981, 38/1983, 27/1987, 213/1988, 259/1988, 214/1989, etc.

núcleo o reducto indispensable por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en estas la configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de estas⁽²⁰⁾.

3.5. En nuestro país la ha propiciado Gil Domínguez⁽²¹⁾. Si bien solo refiere a la cláusula de los pueblos indígenas, el principio de desarrollo humano y los de autonomía y autarquía de las universidades nacionales, los elementos constitutivos de las garantías institucionales que enuncia también se presentan en el caso de la autonomía municipal.

3.6. Aunque la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha utilizado “garantía institucional” con relación a cuestiones bien distintas de la aquí analizada⁽²²⁾, entendida como en Alemania y España, fue traspalada a nuestro país –bien que no de forma explícita– a partir de “Ponce”⁽²³⁾, al admitir la legitimación ejercida en representación de una municipalidad encaminada a la protección del buen funcionamiento de las instituciones republicanas. Así, como lo sostuve en otro trabajo⁽²⁴⁾, en esta sentencia se admite la categoría de garantía institucional de la autonomía municipal.

3.7. La causa fue promovida por el intendente de la ciudad de San Luis para permanecer en su cargo, pero resuelta cuando ya había fenecido su mandato. Dijo entonces la CS: “la pretensión no solo fue promovida a fin de tutelar un derecho subjetivo del titular del municipio para permanecer en funciones sino, conjuntamente y con particular énfasis, en representación de la Intendencia de la Ciudad de San Luis y con el nítido objeto de procurar tutela jurisdiccional para preservar la autonomía reconocida a dicho municipio, de modo predominante, por los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional, condición que en la demanda se entendía vulnerada [...] Esta calificación resulta decisiva para la subsistencia del interés en la causa, ya que no se trata solo de bienes jurídicos individuales, sino de la tutela del adecuado funcionamiento de las instituciones”⁽²⁵⁾ (considerando 11°). “En consecuencia, por aplicación del principio de soberanía popular, las cuestiones relativas a la autonomía municipal y a su efectiva vigencia en la estructura del Estado federal deben ser garantizadas, rechazando actos y procedimientos que traduzcan el desprecio y el quebranto de las instituciones locales” (considerando 16°).

3.8. De tal forma, la decisión de la Corte –que puso fin a un complejo entramado de causas judiciales– implicó

otorgar carta de ciudadanía a la garantía institucional de la autonomía municipal, de la que se erigió en custodio⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾.

3.9. La potestad de los municipios para accionar en defensa de sus atribuciones por la injerencia, el avasallamiento o desconocimiento de sus competencias por parte de otras autoridades, es ampliamente conocida en el derecho público provincial, pues las constituciones locales generalmente atribuyen a los tribunales superiores de provincia la competencia para dirimir los conflictos de poderes que por ello se producen, sean internos municipales o con autoridades provinciales. No es pertinente profundizar aquí, pero cabe precisar que en estos casos los tribunales superiores actúan, antes que como tribunales de justicia, como tribunales constitucionales, aunque –a diferencia de los europeos– integran y encabezan el Poder Judicial⁽²⁸⁾.

3.10. Ese rol, de tribunal constitucional, es el que crecientemente se atribuye a nuestra CSJN⁽²⁹⁾, de modo que parece enteramente coherente con ello que resguarde la garantía institucional de la autonomía municipal.

3.11. Decía al principio de este capítulo que los municipios resultan titulares de un verdadero derecho subjetivo para asegurar, como dispone la Constitución, la autonomía municipal. Lo ha dicho la CSJN: “de nada sirve el reconocimiento constitucional de contenidos si estos no pueden hacerse valer ante los sistemas de justicia provinciales. El estrecho vínculo entre la autonomía y su defensa procesal ha sido señalado por esta Corte al descalificar decisiones de superiores tribunales provinciales que cerraron la jurisdicción local con argumentos ritualistas”⁽³⁰⁾.

(26) La Corte Suprema de Justicia de la Nación había admitido su competencia originaria en una causa relativa al mismo entuerto, tramitada por vía de amparo, con el mismo fundamento de estar en juego la desnaturalización de la autonomía municipal: Fallos 324:2315, 9/8/2001 “Municipalidad de la Ciudad de San Luis c/ San Luis, Provincia de y Estado Nacional s/ acción de amparo”. Por su parte, José Raúl Heredia ya había sostenido que “...la real vigencia de la autonomía municipal depende de estas tres cosas: a) que se lea el mandato del art. 123, CN, como cláusula federal; b) que se entienda dicha previsión como consagratória de un ámbito de competencia propia por encima de la cual no existe un poder superior, que conlleva la autarcía o potestad de imposición no subordinada; c) que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, enmendando un comportamiento contrario al municipio, asuma en verdad el rol de custodio de dicha cláusula federal” (El régimen municipal argentino luego de la reforma constitucional de 1994 [normativa y realidad]; Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, N° 171, julio de 2000, pág. 6).

(27) Hernández, Antonio M., sobre “Municipalidad de la ciudad de San Luis” y “Ponce”, dice: “En estos dos casos –más decidida y contundentemente en el segundo–, la Corte Suprema se constituyó en la única autoridad del Estado argentino capaz de garantizar el principio de la autonomía municipal, frente a uno de los intentos de violación de la misma de mayor gravedad en toda la historia institucional de nuestro país”, La Corte Suprema, garante de la autonomía municipal. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: [www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/01/artlacortegarantel.pdf].

(28) “La justificación de esta competencia parece clara: como ha notado la doctrina alemana, todo conflicto entre órganos constitucionales [...] es, por sí mismo, un conflicto constitucional, que pone en cuestión el sistema organizatorio que la Constitución, como una de sus funciones básicas, ha establecido. Por ello mismo, solo el Tribunal Constitucional, donde existe, puede ser órgano adecuado para la resolución de estos conflictos, que afectan a la esencia misma de la Constitución, a la cuidadosa distribución de poder y de correlativas competencias por ella operada” (García de Enterría, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, pág. 150. Ed. Civitas, Madrid, 2ª reimpression, 1991).

(29) V.gr. Bazán, Víctor dice: “la Corte viene dando muestras en algunas de sus sentencias y acordadas de estar determinada a tonificar su rol institucional ‘marcando su terreno’ como cabeza del Poder Judicial y, a nuestro criterio, a recorrer el camino que la lleve a reconvertirse en un tribunal constitucional desde el ángulo material...”, ¿La Corte Suprema de Justicia se reinventa, presentándose como un tribunal constitucional? Cuadernos de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, pág. 362. [https://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/CDP/article/view/4281/2919]. Sáenz, Juan Ignacio es concluyente: “Hace rato que la Corte es un tribunal constitucional, bien que sin las características funcionales de los europeos, y con una jurisdicción predominantemente pretoriana y discrecional”, La Corte Suprema como tribunal constitucional. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 4 de junio de 2008 [https://www.anmcp.org.ar/user/files/Saenz-2008.pdf].

(30) Fallos 345:12, “Municipalidad de la Ciudad Capital s/ casación”, con citas de “Intendente Municipal Capital” (Fallos: 337:1263) y “Municipalidad de la ciudad de La Banda” (Fallos: 341:939). Agregó “Que el adecuado respeto al régimen federal de gobierno y a la zona de reserva a omisión de pronunciarse sobre los derechos que el recurrente fundó en normas de indudable carácter federal constituye un obstáculo para que la Corte ejerza correctamente su competencia apelada, pues lo que habilita su jurisdicción es la previa decisión de la cuestión federal por el tribunal a quo (Fallos: 308:490 y 311:2478), motivo por el cual corresponde hacer lugar al recurso extraordinario pues media relación directa e inmediata entre lo decidido y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (artículo 15 de la ley

(20) Tribunal Constitucional de España, sentencia 32/1981, 28/7/1981 [BOE. 193, de 13/8/1981].

(21) Gil Domínguez, Andrés. Autonomía universitaria: la evanescencia consumada. La Ley, 1997-C-143; En busca de una interpretación constitucional. Nuevos enfoques de la reforma de 1994, pág. 254 y sigts. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1997; y Garantías institucionales: la consagración jurisprudencial de una nueva categoría normativa. La Ley, 1999-C-480.

(22) V.gr. respecto de la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces, 329:385, 26/11/2020, “Fernández de Vecchietti, Nora M.O. y otros s/ Acción de amparo”, voto del juez Rosatti, Fallos: 342:1938, voto del juez Lorenzetti; acerca de la garantía de inamovilidad de los jueces, Fallos: 340:257; sobre la indemnidad de las universidades nacionales, Fallos 343:219, que remite al dictamen de la PGN.

(23) Fallos 328:175, cit. en nota 13.

(24) Prieto, Hugo. Responsabilidad contractual del municipio. Revista de Derecho Público. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. 2005-I-235.

(25) Cabe diferenciar esta acción, protectoria de la garantía institucional, de acciones en defensa de intereses colectivos, que la CSJN ha negado a un intendente (“Grindetti, Néstor Osvaldo c/ Edesur S.A. y otro s/ Amparo colectivo”, 15/4/2021, Fallos: 344:575).

3.12. Esta perspectiva es plausible porque la cláusula del artículo 123 no es mera expresión de deseos del constituyente sino derecho vigente y operativo⁽³¹⁾ cuyo incumplimiento puede instarse por los municipios argentinos, titulares del derecho. Sin perjuicio de que el incumplimiento de la cláusula, como se postula con autoridad, puede ser pasible de intervención federal de la provincia incumplidora⁽³²⁾.

3.13. La CSJN, ante la falta de adaptación de la Constitución de Santa Fe al estándar de la autonomía municipal, decidió “Exhortar a las autoridades provinciales a dictar las normas necesarias para el debido cumplimiento del mandato que emerge del art. 123 de la Constitución Nacional”⁽³³⁾.

4. Los órdenes de la autonomía municipal

4.1. Los distintos órdenes de la autonomía municipal, brevemente descriptos, son el institucional, referido a la facultad constituyente de tercer grado para el dictado de la carta orgánica o constitución municipal; el político, vinculado a la elección del propio gobierno; el administrativo, referido al ejercicio de las competencias que le son propias, y el económico y financiero, que implica la potestad de crear, recaudar, invertir y controlar sus propios recursos⁽³⁴⁾.

4.2. Como se ha observado, si bien la palabra autonomía no requería de mayores aclaraciones, el constituyente prefirió eliminar la posibilidad de interpretaciones restrictivas y, por ello, agregó los ámbitos en los cuales rige⁽³⁵⁾.

4.3. Cabe insistir en que cada Constitución local puede establecer límites a la autonomía municipal, en cada uno de los distintos órdenes que refiere el artículo 123 –de modo equivalente a los de la cláusula federal– a condición de que tales límites se mantengan dentro “de lo racional

y razonable para la vigencia efectiva de los municipios”, según la Corte Suprema.

4.4. De hecho, los límites que establecen las constituciones provinciales a las autonomías municipales –y aunque se trate de municipios de convención– suelen ser más precisos que, por ejemplo, el concepto de “forma republicana de gobierno” del artículo 5º, CN, para definir alguno de los elementos esenciales del diseño institucional⁽³⁶⁾.

5. Las facultades legislativas

5.1. Las autonomías provincial y municipal son equiparables en tanto suponen un conjunto de ciertas atribuciones para regular las relaciones jurídicas que se derivan de determinadas incumbencias, según el orden de reparto que establece cada constitución. Aunque la autonomía provincial y la municipal tengan distinto origen⁽³⁷⁾, sus capacidades políticas decisorias se expresan de igual modo, a través de la potestad de producir normas jurídicas de alcance general, con validez espacial limitada a un determinado territorio.

5.2. Considerando, entonces, a la autonomía municipal de modo equivalente a la provincial, es fácil advertir que internamente –en cada provincia– el conjunto de relaciones entre el ordenamiento general y el parcial, provincia y municipio, respectivamente, variará según el grado de descentralización que estatuya la Constitución.

5.3. En esquemas institucionales que no pueden ser considerados como de autonomía (Buenos Aires, Santa Fe, Mendoza) y sin perjuicio de la potestad de regular por sí –mediante ordenanzas y reglamentos– algunas materias propias (ornato, salubridad, etc.) las normas que regulan acerca de ciertas materias de orden administrativo municipal (como el empleo público, obras públicas y el procedimiento administrativo) son dictadas por el estado central (provincia) con validez general en todo el territorio, y solo las normas individuales, esto es, los actos de ejecución o aplicación normativa, tienen validez local⁽³⁸⁾. En cambio, es inherente a la autonomía la potestad de regular las relaciones que se derivan de la competencia material atribuida al municipio, en la fase de producción normativa con carácter general (ley en sentido material) y en la etapa de la ejecución normativa mediante actos de administración.

5.4. De tal forma, para considerar que el municipio autónomo tiene la capacidad política decisoria que le es inherente, no basta con atribuirle potestades de administración, sino que se requiere de facultades materialmente legislativas sobre el conjunto de su competencia material. Y tanto mayor será el grado de autonomía como mayor sea la extensión de la materia propia municipal siempre que incluya la potestad legislativa respecto de esta.

5.5. Así, entonces, la función legislativa municipal⁽³⁹⁾ aparece sustentada en los órdenes “administrativo” y “político” que refiere el artículo 123, CN.

5.6. Y la expresión de la potestad legislativa municipal, que emana del cuerpo representativo de la comunidad política local, el Concejo Deliberante, se realiza a través de las ordenanzas, que es la ley local en sentido material⁽⁴⁰⁾.

5.7. La Corte Suprema ya refirió el carácter de legislación local de las ordenanzas municipales en

48). En una causa en que se demandó la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 190 a 197 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (Régimen Municipal) y sus normas reglamentarias y, cautelarmente, que se intime y ordene a la Provincia a cumplir con el artículo 123, CN, en lo referente a consagrar y regular el alcance y el contenido de la autonomía municipal, la CSJN decidió que no era de su competencia originaria, porque no solo requiere analizar prescripciones de la Constitución Nacional sino que comprende cuestiones de índole local y de competencia de los poderes provinciales; aunque ello no obsta a la tutela que eventualmente pueda dar a los aspectos federales del litigio, por la vía del recurso extraordinario (10/2/2022, ‘Intendente de la Municipalidad de Castelli c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa [art. 322 Cód. Procesal]’, Fallos 345:22”).

(31) La Constitución de un estado democrático “tiene fuerza normativa en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos, también en sus implicancias” (Bidart Campos, Germán. *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, pág. 19. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995). Como se ha dicho: “...no todos los artículos de la Constitución tienen un mismo alcance y significación normativas, pero todos, rotundamente, enuncian efectivas normas jurídicas [...] sea cual sea su posible imprecisión o indeterminación (aunque quizá convenga recordar la pertinente observación de LERCHE: la constitución no encierra tanto normas imprecisas como ‘Derecho concentrado’” (García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, pág. 68. Ed. Civitas, Madrid, 1991).

(32) Convencional Rosatti (Diario de Sesiones..., cit. en nota 7, pág. 3847). Hernández, Antonio M. *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997, pág. 138.

(33) Fallos 343:1389, 20/10/2020, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa *Asoc. Pers. Munic. las Colonias c/ Fed. Sind. Trab. Munic. Festram y otros s/ acción de amparo*”. Allí dijo que la omisión “importa –entre otras consecuencias– mantener formalmente la vigencia de leyes que, como la que es materia de análisis en la causa, no operan como garantías de funcionamiento y autodeterminación sino como un valladar de la autonomía [...] sustrayéndole atribuciones mínimas de gestión y administración de sus asuntos locales”. Se trataba de una ley provincial que establecía la conformación de una comisión paritaria para toda la provincia, que conspiraba contra la posibilidad de que los distintos municipios negocien colectivamente, en su carácter de empleadores, con sus trabajadores.

(34) Cfr. Hernández, Antonio M. *Derecho municipal*, T. I, cap. VI, pág. 386 (2º ed. actualizada, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997); Rosatti, Horacio. *Tratado de Derecho Municipal*, segunda edición actualizada, T. I, pág. 107; Ábalos, María Gabriela, *La autonomía y el federalismo en la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994*. Especial referencia a la autonomía municipal, *La Ley Gran Cuyo*, 2000-417 y *El municipio y sus relaciones con la provincia en el federalismo argentino luego de la reforma de 1994*. *La Ley*-2001-F, 1164.

(35) Losa, Néstor O. *Reformas constitucionales y municipios*, *La Ley* 1995-A-734. Dijo en la Convención como miembro informante: “Serán justamente las provincias las que definirán el alcance y contenido de la autonomía municipal. Pero para evitar que –como bien se ha señalado con relación a otros temas– la interpretación futura pueda burlar el espíritu de quienes suscribimos y de quienes aprobaremos este dictamen es necesario dar a esta cuestión alguna precisión. De allí la explicación en el sentido de que el texto constitucional se referirá a la autonomía en los órdenes institucional, político, administrativo, económico y financiero” (Diario de Sesiones, cit., pág. 3191).

(36) Como, por caso, el sistema electoral aplicable a los órganos colegiados del gobierno municipal. V.gr., art. 186, Constitución de Neuquén.

(37) Siguiendo a La Pégola, nuestra autonomía provincial es del tipo “residual”, que Friedrich concibe como el residuo de la soberanía originaria de los miembros, mientras que la autonomía municipal es “otorgada”, procedente de la descentralización de una comunidad unitaria. “La autonomía otorgada difiere de la residual no tanto en la naturaleza ni tampoco, necesariamente, en la extinción, cuanto en que son el fruto de un procedimiento diverso de formación del Estado” (La Pégola, Antonio. *Los nuevos senderos del federalismo*, pág. 72. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994). Cfr. Friedrich, Carl J. *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*. FCE, México, 1946, Cap XI, pág. 183. y ss.

(38) “Esta es la situación en el Estado unitario, si se prescinde de que, por regla general, los reglamentos dictados sobre la base de las leyes, pero constitutivos, en rigor, de normas de carácter general, limitan también su vigencia a una parte del territorio” (Kelsen, Hans. *Teoría general del Estado*, pág. 218. Editora Nacional, México, 1973. Trad. por Legaz Lacambra).

(39) Cfr. Ábalos, María Gabriela. *Función legislativa en el municipio autónomo*. *Naturaleza jurídica de las ordenanzas*. Su impugnación, en esta *Revista de Derecho Público*, 2004-2, pág. 117 y ss.

(40) Rosatti, Horacio D. *Tratado de Derecho Municipal*, cit., t. IV, pág. 33 dice: “Ordenanza: Es la ley local, en sentido material. Norma que establece disposiciones de carácter general sobre temas de competencia municipal. Puede regular una situación por primera vez o reformar, suspender, derogar o abrogar una norma del mismo tipo dictada con anterioridad”.

“Rivademar”⁽⁴¹⁾, fue explícita en “Promenade”⁽⁴²⁾, y lo reiteró en pronunciamientos posteriores⁽⁴³⁾.

5.8. Derivación del reconocimiento de la función legislativa municipal es que, en el ámbito de la competencia material propia atribuida por cada ordenamiento provincial, no puede inmiscuirse la legislación provincial ni la nacional⁽⁴⁴⁾.

6. El derecho público municipal

6.1. Entonces, debe entenderse a la autonomía municipal como garantía institucional –que la CSJN custodia– correspondiendo a las provincias reglar su alcance y contenido –en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero– con debido respeto de las atribuciones mínimas necesarias para el desempeño de los cometidos de la institución municipal, sin transponer los límites de lo racional y razonable de la reglamentación de la autonomía para la vigencia efectiva de los municipios.

6.2. Luego, la competencia material que en cada caso se asigna a los municipios conlleva la potestad para reglar mediante ordenanzas y en ejercicio de la función materialmente legislativa, las relaciones jurídicas implicadas.

6.3. Esto es, en el ámbito de su competencia, los municipios sancionan y aplican derecho administrativo⁽⁴⁵⁾; el derecho administrativo que ellos crean, que debe ajustarse a los límites que establece la constitución municipal o carta orgánica –en primer término– y, luego, a los que establece la constitución provincial respectiva.

6.4. Solo si no ha creado –en materias determinadas de su competencia material– su propio derecho, en virtud de la auto normatividad que corresponda según su grado de autonomía, cabe recurrir a la analogía para aplicar otras normas del derecho público, debiendo recurrirse en primer término al derecho provincial y solo en defecto de este al derecho nacional.

6.5. Así entonces, con las particularidades locales de cada caso, existe derecho administrativo municipal, con las implicancias que de ello se derivan.

6.6. Ello es extensivo a todo el derecho público local, que comprende al financiero y al tributario, en tanto son conjuntos de normas jurídicas que regulan la actividad financiera del Estado y que se refieren a los tributos, respectivamente,⁽⁴⁶⁾ producidos en el ámbito de la competencia del Estado municipal, tal como en el caso del derecho administrativo.

6.7. Sin perjuicio, claro está, de que la índole local del derecho público municipal, tanto como los provinciales y el federal, está limitada por las normas y principios sustantivos de jerarquía constitucional.

6.8. La CSJN los ha precisado y descalificado su transgresión⁽⁴⁷⁾.

7. La autonomía municipal en el orden económico financiero

7.1. En la convención constituyente

7.1.1. La mención expresa del orden económico y financiero en el texto constitucional fue ampliamente debatida en la Comisión del Régimen Federal, sus Economías y Autonomía Municipal y –finalmente– incorporada en el despacho respectivo, ratificada por la Comisión de Redacción y aprobada –por unanimidad– por el plenario de la Convención.

7.1.2. En el informe destacó: “los planos económico y financiero han sido especialmente considerados en el texto constitucional porque tienen una importancia superlativa. De esta manera estamos especificando y dejando en claro que los municipios argentinos van a poder generar sus rentas y recaudar para invertir y controlar sus propios recursos que, a su vez, podrán ser manejados indepen-

dientemente de otro poder, complementando así las facultades de administración que les son propias”⁽⁴⁸⁾.

7.2. Precisiones

7.2.1. La previsión constitucional contenida en el art. 123, CN, de garantizar la autonomía económica y financiera de los municipios, implica reconocer en estos una serie de atribuciones, tales como el reconocimiento y determinación de los recursos municipales; la conformación de un Tesoro Municipal; la preparación y aprobación de un presupuesto de gastos y recursos del municipio; el poder tributario municipal, que implica la potestad de crear y percibir impuestos, tasas y contribuciones especiales; un régimen de precios públicos propios; el derecho al endeudamiento público, contratación de empréstitos y toma de créditos; el examen, en forma independiente, por los órganos municipales correspondientes de las cuenta de inversión de la gestión municipal; la decisión de financiar obras de vecinos de la comunidad; el derecho a la coparticipación tributaria federal y provincial, etc.⁽⁴⁹⁾.

7.2.2. El fenómeno financiero es una pieza esencial de las constituciones modernas, que deben pensar cómo se financian. “Ahí se genera la Constitución financiera [...] La finalidad de la Constitución financiera es hacer real la Constitución y dado que esta organiza el Estado social de derecho, la finalidad de la Constitución financiera es hacer real el Estado social de derecho: convertir una serie de palabras en una realidad empírica”⁽⁵⁰⁾. De allí surge el principio constitucional de eficiencia, que “dispone, en general, que las autoridades públicas deben tener los medios suficientes (jurídicos y materiales) para cumplir con las finalidades que les atribuye (e impone) el propio orden jurídico [...] Por ende: *todos los diferentes niveles de gobierno que componen el Estado federal deben tener los medios financieros suficientes para cumplir con las finalidades impuestas por el orden jurídico*”⁽⁵¹⁾.

7.2.3. No hace mucho, con exactitud, recurriendo a una plausible expresión, “derecho a los medios”⁽⁵²⁾, la CSJN dijo que “el reconocimiento de la autonomía importa, necesariamente, garantizar los medios para la subsistencia de los municipios. En efecto, cuando la Constitución Nacional manda a las provincias a ‘asegurar el régimen municipal’, dispone –naturalmente– el reconocimiento de una realidad preexistente que solo puede garantizarse con el ‘derecho a los medios’”⁽⁵³⁾.

7.2.4. En rigor, la especificación sería innecesaria porque, aun en regímenes –de mera autarquía–, además de la capacidad de autoadministración que ello implica, se comprende también la de proveerse de los recursos necesarios para el cumplimiento de sus fines⁽⁵⁴⁾, aunque tradicionalmente se la entendió solo en aquel sentido⁽⁵⁵⁾. Pero, precisamente por eso, resulta relevante.

(48) Diario de Sesiones, cit., pág. 3191.

(49) Brügge, Juan Fernando - Mooney, Alfredo. Derecho Municipal Argentino. Aspectos teóricos y prácticos, pág. 553, Ed. Mateo José García, Córdoba, 1994.

(50) Corti, Horacio. Tesis y propuestas sobre el federalismo financiero y la hacienda pública local. En Tributación local provincial y municipal, dirigido por Juan Manuel Álvarez Echagüe, pág. 290, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2010.

(51) Corti, Horacio, ob. cit., pág. 291.

(52) La expresión ya la había usado Rosatti en su Tratado de Derecho Municipal, v.gr. t. III, pág. 99. Rubinzal-Culzoni, 5° ed., Santa Fe, 2020 y por Oyhanarte, aunque de modo omnicomprensivo. V. Oyhanarte, Julio C. Recopilación de sus obras. Revitalización del régimen municipal (1972), pág. 612 (Ed. La Ley, Bs. As., 2001): “Los municipios son instituciones políticas dotadas de facultades de autogobierno que incluyen la potestad, por ejemplo, de elegir sus propias autoridades, dictar leyes en sentido material, crear impuestos propiamente dichos, buscar la preservación de la tutela judicial en el caso de que sus atributos sean desconocidos; y tienen también el derecho a los medios, es decir, el derecho de utilizar todos los medios que sean necesarios para el logro de sus fines que, en última instancia, consisten en la tutela del bien común local...”.

(53) Fallos 344:2123, 2/9/2021, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Esso Petrolera Argentina S.R.L. y otro c/ Municipalidad de Quilmes s/ acción contencioso administrativa”, considerando 9°.

(54) Autarquía: 1. f. Autosuficiencia. 2. f. Política de un Estado que intenta bastarse con sus propios recursos. (Diccionario de la Real Academia Española, edición del tricentenario, actualización 2023).

(55) Por caso, en Fallos: 312:326, “Rivademar”, considerando 8°, se refieren todos los caracteres de la autarquía, salvo el de proveerse sus propios recursos; y en Fallos: 314:495, “Municipalidad de Rosario c/ Provincia de Santa Fe”, 4/6/1991, se dijo que “La Constitución Nacional se limita a ordenar el establecimiento del régimen municipal, como requisito esencial para la efectividad de la autonomía de las provincias (art. 5°), pero en manera alguna les ha prefijado un sistema económico-financiero al cual deban ajustar la organización comunal, cuestión que se encuentra dentro de la órbita de las facultades propias

(41) Fallos 312:326.

(42) Fallos 312:1394.

(43) Fallos 320:610; id. Fallos 321:1052, etc.

(44) Cfr. Ábalos, María Gabriela. La función legislativa..., cit, pág. 141, y su cita de notas 34 y 35: Mouchet, Carlos. La legalidad en el municipio (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1934).

(45) V. Prieto, Hugo. Responsabilidad contractual del municipio, cit. en nota 24.

(46) Villegas, Héctor B. Curso de finanzas, derecho financiero y tributario, págs. 119 y 123. 7° ed. ampliada y actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2001.

(47) V.gr. Fallos 344:2728, 7/10/2021, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Gasnor S.A. c/ Municipalidad de La Banda s/ acción meramente declarativa - medida cautelar”. Considerandos 8° y 9° del voto conjunto de los jueces Rosatti y Maqueda. Véase nota 60.

7.2.5. Con Álvarez Echagüe, “es imprescindible que las comunas posean la facultad de autodeterminarse en materia financiera y tributaria, lo cual debe entenderse no solo en el sentido de poder administrar sus propios recursos, sino que deben contar con ingresos suficientes para hacer frente a las funciones que les son inherentes, así como a las que les han sido transferidas: esos mayores recursos deben provenir de un mayor poder tributario en el que ellas deben contar”⁽⁵⁶⁾.

7.3. Potestad tributaria de los municipios

7.3.1. La Constitución reconoce expresamente la potestad tributaria de los municipios, que es propia⁽⁵⁷⁾, y originaria⁽⁵⁸⁾.

7.3.2. No solo surge del artículo 123, sino también del artículo 75, inciso 30, que establece expresamente que las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición, en tanto no interfieran en el cumplimiento de los fines de los establecimientos de utilidad nacional⁽⁵⁹⁾. Como es obvio, solo puede conservarse lo que ya se tiene, de modo que la conclusión es irrefutable.

7.3.4. “Los límites al poder fiscal municipal emanados de la vigencia del Estado de Derecho se concretan en los principios clásicos de la tributación: a) el principio de legalidad [...]. En el ámbito municipal, exige respaldar las obligaciones tributarias en ordenanzas que especifiquen el hecho imponible, el criterio de delimitación de la esfera jurisdiccional del sujeto activo, el sujeto pasivo del gravamen, el criterio que sirve de base para establecer el quantum del tributo, las modalidades de pago y las exen-

ciones (arg. doctrina de Fallos: 326:2653; 338:313) [...]; b) el principio de igualdad ante las cargas públicas [...]; c) el principio de finalidad [...] d) el principio de no confiscatoriedad [...]”; “los límites al poder fiscal municipal emanados del sistema de organización institucional remiten a la distribución de la potestad tributaria prevista en la Constitución Nacional (conf. arts. 1º, 4º, 5º, 9º, 10, 11, 75, incs. 2º, 3º, 13, 18 y 30, 121, 123, 124 de la Constitución Nacional) [...] Y, finalmente, actúa como límite del poder fiscal local el Derecho intra-federal Tributario plasmado en instrumentos como el Convenio Multilateral del 18 de agosto de 1977 y la Ley de Coparticipación Federal 23.548, propios de un sistema de concertación fiscal en cuyo proceso de formación no debería excluirse la participación municipal”⁽⁶⁰⁾.

7.4. Límites invasivos de la autonomía municipal

No es posible analizar aquí todos los límites a la potestad tributaria (originaria) de los municipios, de modo que solo haré hincapié en los que, en mi opinión, los cercenan incorrectamente por la inadecuada interpretación y aplicación que se realiza de aquellos.

7.4.1. La interpretación de la cláusula del progreso

7.4.1.1. La CSJN tradicionalmente ha interpretado con excesiva amplitud, en perjuicio del federalismo, la potestad del Congreso que deriva de la “cláusula del progreso” en orden a las “concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo” (artículo 75, inc. 18, CN).

7.4.1.2. Ya en 1897 dijo que si “para los fines de gobierno, de política, de reglamentación del comercio interprovincial o simplemente como medio de estímulo, cree conveniente acordar el privilegio de la exención de impuestos locales, esta disposición será perfectamente constitucional, porque ella no importará sino el ejercicio de una facultad del Poder Legislativo, cuyas sanciones priman sobre cualquier disposición en contrario que pudieran contener la Constituciones o leyes de provincia”⁽⁶¹⁾.

7.4.1.3. Aunque, en otros casos, advirtió que el poder impositivo de las provincias respecto de organismos del Gobierno Federal no debe entenderse excluido si se trata de actividades de carácter privado desarrolladas por aquellos y cuando los gravámenes locales no representan un verdadero “entorpecimiento a la marcha de las instituciones” sobre las que recaen⁽⁶²⁾. Asimismo, que “el art. 67, inc. 16, debe entenderse con extremada prudencia, sin generalizaciones excesivas y riesgosas, procurando que a su amparo no se invadan las esferas provinciales ni se malogren los propósitos de bien público que la norma expresa en su letra”⁽⁶³⁾. Y que la “exención no ha de entenderse como indiscriminada y absoluta, sino que reviste carácter excepcional y debe juzgarse atendiendo a las circunstancias de especie, a la naturaleza de la actividad desarrollada por la institución que la invoca y a la índole del tributo exigido, so pena de coartar de otro modo las facultades impositivas de las provincias, que estas deben ejercer en su ámbito propio, en tanto no hayan sido delegadas en el Gobierno Federal”⁽⁶⁴⁾.

7.4.1.4. Con Spisso, “No compartimos las premisas sustentadas por nuestro más Alto Tribunal. El propósito de los constituyentes no fue limitar las facultades impositivas de las provincias, sino evitar que, al amparo de ellas, pudiera entorpecerse o frustrarse el comercio en general, como fuente primordial del progreso del país. Por lo demás, como lo señala Giuliani Fonrouge al referirse al tema, la situación de la República al ser sancionada la Constitución era muy distinta de la actual”⁽⁶⁵⁾ “...en los

locales conforme a los arts. 104, 105 y 106 de la Constitución (Fallos: 199:423)”, aunque en la disidencia de los jueces Fayt, Belluscio y Petracchi se propició la aplicación de los principios de “Rivademar” y consideró que “las normas legales aquí cuestionadas, en cuanto detraen de la libre disposición del municipio las partidas asignadas [...], importan la asunción por parte de la autoridad provincial de funciones que hacen a la administración directa de los intereses municipales cuales son las afines a la elaboración del presupuesto y el destino de sus recursos”.

(56) Álvarez Echagüe Juan Manuel. La potestad tributaria a partir del concepto constitucional de autonomía. Periódico Económico Tributario, La Ley, abril de 2005, pág. 1. Heredia, José Raúl dice: “no hay autonomía municipal –esta, consagrada en los artículos 1º, 5º, 123, CN, conforme con la lectura que propiciamos de ellos y del artículo 31, CN– sin autarcía [autosatisfacción económica y financiera, derivada de la posesión de recursos propios y complementada con la posibilidad de disponer de ellos, que nosotros caracterizamos como soberanía de recursos]” (Reflexiones sobre la oponibilidad del convenio multilateral a los municipios a propósito de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (https://www.acaderc.org.ar/doc-trina/page/309/?b_start%3Aint=20). V. su libro El Poder Tributario de los Municipios, Ed. Rubinzal-Culzoni Santa Fe, 2005.

(57) “Dentro del ‘derecho a los medios’ para la subsistencia del municipio se encuentran los recursos provenientes de la potestad tributaria que titularizan...” Fallos 344:2123, considerando 9º.

(58) CSJN, Fallos 344:728, 7/10/2021, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Gasnor S.A. c/ Municipalidad de La Banda s/ acción meramente declarativa - medida cautelar”, voto de los jueces Rosatti y Maqueda, considerando 7º; íd. 346:776, 3/8/2023, “Granja Tres Arroyos SACAFEI c/ Municipalidad de Río Cuarto s/ acción meramente declarativa de derecho”, considerando 7º, en el que refiere la potestad tributaria originaria que titularizan los municipios “circunscripto a límites precisos que delimitan su ámbito de validez y que derivan tanto del Estado de Derecho como del sistema de organización institucional con sus diferentes niveles de decisión”. Antes, decía que “las prerrogativas de los municipios derivan de las correspondientes a las provincias a las que pertenecen (arts. 5º y 123)”, Fallos 320:619, 18/4/1997, “Telefónica de Argentina c/ Municipalidad de Chascomús s/ acción meramente declarativa”. Tempranamente, Baistrocchi, Eduardo, La autonomía de los municipios de provincia: sus posibles consecuencias tributarias. Primera y segunda parte, LL 1996-D-1173 y 1197, postuló que las potestades tributarias de los municipios son originarias.

(59) Conf. Ábalos, María Gabriela. Autonomía municipal y armonización tributaria: respuesta jurisprudencial que clama por una solución general, La Ley 18/11/2021 (cita: TR LALEY AR/DOC/3242/2021); Límite a las potestades tributarias municipales en el federalismo argentino: aspectos constitucionales y legales, en Tributación local provincial y municipal, dirigido por Juan Manuel Álvarez Echagüe, pág. 23, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2010; Las facultades municipales en los establecimientos de utilidad nacional; en Revista de Derecho Público, Derecho Municipal (segunda parte), año 2005-1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, junio 2005, ps. 313/336; Facultades impositivas municipales en el contexto federal, La Ley 2015-F-606; Los municipios y su autonomía a veinticinco años de la reforma de 1994, en Revista de Derecho Público 2019-2, 25 años de la reforma constitucional de 1994-II, Rubinzal Culzoni; Santa Fe, 2019, ps. 97/146. Véase también el completo estudio de Altavilla, Cristian. Asignación de competencias y atribución de facultades tributarias en el régimen municipal argentino. Alcance y límites del poder tributario municipal. En Propuestas para fortalecer el federalismo argentino, Hernández - Rezk - Capello, coords., Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Instituto de Federalismo, págs. 413-448 (www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2019/12/PropuestasFederalismo2015.pdf).

(60) Fallos 344:2728, 7/10/2021, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Gasnor S.A. c/ Municipalidad de La Banda s/ acción meramente declarativa - medida cautelar”. Considerandos 8º y 9º del voto conjunto de los jueces Rosatti y Maqueda. Véase, especialmente, las dos primeras publicaciones de Ábalos, María Gabriela, citados en la nota precedente.

(61) Fallos 68:227, “Ferrocarril Central Argentino v. Provincia de Santa Fe sobre repetición de pago indebido”; íd. Fallos 104:73; 188:247; 322:2624; 332:640, etc.

(62) CSJN Fallos 247:325, considerado 8º.

(63) Fallos: 249:292 “Banco de la Nación c/ Prov. de Córdoba”. Voto del juez Boffi Boggero.

(64) Fallos: 279:76 “Banco Hipotecario Nacional c/ Municipalidad de la Ciudad de Santa Fe”. Íd. Fallos: 248:736; 249:292; 250:666; 279:76; 282:407; 302:1425; “CAF 1665/2008/1/RH1 Transnea S.A. c/ CASA s/ proceso de conocimiento”, 12/3/2019, disidencia del juez Rosatti.

(65) Spisso, Rodolfo R. Derecho Constitucional Tributario, pág. 198. 7º ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019.

tiempos que corren, no es posible, forzando los textos constitucionales, extender, genéricamente y en forma absoluta e indiscriminada, los alcances del art. 75, inc. 18 de la CN, comprendiendo en sus disposiciones la dispensa de gravámenes provinciales o municipales⁽⁶⁶⁾.

7.4.1.5. Y agrega: “Sin perjuicio de cierta simetría entre el poder de eximir y el de gravar, a la luz de la doctrina judicial de la Corte Suprema de la Nación cabe tener por cierto que no existe paralelismo de competencias en el ejercicio de ambos poderes, ya que el poder de eximir del Congreso de la Nación es más amplio que el poder tributario de que se encuentra investido⁽⁶⁷⁾.”

7.4.1.6. Ahora bien, del elemental principio de paralelismo de las competencias⁽⁶⁸⁾ se desprende que solo la jurisdicción que puede imponer es la que puede establecer una exención⁽⁶⁹⁾.

7.4.1.7. En mi opinión, las exenciones de tributos de titularidad originaria de las provincias y de los municipios, no pueden ser dispuestas por el Congreso nacional porque la cláusula del progreso no altera ni exceptúa el reparto de las competencias tributarias de las distintas jurisdicciones⁽⁷⁰⁾.

7.4.1.8. La cláusula dice que el Congreso puede otorgar concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo, pero de allí no se sigue que para ello pueda invadir las competencias tributarias que titularizan las jurisdicciones provincial y municipal. La potestad solo puede alcanzar el ámbito de su jurisdicción.

7.4.1.9. En realidad, cuando el Congreso las establece y la CSJN entiende constitucional a la intromisión lo que hacen, los dos Poderes, es realizar una improcedente interpretación extensiva⁽⁷¹⁾ de la norma constitucional al tiempo de considerar habilitada su competencia material legislativa, en el caso del Congreso, y de controlar su compatibilidad con el texto constitucional, en el caso de la CSJN.

7.4.1.10. En líneas generales, sin embargo, la CSJN es refractaria a la utilización de la interpretación extensiva, particularmente en materia penal⁽⁷²⁾, alcance de la cosa juzgada⁽⁷³⁾, procesal⁽⁷⁴⁾, competencia de órganos judiciales⁽⁷⁵⁾, facultades de las Cámaras del Congreso⁽⁷⁶⁾, expropiaciones⁽⁷⁷⁾, derecho administrativo sancionador⁽⁷⁸⁾, abastecimiento⁽⁷⁹⁾, jurisdicción marítima⁽⁸⁰⁾, en varios casos sobre atribuciones locales en establecimientos de utilidad nacional⁽⁸¹⁾ y poderes reservados por las provincias⁽⁸²⁾.

7.4.1.11. Y, en lo que es de especial interés para el tema, tributaria⁽⁸³⁾. Que comprende la proscripción de la interpretación extensiva de las leyes que acuerdan exenciones impositivas⁽⁸⁴⁾ o regímenes de excepción⁽⁸⁵⁾, aun con anclaje constitucional⁽⁸⁶⁾.

(66) Spisso, Rodolfo R. Derecho Constitucional Tributario..., cit., pág. 198.

(67) Spisso, Rodolfo R. Derecho Constitucional Tributario..., cit., pág. 165.

(68) “El órgano que tiene competencia para emitir un acto o una norma es el que dispone competencia ‘paralela’ para dejarlos sin efectos” (Bidart Campos, Germán J. Manual de la Constitución Reformada, T. III, pág. 20. Ediar, Buenos Aires, 2001)

(69) La potestad de imposición lleva consigo la de eximir. Ambos son el anverso y el reverso de una misma moneda (Spisso, Rodolfo R. Derecho Constitucional Tributario..., cit., pág. 165 y su cita de Giuliani Fonrouge, Carlos. Derecho Financiero, Depalma, Buenos Aires, 1978, 4ª ed., t. I, pág. 345).

(70) Y, cuando se trata de establecimientos de utilidad nacional que pudieran estar gravados por tributos locales, recuérdese que las provincias y los municipios conservan los poderes de policía e imposición en tanto no interfieran en el cumplimiento de los fines de aquellos (art. 75, inc. 30, CN).

(71) “Se denomina extensiva aquella interpretación que, precisamente, extiende el significado prima facie de una disposición, de forma que se incluyen en su campo de aplicación supuestos de hecho que, según la interpretación literal, no quedarían incluidos”, Guastini, Riccardo. Distinguiendo, pág. 219. Ed. Gedisa, Barcelona, 1999.

(72) Fallos 8:310, 232:340, 254:362, 309:5 (voto de los jueces Caballero y Belluscio), 331:858.

(73) Fallos: 326:2805 (votos de los jueces Petracchi y Maqueda).

(74) Fallos: 12:79.

(75) Fallos: 253:416.

(76) Fallos: 330:3160.

(77) Fallos: 82:284, 238:335.

(78) Fallos: 199:552, 234:166.

(79) Fallos: 310:1715.

(80) Fallos: 308:2164, 311:1712.

(81) Fallos: 215:260, 297:421, 300:328, 302:1461 (voto del juez Rossi y disidencias de Mario J. López y Frías).

(82) Fallos: 344:1557 (voto de los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti).

(83) Fallos: 209:13 256:551 254:362 256:588.

(84) Fallos: 208:25.

(85) Fallos: 264:137, 319:299.

(86) Fallos: 344:421, en el Pacto de San José de Flores.

7.4.1.12. Al menos en las últimas décadas, la CSJN solo admite (y propicia) la interpretación extensiva en materia de amparos de salud; a fin de no tornar utópica –ha dicho– la subsistencia de un derecho social de principal rango y reconocimiento⁽⁸⁷⁾.

7.4.1.13. Entonces, al realizar la interpretación extensiva de la cláusula del progreso, atribuyéndole un significado que no se desprende de su literalidad, genera una antinomia con las normas constitucionales que atribuyen competencia a los gobiernos locales (provincias y municipios): artículos 121, 75, inciso 30, y 123, CN⁽⁸⁸⁾.

7.4.1.14. Así producida, artificialmente como consecuencia de la interpretación extensiva del artículo 75, inciso 18, se produce una antinomia entre principios constitucionales que, como dice Guastini, es un tipo “bastante peculiar: se trata de antinomias *in concreto*, entre normas que *no* mantienen una relación regla-excepción, cuya solución no es disciplinada por ninguna norma positiva” y para resolverla “la técnica generalmente empleada por los jueces constitucionales en casos de este tipo suele llamarse *ponderación (o balanceo) de principios*, y consiste en instituir entre los dos principios implicados una jerarquía: a) *axiológica*, y b) *móvil*”⁽⁸⁹⁾.

7.4.1.14.1. Una jerarquía axiológica supone un juicio comparativo de valor del intérprete de la Constitución, lo que incluye tanto al Congreso como al juez. “Para resolver la antinomia en cuestión no hay otra forma de operar sino atribuyendo a una de las dos normas en conflicto un mayor ‘peso’, es decir, un mayor valor respecto de la otra. La norma dotada de *mayor valor* prevalece, en el sentido de que es aplicada; la norma axiológicamente inferior sucumbe –no en el sentido de que sea inválida o sea abrogada, sino– en el sentido de que es *dejada de lado* o no aplicada”⁽⁹⁰⁾.

7.4.1.14.2. Una jerarquía móvil es una relación inestable, mutable, que vale solo para el caso concreto. “En otras palabras, el juez constitucional no sopesa el valor de los principios en abstracto y de manera definitiva, sino que valora el posible impacto de su aplicación al caso concreto. No se excluye que, en un caso diverso, el principio que hoy ha sido dejado de lado sea en el futuro aplicado, y el principio que hoy ha sido aplicado sea dejado de lado”⁽⁹¹⁾.

7.4.1.15. Tal interpretación extensiva contraría, al menos, dos reglas de interpretación operativa del derecho: “No se debería atribuir a una regla legal un significado de tal manera que esta regla fuera contradictoria con otras reglas pertenecientes al sistema” y “A una regla legal se le debería atribuir un significado que le hiciera lo más coherente posible con otras reglas legales pertenecientes al sistema”⁽⁹²⁾.

7.4.1.16. En conclusión: sostengo que el Congreso ya no debería sancionar leyes que, al otorgar “concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo” extienda, indebidamente, exenciones tributarias en general e impositivas en particular. Ello porque las condiciones históricas, como recordaba Spisso⁽⁹³⁾, son muy distintas y, por cierto, actualmente no parece posible que políticas tales se adecuen a la manda de la nueva cláusula del progreso (artículo 75, inciso 19), esto es, promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Mal podría hacerlo si, simultáneamente, cercena las potestades tributarias provinciales y municipales.

7.4.1.17. Y la CSJN, cuando le corresponda resolver casos concretos, debería entender que la cláusula del progreso no autoriza al Congreso a invadir las jurisdicciones

(87) Fallos: 325:3380 324:3074.

(88) “Una antinomia –del mismo modo que puede ser evitada mediante la interpretación, igualmente– puede también ser producida mediante la interpretación. En el sentido de que los textos normativos pueden ser interpretados para que expresen normas incompatibles. [...] Naturalmente la producción de una antinomia mediante interpretación, si es cumplida por un órgano jurisdiccional, no es la antesala de una sentencia de *non liquet* sino que, más bien, precede a la no aplicación de una de las normas en conflicto” (Guastini, Riccardo. La sintaxis del derecho, pág. 258. Ed. Marcial Pons Madrid | Barcelona | Buenos Aires | São Paulo, 2016). Es, precisamente, la situación que aquí se produce.

(89) Guastini, Riccardo. La sintaxis..., cit, pág. 261.

(90) Guastini, Riccardo. La sintaxis..., cit, pág. 261.

(91) Guastini, Riccardo. La sintaxis..., cit, pág. 262.

(92) Wróblewski, Jerzi. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, págs. 48 y 49. Ed. Civitas, 1ª reimpresión, Madrid, 1988.

(93) V. 7.4.1.4.

locales y, aun considerándolo así, resolver la antinomia normativa producida –y aplicando las mejores reglas de interpretación constitucional– en favor de las autonomías provinciales y municipales; particularmente mediante la aplicación de la jerarquía axiológica, atribuyéndole mayor valor a las normas que resguardan el federalismo o, en su defecto, sopesando con particular estrictez las circunstancias del caso concreto, para que su ponderación no sea necesariamente en desmedro de las potestades locales.

7.4.1.18. Apontoca lo dicho hasta aquí que la autonomía municipal está protegida –como desarrollé más arriba– por una garantía institucional, que “obliga a los tribunales a fijar un cierto límite mínimo institucional que el legislador ordinario no puede traspasar [...] Dicho en otros términos, cuando el órgano superior se extralimita en la autoatribución de su competencia, la metanorma interpretativa de la garantía institucional opera como un mecanismo de inhibición del peso de los principios formales aplicables a la controversia”⁽⁹⁴⁾.

7.4.2. Supremacía constitucional mal entendida

7.4.2.1. El artículo 31 de la Constitución prescribe: “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”.

7.4.2.2. El principio de supremacía que la norma establece requiere que sean dictadas “en consecuencia” de aquella; esto es –en lo que aquí interesa– de conformidad con el orden de reparto de las competencias de las jurisdicciones nacional, provinciales y municipales que la propia Constitución realiza.

7.4.2.3. “De aquí se sigue que la única ley suprema es la Constitución, ya que las leyes nacionales lo son únicamente en la medida en que hayan sido dictadas de conformidad con las previsiones constitucionales”⁽⁹⁵⁾.

7.4.2.4. “No obstante la claridad y precisión de las normas aludidas, el concepto de supremacía constitucional fue reemplazado por el de supremacía nacional, que involucra, en craso error, la supremacía de la ley nacional”⁽⁹⁶⁾. “Una ley dictada por el Congreso que contraríe la Constitución no crea ninguna supremacía. En ese sentido, las leyes nacionales que invaden las atribuciones provinciales violan la Constitución en lo fundamental, que es el régimen federal de gobierno por ella adoptado”⁽⁹⁷⁾.

7.4.2.5. Muchas veces la CSJN resolvió de la forma que entiendo errónea. Así, ya en 1881, dijo “Es principio inconcuso que las provincias no pueden gravar los medios o instrumentos, de que, para el desempeño de sus funciones, se vale el Gobierno Nacional, pues de otro modo, sería ilusoria la supremacía de la Nación que la Constitución establece en su artículo treinta y uno”⁽⁹⁸⁾.

7.4.2.6. Sin embargo, en “Banco de la Nación”, el juez Boffi Boggero dijo: “No basta, así, invocar la potestad del art. 67, inc. 16, u otra afín para que la Nación actúe legalmente dentro de la esfera de las Provincias. La Constitución es categórica cuando da primacía sobre las constituciones y leyes provinciales a ‘las leyes de la Nación’ dictadas, en gradación inmediata, conforme al texto constitucional (art. 31). Tampoco es bastante el solo apoyo de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los

Estados Unidos, que ha tenido en cuenta una Constitución carente de un inciso como el que se examina, sin defecto de computarse, según los casos, las líneas de pensamiento que informan los fallos respectivos”⁽⁹⁹⁾.

7.4.2.7. La buena doctrina la expuso en “Giménez Vargas”: “el principio fundamental contenido en el art. 31 de la Constitución Nacional no significa que todas las leyes dictadas por el Congreso tengan el carácter de supremas, cualesquiera sean las disposiciones en contrario de las leyes provinciales; lo serán si han sido sancionadas *en consecuencia* de los poderes que la Constitución ha conferido al Congreso expresa o implícitamente”⁽¹⁰⁰⁾ y, más recientemente, dijo: “La prevalencia del derecho federal consagrada por los artículos 5º y 31 de la Constitución Nacional se encuentra condicionada a que el ejercicio de la potestad normativa nacional haya sido encauzado dentro de las pautas formales y sustanciales exigidas constitucionalmente, entre ellas el reparto de competencias estatuido por la misma Norma Suprema”⁽¹⁰¹⁾.

7.4.2.8. En mi opinión, al menos por principio, no obsta a lo precedentemente expuesto la doctrina de la inmunidad de los instrumentos de gobierno, esto es, impedir que, en el ejercicio del poder tributario por la Nación y las provincias, y a fin de tornar viable la coexistencia y el funcionamiento, en un solo territorio, de dos órdenes de gobierno, el ejercicio del poder tributario por la Nación y las provincias, en los Estados federales, afecte los instrumentos, medios y operaciones de que se valen⁽¹⁰²⁾. Porque ello “requiere que la excepcional restricción de las potestades nacionales o provinciales obedezca a una real obstaculización o interferencia en el ejercicio de aquellas atribuciones que se intenta preservar, es decir que medie un ‘efectivo entorpecimiento a la marcha de la institución’”⁽¹⁰³⁾.

7.4.3. El derecho intrafederal

7.4.3.1. A través de los acuerdos interjurisdiccionales, “distintos sujetos de la relación federal conciertan entre sí sus voluntades dentro del marco de la Constitución Nacional, creando un vínculo jurídico en base al consentimiento recíproco, por el cual se fijan objetivos comunes y los medios para alcanzarlo en ejercicio de sus respectivas atribuciones constitucionales, generando derechos y obligaciones para las partes y, en general, también para sus respectivos habitantes”⁽¹⁰⁴⁾.

7.4.3.2. De tales arreglos interjurisdiccionales⁽¹⁰⁵⁾ (a los que también se ha dado en llamar –en diversos instrumen-

(99) Fallos 249:292, “Banco de la Nación c/ Prov. de Córdoba”. A ello agregó: “Que la Constitución exige, entonces, para la primacía de la ley nacional, no solo que la potestad en cuya virtud se haya sancionado sea incompatible con una potestad provincial, sino que haya sido dictada en ejercicio *razonable* de esa potestad, pues lo contrario equivaldría a carecer de ella” (considerando 12”).

(100) Fallos: 239:343, “Giménez Vargas Hnos., Soc. Com. e Ind. c/ Prov. de Mendoza”.

(101) Fallos: 344:809 (voto de los jueces Maqueda y Rosatti). “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”. Y “Los arts. 5 y 31 de la Constitución Nacional pueden resultar violados tanto cuando el desborde competencial provenga del ejercicio de la autoridad local como cuando provenga del ejercicio de la autoridad nacional (inconstitucionalidad ascendente o descendente)”.

(102) Cfr. García Vizcaino, Catalina. Tratado de derecho tributario, v. 1, pág. 412. 6ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014.

(103) CSJN, Fallos: 332:531, “YPF S.A. c/ Provincia de Tierra del Fuego s/ contencioso administrativo”.

(104) Barrera Buteler, Guillermo. Federalismo de concertación (2023). Revista de La Facultad de Derecho, 13(2), 15-28. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/43089>. Agrega: “Los hay de tipo horizontal (solo entre provincias), vertical (Nación-provincia) y mixtos (vinculan a diversas provincias entre sí y con la Nación). También hay acuerdos interjurisdiccionales a nivel inferior dentro de la federación cuando se vinculan en esos términos provincia y municipios o estos últimos entre sí, pero estos quedan regidos por el Derecho Público local de cada provincia”.

(105) V.gr., la ley 23.548 de coparticipación federal; el Convenio Multilateral del 18 de agosto de 1977; el Pacto Fiscal del 12 de agosto de 1992; el Pacto Fiscal Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento del 12 de agosto de 1993; el “Compromiso Federal”, ley 25.235 del 6/12/1999; el “Compromiso Federal por el Crecimiento y la Disciplina Fiscal”, ley 25.400, 20/11/2000; el “Compromiso por la Independencia”, ley 25.453, 30/7/2001; el “Apoyo institucional para la gobernabilidad de la República Argentina”, 17/7/2001; la Segunda Addenda al “Compromiso Federal por el Crecimiento y la disciplina Fiscal”, 8/11/2001; el “Acuerdo Nación-Provincias sobre relación financiera y bases de un Régimen de Coparticipación Federal”, ley 25.570, 27/2/2002; el “Acuerdo Nación-Provincia” del 18/5/2016 (sobre eliminación gradual del 15% detraído por la Nación a las provincias); la “Carta de Intención entre Nación-Provincias para el fortalecimiento del Federalismo” (2/8/2016); la “Carta de Intención entre Nación-Provincias para el Fortalecimiento de las Administraciones Tri-

(94) Ródenas, Ángeles. Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico, pág. 82. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012. Agrega, luego: “cuando un tribunal estima que la privación de una competencia dificulta o imposibilita el cumplimiento de los fines de una entidad, debe llevar a cabo lo que podríamos llamar un juicio de adecuación o de eficacia institucional” (pág. 83).

(95) Spisso, Rodolfo R. Derecho Constitucional Tributario..., cit., pág. 207.

(96) Spisso, Rodolfo R. Derecho Constitucional Tributario..., cit., pág. 207.

(97) Spisso, Rodolfo R. Derecho Constitucional Tributario..., cit., pág. 208. En el mismo sentido, dice Hernández: “Constituye un grave error de interpretación constitucional que lesiona nuestra forma de Estado otorgar supremacía a una ley del Congreso sobre el ordenamiento provincial o municipal, simplemente porque proviene del órgano legislativo del gobierno federal”, Derecho Público Provincial (Hernández, Antonio M. director), pág. 17. Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008.

(98) Fallos: 23:560, 6/10/1881, “Vignon Menvielle Hermanos y Cía. c/ La Municipalidad de Rosario”; id. 249:292 “Banco de la Nación c/ Prov. de Córdoba”. Más recientemente, 346:767.

tos– “pacto”, “tratado”, “convenio”, “acuerdo”, “compromiso”, etc.), surgió el denominado “derecho intrafederal”, como lo denominó la CSJN –por primera vez– en 1991⁽¹⁰⁶⁾.

7.4.3.3. La restricción al gasto público provincial, armonización jurídica y planificación financiera son los tres aspectos centrales de la historia de las leyes-convenio iniciada en los años noventa⁽¹⁰⁷⁾.

7.4.3.4. En rigor, el derecho intrafederal “no encuadra de manera clara e indiscutible en ninguna de las tradicionales categorías de nuestro ordenamiento jurídico: derecho federal, derecho común y derecho local. Ello genera dificultades en cuanto a la determinación de la competencia jurisdiccional por materia y a la jerarquía normativa⁽¹⁰⁸⁾”.

7.4.3.5. Sobre la competencia originaria de la CSJN para entender en este tipo de causas, solo diré que en “Chevallier” la CSJN atribuyó a las leyes-convenio ser parte del derecho local “aunque con diversa jerarquía” y, por ello, no habilitó su competencia originaria. Luego, cambió su doctrina y entendió que es federal⁽¹⁰⁹⁾, para volver a su postura original⁽¹¹⁰⁾. Y la interpretación que hizo en los casos en que declaró inconstitucional la detracción del 15% de la masa de coparticipación⁽¹¹¹⁾, genera dudas sobre la vigencia o no del criterio de “Papel Misionero”⁽¹¹²⁾.

7.4.3.6. Jerarquía normativa del derecho intrafederal. La problemática más interesante y, por cierto, más ardua es la vinculada a la jerarquía normativa del derecho intrafederal.

7.4.3.6.1. La CSJN dijo en “AGUEERA”⁽¹¹³⁾ “Ese pacto, como las demás creaciones legales del federalismo de concertación, configura el derecho intrafederal (Fallos: 314:862) y se incorpora una vez ratificado por la legislatura al derecho público interno de cada estado provincial, aunque con la diversa jerarquía que le otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización constitucional: nación y provincias. Esa gestación institucional ubica a los tratados o leyes convenios celebrados entre las provincias y el gobierno nacional con un rango normativo específico dentro del derecho federal. Prueba de su categoría singular es que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las partes (Horacio Zorraquín Becú: El Federalismo Argentino, Edit. Perrot, 1958, pág. 194)”.

7.4.3.6.2. Al analizar el aserto, Bulit Goñi entiende que la “diversa jerarquía”, aunque nunca lo había dicho la CSJN, sería superior porque la expresión ya excluiría de por sí que fuera de igual jerarquía; “y de las dos posibilidades restantes –superior o inferior– parecería que la lógica propia del contexto, con las referencias a la ‘gestación institucional’, al ‘rango normativo’ específico dentro del derecho federal, y a que es una ‘categoría singular’, excluye que sea inferior. Y la nota diferencial que se indica por el Tribunal es siempre, en todos los casos, la imposibilidad de la derogación o modificación unilateral por cualquiera de las partes”⁽¹¹⁴⁾.

butarias Nacionales, Provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires”, del 27/12/2016); el “Consenso Fiscal” del 16/11/2017 (suscripto por todas las jurisdicciones, salvo la provincia de San Luis), el “Consenso Fiscal 2018” (ratificado por la ley 27.469), entre el Estado nacional y 19 de las jurisdicciones que celebraron el acuerdo anterior; el “Consenso Fiscal 2019” del 17 de diciembre de 2019, ley 27.542.

(106) Fallos: 314:862, 20/8/1991, “Transportes Automotores Chevallier S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa”.

(107) Corti, Horacio, Derecho Constitucional Presupuestario, pág. 137. Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

(108) Barrera Buteler, Guillermo. Federalismo de concertación, cit.

(109) Fallos: 322:1781, 19/8/1999 “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa”; Fallos: 324:4226, 7/12/2001 “El Cóndor Empresa de Transportes S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Acción declarativa”.

(110) Fallos: 327:1789, 27/5/2004, “Matadero y Frigorífico Merlo S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de certeza”; Fallos: 332:1007, 5/5/2009, “Papel Misionero SAIFC c/ Misiones, Provincia de s/ acción declarativa”.

(111) Fallos: 338:1356, “Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (S. 538. XLV. ORI); “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos” (causa S. 191. XLV. ORI); “Córdoba, provincia de c/ Estado Nacional y otro s/ Medida cautelar” (causa C. 786. XLIX. 101). Todas del 24/11/2015.

(112) Bernal, Marcelo y Bizarro, Valeria. Un federalismo en pausa: normas, instituciones, y actores de la coordinación intergubernamental en Argentina, pág. 95. Córdoba, Editorial de la UNC, 2020.

(113) Fallos: 322:1781, en el que se cuestionaban tributos locales por contrariar el Pacto Fiscal Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento del 12 de agosto de 1993.

(114) Bulit Goñi, Enrique G. Ingresos brutos, convenio multilateral y jurisdicción idónea. Un dilema sin solución efectiva en la actualidad.

7.4.3.6.3. El razonamiento es impecable. Lo que es absolutamente cuestionable es el punto de partida, esto es, la introducción por la CSJN de una jerarquía normativa que no se encuentra, expresa ni implícitamente, en la Constitución Nacional (arts. 31 y 75, inciso 24). Volveré sobre el punto.

7.4.3.6.4. Finalmente, la CSJN lo dijo: “8º) Que esa jerarquía superior que cabe reconocerle a los acuerdos intrafederales y a las leyes-convenio es inherente a su propia naturaleza contractual en la que concurren las voluntades de los órganos superiores de la Constitución en aras de alcanzar objetivos comunes. Constituyen, entonces, la máxima expresión del federalismo de concertación, condición de la que se desprende su virtualidad para modificar –siempre en el marco de la Ley Fundamental– las relaciones interjurisdiccionales y recíprocas entre la Nación y las provincias. La esencia misma del derecho intrafederal impone concluir que las leyes-convenio y los pactos que lo componen no se encuentran en una esfera de disponibilidad individual de las partes, y solo pueden ser modificados por otro acuerdo posterior de la misma naturaleza, debidamente ratificado por leyes emanadas de las jurisdicciones intervinientes”⁽¹¹⁵⁾.

7.4.3.6.5. Las implicancias de la “jerarquía superior” que la CSJN atribuye, ahora explícitamente, a los acuerdos interjurisdiccionales, son relevantes. De acuerdo con las precisiones aportadas por la Corte ya en la causa “AGUEERA”, el derecho intrafederal se caracteriza por: a) incorporarse a la vez al Derecho Público local y al derecho federal; b) en ambos casos tiene una mayor jerarquía que las normas de cada ordenamiento; c) al tratarse de una norma de origen convencional no puede ser modificada de manera unilateral; d) no todas sus disposiciones tienen la misma fuerza normativa, en la medida en que hay, por ejemplo, normas de aplicación inmediata, pero también compromisos para modificar la legislación o para realizar una política pública; y e) las normas de aplicación inmediata (o sujetas a un plazo) pueden ser alegadas por terceros y obtener la eventual declaración judicial de inconstitucionalidad de la norma provincial o federal, contraria al derecho intrafederal⁽¹¹⁶⁾.

7.4.3.6.6. En “Merlo”⁽¹¹⁷⁾, la Corte efectúa una distinción de jerarquía entre la ley que instituya regímenes de coparticipación federal –que tiene jerarquía constitucional– y los pactos o acuerdos que define como “actos complejos dentro del sistema normativo federal” y que hacen parte en primer término del derecho local⁽¹¹⁸⁾.

7.4.3.6.7. Las leyes-convenio son, a la vez, ley federal y ley provincial, con la peculiaridad –que recurrentemente destaca la CSJN, con cita de Zorraquín Becú– de la imposibilidad de “derogación unilateral por cualquiera de las partes”, cuestión que –en mi opinión– es harto discutible porque el aserto solo tendría sustento positivo en la previsión de la ley-convenio del artículo 75, inciso 2º, cuarto párrafo (“no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada”) y, aun así, aunque no contenga una previsión que se refiera al derecho de receso, como se contemplaba en la ley 20.221, ello no lo impide, por cuanto se trata de un derecho connatural a la libertad de contratar, en la que se apoya la legitimidad del régimen celebrado⁽¹¹⁹⁾.

7.4.3.6.7.1. Además, en su caso, solo podría abarcar a la ley de coparticipación federal, porque únicamente me-

En la jurisprudencia tributaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A 150 años de su primera sentencia, pág. 78. Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Errepar, Buenos Aires, 2013.

(115) Fallos: 338:1356, 24/11/2015, “Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (S. 538. XLV. ORI).

(116) Corti, Horacio, Derecho Constitucional Presupuestario, cit. pág. 134.

(117) Fallos: 327:1789; id. Fallos: 332:998, 5/5/2009, “Cuyoplacas S.A. c/ La Pampa, Provincia de s/ ordinario”.

(118) Tagliaferri, María de los Ángeles. Derecho Intrafederal en materia tributaria. Perspectiva de los tribunales porteños en el tratamiento de la actividad industrial, pág. 45. Buenos Aires. Editorial Jusbaire, 2022.

(119) Bulit Goñi, Enrique. Acerca de tres aspectos del nuevo régimen de coparticipación federal, en Constitución Nacional y Tributación Local, T. II, págs. 927-930. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009. Dichas consideraciones son extensibles al Pacto Fiscal II puesto que, de otro modo, se verían cercenadas las potestades que la Constitución Nacional les reconoce a sendos niveles de gobierno. Al tiempo que considera que ese distracto es una posibilidad que conservan tanto las provincias individualmente consideradas como la Nación (Casás, José, Pacto Federal para el empleo, la producción y el crecimiento, Revista Derecho Tributario, T. X, 1995, pág. 4.

dianete una improcedente interpretación extensiva⁽¹²⁰⁾ podría alcanzar a otros acuerdos interjurisdiccionales, a los que la propia Corte les asigna jerarquía inferior a la de la ley de coparticipación federal.

7.4.3.6.8. La idea de la superioridad jerárquica del derecho intrafederal, que no es idéntica en todo tipo de acuerdos interjurisdiccionales, tiene otras implicancias relevantes, como su exacta ubicación en la pirámide normativa, esto es, si prevalecen sobre todo género de leyes de la Nación, federales y nacionales, si se ubican sobre las constituciones provinciales, o solo entre estas y las leyes locales, entre otras.

7.4.3.6.9. El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en mi opinión, dilucidó correctamente la cuestión: “no corresponde asignarles a las llamadas ‘leyes-convenio’ [...] prelación sobre las leyes locales, con el efecto de que la incompatibilidad de las normas locales con la ‘ley-convenio’ determine la invalidez de las primeras. [...] ni la Constitución Nacional, ni la local, ubica a los acuerdos celebrados entre las jurisdicciones locales y el Gobierno Nacional en un peldaño que los ponga por encima de las leyes locales”⁽¹²¹⁾.

7.4.3.6.10. Ahondando la cuestión, en otro importante fallo, dijo Lozano: “...si bien tengo noticias de que la tesis del derecho ‘intrafederal’ ha sido utilizada únicamente para tachar de inconstitucionales normas locales, lo cierto es que no hay razones para concluir que no deba producir idénticos efectos respecto de las federales. Recordemos que para Zorraquín Becú los acuerdos intrajurisdiccionales están por encima, incluso, de las leyes nacionales”, y “en suma, el Pacto, interpretado [de modo jerárquicamente superior al derecho local], importa eliminar, en gran medida, el TÍTULO SEGUNDO de la Constitución, ‘Gobiernos de Provincia’. Ello así, porque las provincias habrían renunciado a las facultades tributarias que la CN les acuerda de un modo prácticamente definitivo o, en otras palabras, hasta que la unanimidad de las partes signatarias se vuelvan a sentar a negociar y esa negociación hipotética dé frutos...”⁽¹²²⁾.

7.4.3.6.11. Por fin, es obvio que la constitucionalización de la coparticipación federal no modificó el artículo 31 de la Constitución, ni habría podido hacerlo.

7.4.3.6.12. La nueva categoría, si efectivamente se asienta en la constitución material, como parece indicar la línea jurisprudencial de la CSJN, no solo afectaría crecientemente a las menguadas atribuciones provinciales en la materia, sino que se proyectaría sobre las facultades tributarias originarias de los municipios, en tanto se entienda que las provincias puedan obligarlos al suscribir acuerdos interjurisdiccionales en los que asumen obligaciones por ellos, problemática que analizo en las líneas que siguen.

7.4.3.7. La constitución de obligaciones de los municipios por las provincias es otra cuestión problemática, de relevantes proyecciones.

7.4.3.7.1. El convenio multilateral del 18 de agosto de 1977 (sobre distribución de la base imponible por el impuesto sobre los ingresos brutos)⁽¹²³⁾ y la ley 23.548, entre

otros, pero principalmente –en mayor o menor medida, según se verá– no solo vinculan directamente a las provincias, sino que imponen determinadas obligaciones a los municipios, asumidas por aquellas en su nombre⁽¹²⁴⁾.

7.4.3.7.2. El artículo 35 del Convenio Multilateral prescribe: “En el caso de actividades objeto del presente Convenio, las municipalidades, comunas y otros entes locales similares de las jurisdicciones adheridas, podrán gravar en concepto de impuestos, tasas, derechos de inspección o cualquier otro tributo cuya aplicación les sea permitida por las leyes locales sobre los comercios, industrias o actividades ejercidas en el respectivo ámbito jurisdiccional, únicamente la parte de ingresos brutos atribuibles a dichos Fiscos adheridos como resultado de la aplicación de las normas del presente Convenio...”.

7.4.3.7.3. El artículo 9º de la ley 23.548 prescribe: “La adhesión de cada provincia se efectuará mediante una ley que disponga: a) Que acepta el régimen de esta Ley sin limitaciones ni reservas. b) Que se obliga a no aplicar por sí y a que los organismos administrativos y municipales de su jurisdicción, sean o no autárquicos, no apliquen gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos por esta Ley”.

7.4.3.7.4. Para Spisso, “[l]as prerrogativas de los municipios derivan de las correspondientes a las provincias a las que pertenecen, y aquellos quedan sujetos a las obligaciones que estas asuman [...] [y la] asunción de obligaciones por sus municipios que hacen las provincias encuentra directo fundamento en el art. 123 de la CN y en las propias Constituciones provinciales que reglan el alcance de la autonomía municipal y el ejercicio de la potestad tributaria que les reconoce expresamente”; concluye que, como la ley 23.548, art. 9º, inc. b), p. 2º g), prevé que las provincias deben establecer un sistema de distribución de los ingresos que perciban por imperio de dicha ley para con sus municipios “...al aceptar las provincias participar a sus municipios en la distribución de la recaudación de los impuestos nacionales, es innegable que quedan inquestionablemente facultadas a exigir de sus comunas el cumplimiento de la ley 23.548”⁽¹²⁵⁾.

7.4.3.7.5. Antes de la reforma de 1994, Buli Goñi había sostenido, respecto de la norma referida, que “el incumplimiento de los municipios no afecta para nada a las provincias respectivas; son, por el contrario, obligaciones directas que el pacto legal pone en cabeza de los municipios, de igual modo que si estos lo hubieran asumido directamente por sí mismos, al punto que si no cumplen los compromisos que de él se derivan, ellos y solo ellos soportan sus consecuencias”⁽¹²⁶⁾.

7.4.3.7.5.1. Si bien es obvio que los miles de municipios del país no podrían intervenir directamente en las negociaciones previas para la sanción de la ley de coparticipación, no comparto las opiniones reseñadas.

7.4.3.7.5.2. En primer término, el artículo 123, CN, no puede sustentar que, precisamente, el orden jurisdiccional que debe fijar el alcance y contenido de la autonomía municipal lo autorice a ejercer, en nombre de los municipios, atribuciones inherentes a la autonomía municipal, cualquiera sea la extensión que le acuerde cada constitución provincial, como son la potestad tributaria originaria y

(120) Aplican aquí las consideraciones expuestas *supra* 7.4.1.9. a 7.4.1.15. y sus notas.

(121) TSJ CABA, “Valot S.A. c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 18/8/2010. El voto del juez Lozano es contundente para “no compartir la acuñada categoría ‘derecho intrafederal’, cuyos elementos son los acuerdos celebrados entre las provincias y la Nación, o quizás estos cuando vienen ratificados por leyes locales y de la Nación [...] Esa formulación vino tomada, según los citados Fallos: 322:1781 y 2624; entre otros, de Zorraquín Becú, quien, en la obra que cita la Corte en esos precedentes, El Federalismo Argentino, sostuvo que las ‘leyes-convenio’ se encuentran en un peldaño de la escala normativa que las ubica por encima de las leyes de la Nación y de las constituciones locales. No es difícil advertir que no existe tal pirámide dentro del art. 31 de la CN [...], y en verdad no refiere Ricardo Zorraquín Becú argumentos de derecho positivo para sostenerla. En efecto, dicho autor sostiene [...] que las ‘leyes-convenio’ están ubicadas por encima de las leyes nacionales porque ‘...[l]a existencia del convenio impide su derogación por otra ley nacional o provincial, lo que le acuerda supremacía sobre estas’ [...] Suponer semejante superioridad de actos emanados de autoridades provinciales, aun cuando fuera de más de una jurisdicción e inclusive con la participación de la Nación, conllevaría a admitir una reforma de la CN por una vía distinta a la prevista en el art. 30”.

(122) TSJ CABA, 4/11/2014, “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: HB Füller SAIC c/ GCBA s/ impugnación actos administrativos” (Expte. n° 9281/12).

(123) “Cuya finalidad es evitar la superposición tributaria respecto de aquellos contribuyentes que ejercen actividades en más de una jurisdicción fiscal (Fallos: 208:203, cons. 7º), fijando una determinada esfera de imposición para cada una de estas (Fallos: 298:392, cons. 6º)” (CSJN, Fallos 329:5, 7/2/2006, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. c/ Municipalidad de Concepción del Uruguay s/ acción meramente declarativa”.

(124) Otro acuerdo interjurisdiccional, el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento (Pacto Fiscal II), celebrado entre la Nación y las provincias el 12/8/1993, ratificado por el artículo 33 de la ley 24.307, en cambio, dispuso que “se promoverá la derogación de las Tasas Municipales que afecten los mismos hechos económicos que los impuestos provinciales detallados en los párrafos anteriores, sea a través de la remisión del respectivo proyecto de ley a la Legislatura Provincial o a través de la recomendación a los Municipios que cuenten con competencia para la creación y derogación de tales gravámenes. Igual actitud se seguirá respecto de las Tasas Municipales en general, en los casos que no constituyan la retribución de un servicio efectivamente prestado, o en aquellos supuestos en los que excedan el costo que derive de su prestación”. “De esta forma, queda claro que el compromiso asumido por las partes en dicho tratado, respecto de [ciertos] tributos, no implicó una derogación o supresión inmediata, sino una obligación de medios tendiente a instar a sus respectivas jurisdicciones municipales a derogar las tasas que no se vinculen con una efectiva contraprestación por su parte” (CSJN, Fallos 326:2653, 12/8/2003, “Gas Natural Ban S.A. c/ Municipalidad de Campana (Pcia. de Buenos Aires) s/ acción meramente declarativa”.

(125) Spisso, Rodolfo R. El ejercicio de la potestad tributaria de los municipios y su sujeción a los Acuerdos de Armonización Tributaria. El Derecho - Tributario, Tomo 278, 23-7-2018 Cita Digital: ED-DCCLXX-VII-390.

(126) Buli Goñi, Enrique. Autonomía o autarquía de los municipios (sobre las implicancias tributarias de un reciente fallo de la Corte Suprema nacional), La Ley 1989-C-1053.

las de administración, autonormatividad, económicas y financieras.

7.4.3.7.5.3. Luego, del hecho de que las provincias deban coparticipar con los municipios los recursos de la coparticipación federal, no se sigue que queden facultadas para exigirles el cumplimiento de la ley 23.548. La delimitación de las atribuciones provinciales y las de los municipios son establecidas en las constituciones provinciales y en las leyes orgánicas respectivas, que no pueden ser reemplazadas ni invadidas por leyes de jurisdicción nacional sin afectar la autonomía municipal que consagrara el artículo 123, CN.

7.4.3.7.5.4. Aun si, forzadamente, se interpretara que las circunstancias apuntadas tienen sustento en la ley 23.548 o en el Convenio Multilateral, sería inaplicable por haber devenido inconstitucional, ante la garantía del artículo 123, CN, de forma sobreviniente⁽¹²⁷⁾.

7.4.3.7.5.5. Para Rosatti, la constitucionalidad de una cláusula de la naturaleza del artículo 9º de la ley 23.548 dependerá del reconocimiento o negación del poder fiscal municipal originario y del grado de participación de los municipios involucrados en el proceso previo a la adhesión provincial a la ley nacional, que no puede ser eludida sino acotada a límites razonables. “La adhesión provincial debe ser fruto de la conformidad mayoritaria de los municipios de su jurisdicción, y esta –a su turno– emerger de la negociación paciente entre los distintos estamentos territoriales de gobierno”⁽¹²⁸⁾. En esa línea se expidió también como juez de la CSJN⁽¹²⁹⁾.

7.4.3.7.5.6. Álvarez Echagüe considera inconstitucional a la ley 23.548, entre otras causas, porque “en un marco de autonomía, es imposible admitir que las provincias se obliguen, en nombre de sus municipios (art. 9º, ley 23.548), a que estos no establezcan tributos análogos”⁽¹³⁰⁾.

7.4.3.7.5.7. “En la actual situación, donde la ley de coparticipación es aplicada por la nación y las provincias, entendemos que los municipios no se encuentran obligados por la ley de coparticipación, dada su inconstitucionalidad, por lo cual aquellos podrían acudir válidamente a la teoría de la permisón y aplicar diferentes tipos de impuestos”⁽¹³¹⁾. Coincido absolutamente.

7.4.3.7.5.8. Y, también, con realismo, que “[m]ás allá de considerar que esta posición tiene fundamento jurídico suficiente y que los municipios podrían utilizarla para apartarse de las obligaciones que les impone la ley de coparticipación, es imposible llevarla a cabo en la práctica, pues la supervivencia financiera de los municipios depende en gran parte de los recursos recibidos por las transferencias realizadas por las provincias”⁽¹³²⁾.

7.4.3.7.6. En orden a los efectos de las obligaciones contraídas por las provincias en nombre de los municipios, corresponde aplicar los principios generales en la materia, esto es, “La ratificación hecha por el tercero a cuyo nombre, o en cuyo interés se hubiese contratado, tiene el mismo efecto que la autorización previa, y le da derecho para exigir el cumplimiento del contrato. Las relaciones de derecho del que ha contratado por él serán las del gestor de negocios” y “El que se obliga por un tercero, ofreciendo el hecho de este, debe satisfacer pérdidas e intereses, si el tercero se negare a cumplir el contrato”

(127) “Desde luego, no cabe suponer que las reglas infraconstitucionales contrarias a la nueva Constitución sigan válidas como antes: la duda es si quedan derogadas (*erga omnes*) o solamente inaplicables (para el caso concreto en que se impugnen)” (Sagüés, Néstor P. Elementos de Derecho Constitucional, t. I, pág. 83. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997 [2ª edición, ampliada y actualizada]. Ampliar en: Prieto, Hugo. Los recursos naturales en la reforma constitucional de 1994, IV.2. En “Constitución de la Nación Argentina a 25 años de la reforma de 1994. Evolución doctrinal y jurisprudencial. Democracia y participación política. Nuevos derechos y garantías. Reformas a la parte orgánica. Consolidación del federalismo. Análisis de los convencionales constituyentes Iván José María Cullen - Antonio María Hernández - Hugo Prieto - Horacio Rosatti. (Manili, Pablo L. - coordinación)”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

(128) Rosatti, Horacio. Tratado de Derecho Municipal, t. I, pág. 182. Rubinzal-Culzoni, 1º ed., Santa Fe, 2006.

(129) Fallos 344:2728, 7/10/2021, “Gasnor”, considerandos 8º y 9º de su voto conjunto con el juez Maqueda.

(130) Álvarez Echagüe, Juan Manuel. La potestad tributaria a partir del concepto constitucional de autonomía, Periódico Económico Tributario, Ed. La Ley, 2005 (abril-322), pág. 1. Id SAJ: DACF050057. Las otras causas que refiere no están estrictamente vinculadas a este estudio, y son discutibles: por el incumplimiento del plazo para una nueva ley de coparticipación, y porque no respeta los parámetros objetivos de reparto, referidos en el art. 75, inc. 2º, segundo párrafo y siguientes de la Constitución.

(131) Álvarez Echagüe, Juan Manuel. La potestad..., cit.

(132) Álvarez Echagüe, Juan Manuel. La potestad..., cit.

(artículos 1162 y 1163 del Código Civil y Comercial de la Nación, respectivamente)⁽¹³³⁾.

7.4.3.7.7. Spisso advierte que “los municipios, al participar en la distribución del producido de los impuestos provinciales y nacionales están aceptando, aunque más no sea tácita pero inequívocamente, el ordenamiento normativo vigente sobre la materia. No podrían, pues, aceptar la coparticipación y simultáneamente pretender desligarse de las obligaciones emergentes de dichos regímenes”⁽¹³⁴⁾.

7.4.3.7.7.1. Se trataría de un supuesto de voluntario sometimiento a un régimen jurídico que, a veces, obsta a su ulterior impugnación constitucional.

7.4.3.7.7.2. Pero, en verdad, los municipios no tienen –salvo alguna rara excepción– la posibilidad material de alzarse contra el régimen. Y la CSJN desestimó la aplicación de la doctrina porque la ley que se pretendía inconstitucional impone ciertas exigencias –de cumplimiento inexorable– para el ejercicio de una determinada actividad⁽¹³⁵⁾, como sucede aquí para el ejercicio de las funciones propias del municipio.

7.4.3.7.7.3. Por cierto, en cualquier caso, el sometimiento a un régimen jurídico inconstitucional no lo convierte en constitucional⁽¹³⁶⁾.

7.4.3.7.7.4. Y, cabe destacarlo, la doctrina de la CSJN sobre el voluntario sometimiento a un régimen jurídico, que obsta a su ulterior impugnación con base constitucional, se ha elaborado y aplicado con relación a conductas de particulares, no de actos jurídicos estatales imputables al Estado (nacional, provinciales o municipales) que, ciertamente, son distintas. Porque aquí se trata de considerar renuncia, delegación o transferencia de competencias atribuidas constitucionalmente a órganos estatales, circunstancia que hace a la organización institucional, que establece el régimen de autonomía municipal en un sistema federal.

7.4.3.7.8. Dice Spisso, en afirmación que comparto: “Existe, sí, la posibilidad de que un municipio que goce de autonomía plena se desintere de la coparticipación de los impuestos provinciales y nacionales y, sin obligación constitucional de armonizar su sistema tributario con los regímenes nacional o provincial, desconozca las limitaciones al ejercicio de las facultades tributarias de los municipios, de consuno con el compromiso asumido por la provincia”⁽¹³⁷⁾.

7.4.3.7.9. “[...] Mas este supuesto es, de momento, puramente teórico o especulativo [...] porque los municipios no están en condiciones de renunciar a la coparticipación de los tributos nacionales y provinciales y, esencialmente, porque han venido transgrediendo la Ley de Coparticipación Federal mediante el establecimiento de impuestos bajo el falso ropaje de tasas por servicios innecesario, que las más de las veces no prestan, y cuyo *quantum* se fija en función de la capacidad contributiva de los particulares, sin relación alguna con el costo de tales servicios”⁽¹³⁸⁾.

7.4.3.7.10. Esta última afirmación, si bien podría considerarse meramente descriptiva, merece una precisión relevante: precisamente el artículo 35 del Convenio Multilateral y la cláusula del artículo 9º de la ley 23.548 anulan o –en el mejor de los casos– reducen a su mínima expresión a las potestades impositivas (originarias) del municipio porque, prácticamente, no quedan materias imponibles para gravar. Por las distintas limitaciones que recaen sobre los municipios, solo podrían establecer impuestos ecológicos y mineros⁽¹³⁹⁾, aunque podría imaginarse otros si es cierto que la inventiva en la materia es ilimitada.

(133) La cuestión, que aparece como de solución relativamente sencilla, en realidad requiere de un análisis más profundo, que excedería los límites de este estudio.

(134) Spisso, Rodolfo R. Derecho Constitucional Tributario..., cit., pág. 256.

(135) Cfr. Fallos: 321:2086; 311:1132.

(136) Se ha dicho, en relación con la materia fiscal, y parece aplicable al asunto en estudio: “...si yo pago un impuesto o cumplo con alguna carga, estoy renunciando tácitamente a plantear la invalidez del pago efectuado y he renunciado a mi derecho patrimonial sobre el dinero empleado. Pero el haber aceptado esa lesión patrimonial no significa que acepte lesiones futuras. He renunciado a no impugnar ese pago pero no a plantear la inconstitucionalidad del régimen que establece la obligación” (Valiente Noailles, Carlos, Manual de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fondo Obras Jurídicas, Buenos Aires, 1970, Tomo I, pág. 56).

(137) Spisso, Rodolfo R. Derecho Constitucional Tributario..., cit., pág. 257.

(138) Spisso, Rodolfo R. Derecho Constitucional Tributario..., cit., pág. 257.

(139) Baistrocchi, Eduardo, La autonomía de los municipios de provincia: sus posibles consecuencias tributarias. Primera y segunda parte, LL. 1996-D-1173 y 1197.

7.4.3.7.11. Como dice Álvarez Echagüe, “[e]llo ha llevado a que los municipios, en medio de su búsqueda desesperada por obtener ingresos, y al no poder crear y exigir tributos análogos a los establecidos en el mencionado régimen, han debido recurrir a otra clase de tributo, específicamente a las tasas, aun cuando si bien su estructura responde a la misma naturaleza jurídica, constituyen verdaderos impuestos, pues, por ejemplo, su base imponible consiste en los ingresos brutos⁽¹⁴⁰⁾.”

7.4.3.7.12. Es en tal contexto que la CSJN dijo “[e]n referencia a la cuantificación del tributo –tasa por inspección de seguridad e higiene–, y específicamente en la selección de la base imponible, cabe resolver que para que aquella constituya una legítima manifestación del poder tributario, resulta inobjetable que la fijación de su cuantía tome en consideración no solo el costo de los servicios que se ponen a disposición de cada contribuyente sino también su capacidad contributiva”⁽¹⁴¹⁾.

8. Colofón

8.1. El federalismo argentino es uno de los menos federales del mundo cuando, de manera comparada, se analizan cuestiones como las potestades tributarias de los gobiernos subnacionales, su magnitud comparada con las responsabilidades de brindar bienes y servicios públicos a la población, la cantidad de recursos que quedan sometidos a la necesidad de redistribución entre jurisdicciones y, como consecuencia final y peor, el poder que ello otorga a los príncipes nacionales⁽¹⁴²⁾.

8.2. Nuestro sistema federal fiscal⁽¹⁴³⁾ resulta poco funcional para satisfacer la consecución de los fines del Estado y, como estamos cada vez más lejos de adecuarnos al principio de correspondencia fiscal⁽¹⁴⁴⁾, el municipal es el que se lleva la peor parte.

(140) Álvarez Echagüe, Juan Manuel. La potestad..., cit.

(141) Fallos 344:2123, 2/9/2021, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Esso Petrolera Argentina S.R.L. y otro c/ Municipalidad de Quilmes s/ acción contencioso administrativa” (voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

(142) V. Llach, Juan José. Federales & unitarios en el siglo XXI, Temas, Buenos Aires, 2013; y su presentación en el XXV Seminario de Federalismo Fiscal (Universidad Nacional de La Plata [UNLP], 19 y 20 de mayo de 2022: “Para que la Argentina crezca con equidad es necesario un cambio copernicano del federalismo” (<https://www.iae.edu.ar/wp-content/uploads/2021/06/Para-que-la-Argentina-Crezca-con-Equidad-es-Necesario-un-Cambio-Copernicano-JJL-2022.pdf>).

(143) Dalla Via, Alberto Ricardo, Derecho Constitucional Económico, págs. 577/596, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, resume su problemática con precisión.

(144) El principio de correspondencia fiscal establece que cada uno de los niveles de gobierno debe recaudar lo necesario para afrontar los gastos que demanda la ejecución de sus propios presupe-

8.3. La asignación de tributos a las jurisdicciones se aleja cada día más del modelo de separación de fuentes, y corresponde más al de una federación centralizada, con un gobierno nacional que administra los principales impuestos dados por ley, y un interior subnacional que ve limitadas sus potestades tributarias, reducida a fuentes tributarias de menor importancia; las distintas leyes convenios y pactos fiscales generados desde y por el gobierno nacional trataron de armonizar estos tributos, atentando en general contra las potestades provinciales y municipales⁽¹⁴⁵⁾.

8.4. En mi opinión, entre otros temas, una nueva reforma constitucional⁽¹⁴⁶⁾ debería revisar las fuentes de imposición que corresponden a Nación y provincias, y aun a los municipios.

8.5. Difícilmente cuestiones tan relevantes como un nuevo diseño institucional y la consideración de un sistema de federalismo fiscal con autonomía municipal eficiente puedan ser afrontadas próximamente, pero debe recordarse que cuando algo es necesario, también es urgente.

8.6. Mientras ello no suceda, la recta interpretación y aplicación de la garantía institucional de autonomía municipal por todos los actores políticos, esto es, las legislaturas y poderes ejecutivos de los tres niveles estadales (nación, provincias y municipios) y –particularmente– el Poder Judicial, en cabeza de la CSJN, podrá contribuir al fortalecimiento de la descentralización política que implica nuestro régimen federal con autonomía municipal, uno de los propósitos fundamentales de la reforma de 1994.

VOCES: MUNICIPALIDADES - PODER LEGISLATIVO - COMERCIO E INDUSTRIA - DERECHO POLÍTICO - DERECHO COMPARADO - ESTADO - JURISDICCIÓN - PODER JUDICIAL - JURISPRUDENCIA - DERECHO CONSTITUCIONAL - DIVISIÓN DE PODERES - PODER EJECUTIVO - DEMOCRACIA - CONSTITUCIÓN NACIONAL - LEY PROVINCIAL - AUTONOMÍA MUNICIPAL - PRESUPUESTO

tos, de modo que los habitantes que aporta son, simultáneamente, los ciudadanos-electores, que deben pagar los impuestos y, a la vez, son beneficiarios del gasto público. V. Llach, Juan José, Para que la Argentina..., cit.

(145) Bernal, Marcelo. Federalismo, relaciones intergubernamentales y gobierno multinivel en Argentina a veinte años de la reforma constitucional de 1994. En ¡Que veinte años no es nada!: un análisis crítico a veinte años de la reforma constitucional de 1994 en Argentina (compilado por Marcelo Bernal; Calógero Pízzolo; Andrés Rossetti), pág. 99. Buenos Aires, Eudeba, 2015.

(146) V. Prieto, Hugo N. Hacia una nueva reforma constitucional. A 25 años de la reforma de 1994. En: Revista de Derecho Público - 25 años de la reforma constitucional de 1994 - II, págs. 347/78. Ed Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019.

El artículo 36 de la Constitución Nacional: la “lección de Derecho”

por EDUARDO S. BARCESAT^(*)

Sumario: 1. EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DEL DERECHO. – 2. EL ART. 36 DE LA CN. LA LECCIÓN DE DERECHO. – 3. ¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR “ACTOS DE VIOLENCIA INSTITUCIONAL”?

1. El problema de la validez del derecho

La interrupción por vías de hechos con empleo del aparato de fuerza estatal, afectando la vigencia de las constituciones y de los gobiernos electos conforme la voluntad popular, ha sido uno de los problemas fundamentales de la continuidad democrática en los países del continente Sudamericano.

¿Cómo prevenir o sancionar estas irrupciones de la violencia institucional? Este es, sin duda, el gran interrogante.

Sin embargo, la teoría general del derecho y el saber constitucional parecen haberse inclinado a favorecer la propuesta de criterios de validación respecto de los gobiernos surgidos con empleo del aparato de fuerza del Estado y respondiendo a intereses –fundamentalmente los económicos– ejercitados por los sectores dominantes en la estructura de los Estados/Naciones.

La historia argentina está sembrada de episodios de violencia institucional que afectaron la continuidad democrática y que subsumieron a la Constitución Nacional vigente al momento de la producción del golpe de Estado, generando una supremacía de los bandos militares por sobre el texto constitucional que pierde el carácter de Ley Suprema de la Nación y queda subordinada a los objetivos de la usurpación del poder político del Estado/Nación.

Todas las proclamas golpistas exhiben un orden argumental común: el desprecio al poder político instalado por la voluntad popular; se presentan como terceros que cumplen una manda de autoridad superior, inspirada en la preservación del “ser nacional” y de pertenencias –religiosas y políticas– que esconden los intereses económicos de los sectores dominantes, ávidos siempre de preservar su hegemonía.

Aquí nos detendremos en el caso más ejemplificativo de este obrar, de la ideología jurídica, analizando la estructura argumental de los discursos de justificación de los golpes de Estado y del ingreso violento de la excepcionalidad institucional.

Tomaré como ejemplo la frondosa bibliografía a la que convocare el golpe de Estado autodenominado “La Revolución Argentina” (año 1966).

Esa bibliografía se nutrió de los mitos antropomórficos, de clara inspiración platónica, proclamando que “... habían llegado al poder los nacidos para el mando...”, “...que venían a dar lo mejor de sí mismos...”, “...que no solo debían ser obedecidos, sino que merecían el reconocimiento del pueblo argentino...”. Por supuesto que no había plazos para el ejercicio del mando; era un proceso de selección natural por sobre el orden jurídico positivo nacional, y –simbólicamente– iban a perdurar por más de 100 años. El pueblo y su voluntad política debían estar agradecidos de que los nacidos para el mando llegaran al ejercicio efectivo del poder político, desplazando la inefi-

cia y corrupción atribuidas, cual leyenda indocumentada, respecto de los gobiernos electos por la voluntad popular.

Curiosamente, esta fundamentación metafísica e ilusoria, de clara inscripción en el “derecho natural” –o cuando menos invocándolo– se mezcló con la concepción del jefe de escuela del positivismo jurídico, Hans Kelsen, por lo que los exponentes de las academias de derecho no vacilaron en proclamar, frente al golpe consumado con empleo de la violencia del aparato de fuerza del Estado, que había operado el “cambio de la norma básica (Gründnorm)”; así de simple, y con ello colaboraban en darle un discurso de legitimación al golpe de Estado. La eficacia del mando, por el empleo brutal del aparato de fuerza del Estado, derivaba en la legitimación de ese mando: “Si es que A manda y es que B obedece; debe ser que A mande y que B obedezca”. Consagra la formalización y legitimación surgida de la usurpación del poder político y la subsunción del texto constitucional a los bandos militares.

Los fracasos económicos y políticos de los “nacidos para el mando” y del Terrorismo de Estado, que introdujo la desaparición forzada masiva de personas, llevó al descrédito a estos golpes de Estado, que no tuvieron otra alternativa que volver a convocar al pueblo argentino a expresar su voluntad política y reponer la supremacía de la Constitución Nacional.

Nuevamente, con recurso a la autodenominada “Revolución Argentina”, aportó el ejemplificador hecho de cómo se intentó legitimar –previo a su extinción– dicho golpe de Estado; ello con la complicidad del saber de los juristas. La urdimbre concertada era la proclamación de la necesidad de una Reforma Constitucional, anunciada en Ushuaia por el “presidente” de turno, Gral. J. Levingston, y de seguido, la convocatoria formulada por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, presidida por el Dr. Edgar Ferreyra, a la VII Conferencia Nacional de Abogados, cuyo tema –vaya coincidencia– era la Reforma Constitucional, temario dividido en 2 puntos: 1) Necesidad y oportunidad de la Reforma Constitucional; 2) Puntos para la Reforma Constitucional.

La abogacía argentina se dividió, discutió y peleó, cual montescos y capuletos, si correspondía o no que un gobierno militar, ya agónico, impulsara una reforma constitucional. En ese debate pesaban factores políticos y académicos. Los colegios profesionales nucleados en la FACA debían discutir la propuesta y designar sus delegaciones para participar del evento político y académico.

Tras un arduo debate desarrollado en el seno de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, en la que me tocó intervenir como integrante de su Comisión de Derecho Constitucional y Político, triunfó el criterio de no apoyar dicha convocatoria a la reforma constitucional, impulsada por un gobierno “de facto”, o más correctamente, “usurpante”.

Aquí cabe detenernos a examinar por qué estos gobiernos que instalaron la excepcionalidad institucional, sin embargo, apropiaron y emplearon los vocablos constitucionales para designarse a sí mismos y a sus imposiciones normativas. Entiendo que el investirse con los nombres de los institutos constitucionales era una forma de provocar esa obediencia y sumisión a la que aspiran siempre los que mandan. Por tanto, que la usurpación del poder político conlleva la usurpación semántica de emplear los nombres e institutos del Estado de Derecho para investirse de un velo de legitimidad.

Mi aportación a ese debate se fundó en la interpretación del art. 30 de la CN de 1853/60, que como toda norma que se refiere y regula el texto que integra, se constituye –lógicamente– en metanorma del texto constitucional que integra (al igual que el art. 31 de la CN), lo que –con rigor formal– se expresa en el siguiente enunciado: “La Constitución Nacional de 1853/1860, sí y sólo sí, puede ser reformada conforme el mecanismo y las autoridades previstas por el art. 30 de la CN”.

Desde ya que la convocatoria propuesta por el usurpante militar no podía cumplir ni satisfacer ninguno de los requisitos establecidos por el art. 30 de la CN Como

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Cuando “interna abierta” puede no significar democracia. El desconocimiento de la voluntad popular como desnaturalización de un sistema*, por SANTIAGO JOSÉ GASCÓN, EDCO, 2011-524; *Democracia, decretos autónomos y emergencia en seguridad*, por JUAN RODRIGO ZELAYA, EDCO, 2016-395; *Democracia y gobiernos vs. el quinto poder?*, por ROBERTO F. BERTOSSI, ED, 270-922; *Limitar los “superpoderes”: una buena iniciativa para una mejor democracia*, por FRANCISCO JAVIER FUNES y FERNANDO RIVAS, EDCO, 2017-344; *Democracia y representación, hoy. Dos palabras sobre la representación política en el Estado democrático-representativo*, por SERGIO RAÚL CASTAÑO, EDCO, 2008-443; *La legalidad de un partido político cuyos fines son incompatibles con la democracia. El caso del Partido Nacional Democrático de Alemania*, por LUIS GUSTAVO LOSADA, ED, 275-666; *¿Es legítima la resistencia armada a los actos contrarios a la democracia o al “orden democrático”?*, por MARCELO BAZÁN LAZCANO, EL DERECHO CONSTITUCIONAL, 283. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Profesor titular consulto (Facultad de Derecho, UBA). Convencional Nacional Constituyente (año 1994).

enseñara Hans Kelsen, los dos primeros requisitos de la validez en el Derecho son la competencia de quien crea la norma o acto jurídico y –segundo requisito– que esa creación normativa se haga cumpliendo los procedimientos establecidos por la normativa superior. Control de legalidad, conforme la semántica de nuestra CSJN, que precede –obligadamente– al control de razonabilidad del producto normativo, que es su tercer requisito de validez.

Como toda formulación investida de rigor lógico incontestable, triunfó en el debate en la AABA, desplazando de la conducción de la delegación a quienes (Dres. Carlos S. Fayt y Jorge R. Vanossi) apoyaban la iniciativa militar de proceder a una reforma constitucional, promovida por quien fuere y conforme los procedimientos que estableciera el usurpante.

Se ganó el duro y arduo debate, en la VII Conferencia Nacional de Abogados, y el evento que fue inaugurado por su presidente, proclamando que la Conferencia “...era una pre constituyente...” terminó sacando una sola resolución: “La Constitución Nacional (1853/60) solo puede ser reformada conforme el procedimiento y las autoridades establecidas por el art. 30 de la CN”.

Por ello, cuando la convocatoria a la Reforma Constitucional del año 1994 se hizo, en lo sustancial, conforme el mecanismo y autoridades establecidas por el art. 30 de la CN, uno de los temas habilitados para la reforma era el deber de observancia a la supremacía constitucional. Fue la habilitación aprobada por el Congreso de la Nación, a través de la Ley 23.049, para discutir y redactar el texto que previniera y sancionare toda afectación a la supremacía constitucional. Como dijera en el debate, en sesión plenaria, de la cláusula del art. 36 de la CN, la misma era la consagración normativo-institucional del “NUNCA MÁS” proclamado por el pueblo argentino como expresión de su conciencia jurídica.

A continuación, ingresaremos a la exégesis de ese texto.

2. El art. 36 de la CN. La lección de Derecho

El art. 36 de la CN establece:

“Esta Constitución mantendrá su imperio aún cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el art. 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas”.

“Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles”.

“Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaron los actos de fuerza enunciados en este artículo”.

“Atentará asimismo contra el orden democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos”.

“El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”.

Sostengo que con este texto se quebró el paradigma consistente en atribuirle a la eficacia del empleo del aparato de fuerza estatal la capacidad para otorgarle legitimidad a los clásicos golpes de estado militares.

En más, ha quedado establecido en el texto constitucional un nuevo apotegma que propuse enunciar de la siguiente forma:

“El derecho solo se crea y solo se aplica desde el derecho”.

Sostengo que ese apotegma deriva de dos cláusulas constitucionales, los arts. 30 y 36 de la CN. En efecto –sabía y generosamente– el art. 30 de la CN habilita su reforma total o parcial, de modo que no hay ningún contenido o propuesta para una futura reforma constitucional que quebrante su texto. La pretensión de encorsetar las reformas constitucionales preservando determinados contenidos calificándolos como “contenidos pétreos” altera esa legitimidad y generosidad del texto constitucional.

De allí también, en mi criterio, la escasa o nula pertinencia de “encorsetar” las reformas constitucionales pre-

tendiendo ceñir las mismas a los contenidos habilitados para la reforma, prohibiendo y sancionando de nulidad a toda propuesta o tema no contenido en la ley declarativa de la necesidad de la reforma constitucional.

Así es como, también, se ha incurrido en chapuzas constitucionales, v. gr. la Reforma Constitucional del año 1994, que declaró inmodificables los contenidos de la primera parte de la Constitución de 1853/60 como si fueren –efectivamente– cláusulas “pétreas”. Resultado de ello que el art. 31 de la CN debe ser leído –tras la reforma de 1994– en conjunción con lo establecido por el art. 75, incs. 22° y 23°, de la CN, que asignaron: jerarquía de cláusulas constitucionales a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que nomina su texto, y a los que se aprueben, en lo futuro, con el voto de 2/3 de los integrantes de ambas Cámaras del Congreso de la Nación (art. 75, inc. 22°). Asimismo, que los restantes tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes de la Nación (art. 75, inc. 23°).

Cierro este punto formulando votos para que una futura reforma constitucional se apegue al procedimiento y autoridades establecidas por el art. 30 de la CN. Así, la competencia del Congreso se agota con la sola declaración de necesidad de la reforma, la que será efectuada por la Convención convocada al efecto. De lo contrario, el Poder Constituyente se convierte en un órgano meramente refrendatario. Si esa hubiera sido la intención de los constituyentes del año 1853, mejor hubiera sido dejar que el Congreso que efectúe la reforma, con la mayoría calificada de votos necesaria.

3. ¿Qué debe entenderse por “actos de violencia insitucional”?

No cabe ninguna duda de que el art. 36 refiere a la condena sobre los actos de violencia institucional en que incurren los usurpantes del poder político a través de golpes de Estado perpetrados con el uso de la fuerza del aparato de Estado.

El tema que abordaremos ahora, y cuyo análisis inviste –aquí y ahora– fuerza de imperativo categórico es el de si es de aplicación –igualmente– el art. 36 de la CN cuando un poder del Gobierno Federal, con legitimidad de origen, desborda el marco de sus incumbencias constitucionales para apropiarse –usurpar– las potestades de los otros poderes que conforman el Gobierno Federal.

Un maestro del derecho y de la función judicial, el Dr. Luis M. Boffi Boggero, dejó asentado en el prólogo de su obra (*Los tres festejos del Centenario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, Ed. Troquel, Buenos Aires, año 1963): “...cuando un poder del Gobierno Federal no emplea las potestades que la Constitución le confiere, esos poderes son inmediatamente apropiados por quienes carecen de ellos, con lo que la Constitución deja de regir en la misma medida...”.

Riguroso e incontestable; cuando el Poder Legislativo, pese a la restricción constitucional (art. 76, CN) habilita que sus incumbencias constitucionales sean delegadas en el Poder Ejecutivo, se quiebra la división de poderes, piedra basal del Estado de derecho y se afecta, incuestionablemente, el deber de obediencia a la supremacía de la Constitución Nacional.

Y si esa apropiación no es de inmediato fulminada por el Poder Judicial, que tiene como función principal (art. 3, Ley 27) el asegurar la observancia a la Constitución Nacional –aún por sobre los actos de los otros poderes que estén en contradicción con ella–, hemos de afirmar que se ha ingresado –nuevamente– en la excepcionalidad institucional, lo que convoca –finalmente– a reclamar la aplicación de lo dispuesto, en armónica conjunción, por los arts. 29 y 36 de la CN.

Es un tramo más de nuestro compromiso, irrenunciable, con el NUNCA MÁS; la lección de derecho.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DERECHO POLÍTICO - PARTIDOS POLÍTICOS - ELECCIONES - ESTADO NACIONAL - DIVISIÓN DE PODERES - PODER EJECUTIVO - PODER LEGISLATIVO - CONGRESO NACIONAL - DEMOCRACIA - ORDEN PÚBLICO - PODER JUDICIAL - GOBIERNO DE FACTO

La tipología de la Constitución argentina después de la reforma de 1994

por BEATRIZ L. ALICE

I. El tema de la reforma constitucional y en particular la reforma de 1994 es siempre convocante. Con relación a esta última hay apologistas, críticos puntuales y detractores. Ninguna de estas posturas convierte a quien las emita en un juez único e infalible. Cada persona tiene la libertad y el espacio para aceptar o rechazar las nuevas normas, desde un juicio de valor. Pero no puede pretender ser el intérprete exclusivo de la reforma. La reforma de 1994 expresa de la mejor manera posible “el entendimiento societario”. Lograr consenso implica siempre un laborioso trabajo. El Dr. Alberto García Lema (convencional constituyente y profesor de Derecho Constitucional) suele decir cuando, se refiere a este tema, “Se llegó hasta donde se pudo”.

Es indudable que dentro del amplio temario de la reforma constitucional de 1994 hay muchos contenidos de importancia. Sin efectuar un señalamiento temático taxativo cabe mencionar algunos contenidos que marcan los objetivos y diseñan el nuevo perfil de la Constitución reformada. Así, cabe puntualizar:

a. *Preservación y crecimiento de la parte dogmática.* Fue uno de los propósitos tenidos en cuenta en la reforma constitucional y para demostrarlo basta con indicar algunos contenidos puntuales:

- No se modificó ninguno de los primeros treinta y cinco artículos de la Constitución Nacional en cumplimiento de lo normado en el artículo 7° de la ley 24.309, que dispuso: “La Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidas en la primera parte de la Constitución Nacional”.

- Se incorporó a la primera parte ya mencionada el Capítulo II “Nuevos derechos y garantías” (del art. 36 al 43

CN). Debe destacarse que uno de ellos –el art. 36 CN– obra como un paraguas que cubre a todo el sistema jurídico porque tiende al afianzamiento del “sistema democrático”. Es el primer artículo de los ocho que integran el Capítulo II “Nuevos derechos y garantías”. No cabe duda de que la expresión “sistema democrático” que se introdujo en los párrafos 1° y 5° de dicho artículo y se reiteró en el art. 38 fue acertada. El art. 36 fue votado por aclamación en la Convención a pedido del convencional Dr. Iván J. M. Cullen. Debe recordarse que la palabra democracia no estuvo incluida en el texto de la Constitución histórica. En la reforma de 1957 el art. 14 bis CN sumó la palabra “democrática” para calificar a la organización sindical.

- Se otorgó jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales enumerados en el art. 75 inc. 22 de derechos humanos, en las condiciones de su vigencia, remarcando que no derogan artículo alguno de la primera parte de la CN y que debe entenderse los complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

- Se otorgó a los tratados y concordatos en general jerarquía superior a las leyes y también mantienen esa superioridad las normas dictadas en consecuencia de los tratados de integración –aprobados por el Congreso– que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos.

- Se han incluido en la parte orgánica (es decir, en la 2ª parte de la Constitución) denominada “Autoridades de la Nación” normas que integran el contenido del sistema de derechos (art. 75 incs. 19 y 23 CN).

b. *La titularidad de derechos: el sujeto activo.* Ha sufrido una evolución progresiva a través del tiempo. La Constitución Nacional de 1853/60 ha enfocado prioritariamente a las personas como miembros de la sociedad general. Así, menciona a: ciudadanos (arts. 8°, 20 y 21), habitantes (arts. 14, 16, 18 y 19), hombres (Preámbulo y art. 19), pueblo (Preámbulo y arts. 22 y 33), personas (arts. 15, 18, 23 y 29), extranjeros (arts. 20 y 25), argentinos (art. 29) y más puntualmente a criminales (art. 8°), esclavos (art. 15), escribano o funcionario (art. 15), autor o inventor (art. 17), reos (art. 18) y empleados (art. 34). La reforma constitucional de 1957, a través del art. 14 bis, introdujo nuevos protagonistas: el trabajador, el empleado público, los gremios y los representantes gremiales. La reforma de 1994 amplió el camino que se había abierto en 1957, al asignar titularidad expresa a varones y mujeres (art. 37), partidos políticos (art. 38), consumidores y usuarios (art. 42), defensor del pueblo y asociaciones que propenden a lucha contra cualquier forma de discriminación, como así también a las que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario, al consumidor y a los derechos de incidencia colectiva en general (art. 43), pueblos indígenas y comunidades indígenas (art. 75 inc. 17), niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad (art. 75 inc. 23), niño en situación de desamparo y madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia (art. 75 inc. 23) y universidades nacionales (art. 75 inc. 19).

c. *Avances en las formulaciones de la igualdad.* La Constitución argentina de 1853/60 por medio de alguna de sus normas (básicamente arts. 15 y 16) trazó una sólida estructura que permite inferir la consagración de tres principios generales: a) el principio de capacidad jurídica; b) el principio de igualdad de estatus y c) el principio de igualdad jurídica. La reforma constitucional de 1994 completó, actualizó y reforzó los contenidos de la Constitución histórica, porque supera la mera igualdad formal al incorporar nuevos términos y locuciones, como:

- “Igualdad de oportunidades” (art. 37).
 - “Condiciones de trato equitativo y digno” (art. 42).
 - “Igualdad de oportunidades y posibilidades, sin discriminación alguna” (art. 75 inc. 19).
 - “Igualdad real de oportunidades y de trato” (art. 75 inc. 23).

d. *Intensificación de la participación.* En un régimen democrático no puede dissociarse el tema de la participa-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El DERECHO: *¿Atenuación o flexibilización del presidencialismo? La jefatura de gabinete ante nuevos escenarios políticos, comparada con la propuesta de Sartori*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA y ANTONIO MARTINO, ED, 180-927; *La Reforma Constitucional de 1994 y el federalismo argentino*, por ALBERTO R. ZARZA MENSAQUE, EDCO, 2004-667; *La Reforma Constitucional de 1994, los Convenios Internacionales y las provincias*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2004-625; *El sistema de elección presidencial en la Constitución de 1994*, por VÍCTOR E. IBAÑEZ ROSAZ, EDCO, 2005-777; *Reforma constitucional y consolidación democrática*, por ALBERTO R. DALLA VÍA, EDCO, 2006-586; *Entre Ríos y el desafío de una reforma constitucional*, por MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, EDCO, 2008-592; *El número de las opciones políticas*, por EUGENIO L. PALAZZO, EDCO, 2009-305; *La coparticipación federal*, por JORGE HORACIO GENTILE, EDCO, 2009-461; *Federalismo y declaraciones de derechos. Segunda Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1819-1853*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2012-589; *Federalismo y declaraciones de derechos. Tercera Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1853-1860*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2013-313; *El federalismo ante la responsabilidad patrimonial de los jueces*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2013-151; *Fortalecimiento del federalismo y los principios de cooperación leal y subsidiariedad*, por ROBERTO ANTONIO PUNTE, EDCO, 2013-591; *Obstáculos para la vigencia de la atenuación del presidencialismo argentino veinte años después. Rol del Poder Judicial*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA, EDCO, 2013-544; *Federalismo y declaraciones de derechos. Cuarta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1862-1916*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2014-585; *A 20 años de una reforma innecesaria: el Referéndum Constitucional*, por ALBERTO J. EGÜES, EDCO, 2014-652; *Veinte años después de la reforma constitucional de 1994. Su balance*, por NÉSTOR P. SAGÜÉS, ED, 259-81; *La necesidad del federalismo*, por JULIO CONTE-GRAND, ED, 264-699; *El federalismo, la justicia y el bien común*, por JUAN C. CASSAGNE, EDA, 2015-671; *Hace 150 años, se sancionaba la reforma constitucional de 1866. Mitre, su conducta y su entorno*, por JUAN MANUEL PEIRE, EDCO, 2016-509; *Federalismo y declaraciones de derechos. Quinta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1916-1949*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2015-613; *Federalismo y declaraciones de derechos. Sexta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1949-1955*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2016-330; *Federalismo y declaraciones de derechos. Séptima Parte: Derecho constitucional provincial argentino 1955-1983*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2016-594; *Federalismo y declaraciones de derechos. Octava Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1983-1994*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2017-310; *A 150 años de la reforma constitucional de 1866 –y de la Guerra de la Triple Alianza–*, por JUAN JOSÉ HERRERO DUCLOUX, EDCO, 2016-509; *La Reforma Constitucional de 1898 y la Argentina de aquel tiempo*, por JUAN JOSÉ HERRERO DUCLOUX, El Derecho - Constitucional, Octubre 2022 - Número 10. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

ción, que no se circunscribe a las personas físicas, sino que se extiende a toda clase de asociaciones. Las formas de participación son múltiples, por lo tanto, se torna difícil hacer una sistematización. La reforma constitucional de 1994 recreó este derecho. En efecto:

- Garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de soberanía popular (art. 37).
- Constitucionaliza los partidos políticos (art. 38).
- Receta en forma expresa la iniciativa popular (art. 39) y la consulta popular (art. 40).
- Prevé la participación de asociaciones de consumidores y de usuarios, así como también de las provincias autorizadas en los organismos de control (art. 42).
- Consigna como atribución del Congreso de la Nación asegurar la participación de los pueblos aborígenes en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten (art. 75 inc. 17).
- Establece que debe asegurarse, en las leyes de organización y de base de la educación, la participación de la familia y de la sociedad (art. 75 inc. 19).

e. Fortalecimiento de las garantías constitucionales. En materia de institutos garantistas, el aporte de la reforma de 1994 ha sido significativo. La ley 24.309 de declaración de necesidad de reforma, en el art. 3º, habilitó para su debate y resolución en la Convención Constituyente la consagración expresa del hábeas corpus y del amparo. Atento que omitió incluir a la acción de hábeas data, la Convención tenía dos opciones: no tratar el tema (porque no podía hacerlo con relación a temas que no fueron incluidos dentro del temario habilitado por la ley 24.309 para su debate y consideración) o ingresar a la acción de hábeas data como un supuesto de amparo en el art. 43 de la CN, opción por la que se decidió.

f. Reformas significativas de la parte orgánica. Sin pretender hacer una enumeración de todas las reformas que la Convención de 1994 introdujo en la parte orgánica del texto constitucional, corresponde individualizar algunos de esos contenidos. Este tema se encuentra ampliado por el Dr. Pablo Luis Manili en el libro de su autoría, *Manual de Derecho Constitucional. Cuadros Sinópticos*, Astrea, 2019, págs. 133/136.

- Se excluyó a los magistrados de instancias inferiores del proceso de juicio político (art. 53), rigiendo para ellos la normativa de los artículos 114 y 115 de la CN.

- Se aumentó el número de senadores. El senado queda compuesto por tres senadores por cada provincia y tres por la Ciudad de Buenos Aires, correspondiendo dos bancas al partido político que tenga mayor número de votos y el restante al partido político que le sigue en orden de votos (art. 54).

- Se redujo el período de mandato de los senadores de nueve a seis años (art. 56).

- Se amplió en tres meses el período de sesiones ordinarias del 1º de marzo al 30 de noviembre (art. 63).

- Se prohibió la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, con algunas excepciones (art. 76).

- Se modificó el procedimiento de formación y sanción de las leyes (art. 77).

- Se modificó la forma y el tiempo de la elección del Presidente y del Vicepresidente de la Nación (arts. 94, 95,

96, 97 y 98). Se pasó a elección directa, se redujo el mandato de seis a cuatro años, posibilitando la reelección sin necesidad de dejar transcurrir un período.

- Creación del cargo de Jefe de Gabinete (arts. 100 y 101).

- Creación del Consejo de la Magistratura (art. 114).

- Creación de la Auditoría General de la Nación (art. 85) y del Defensor del Pueblo de la Nación (art. 86), que son órganos de control externo de la Administración Pública.

- Se reguló el Ministerio Público (art. 120) como un órgano extrapoder.

- Se otorgó autonomía a la Ciudad de Buenos Aires (art. 129).

II. Después de la reforma, cabe preguntarse si ha cambiado la tipología que la Constitución histórica (1853/1860) presentaba (tipología racional normativa con contenidos histórico tradicionales). Comparto la opinión que ha expuesto el Prof. Dr. Germán Bidart Campos (en *Manual de la Constitución reformada*, Tº I, págs. 295 y 303, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1996): “La reforma de 1994, con haber impreso a la Constitución de 1853/1860 una fisonomía en muchos aspectos distinta a la del texto originario (es más extensa, más abierta en sus normas, más detallista en algunas), no nos hace hablar de una ‘nueva constitución’ porque entendemos que ha mantenido –aunque ampliado– el eje vertebral primitivo de principios, valores, derechos y pautas, sin alterar el contenido esencial originario, no obstante las numerosas enmiendas que introdujo”. “Lo primero que hemos de reiterar es que no estamos ante una constitución nueva sino ante una constitución reformada”. “En el texto hallamos: a.- Normas anteriores que permanecen intactas. b.- Normas que fueron modificadas. c.- Normas nuevas. d.- Desaparición normológica de normas que fueron suprimidas”.

“Este único complejo normativo no suprimió, ni alteró, ni cambió el techo ideológico originario. Las añadiduras y actualización que innegablemente ha recibido se integran al históricamente primitivo, acentuándole los rasgos del constitucionalismo social y conservando su eje de principios y valores. Si acaso se supone que estos agregados componen un nuevo techo ideológico, hay que afirmar que al no haber dos constituciones sino una sola –la reformada– la nueva vertiente se unifica en un único techo ideológico con el heredado en 1853/1860”.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO POLÍTICO - PODER LEGISLATIVO - PROVINCIAS - DERECHO COMPARADO - PARTIDOS POLÍTICOS - ELECCIONES - FILOSOFÍA DEL DERECHO - PODER EJECUTIVO - TRATADOS Y CONVENIOS - CONSTITUCIONES PROVINCIALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DEMOCRACIA - ESTADO - ADUANA - DIVISIÓN DE PODERES - COMERCIO E INDUSTRIA - IMPUESTOS - MONEDA - ECONOMÍA - PODER JUDICIAL - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - CONSEJO DE LA MAGISTRATURA - MINISTERIO PÚBLICO - DERECHO AMBIENTAL - LEY - CONGRESO NACIONAL

La reforma constitucional de 1994. A 30 años de su sanción

por ALBERTO RICARDO DALLA VÍA

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. LA ETAPA PRECONSTITUYENTE, ASPECTOS JURÍDICOS. – III. LA ETAPA PRECONSTITUYENTE, ASPECTOS POLÍTICOS. – IV. LA LABOR DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE. – V. LOS PRIMEROS AÑOS LUEGO DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA REFORMA. – VI. BALANCE A 30 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL. – VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

Habiendo transcurrido tres décadas de la sanción y vigencia del texto constitucional reformado en 1994, consideramos necesario señalar en primer término, que tal reforma se ha constituido como la más importante de la historia argentina. En efecto, podemos abordar hoy los cuarenta años de continuidad democrática, celebrados en diciembre pasado, junto con este nuevo aniversario de la reforma constitucional, porque –en términos de Alberdi– la Convención Constituyente otorgó el andamiaje jurídico a la democracia no solo como sistema de gobierno, sino estableciendo incluso sus mecanismos de defensa –como veremos– en oportunidad de cumplirse diez años de su recuperación y en pleno proceso de consolidación de las instituciones democráticas, tras un siglo de constantes interrupciones al orden constitucional.

Es oportuno destacar en ese sentido, que en nuestro país la transición democrática empezó con el juicio a la Junta Militar, a diferencia de lo sucedido en otros países como España, por ejemplo, con la transición jurídica del conocido Pacto de la Moncloa y con la Constitución del '78 como acuerdo político para esa transición. En cambio, aquí nuestro sistema democrático advino a la reforma constitucional una década después de aquel juicio, debatiéndose en primer lugar la revisión del pasado.

Esto nos parece importante recordarlo sobre todo en tiempos en los que nos preocupa la situación económica, pues si bien Argentina atraviesa una grave crisis, es bueno

recordar lo que hemos conseguido durante aquella transición democrática, precisamente para preservar todos esos derechos. En este sentido, la reforma de 1994, así como reafirma la democracia, incluye nuevos derechos, no solamente a partir de la incorporación de los tratados de derechos humanos, sino con la ampliación de los derechos en general. Y como solemos decir, los argentinos hemos sabido salir de las crisis, votando. Aun en nuestros días nadie pone en duda acudir a las urnas cuando se trata de decidir sobre nuestro futuro. Este es, seguramente, el mayor legado de estos cuarenta años de democracia ininterrumpida y de los treinta años de la reforma constitucional.

Haremos, pues, en el presente artículo un recorrido desde la etapa previa a la labor de la Convención, los debates que por entonces se suscitaron, el análisis de prestigiosos juristas, los primeros años posteriores a la reforma, para finalizar con algunas reflexiones y apreciaciones sobre lo que significó aquella histórica reforma, a modo de balance a treinta años de su vigencia.

II. La etapa preconstituyente, aspectos jurídicos

La reforma constitucional de 1994 originó un intenso debate en lo referido a la etapa “preconstituyente”, si se utiliza la terminología introducida por Sánchez Viamonte⁽¹⁾ para designar al procedimiento de declaración de la “necesidad de la reforma” por parte del Congreso de la Nación, conforme lo señalado por el artículo 30 de la Constitución. Desde ese enfoque, los principales problemas en la etapa previa al funcionamiento de la Convención Constituyente podrían resumirse en dos: a) la legitimidad de la ley 24.309 en cuanto al procedimiento de su sanción, y b) la legitimidad del artículo 5° de la citada ley, en cuanto ordenaba a la Convención a aprobar o rechazar el denominado “núcleo de coincidencias básicas” (art. 2°) en una sola votación.

El primer problema se planteó porque la ley que declaró la necesidad de la reforma presentó irregularidades de procedimiento, en desatención a lo dispuesto en la Constitución Nacional para la formación y sanción de las leyes, en el entonces artículo 71.

El proyecto elaborado por la Comisión de Asuntos Constitucionales disponía la unificación de todos los mandatos legislativos en cuatro años, al igual que los del Presidente y Vicepresidente de la Nación; al pasar el proyecto con media sanción en revisión al Senado, ese cuerpo modificó lo relativo al mandato de los Senadores Nacionales, aspirando a un período de seis años. La votación en el Senado tuvo los dos tercios de los votos, pero al haberse realizado una modificación, por mínima que fuere, como en el caso, debió el proyecto retornar a la Cámara de Origen a los efectos de que la misma pudiera ejercitar la insistencia, pues en el régimen entonces vigente se establecía este mecanismo para el caso en que la cámara revisora discrepara con la sanción de la iniciadora, que permitía llegar hasta cinco votaciones en ambas cámaras⁽²⁾, cosa que no ocurrió con la ley que declaró la necesidad de la reforma.

La falta de identidad entre los textos aprobados por ambas Cámaras, dio lugar a que se planteara la inconstitucionalidad de la norma por vicios en el procedimiento como ocurrió en el amparo caratulado “Polino, Héctor y otro c/Poder Ejecutivo s/Amparo”⁽³⁾, que fuera desestimado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argumentando falta de legitimación activa.

No obstante, debemos recordar en el ámbito doctrinario, la posición del profesor de la Universidad de Buenos Aires, Alberto Antonio Spota, que entendió que la llamada ley 24.309 no podía ser considerada una ley como tal, en atención a la diferencia apuntada en los textos, a las disposiciones del entonces artículo 71 de la Constitución que regía y a los vicios de procedimiento en su

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: *¿Atenuación o flexibilización del presidencialismo? La jefatura de gabinete ante nuevos escenarios políticos, comparada con la propuesta de Sartori*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA y ANTONIO MARTINO, ED, 180-927; *La Reforma Constitucional de 1994 y el federalismo argentino*, por ALBERTO R. ZARZA MENSAQUE, EDCO, 2004-667; *La Reforma Constitucional de 1994, los Convenios Internacionales y las provincias*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2004-625; *El sistema de elección presidencial en la Constitución de 1994*, por VÍCTOR E. IBÁÑEZ ROSAZ, EDCO, 2005-777; *Reforma constitucional y consolidación democrática*, por ALBERTO R. DALLA VÍA, EDCO, 2006-586; *Entre Ríos y el desafío de una reforma constitucional*, por MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, EDCO, 2008-592; *El número de las opciones políticas*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2009-305; *La coparticipación federal*, por JORGE HORACIO GENTILE, EDCO, 2009-461; *Federalismo y declaraciones de derechos. Segunda Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1819-1853*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2012-589; *Federalismo y declaraciones de derechos. Tercera Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1853-1860*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2013-313; *El federalismo ante la responsabilidad patrimonial de los jueces*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2013-151; *Fortalecimiento del federalismo y los principios de cooperación leal y subsidiariedad*, por ROBERTO ANTONIO PUNTE, EDCO, 2013-591; *Obstáculos para la vigencia de la atenuación del presidencialismo argentino veinte años después. Rol del Poder Judicial*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA, EDCO, 2013-544; *Federalismo y declaraciones de derechos. Cuarta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1862-1916*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2014-585; *A 20 años de una reforma innecesaria: el Referéndum Constitucional*, por ALBERTO J. EGÜES, EDCO, 2014-652; *Veinte años después de la reforma constitucional de 1994. Su balance*, por NÉSTOR P. SAGÜÉS, ED, 259-81; *La necesidad del federalismo*, por JULIO CONTE-GRAND, ED, 264-699; *El federalismo, la justicia y el bien común*, por JUAN C. CASSAGNE, EDA, 2015-671; *Hace 150 años se sancionaba la reforma constitucional de 1866. Mitre, su conducta y su entorno*, por JUAN MANUEL PEIRE, EDCO, 2016-509; *Federalismo y declaraciones de derechos. Quinta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1916-1949*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2015-613; *Federalismo y declaraciones de derechos. Sexta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1949-1955*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2016-330; *Federalismo y declaraciones de derechos. Séptima Parte: Derecho constitucional provincial argentino 1955-1983*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2016-594; *Federalismo y declaraciones de derechos. Octava Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1983-1994*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2017-310; *A 150 años de la reforma constitucional de 1866 –y de la Guerra de la Triple Alianza–*, por JUAN JOSÉ HERRERO DUCLOUX, EDCO, 2016-509; *La Reforma Constitucional de 1898 y la Argentina de aquel tiempo*, por JUAN JOSÉ HERRERO DUCLOUX, *El Derecho - Constitucional*, octubre 2022 - Número 10. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Sánchez Viamonte, Carlos, *El poder constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957.

(2) Dalla Vía, Alberto R., “La formación y sanción de las leyes a partir de la reforma constitucional de 1994”, *A 10 años de la reforma de la Constitución Nacional*, Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2005, pp. 117-135.

(3) CSJN, Fallos: 317:335, 07/04/1994, “Polino Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo (Exp FERIA 5/94) s/Amparo”, P. 304. XXVII. REX.

sanción⁽⁴⁾. En idéntico sentido, Néstor Sagüés también ha señalado que existieron serios defectos formales en el proceso preconstituyente⁽⁵⁾.

La segunda objeción de legitimidad en esta etapa se fundó en la invalidez de la votación en “paquete cerrado” del denominado *Núcleo de Coincidencias Básicas* fijado en las negociaciones entre juristas y políticos de la Unión Cívica Radical y el Partido Justicialista que sucedieron al *Pacto de Olivos*. Como consecuencia de ese pacto suscripto entre partidos políticos y, por ello, obligatorio solo para los afiliados de ambos partidos en orden a la disciplina partidaria y no a ningún otro vínculo jurídico, la mayoría formada en el Congreso a partir de dicho pacto estableció en la ley 24.309 (art. 5° en conc. art. 2°) la obligación de la Convención Constituyente, bajo pena de nulidad, de votar el “núcleo” en una sola votación. Este punto obtuvo el rechazo generalizado de los especialistas en Derecho Constitucional⁽⁶⁾.

En efecto, si bien los antecedentes constitucionales registran el hecho de que el Congreso fije el temario de la reforma, circunstancia que surge directamente de la facultad de declarar la reforma parcial, no se registraba ningún antecedente por el cual el Congreso hubiera impuesto a la Convención la forma en que debía realizarse la votación, entendiéndose que esa facultad formaba parte de las “facultades inherentes” que también tenía la Convención.

Una vez reunida la Convención en Santa Fe, en oportunidad de debatir su reglamento, fue incluido en el mismo la obligación de votar el “paquete” en un solo acto; circunstancia que, si bien afectó el derecho de las minorías a votar cada tema individualmente, legitimó el procedimiento al ser adoptado por la propia Convención Reformadora.

En consecuencia, digamos con Spota que mediante el voto masivo de la ciudadanía en la elección a convencionales constituyentes y luego, con la actuación de la Convención que no cuestionó la validez de la ley 24.309, la legalidad de la reforma se ha tornado indiscutible⁽⁷⁾.

Debe distinguirse, entonces, para finalizar este primer apartado, una etapa “preconstituyente” donde se planteó la existencia de ciertas irregularidades que en parte fueron subsanadas jurídicamente y en parte superadas políticamente por los hechos posteriores, de una etapa constituyente reformadora posterior que cumplió a ritmo regular y puntualmente el objetivo de reformar la Constitución histórica de 1853/60.

III. La etapa preconstituyente, aspectos políticos

En lo que respecta a los cuestionamientos políticos que recibió el *Pacto de Olivos*, debemos recordar, en primer lugar, que en el contexto en el que las reformas constitucionales se suscitan, necesariamente se producen profundos debates políticos y consecuentemente, negociaciones de las dirigencias, en atención a la propia naturaleza política que precede (y que en efecto, precedieron) a todas las reformas.

Se trata de un especial momento en el que la vida política de un país, que en general no es lineal sino que es discrecional y esencialmente confrontativa, se convierte no solo en una norma jurídica, sino en la de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico: en la norma suprema. Una norma que debe interpretarse de acuerdo a una hermenéutica determinada, aquella que para Kelsen es el vértice superior de un sistema cerrado que no admite lagunas y que asimismo, dado su rango, implica que toda norma que la contradiga, deviene inconstitucional.

La reforma constitucional de 1994, entonces, tuvo ese hecho precedente de negociaciones políticas conocidas como el *Pacto de Olivos*, del mismo modo que lo tuvieron –y aun más cruentas– todas las reformas al texto constitucional de nuestra historia.

En efecto, cabe recordar que la antesala de la Constitución de 1853 fue una batalla militar en la que se derramó

mucha sangre, la batalla de Caseros, donde se enfrentaron los dos grandes –hoy diríamos– partidos políticos o facciones: unitarios y federales. Este enfrentamiento fue la condición de posibilidad para que esas fuerzas o tendencias políticas pudieran sentarse a negociar una Constitución en el Acuerdo de San Nicolás. Incluso, cuando ya se encontraba pactada y negociada la Constitución, restaba la incorporación de Buenos Aires, cosa que no pudo conseguirse sino hasta el Pacto de San José de Flores, también precedido por un enfrentamiento militar, la batalla de Cepeda, y la consecuente reforma constitucional de 1860.

Resulta, entonces, oportuno retomar estos hitos de nuestra historia constitucional, para volver desde esta perspectiva a las críticas que se centraron sobre el *Pacto de Olivos*, fundamentalmente en cuanto se negoció la posibilidad de incluir en la Constitución, la reelección inmediata del presidente, como el punto más cuestionable del acuerdo.

Al respecto, aclaremos que nuestro sistema por entonces vigente no lo permitía sino con el intervalo de un período, cosa que solo consiguieron en la historia argentina, Julio A. Roca y más tarde en el siglo XX y ya con aplicación del sufragio popular consagrado en la Ley Sáenz Peña, Hipólito Yrigoyen. Aunque existió también un antecedente en la Constitución de 1949, que reemplazó prácticamente por completo a la de 1853, donde se reconocía la reelección indefinida y el voto directo de presidente, en aquel texto constitucional que rigió hasta 1956.

No obstante, posteriormente, la denominada *Revolución Libertadora* en un acto revolucionario, derogó aquella Constitución devolviendo la vigencia al texto de 1853 (con las modificaciones de 1860, 1866 y 1898) e incluso convocó a una Convención Constituyente, que efectuó una reforma constitucional en el año 1957. Ahora bien, la pregunta acerca de la legitimidad de ese texto constitucional en virtud de ser producto de la convocatoria de un gobierno de facto, constituía un debate no concluido en la doctrina constitucional argentina.

De todo lo dicho resulta, entonces, la enorme trascendencia institucional que constituyó la reforma constitucional de 1994, superadora de los debates respecto de los acuerdos políticos previos, pues vino a saldar todos estos defectos jurídicos, dotando de incuestionable legitimidad democrática a la Constitución vigente.

Así, con la perspectiva del tiempo, el *Pacto de Olivos* resultó necesario para alcanzar las calificadas mayorías impuestas por una constitución “rígida” como la nuestra y concretar un proyecto que se había iniciado con los “Dictámenes” del Consejo para la Consolidación de la Democracia, en los que me tocó trabajar. Alfonsín vio en la convicción de Menem de lograr la reelección por un período impulsando un referéndum la posibilidad de llegar a una constitución pactada entre las grandes mayorías populares. Eran tiempos de bipartidismo y ambos dirigentes fueron presidentes y jefes de partido.

De ese modo, la reforma constitucional que cumple treinta años fue la conclusión de una transición política comenzada hace cuarenta años y el derecho a la democracia incluido en el artículo 36 y votado por unanimidad sería la manifestación normativa más concreta de ese acuerdo político. En efecto, la mirada con perspectiva histórica también ha llevado a que la Asociación Argentina de Derecho Constitucional en distintas oportunidades honrara la labor de nuestros convencionales constituyentes de 1994.

IV. La labor de la Convención Constituyente

La Convención funcionó conforme al procedimiento instituido. Sesionó en la ciudad de Santa Fe, realizándose debidamente los actos de inauguración y de clausura, como asimismo algunas reuniones de comisiones que se llevaron a cabo en la ciudad de Paraná. Se cumplió, además, con el plazo previsto y consecuentemente, la Constitución reformada fue sancionada antes de los noventa días.

En cuanto al fondo, fueron tratados todos los temas previstos por la ley que declaró la necesidad de la reforma, tanto los del “núcleo de coincidencias básicas” (art. 2°) como los del temario libre, también denominados temas “habilitados” (art. 3°). El 24 de agosto de 1994 tuvo lugar en Concepción del Uruguay la jura de la Constitución de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Se trató, por lo tanto, de un caso de ejercicio del poder constituyente reformador o derivado.

En línea con las consideraciones efectuadas en el apartado anterior, señalemos que el poder constituyente, sea

(4) Spota, Alberto A., “Origen y naturaleza del poder reformador en un sistema de Constitución rígida. El artículo 30 de la Constitución Nacional”, *La Reforma Constitucional Argentina*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1994, p. 35.

(5) Sagüés, Néstor P., Notas sobre el poder constituyente irregular, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 151, Año XV, Montevideo, 2009, p. 160 y nota nro. 21, disponible en <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r23519.pdf>.

(6) *La Reforma Constitucional Argentina*, op. cit.

(7) Spota, Alberto A., “Legalidad y legitimidad de la reforma constitucional de 1994, perspectivas posibles y riesgos probables”, *Desafíos del control de constitucionalidad*, Víctor Bazán (coord.), Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, págs. 9-20.

originario o reformador (derivado), supone una fuerte vinculación entre el mundo del Derecho y el mundo de la Política. Sabido es que Spota lo define como “poder político que se juridiza al normarse”⁽⁸⁾, entendiendo que la Constitución representa el punto en que el trámite se perfecciona. El poder constituyente derivado se diferencia del originario en que debe atenerse al “principio de la lógica de los antecedentes”; vale decir que se desenvuelve dentro de la estructura lógica del Derecho, no obstante participar con el primero de las características generales que definen al poder constituyente⁽⁹⁾ y, por ende, está también imbuido del ingrediente de la “politización”. El profesor español Luis Sánchez Agesta definió al poder reformador como “poder constituyente constituido”⁽¹⁰⁾.

Admitida tal característica política que se encuentra en la esencia del poder constituyente, no ha de extrañar que ese elemento haya estado presente en la reforma de 1994, aunque fuera más de lo que resulta aconsejable desde la perspectiva teórica jurídica. El acuerdo de los dos partidos políticos mayoritarios condicionó el escenario y tuvo reflejo directo en el texto reformado que ha fortalecido a la denominada “democracia de partidos”, otorgando reconocimiento expreso a los partidos políticos en el artículo 37 y refiriendo, en el artículo 54, que las bancas pertenecerán “al partido político que obtenga el mayor número de votos”.

Este rasgo también se pudo observar en la negociación respecto de la inclusión de la reelección de la fórmula presidencial (art. 90), que fue seguido por la incorporación del Ministro Jefe de Gabinete (art. 100) por parte del radicalismo, con el interés de atenuar el sistema presidencialista. El protagonismo que tuvieron tales negociaciones hizo que las comisiones de la Convención Constituyente funcionaran de un modo similar a las comisiones del Congreso Nacional en la elaboración de una ley ordinaria, cuestión que en muchos casos se vio plasmada en los dictámenes elaborados por las comisiones.

Ciertas imperfecciones de técnica legislativa derivadas de las circunstancias descritas fueron luego corregidas por la tarea de la “Comisión Redactora”, de cuarenta miembros, que funcionó, en la práctica, como una suerte de “Convención dentro de la Convención”. No obstante, algunos defectos técnicos permanecieron, como ocurrió con el caso del inciso referido a los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22), que al incluir una lista limitada de tratados ha conformado una categoría “atípica” en materia de fuentes del Derecho: normas con jerarquía constitucional, pero que, al mismo tiempo, no pueden derogar artículos de la primera parte, sino que deben considerarse complementarios.

Otros temas “habilitados” recibieron también el impacto de la “politización negocial” que estuvo presente en la Convención; así ocurrió, por ejemplo, con el “Federalismo Fiscal” que tuvo en muchos momentos escenarios de tensión entre Gobernadores de Provincia y Ministerio de Economía de la Nación por la obtención de mayores asignaciones de recursos.

Ahora bien, de todos los proyectos y antecedentes de reforma, los que más se han reflejado en la labor constituyente de 1994 fueron los de la reforma transitoria de 1972⁽¹¹⁾ y los “dictámenes”⁽¹²⁾ del denominado *Consejo para la Consolidación de la Democracia* creado por el decreto 2446/85 del Presidente Raúl R. Alfonsín, bajo la coordinación del Dr. Carlos S. Nino, que llegó a publicar un dictamen preliminar y un segundo dictamen sobre aspectos que debían abordarse en la reforma constitucional, también se elaboró un tercer trabajo referido a los temas económicos, que no fue publicado.

Del primero se reflejan distintas formulaciones de técnica legislativa en cuanto al difundido objetivo de “mo-

dernizar las instituciones”, prolongando las sesiones del Congreso, promoviendo el trabajo en comisiones; como así también la propuesta de fijar el mandato del Presidente y Vicepresidente de la Nación en cuatro años, con una sola reelección; la elección directa del Presidente y los Senadores, la elección de un tercer Senador por la minoría, entre otras.

Por su parte, de los citados dictámenes se desprende también, la idea de morigerar el exceso de poder presidencial, con cierta tendencia a “parlamentizar” el sistema, a través de la incorporación de un “Ministro Coordinador” que, además de ejercer algunas funciones específicas en materia administrativa y presupuestaria, acerque, articule y haga más funcional la relación entre los poderes. Se observa también en ese sentido y de acuerdo con el mismo antecedente, el interés de darle un rol especial al Senado en la iniciativa de algunos proyectos que tienen que ver con la materia federal (coparticipación, art. 75, inc. 2; desarrollo territorial armónico, art. 75, inc. 19), así como otros temas que también fueron considerados en el proyecto mencionado como el Consejo de la Magistratura y la Defensa del Medio Ambiente.

En los contenidos de ambos proyectos, y en su posterior cristalización en el texto de la Constitución reformada, aparecen los principales contenidos teleológicos que la reforma ha presentado en distintas formulaciones, tales como: la necesidad de modernizar y agilizar el funcionamiento de las instituciones; fortalecer los mecanismos de control del poder, delimitando las funciones; atenuar los excesos del hiperpresidencialismo hegemónico; instrumentar la inserción internacional de la Argentina; fortalecer el federalismo. Formulaciones como estas, y otras similares, se han utilizado indistinta o conjuntamente como “motivación” de la reforma; es decir que utilizando el lenguaje “kelseniano”, se refieren al “deber ser” de la reforma.

Uno de los grandes maestros del Derecho Constitucional de habla hispana, el profesor Manuel García Pelayo⁽¹³⁾, enseñaba con proverbial claridad la existencia de distintas “tipologías” de Constituciones (“relación normativa”, “histórica” y “sociológica”), siendo el tipo “racional normativo” el único que se corresponde con el concepto racionalista de reforma constitucional. La reforma supone una idea y una dirección de cambio, un objetivo o estadio a alcanzar. Son ajenas a esta idea las Constituciones “históricas” como la inglesa, donde es el mismo Parlamento quien va modificando las leyes conforme a los tiempos. Las Constituciones “sociológicas”, en cambio, se identifican con lo fáctico; con los “factores reales de poder” en términos de Lassalle⁽¹⁴⁾, de modo tal que, según el mismo autor, la Constitución escrita puede ser considerada como una mera “hoja de papel”.

Así, otra de las tendencias que caracterizaron la reforma fue la del “sociologismo constitucional”, es decir, a llevar a la norma lo que estaba ocurriendo en los hechos, con prescindencia de la consideración del “deber ser”. Esto se ve manifestado en el “blanqueo” que se ha realizado en la Constitución de algunas prácticas que conforman verdaderos desvíos, como el recurrente dictado de “reglamentos de necesidad y urgencia”, o la centralización de la política fiscal en desmedro de las autonomías provinciales a través del dictado de leyes de coparticipación federal y del cambio de destino asignado a los fondos coparticipables.

El temario propuesto por la ley 24.309 fue muy amplio y algunos temas carecieron de la instalación en la sociedad de un debate previo que fuera lo suficientemente profundo como para permitir orientar el “telos” de la reforma. Así fue que en plena época de transformación económica faltó el debate sobre el rol del Estado; mientras se pregona el tránsito hacia un modelo neocapitalista, la reforma ha afirmado principios regulatorios y de constitucionalismo social en el inciso 19 del artículo 75.

La destacada labor de la Convención ha dejado algunos temas inconclusos, habida cuenta de la cantidad de remisiones a la ley, de modo tal que fue el Congreso Nacional en los años subsiguientes quien debió complementar en buena medida la labor constituyente; en algunos casos, con plazos perentorios como el Consejo de la Magistratura, mientras que en otros casos, al no haberse fijado plazos, se dejó abierta la puerta para que las reglamentaciones legales se pospongan en función de las mayorías legislativas.

(8) Spota, Alberto Antonio, *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires: Plus Ultra, 1975.

(9) Vanossi, Jorge Reynaldo A., *Teoría Constitucional*, Tomo I, Buenos Aires: Depalma, 1975.

(10) En García Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid: Alianza Editorial, 1999.

(11) El llamado “Estatuto Fundamental”, de fecha 24 de agosto de 1972, dictado por el gobierno de facto de la denominada “Revolución Argentina”, fue elaborado por una comisión de notables juristas. El texto perdió vigencia por un mecanismo de autointegración fijado en su articulado. Disponible en https://argentinahistorica.com.ar/intro_archivo.php?tema=7&titulo=7&subtitulo=15&doc=200.

(12) El Consejo para la Consolidación de la Democracia fue creado por el decreto 2446/85 del Presidente Raúl R. Alfonsín, bajo la coordinación del Dr. Carlos S. Nino. Publicó dos dictámenes sobre la reforma constitucional y el tercero de ellos referido a los temas económicos, no fue publicado.

(13) García Pelayo, Manuel, op. cit.

(14) Lassalle, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?*, Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte, 1984.

Las circunstancias apuntadas plantearon en aquel momento de sanción del nuevo texto constitucional la necesidad de que la reforma se convierta en un dato más frecuente de nuestra vida democrática, de la renovación de las instituciones y el direccionamiento de los objetivos sociales. En este sentido, vale decir que la Constitución debe durar en el tiempo y ser venerada; aunque ello no significa entender que deba ser pétreo o inmutable; por el contrario, y siguiendo a Alberdi⁽¹⁵⁾ en las *Bases*, debe ser como los andamios de los edificios en la construcción de la gran arquitectura del Estado: firmes, pero al mismo tiempo, ir adaptándose a las necesidades y los imperativos de los tiempos.

Nuestra Constitución, una de las más antiguas del mundo y la más antigua de América Latina, permaneció muchos años sin modificarse; pero también mucho tiempo –demasiado– sin cumplirse; el modelo de Estado cambió más de una vez y también cambió la sociedad. La etapa democrática iniciada en 1983 y que esta reforma constitucional reafirmó, con normas muy definitorias, como el artículo 36, nos lleva a pensar en la relación entre la norma y la realidad en el devenir de un mundo dinámico, pensando en su fortalecimiento aun si fueran necesarias nuevas adecuaciones. Lo importante es que las reformas sean parciales, mínimas, para que la Constitución conserve su identidad, su esencia y también su estilo, que debe mantenerse en la redacción, evitando formulaciones extensas o demasiado reglamentaristas.

Por último, digamos que más allá de algunos “contrabandos normativos”, descriptos con agudeza por el Dr. Néstor Pedro Sagüés⁽¹⁶⁾, cuando al referirse a una norma, de manera indirecta la reforma modifica a otra (como en el referido caso del artículo 75, inciso 22, que si bien incorpora los tratados internacionales, indirectamente refiere al artículo 31 que versa sobre el orden de prelación de las normas), es necesario destacar la valiosa labor de los convencionales constituyentes que han respetado el compromiso públicamente asumido de no afectar la “parte dogmática”, es decir, la primera parte, referida a los derechos, deberes y garantías.

Pues si bien el capítulo de “Nuevos Derechos y Garantías”, agregado a la primera parte, no la contradice ni la restringe, sino que, por el contrario, la amplía en su mismo sentido, en el orientador de los artículos 19, 28 y 33 de la Constitución Nacional. Así, el catálogo de las garantías se fortalece con los derechos de incidencia colectiva y con una configuración dada al amparo que balancea las mayores garantías de la sociedad frente a acuerdos políticos partidarios que puedan eventualmente fortalecer a los órganos del poder y contra el crecimiento de los poderes económicos privados.

Porque es de la esencia del Estado de Derecho la clara delimitación entre la Sociedad y el Estado, y es una de sus reglas fundamentales que, si el poder acrecienta su capacidad y su funcionamiento, se incremente proporcionalmente los controles y garantías a favor de las personas. En definitiva, la Constitución, que es la norma superior de nuestro ordenamiento jurídico, fue reformada en muchos aspectos, dejando en cabeza del legislador reglamentarla, del jurista interpretarla⁽¹⁷⁾ y, lo más importante: de toda la ciudadanía cumplirla.

V. Los primeros años luego de la entrada en vigencia de la reforma

Los diferentes trabajos de investigación y las apreciaciones de los juristas que fueron publicándose en los años posteriores a la sanción de la reforma empezaron por demostrar el interés de la ciudadanía por conocer el nuevo

texto una vez sancionado, inquietud por demás bienvenida cuando se contrasta con la notable indiferencia de que fueron objeto los debates de la Convención Constituyente reunida en Santa Fe.

Esta reacción positiva, manifestó un justo clamor popular: el pueblo quería saber de qué se trataba la reforma a la norma fundamental, aquella que representa, según la recordada expresión de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en uno de sus pronunciamientos “el arca guardadora de nuestras más sagradas libertades”⁽¹⁸⁾ (caso “Sojo”). Sin embargo, como dijimos, para poder conocer la real dimensión de la reforma, debió postergarse esa inquietud ciudadana y de los juristas a la tarea legislativa reglamentaria. En rigor de verdad, en aquellos primeros años, no podía considerarse que la reforma constitucional hubiera concluido con la jura del 24 de agosto de 1994.

Por otro lado, la edición publicada en el “Boletín Oficial” contuvo algunas equivocaciones que eran en parte errores y en parte digresiones con el texto histórico que debieron ser salvadas con una “fe de erratas” publicada al día siguiente. No obstante, siguieron persistiendo diferencias con el texto tradicional, como lo fue la ausencia de la coma detrás del “Nos” al iniciarse el Preámbulo, que un prurito de respetuoso homenaje a los Constituyentes de 1853 nos inclinó a mantener. También fue incorporado *a posteriori* el denominado “artículo perdido” (“68 bis” por su enumeración en el proyecto de la Comisión Redactora, en un acto legislativo de Enmienda de cuestionable constitucionalidad.

Si bien es cierto que en la mayor parte de los casos las diferencias fueron mínimas, dado que se trataban en gran parte de la omisión de comas, todos sabemos la importancia de una coma en un texto jurídico que puede cambiar el sentido de una proposición y tanto más si se trata de la Constitución. Pues ello suscitaba el debate doctrinario acerca de cuál es el texto o versión que prevalece. El tema sería de la delicia de los exégetas. Un criterio positivista extremo haría primar la última versión publicada en el Boletín Oficial. Nosotros entendimos que debía prevalecer el texto sancionado en Santa Fe y jurado en Concepción del Uruguay ya que la Constitución no puede depender en cuanto a su entrada en vigencia del mecanismo dispuesto por una norma de jerarquía inferior como lo es el Código Civil. Sin embargo, entendemos legítimo subsanar errores materiales que han sido producto de la imperfección humana a través de una comparación y cotejo razonable con el texto histórico.

La segunda razón que en aquellos primeros años siguientes a 1994 no ayudó al conocimiento acabado de la Constitución reformada por parte de la ciudadanía fue la cantidad de leyes complementarias y reglamentarias que debieron dictarse y sobre las que el Congreso de la Nación actuó con cierta mora. Desde la perspectiva que brinda el paso del tiempo en el análisis jurídico bien podemos concluir que no fue una buena técnica remitir tantas cuestiones al legislador, que podían ser resueltas por el constituyente por mandato de la ley 24.309.

No obstante, de ninguna manera sostenemos que la Constitución debió dar todas las respuestas, pues no profesamos ese extremismo “sintético” cuando de la Constitución se trata. Es propio que las leyes reglamentarias vayan delimitando instituciones, derechos y garantías (siempre que no se altere su espíritu), y es también propio dentro de nuestro sistema que sea la jurisprudencia, y en especial, la Corte Suprema, la que tenga la última palabra en materia de interpretación constitucional.

Pero ocurre que nuestro sistema constitucional, basado en el modelo norteamericano, no contempla la categoría de “leyes orgánicas” (propuestas por Juan Bautista Alberdi pero no adoptadas en 1853) diferenciadas de las leyes comunes por estar destinadas a la reglamentación de los derechos constitucionales. Por eso, las remisiones de tantos temas al legislador trajeron como consecuencia, en los primeros tiempos, la indefinición del texto constitucional que queda librada a las mayorías ocasionales en el Congreso de la Nación.

Con esto renació, entonces, un viejo problema jurídico acerca de qué ocurre cuando hay mandatos constitucionales incumplidos por el legislador. Un debate que subsistió en el texto histórico como consecuencia de la existencia de “normas programáticas”, cuya condición suspensiva

(15) Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Colección Pensamiento del Bicentenario, Buenos Aires: Biblioteca del Congreso de la Nación, 2017, p. 80, disponible en <https://bcn.gob.ar/uploads/BasesAlberdi.pdf>.

(16) El término fue utilizado por el constitucionalista en una serie de artículos sobre la Reforma Constitucional publicados en el diario La Nación, cuyos argumentos fueron llevados al propio debate constituyente en la intervención de Muruzabal, Hilario, *Convención Nacional Constituyente*, 22ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria, versión taquigráfica, 2 de agosto de 1994, pp. 2844 y 2845, disponible en <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/convenciones/descargarDiario/24>.

(17) En tal sentido, señala Fix Zamudio que pueden concebirse a las normas constitucionales como aquellas que sirven de fundamento y apoyo a todo el ordenamiento jurídico, otorgándole al Estado una unidad armónica mediante sus principios orientadores (en *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*, México: Miguel Ángel Porrúa: UDUAL, 1988, disponible en <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/57155>).

(18) CSJN, Fallos 32:120, sentencia de fecha 22 de septiembre de 1887, “Sojo, Eduardo s/ recurso de habeas corpus”.

aún se encuentra pendiente, como sucede con buena parte de las normas contenidas en el artículo 14 bis⁽¹⁹⁾.

Al respecto, parte de la doctrina considera que, una vez pasado un tiempo razonable, debe entenderse que la norma es operativa. Tal fue la solución que impuso la Corte Suprema en la causa “Ekmekdjian c/ Sofovich”⁽²⁰⁾ para dar solución a la falta de reglamentación del derecho de rectificación o respuesta, dispuesto en el Pacto de San José de Costa Rica y que la Corte hizo operativo para ese caso concreto. Sin embargo, no ha podido desprenderse de esa solución que el criterio sea aplicable a todos los casos de normas programáticas.

En el Derecho Constitucional Comparado contemporáneo existe una tendencia predominante en favor de la “operatividad” de los principios constitucionales que se desprende del carácter de norma jurídica que la Constitución, como norma fundamental, conlleva. Esa tendencia observada ha sido recogida en nuestro medio por el doctor Germán Bidart Campos en su magnífica obra *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*⁽²¹⁾, donde la tesis es, justamente, la operatividad de los derechos constitucionales por la que el destacado maestro argentino bregó durante muchos años.

VI. Balance a 30 años de la reforma constitucional

El tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia de la reforma constitucional nos permite hoy —a treinta años de la sanción— valorar y la enorme importancia que han tenido en nuestro ordenamiento jurídico las modificaciones que allí se introdujeron. Ello así, a partir de la autoridad que nos da haber superado el cuarto de siglo en el que esas nuevas disposiciones constitucionales se reglamentaron, se aplicaron, fueron aprehendidas por la ciudadanía en general y profusamente desarrolladas por los juristas. Es decir, la Constitución reformada en 1994 tiene ya un considerable recorrido histórico que abrevó en la consolidación democrática que actualmente supera los cuarenta años ininterrumpidos, el período más extenso de nuestra historia constitucional.

La Asamblea Constituyente de 1994 tuvo la enorme tarea de efectuar la reforma más importante, extensa y profunda de nuestra historia, más allá de las opiniones de sus detractores y de sus defensores, además de saldar las discusiones acerca de la legitimidad del texto de la anterior reforma de 1957, como explicamos.

En línea con ello, también debemos señalar que la de 1994 fue la reforma que logró conseguir el consenso político más amplio en términos históricos, tal como requiere la rigidez de nuestro sistema constitucional —tomando la clasificación del teórico inglés James Bryce—, que instituye en el artículo 30 un mecanismo especial constituido por el voto de los dos tercios de los totales de cada Cámara del Congreso para aprobar la ley de necesidad de reforma y la instauración de la Convención Nacional Constituyente para sancionar el texto reformado, cuya composición surge de elecciones a convencionales constituyentes mediante el sufragio popular.

La profundidad de la última reforma se reafirma sobre todo cuando se la compara con lo acotadas o específicas que fueron las modificaciones constitucionales previas de nuestra historia; recordemos, en 1860, para la incorporación de Buenos Aires, en 1866 y en 1898, vinculadas fundamentalmente a cuestiones impositivas luego de la Guerra del Paraguay y para aumentar el número de ministros, respectivamente. Si a ello agregamos las amplias mayorías conseguidas en pleno ejercicio democrático, con representantes surgidos del sufragio universal, siguiendo los procedimientos instituidos, es posible concluir que la Constitución reformada en 1994 es a todas luces un hito en el constitucionalismo argentino.

Ello así, porque permitió avanzar en modificaciones sustanciales dado que, en estos treinta años de distancia desde la jura de la Constitución, el legislador —aún con cuestionable demora incluso en las leyes para las cuales el propio texto constitucional preveía plazos— ha sabido

recoger el mandato del Constituyente. Hemos visto a su vez, el desarrollo de copiosa jurisprudencia que ha constituido en un muchas oportunidades, un impulso determinante en la reglamentación de los derechos consagrados en la reforma, sentando lineamientos fundamentales para la interpretación de la norma suprema. Muchos de esos avances, fueron posteriormente recogidos en las leyes.

Por otra parte, debe recordarse, como se dijo, que —a diferencia de lo sucedido en 1949— la reforma constitucional de 1994 no fue una nueva Constitución, sino el resultado del ejercicio del poder constituyente derivado. El hecho de haberse reformado una cantidad importante de artículos y agregarse nuevas disposiciones, modificándose asimismo el “lenguaje” claro de la norma fundamental surgida de la Comisión de Negocios Constitucionales con la impronta de Juan María Gutiérrez y José Benjamín Gorostiaga, han hecho frecuente el uso de la expresión “nueva Constitución”. No obstante, nosotros consideramos que en rigor debe hablarse de “Constitución reformada”, no solamente porque se siguió con el procedimiento que fija la propia norma constitucional para ser modificada (artículo 30), sino porque expresamente fue jurada la Constitución Nacional de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994.

Esta cuestión no es meramente terminológica, dado que según la solución que adoptemos sobre el punto, cambiará la interpretación misma que haremos de la Constitución, pues si entendiéramos que se trata de una norma suprema nueva, debiera centrarse su interpretación en los nuevos principios incorporados. En tanto que, tratándose en este caso de una Constitución histórica reformada, consideramos que las modificaciones e incorporaciones introducidas en 1994, deben necesariamente ser leídas en el marco teórico dado precisamente por el espíritu de aquella Constitución histórica, de modo de hacer complementarios los principios allí delineados por el constituyente del siglo XIX, inspirados en la *Bases* de Alberdi, y las nuevas disposiciones e instrumentos internacionales incorporados por la Convención Constituyente de fines del siglo XX.

Así, el intento reflejado en los nuevos derechos y garantías, en cuanto a profundizar los mecanismos de una democracia más participativa, no implican una negación de los principios republicanos de gobierno en la democracia representativa instituida en el texto histórico de nuestra Ley fundamental.

Esta incorporación en la Constitución Nacional de las denominadas “formas de democracia semidirecta”, en los artículos 39 y 40, convocó a nuevas formas de participación ciudadana, sin desnaturalizar por ello la esencia del sistema representativo-republicano, establecido en sus artículos 1º y 22, ya que si bien el constituyente se inclinó a aumentar los niveles de participación de la sociedad en las cuestiones políticas, nuestro sistema sigue siendo representativo por la fuerza declarativa de aquellos artículos y por la hermenéutica propia desde la cual debe analizarse el texto constitucional en su conjunto, como una unidad.

Señalado ello, digamos que, tomando como premisa el carácter “liberal” de la Constitución histórica, con un aspecto “social” proveniente de la reforma constitucional de 1957, notamos que el ideario de 1994 le otorgó su impronta aun más social en cuanto afirma el concepto de “desarrollo humano”, de la “justicia social” y de la “igualdad real de oportunidades”, al tiempo que consagra un derecho constitucional al “ambiente sano y equilibrado” que determina un componente ecológico, que no solo es una obligación del Estado sino también, y fundamentalmente, una postura ética. También en esta línea ubicamos otros de los principios allí consagrados como la integración económica latinoamericana, los derechos de los usuarios y consumidores, así como la consagración de la acción de amparo también contra las empresas concesionarias de servicios públicos privatizados.

Así, la reforma ha sido muy rica en la incorporación de principios ideológicos. El catálogo de derechos declarados y de garantías consagradas se ha ampliado apuntando al valor de la “solidaridad”. El tono general de la reforma se ha corrido más hacia la afirmación de principios del Estado social que del constitucionalismo liberal, como lo reflejan el ingreso de tal cantidad de principios que la sociedad reivindica, que no estaban expresamente consagrados en el texto y que adquieren jerarquía constitucional a partir de la incorporación de los tratados internacionales que, por la época en la fueron suscriptos, se enmarcan claramente en la etapa del constitucionalismo social surgido con poste-

(19) Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 6ta. edición ampliada y actualizada, Tomo I, Buenos Aires: La Ley, 2022, p. 290.

(20) CSJN, Fallos: 315:1492, sentencia de fecha 7 de julio de 1992, en autos: “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho”.

(21) Bidart Campos, Germán J., *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Buenos Aires: Ediar, 1995.

rrioridad a la Segunda Guerra Mundial y con anterioridad a la crisis mundial del petróleo que trajo también como consecuencia, la crisis del Estado social de Derecho.

Ahora bien, lo expuesto nos lleva a hacer la salvedad relativa a que, si bien el constitucionalismo social resalta en la Constitución argentina reformada, lo hace dentro y no afuera de la economía de mercado, a modo de síntesis del pensamiento constitucional que no contradice ni desecha los principios liberales, sino que los afirma en el sentido de un nuevo Estado: el modelo de competencia, dentro del cual a este le cabe un rol regulador, precisamente para que el mercado funcione.

Así, consideramos que el ideario constitucional argentino no se ha modificado sino que se ha completado a la luz de los aportes doctrinarios y de la necesidad de los tiempos, sin perder el norte libertario abierto en la gesta de mayo y grabado en el texto constitucional de 1853 a favor de la libertad y la iniciativa individual; hoy sumando la preocupación por el desarrollo humano que pone su impronta definitiva en el texto para elegir por un capitalismo con rostro humano, frente al economicismo del ajuste por el ajuste mismo, que paradójicamente fue el marco político en el que los constituyentes vinieron a reafirmar tales principios, contrarios al pretendido modelo de Estado “neoliberal”.

Por último, para concluir este balance debemos señalar que dos de los temas claves del texto de la reforma, constituidos por un lado, por la idea de mitigar el hiperpresidencialismo hegemónico y por otro la de fortalecer el federalismo, son acaso los dos aspectos que han quedado finalmente más en deuda con la sociedad.

Si bien ambas cuestiones requieren de un extenso debate, podemos señalar cuanto menos que, en relación con el presidencialismo, la incorporación de los decretos de necesidad y urgencia —entre otras modificaciones notables como la reelección inmediata— han ido en un sentido contrario con aquel objeto y han sido utilizados además con notable abuso, aunque también cabría preguntarse en qué medida es posible tender a un sistema parlamentarista —como se debatía en el referido *Consejo*— producto del peso histórico que siempre ha tenido y continúa teniendo el presidencialismo, hasta como una forma de comportamiento político de nuestra sociedad.

Por otro lado, respecto del federalismo consideramos que en algunos aspectos no ha logrado ser fortalecido, entre otras cosas por cuestiones como la introducción del mecanismo de la coparticipación federal de impuestos, conforme se venía realizando en nuestra práctica desde hacía años y como consecuencia de las deformaciones y desvíos ocurridos sobre el sistema original de la Constitución. A su vez, ese equívoco provoca muy serias dificultades para instrumentar las reformas debido al difícil contexto en que han quedado incluidas.

En consecuencia y sin desmerecer el inconmensurable valor jurídico y político que tuvo la reforma constitucional, es posible sostener que, en estos temas específicos, todavía quedan debates pendientes e inconclusos.

Para finalizar, creemos necesario hacer referencia a los problemas relacionados con los niveles de cumplimiento de las disposiciones constitucionales, por parte de la ciudadanía en general y de los distintos actores jurídicos en particular, así como del entramado institucional en su conjunto, tal como lo es el hecho de la demora legislativa en materia reglamentaria que como explicamos, aún hoy tiene algunas deudas pendientes.

Pues es notable cómo muchos aspectos en los que los juristas y estudiosos del derecho podemos encontrar ciertas limitaciones en la reforma muchas veces tienen más que ver con que aún no hemos podido consolidar el efectivo cumplimiento de todos los mandatos del Constituyente de 1994 que, en rigor, con falencias propias del texto constitucional reformado.

En este sentido, no podemos pretender ni esperar de una Constitución que solucione todos los problemas que se suscitan en la vida institucional de un país, porque ello depende en última instancia de lo que la ciudadanía y la política hagan de esa Ley fundamental y en qué medida esté a la altura de sus disposiciones.

V. Bibliografía

ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Colección Pensamiento del Bicentenario, Buenos Aires: Biblioteca del Congreso de la Nación, 2017, disponible en <https://bcn.gob.ar/uploads/BasesAlberdi.pdf>.

BADENI, Gregorio, “Reforma Constitucional de 1994”, *Revista Pensar en Derecho*, núm. 5, año 3, diciembre 2014, pp. 9-16, Buenos Aires: Eudeba, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/5/reforma-constitucional-de-1994.pdf>.

BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Buenos Aires: Ediar, 1995.

CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN PARA LA DEMOCRACIA, *Reforma constitucional: dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Buenos Aires: Eudeba, 1986.

CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN PARA LA DEMOCRACIA, *Reforma constitucional: Segundo dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Buenos Aires: Eudeba, 1987.

Convención Nacional Constituyente, 22ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria, versión taquigráfica, 2 de agosto de 1994, disponible en <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/convenciones/descargarDiario/24>.

DALLA VÍA, Alberto (comp.), *A veinticinco años de la Reforma Constitucional*, Revista Jurídica de Buenos Aires, año 44, no. 99 - 2019 - t. II, Buenos Aires: Depto. Publicaciones Facultad de Derecho UBA, Abeledo Perrot, 2020, disponible en http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/rjba-ii-2019.pdf.

DALLA VÍA, Alberto R., “La formación y sanción de las leyes a partir de la reforma constitucional de 1994”, *A 10 años de la reforma de la Constitución Nacional*, Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2005, pp. 117-135.

DALLA VÍA, Alberto, “El Ideario Constitucional Argentino”, 12 de junio de 1995, Buenos Aires: La Ley.

FIX ZAMUDIO, Héctor, *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*, México: Miguel Ángel Porrúa: UDUAL, 1988, disponible en <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/57155>.

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid: Alianza Editorial, 1999.

GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 6ta. edición ampliada y actualizada, Tomo I, Buenos Aires: La Ley, 2022.

GELLI, María Angélica (comp.), *A 25 años de la Reforma Constitucional de 1994*, 1ra. ed., Suplemento Especial, Bs. As.: La Ley, noviembre 2019, disponible en <https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/42712741-suplemento-a-25-anos-de-la-reforma-constitucional.pdf>.

LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte, 1984.

SAGÜÉS, Néstor P., “Notas sobre el poder constituyente irregular”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 151, Año XV, Montevideo, 2009, pp. 151-163, disponible en <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r23519.pdf>.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El poder constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957.

SPOTA, Alberto A., *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires: Plus Ultra, 1975.

SPOTA, Alberto A., “Origen y naturaleza del poder reformador en un sistema de Constitución rígida. El artículo 30 de la Constitución Nacional”, *La Reforma Constitucional Argentina*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1994.

SPOTA, Alberto A., “Legalidad y legitimidad de la reforma constitucional de 1994, perspectivas posibles y riesgos probables”, *Desafíos del control de constitucionalidad*, Víctor Bazán (coord.), Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

VANOSI, Jorge Reynaldo A., *Teoría Constitucional*, Tomo I, Buenos Aires: Depalma, 1975.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO POLÍTICO - PODER LEGISLATIVO - PROVINCIAS - DERECHO COMPARADO - PARTIDOS POLÍTICOS - ELECCIONES - FILOSOFÍA DEL DERECHO - PODER EJECUTIVO - TRATADOS Y CONVENIOS - CONSTITUCIONES PROVINCIALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DEMOCRACIA - ESTADO - ADUANA - DIVISIÓN DE PODERES - COMERCIO E INDUSTRIA - IMPUESTOS - MONEDA - ECONOMÍA - PODER JUDICIAL - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - CONSEJO DE LA MAGISTRATURA - MINISTERIO PÚBLICO - DERECHO AMBIENTAL - LEY - CONGRESO NACIONAL

¡Feliz cumpleaños, Constitución reformada en 1994!

por JORGE HORACIO GENTILE^(*)

Argentina tiene la Constitución más antigua de América (1 de mayo de 1853), después de la norteamericana de 1787; fue reformada en 1860, 1898, 1957 y en 1994, hace 30 años, por lo que hoy nos felicitamos.

Dicha Constitución Nacional (CN) adoptó para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, con tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial; con un Presidente y Vicepresidente que duraban 6 años en su mandato y que no podían ser reelectos en el período siguiente.

En 1993, el Presidente Carlos Menem firmó con su antecesor –y entonces opositor–, Ricardo Alfonsín, el *Pacto de Olivos*. Así consiguió reformar la CN para hacer posible su reelección y, además, aumentar sus competencias, como permitir que el Congreso le haga “delegaciones legislativas” al Presidente “en materias de administración o de emergencia pública” (art. 76, CN) y que se le autorizara, también, a dictar “decretos de necesidad y urgencia” (DNU) con la firma de sus ministros (art. 99, inc. 3, y 100, inc. 13, CN).

Desde el gobierno de Menem hasta el de Alberto Fernández, inclusive, se dictaron 976 DNU y a todos los presidentes se les delegaron facultades legislativas. Javier Milei comenzó el suyo con el DNU N° 70/23 (que tiene 366 artículos) y con un proyecto de *ley omnibus* (de 664 artículos) donde pidió que se le delegaran facultades legislativas por 2 años, prorrogables por 2 más.

El *Pacto de Olivos* le concedió a Alfonsín la posibilidad de aumentar de 2 a 3 los senadores por provincias y de la CABA –2 para la mayoría y uno para la minoría– para aumentar la representación radical, y que el presidente de la Auditoría General de la Nación sea un opositor, lo que se aprobó junto con la reelección en la Convención de 1994.

El Presidente Juan Domingo Perón también hizo reformar la CN para hacerse reelegir, lo que aprobó la Convención Constituyente de 1949, muy cuestionada porque la ley de convocatoria no se votó en la Cámara de Diputados

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO: Crónicas de historia constitucional: El reglamento orgánico de 1811, la “primera Constitución Nacional”,* por ARMANDO MARIO MÁRQUEZ, EDCO, 2009-690; *Argentina: 200 años de historia. Bernardino Rivadavia: hombre de Mayo, estadista de su tiempo,* por ANTONIO CASTAGNO, EDCO, 2010-477; *Crónicas de historia constitucional: Labor legislativa de la Asamblea General Constituyente de 1813,* por ARMANDO MARIO MÁRQUEZ, EDCO, 2010-711; *Crónicas de historia constitucional: Hombres de Mayo: integrantes de la Junta de Gobierno (primera entrega),* por ARMANDO MARIO MÁRQUEZ, EDCO, 2010-719; *La historia constitucional argentina y el concepto de bicentenario,* por ARMANDO MARIO MÁRQUEZ, EDCO, 2011-687; *Sobre los pactos en la historia argentina. Pacto entre el gobierno y la oposición parlamentaria. Políticas de Estado para gobernar,* por EDGARDO H. CARDONE, ED, 245-845; *El día de la Constitución,* por EUGENIO L. PALAZZO, *El Derecho Constitucional,* 2014-329; *1 de mayo. Día de la Constitución Nacional. Una Constitución de 171 años,* por ENRIQUE H. DEL CARRIL, ED, 306. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Es profesor emérito de las UNC y UCC, fue diputado de la Nación y es Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Parlamentario.

con las “dos terceras partes, al menos, de sus miembros” (art. 30, CN). Así fue como dicha Convención aprobó la reelección presidencial indefinida, lo que permitió la reelección de Perón en 1952. Pero en su segundo mandato le fue mal y, en 1955, un golpe militar (*Revolución Libertadora*) lo derrocó y abrogó la Constitución de 1949 por una *Proclama* del Presidente de facto, general Pedro Eugenio Aramburu (asesinado luego por los Montoneros el 29/5/1970). La Convención Constituyente de 1957 ratificó esa decisión y repuso la vigencia de la CN de 1853, con las reformas de 1960, 1966 y 1998, e incorporó el art. 14 bis, sobre los derechos de los trabajadores.

Después de Julio Argentino Roca, que fue 2 veces Presidente (entre 1880 y 1886, y 1892 y 1898), fue Perón quien permaneció más tiempo en el Poder Ejecutivo (PE) porque fue Vicepresidente del Presidente de facto, general Edelmiro Farrell –entre julio de 1944 y octubre de 1945–. Luego fue Presidente constitucional (desde el 4/6/1946 hasta el 4/6/1952), y siguió en el cargo, tras haber sido reelecto, hasta ser derrocado el 16/9/1955. Volvió a la presidencia entre el 12/10/1973 y el 1/7/1974, fecha en la que falleció.

En 1989, Menem completó el período del renunciante Presidente Alfonsín durante 5 meses; luego continuó con su primer mandato de 6 años, según la CN de 1853, y –por ser reelecto– siguió siendo Presidente 4 años y 5 meses más (Disposición Transitoria 10.ª, CN 1994). Intentó hacerse reelegir por tercera vez, lo que no se concretó por los fracasos que tuvo en los últimos 11 años en los que ejerció el poder. Algo parecido sucedió a partir de 1952 con la segunda presidencia de Perón, que concluyó con el Golpe de Estado de 1955, y con los 2 mandatos de 4 años de Cristina Fernández de Kirchner en este siglo, que terminaron con la derrota en los comicios de 2015 del candidato de su partido Daniel Scioli, infringida por Mauricio Macri.

Juan Bautista Alberdi, al escribir el borrador de la CN, dijo: “Toda reelección presidencial es una forma más o menos encubierta, es un ataque contra el principio republicano, cuya esencia consiste en la movilidad periódica y continua del personal de gobierno”. También lo es que quien propone reformar la CN para ser reelecto sea el que ejerce el PE, como pasó en 1949 y en 1994.

Córdoba, julio de 2024.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHOS HUMANOS - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - TRATADOS INTERNACIONALES - PODER EJECUTIVO - PODER LEGISLATIVO - CONGRESO - PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - JURISPRUDENCIA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - ESTADO NACIONAL - PODER JUDICIAL - DERECHO POLÍTICO - HISTORIA DEL DERECHO - DERECHO CONSTITUCIONAL - PROVINCIAS

La Constitución invisible después de la Reforma Constitucional argentina de 1994

por WALTER F. CARNOTA

Sumario: 1. INTROITO. – 2. DE LA LEGITIMIDAD DE ORIGEN A LA DE EJERCICIO. – 3. ¿DÓNDE ESTÁ LO INVISIBLE? – 4. CONCLUSIONES.

1. Introito

Una muy afinada literatura en el derecho comparado sostiene la existencia de una *Constitución invisible*, al lado de la formal, visible o tangible⁽¹⁾. El positivismo de talante normativista nos ha hecho creer que la única Constitución existente es la formal. Sin embargo, al lado de esta última, coexisten otras: las constituciones llamadas informales (materiales, vivientes, reales) que intentan o procuran expresar otras manifestaciones no escritas o no codificadas del fenómeno constitucional.

Ello parte de una premisa: la Constitución que se da en la facticidad, en la realidad de las conductas de gobernantes y de gobernados, de detentadores y de destinatarios del poder, no es exactamente igual –o sea–, es más grande o más inclusiva que la formal. Incluso, por ejemplo, en el pensamiento bidartiano, los desajustes entre la Constitución material más amplia y la formal –más acotada a la textualidad– sirven para catalogar las diversas *mutaciones constitucionales* que se pueden presentar⁽²⁾, hastaprivar de vigencia a la Constitución, la *desconstitucionalización*, como ocurrió con Weimar en 1919.

Tradicionalmente, podía pensarse que la conjetura de una Constitución invisible podía emplazarse o localizarse en el derecho natural o en el valor justicia, es decir, en cualquier construcción meta o extra positiva. Bajo otra perspectiva, así como para Adam Smith una *mano invisible* conducía al mercado, una Constitución invisible se vería involucrada en la gobernanza de la comunidad política.

Sin duda alguna, como veremos más adelante, 1994 cambió el ángulo del problema. Como todo aniversario,

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Un caso de hábeas data: entre el derecho procesal y el derecho constitucional*, por JORGE REINALDO VANOSI, ED, 176-348; *Novedades de Derecho Constitucional Latinoamericano. Perú: entró en vigencia el Código Procesal Constitucional*, por RICARDO HARO, EDCO, 2005-862; *La Reforma Constitucional de 1994 y el federalismo argentino*, por ALBERTO R. ZARZA MENSAQUE, EDCO, 2004-667; *El sistema de elección presidencial en la Constitución de 1994*, por VÍCTOR E. IBÁÑEZ ROSAZ, EDCO, 2005-777; *Reforma constitucional y consolidación democrática*, por ALBERTO R. DALLA VÍA, EDCO, 2006-586; *Acerca de los orígenes fundacionales del Derecho Procesal Constitucional*, por EDUARDO PABLO JIMÉNEZ, EDCO, 2005-754; *El Código Procesal Constitucional peruano y algunas pautas para orientar la tarea interpretativa de los jueces y el Tribunal Constitucional*, por VÍCTOR BAZÁN, EDCO, 2005-655; *La historia constitucional argentina y las reformas procesales penales*, por ARMANDO MARIO MÁRQUEZ, EDCO, 2014-369; *Federalismo y declaraciones de derechos. Segunda Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1819-1853*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2012-589; *Federalismo y declaraciones de derechos. Tercera Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1853-1860*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2013-313; *El federalismo ante la responsabilidad patrimonial de los jueces*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2013-151; *Fortalecimiento del federalismo y los principios de cooperación leal y subsidiariedad*, por ROBERTO ANTONIO PUNTE, EDCO, 2013-591; *Obstáculos para la vigencia de la atenuación del presidencialismo argentino veinte años después. Rol del Poder Judicial*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA, EDCO, 2013-544; *Federalismo y declaraciones de derechos. Cuarta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1862-1916*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2014-585; *La necesidad del federalismo*, por JULIO CONTE-GRAND, ED, 264-699; *El federalismo, la justicia y el bien común*, por JUAN C. CASSAGNE, EDA, 2015-671; *Concepto, alcance y aplicabilidad del Derecho Procesal Constitucional*, por WALTER F. CARNOTA, ED, 300. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Así, por ejemplo, el libro colectivo editado por DIXON, Rosalind y STONE, Adrienne, *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*, 2018. Asimismo, la canónica obra de TRIBE, Laurence, *The Invisible Constitution*, Nueva York, Oxford University Press, 2008. Otros prefieren denominar al derecho tácito o inferencial como “derecho mudo”, ya que lo que desencadena la centralidad de la fuente escrita obviamente es la palabra. Es que “la palabra comunica, la escritura memoriza”. SACCO, Rodolfo, *El Derecho mudo (Neurociencias, conocimiento tácito y valores compartidos)*, Lima, Communitas, 2016, p. 206. Y el mismo autor agrega: “La palabra ha vencido. Ha superado al derecho mudo. Pero superar no significa cancelar”. SACCO, Rodolfo, *Antropología jurídica (Contribución a una macrohistoria del derecho)*, Lima, Communitas, 2018, p. 218.

(2) BIDART CAMPOS, Germán J., *Filosofía del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1969, p. 85.

rememorar y recordar a la Reforma Constitucional de 1994 implica o significa, ni más ni menos, auscultar su legado histórico y bucear en él. Indudablemente, se trata de un documento que añadió y sustrajo, que puso y que sacó, contenidos del texto originario, fruto de un gran consenso, vertebrado a través de 25 partidos políticos distintos expresivos de un *consenso significativo*.

2. De la legitimidad de origen a la de ejercicio

La revisión federal operada en 1994 implicó –como ya fue dicho– un hondo compromiso de las dos fuerzas mayoritarias –el radicalismo y el justicialismo– a través de sus líderes, el ex presidente Alfonsín y el entonces presidente Menem, más el concurso de todas las demás en cuanto a refundar y a refuncionalizar *un sistema político democrático*. Sin duda, y por ser fruto de consensos, la reforma cuyo aniversario celebramos conllevó una gran legitimidad de origen, dada por la representación en el seno de la Asamblea Constituyente de Santa Fe y Paraná, de las más variadas formaciones y agrupaciones políticas.

Al margen de la legitimidad de origen, la Asamblea dio un marco de legitimidad de ejercicio en cuanto creció la explicitud constitucional y dejó menos margen para los claroscuros de la siempre presente interpretación constitucional⁽³⁾. Más derechos con nombre y apellido, más instituciones –muchas oriundas del derecho público europeo del s. XX– receptadas también.

Pues bien, esos incrementos que pasaron a engrosar la textualidad constitucional llevan o conducen a pensar en una reducción considerable del mundo de lo invisible, de lo tácito, de lo implícito o implicado, de “intangibles” en favor de la propia Constitución formal, del documento textual. Así, los partidos políticos que actuaban en los márgenes del sistema documental coonestados por una legislación especial pasaron a ser contemplados por el art. 38. O el amparo, deficitariamente regulado por la ley de facto 16.986 sancionada en la época de Onganía, pasó a tener hospedaje cierto en el párrafo primero del art. 43, con un “bonus” en su segundo párrafo al prever al amparo colectivo. Lo que antes era invisible (o silente), hoy aparece a todo color, fuerte y claro. Lo mismo ocurre con el derecho ambiental (art. 41) o del consumidor (art. 42), por suministrar algunos pocos ejemplos.

3. ¿Dónde está lo invisible?

La pregunta que cabe formular es si ha quedado algo sin decir o sin expresar, algo que no estamos viendo o visualizando. Dijimos que, bajo una concepción realista del derecho, siempre hay más contenidos ocultos o sumergidos, como en una suerte de “iceberg” en donde lo que se ve y se nota no es precisamente lo más importante, sino tan solo lo más destacable.

Reiteramos que, sin lugar a dudas, uno de los grandes aportes del constituyente revisor de 1994 fue achicar o acortar la brecha entre norma y realidad, las dos grandes polaridades que se debaten “a capa y espada” en el mundo del derecho. En este momento, hay tres fuentes de invisibilidad en el derecho constitucional argentino. Corremos a explicarnos.

En primer lugar, siempre va a asomar –como anticipáramos– la *interpretación*. Es sabida la importancia o relevancia que la interpretación asume en el mundillo de las normas jurídicas y de las normas constitucionales en particular. Si bien –como ya dijimos– los márgenes de interpretación se han acotado –por un lado– fruto del incremento de la explicitud constitucional, siempre se interpreta, desmintiendo rotundamente el adagio *in claris non fit interpretatio*. Las cláusulas constitucionales, ambiguas a veces de por sí, asumen una textura aún más abierta desde 1994, fruto de otro estilo de redacción, más ampuloso y lejos de la precisión y de la elegancia del documento histórico.

(3) SAGUÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, 1998; ídem, *La interpretación judicial de la Constitución (de la Constitución Nacional a la Constitución convencionalizada)*, México, Porrúa, 2017.

Observamos una primera pauta de aumento de derechos por conducto de la interpretación en el art. 33 de la CN, agregado en 1860. La consagración de la doctrina de los derechos no enumerados o implícitos configura –siguiendo las aguas de la Enmienda Novena norteamericana y al decir de Tribe– una pauta interpretativa de primera magnitud⁽⁴⁾ ya que deriva del propio texto documental. Tanto en Estados Unidos como en Argentina, una gran cantidad de derechos fue reputada “incorporada” en virtud de esta ruta hermenéutica (p. ej., para nuestro caso, los derechos personalísimos como el nombre, la identidad o la filiación).

Por otro lado, los “nuevos constitucionalismos” han llevado a potenciar la figura del juez, en donde este último se transforma, más que en un intérprete, en extractor de nuevos derechos y garantías. Ello acontece todo el tiempo en el siglo XXI, el “siglo de los jueces”.

La internacionalización del derecho constitucional argentino y la constitucionalización del derecho internacional –que contiene el art. 75, incisos 22 y 24– actúan como coordenadas de ampliación de derechos humanos. Más allá de la jerarquía constitucional de los tratados de derecho internacional referida por la primera de las normas mencionadas, ello no significa que sean automáticamente “visibles”, máxime cuando “no están dentro de la propia Constitución”, sino que comparten su rango cimero bajo ciertas condiciones enunciadas en la propia regla.

Además, interpretación e internacionalización potencian entre nosotros, desde 1994, los procesos de “préstamos” o *borrowings* constitucionales, ya sea con una recurrencia más frecuente al derecho comparado o con la adopción de cánones –a veces obligatorios o vinculantes– emanados de la jurisprudencia, en especial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por último, la creciente digitalización también contribuye a la Constitución invisible. Es sabido que el ideal alberdiano en que se inspiró el texto inicial de 1853 queda elocuentemente plasmado en la llamada “cláusula del progreso” –renumerada a partir de 1994 en el art. 75, inc. 18, CN– y que en este año también se agregó un contenido más “aggiornado”, en la llamada “cláusula del desarrollo” que vino a configurar al art. 75, inc. 19⁽⁵⁾.

Entre los nuevos derechos incorporados en esta última normativa se plasman los relativos al adelanto científico y tecnológico. Hay que reconocer que también en este campo la reforma fue optimista y vanguardista, creyente de las nuevas tecnologías, sin dejar inerte a la persona humana, como se deriva de la consagración de la acción de hábeas data en el nuevo art. 43. Es decir, abraza al desarrollo, con las limitaciones propias que establece todo constitucionalismo en cuanto *fijación de límites*.

(4) TRIBE, Laurence y DORF, Michael C., *On Reading the Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, p. 54 (edición en castellano: *Interpretando la Constitución*, Lima, Palestra, p. 115).

(5) RECALDE, María Cecilia, *El desarrollo como derecho humano*, Buenos Aires, Astrea, 2019.

Claro que la ciencia y técnica de 1994 no es la de 2024. Los adelantos científicos y tecnológicos son cada vez más veloces y espectaculares. En 2023 hizo irrupción con toda su fuerza la llamada “IA generativa”, en la cual los planteos tecnológicos son cada vez más asombrosos y desafiantes. Como es habitual, el derecho ha ido a la zaga de estos cambios tan vertiginosos, sin permitir que la norma logre metabolizar e incorporar todas estas innovaciones y transformaciones.

Las incorporaciones tecnológicas hacen –de hecho– que se interpele permanentemente a la visibilidad constitucional, dado que la propia realidad de las conductas no es tan estable o fija como antes, llegando incluso a cuestionar la propia subjetividad exclusiva del ser humano, piedra angular –hasta ahora– de nuestro sistema de derechos.

4. Conclusiones

Estamos ciertos en que toda la materia constitucional no está contenida dentro de la Constitución formal. 1994 alteró más aún este panorama al encumbrar documentos fuera de su texto por vía del dichoso art. 75.22. Los jueces –particularmente los de la Corte Suprema de la Nación– tienen más poder, buscado o no, directa o indirectamente, por activa o por pasiva, más allá de la espinosa relación con la Corte Interamericana a partir de Fallos: 340:47⁽⁶⁾.

La “Constitución invisible” no es solo un mantra del sistema anglo-norteamericano de derechos. Es una realidad palpable de nuestro tiempo, fruto de la profundización de los estudios constitucionales en donde se ha afinado la lente sobre el objeto y el método del Derecho Constitucional, y en donde se pretende afinar con precisión su contenido.

Una concepción realista del derecho debe ser consciente pues de que hay otros fenómenos fuera de la fría y aséptica norma jurídica escrita, como postulaba el positivismo normativista más de una centuria atrás. El constituyente revisor de 1994 no se ancló en lo formal. La “igualdad ante la ley” del art. 16 pasó a ser “la igualdad real de oportunidades y de trato” del art. 75, inciso 23. Finalmente, el realismo tuvo su hora.

La Constitución invisible se vincula indisolublemente así con la Constitución viviente, la que respira y vive, la que actúa operativamente sobre la realidad, la que en definitiva se practica.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER JUDICIAL - PODER LEGISLATIVO - CONSTITUCIONES PROVINCIALES - DERECHO CONSTITUCIONAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES PODER EJECUTIVO -- FILOSOFÍA DEL DERECHO - DERECHO PROCESAL - PROCESO JUDICIAL

(6) CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”, sentencia del 14 de febrero de 2017, también popularmente conocido como “caso Fontevecchia”.

La Constitución Nacional –con motivo del trigésimo aniversario de su reforma–^(*)

por RICARDO PABLO RECA^(**)

Sumario: I. PALABRAS PREVIAS. – II. UNA INDISPENSABLE REFLEXIÓN. SU CONCEPCIÓN PEDAGÓGICA. SOBRE EL INTERÉS GENERAL. ALGUNAS IMPRESCINDIBLES CUALIDADES. – III. EL CONTEXTO. UNA AÑEJA CARTOGRAFÍA. – IV. UNA MIRADA SOBRE LA ACTUALIDAD. EL HORIZONTE DE LA CONFIANZA. – V. UNA TENDENCIA PREDOMINANTE. SOLO UNA CITA. UN PAISAJE RAÍDO. UN MUNDO AJENO Y DISTANTE. UN INCOMPRESIBLE GLOSARIO. SOBRE LUCES Y SOMBRAS. – VI. LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE. UN MUTUO Y TÁCITO RECONOCIMIENTO. UN PACTO FUNDAMENTAL. LOS PLIEGUES DE LA HISTORIA. LAS INSTANCIAS PRECEDENTES. UNA REPERCUSIÓN INMEDIATA. UN CAPITAL DE IDEAS. EL ESPÍRITU DE LA MISMA. – VII. DOS GARANTÍAS INSOSLAYABLES. UN RELEVANTE CAPÍTULO. LA FIRMEZA DE ESTA CLÁUSULA. UN INDISPENSABLE PRECEPTO. CAVILACIONES Y EUFEMISMOS. UNA DISPOSICIÓN INEQUÍVOCA. UNA LIGERA SEMBLANZA. UNA CONVENCION CONDICIONADA. UN TIEMPO DOMINANTE. EL POSITIVISMO IDEOLÓGICO. UNA EXPLÍCITA CONSAGRACIÓN. UNA INADMISIBLE OMISIÓN. UN CAMPO ANEGADO. UNA CONCEPCIÓN IRRAZONABLE. UN ESPIRALADO FENÓMENO. UNA SOCIEDAD SIN NOSOTROS. – VIII. CONSIDERACIONES FINALES. UNA TENSION INSUPERABLE. UN CONSTANTE RELATIVISMO. A PIE DE PÁGINA.

I. Palabras previas

Es muy gratificante participar en este nuevo aniversario de la reforma de la Constitución Nacional, ya que se cumplen treinta años de esta sustancial modificación, que anudan las particulares circunstancias que precedieron su decisivo alumbramiento y el simbólico alcance, como de-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: *¿Atenuación o flexibilización del presidencialismo? La jefatura de gabinete ante nuevos escenarios políticos, comparada con la propuesta de Sartori*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA y ANTONIO MARTINO, ED, 180-927; *La Reforma Constitucional de 1994 y el federalismo argentino*, por ALBERTO R. ZARZA MENSAGUE, EDCO, 2004-667; *La Reforma Constitucional de 1994, los Convenios Internacionales y las provincias*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2004-625; *El sistema de elección presidencial en la Constitución de 1994*, por VÍCTOR E. IBÁÑEZ ROSAZ, EDCO, 2005-777; *Reforma constitucional y consolidación democrática*, por ALBERTO R. DALLA VÍA, EDCO, 2006-586; *Entre Ríos y el desafío de una reforma constitucional*, por MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, EDCO, 2008-592; *El número de las opciones políticas*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2009-305; *La coparticipación federal*, por JORGE HORACIO GENTILE, EDCO, 2009-461; *Federalismo y declaraciones de derechos. Segunda Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1819-1853*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2012-589; *Federalismo y declaraciones de derechos. Tercera Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1853-1860*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2013-313; *El federalismo ante la responsabilidad patrimonial de los jueces*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2013-151; *Fortalecimiento del federalismo y los principios de cooperación leal y subsidiariedad*, por ROBERTO ANTONIO PUNTE, EDCO, 2013-591; *Obstáculos para la vigencia de la atenuación del presidencialismo argentino veinte años después. Rol del Poder Judicial*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA, EDCO, 2013-544; *Federalismo y declaraciones de derechos. Cuarta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1862-1916*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2014-585; *A 20 años de una reforma innecesaria: el Referéndum Constitucional*, por ALBERTO J. EGÜES, EDCO, 2014-652; *Veinte años después de la reforma constitucional de 1994. Su balance*, por NÉSTOR P. SAGÜES, ED, 259-81; *La necesidad del federalismo*, por JULIO CONTE-GRAND, ED, 264-699; *El federalismo, la justicia y el bien común*, por JUAN C. CASSAGNE, EDA, 2015-671; *Hace 150 años se sancionaba la reforma constitucional de 1866. Mitre, su conducta y su entorno*, por JUAN MANUEL PEIRE, EDCO, 2016-509; *Federalismo y declaraciones de derechos. Quinta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1916-1949*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2015-613; *Federalismo y declaraciones de derechos. Sexta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1949-1955*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2016-330; *Federalismo y declaraciones de derechos. Séptima Parte: Derecho constitucional provincial argentino 1955-1983*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2016-594; *Federalismo y declaraciones de derechos. Octava Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1983-1994*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2017-310; *A 150 años de la reforma constitucional de 1866 –y de la Guerra de la Triple Alianza–*, por JUAN JOSÉ HERRERO DUCLOUX, EDCO, 2016-509; *La Reforma Constitucional de 1898 y la Argentina de aquel tiempo*, por JUAN JOSÉ HERRERO DUCLOUX, El Derecho - Constitucional, Octubre 2022 - Número 10. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) En base al trabajo presentado en la Procuración de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

(**) Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España), Profesor titular de la Cátedra I de Derecho Público, Provincial y Municipal y Director del Instituto de Política y Gestión Pública, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

cía el autor del Aleph, que promueven las cifras que finalizan en cero.

Todo aniversario nos invita a un reflejo balance, resultaría imposible tributar estas décadas sin que una íntima y paralela reflexión nos repase en imágenes y realizaciones, esas volátiles referencias que animan nuestra memoria y nos hablan de la estatura del tiempo en nosotros.

La Constitución no escapa a esta inevitable disposición, estos seis lustros de la reforma que despidió un siglo y transita otro, también supone esas miradas superpuestas en un marco que, sin duda, aceleró el fenómeno de la globalización⁽¹⁾ y la irrupción del posmodernismo⁽²⁾, fuentes donde convergieron nuevas y determinantes corrientes que, con ritmo creciente, permean nuestra actualidad.

Un complejo panorama, que podemos constatar si remitimos a nuestras experiencias y desvelos sociales, para anticipar, sinópticamente, que en esta etapa la economía pasó a ser predominantemente financiera, la palabra, la imagen y la representación, desbordando sus cauces naturales, múltiples y difusas agrupaciones⁽³⁾.

Pero la Constitución es antes que nada un sistema de equilibrio, toda su génesis y organización se basa en este concepto, como lo expone una pausada lectura de su texto, que guarda en armónica coherencia la razón de su perdurabilidad y completitud interpretativa.

Con sobria lucidez, García de Enterría señala: “La Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un orden de valores materiales expresado en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales del Derecho, que o al intérprete toca investigar y descubrir (sobre todo, naturalmente, al intérprete judicial), o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos, por la decisión suprema de la comunidad que la ha hecho, unos valores sociales determinados que se proclaman en solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva. Ninguna norma subordinada –y todas lo son para la Constitución– podrá desconocer ese cuadro de valores básicos y todas deberán interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio, precisamente, a dichos valores”⁽⁴⁾.

II. Una indispensable reflexión

La Constitución no es necesariamente un tema de académicos ni de especialistas, ni de un elitismo conformado en la excluyente tutela de su misión; su finalidad no pretende objetivar la realidad para que la misma se ajuste a sus normas ni fosilizar a las generaciones en el ritual de sus concepciones.

(1) Como sabemos, la globalización supone un proceso político, económico, tecnológico, social y cultural, que conduce a la consolidación de un mercado mundial, priorizando el comercio, el flujo financiero y la transferencia de conocimiento. De las muchas facetas que ofrece el análisis sobre su fenómeno, no debemos omitir la resignificación al concepto de Soberanía y las consecuentes presiones a la naturaleza e idiosincrasia del Estado-Nación.

(2) Una de las características fundamentales de esta corriente es el desplazamiento de la conciencia histórica y, en ella, una ruptura con la estructura del conocimiento moderno (en particular, el racionalismo y el positivismo) bajo el axioma “que no existe una única verdad, sino distintas maneras de saber”.

Un nuevo paradigma que rechaza los textos y programas omnicomprensivos, en un mundo donde prevalece la individualidad y la hegemonía de la tecnología e innovación permanente. En palabras de Esther Díaz, (“Posmodernidad”, ed. Biblos), nuestra época se desembaraza de las utopías, reafirma el presente, rescata fragmentos del pasado y no se hace demasiadas ilusiones respecto al futuro.

(3) Como un ejemplo de lo dicho, en las elecciones PASO del 13 de agosto de 2023, podemos observar que la Justicia Nacional Electoral oficializó la impresionante cifra de 23 fórmulas presidenciales, que superaron ampliamente cualquier registro anterior en nuestra historia política. Sin perjuicio de esta exuberante referencia, también cabe destacar las 270 listas internas (entre ellas, “Principios y Valores”, que llevó 5 fórmulas presidenciales), de las 91 agrupaciones oficializadas, con un altísimo costo por parte del Estado para el pago de las respectivas boletas.

(4) García de Enterría, E., “La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional”, Ed. Civitas S.A., 1994.

Tampoco es la presuntuosa palabra final que fluye de una recepción interesada o la absurda permeabilidad de llevar sus alcances de un lado a otro hasta el límite de su desnaturalización; de tal forma, que no basta con invocarla como si fuera el ropaje formal del poder, que concibe su contenido haciendo hincapié únicamente en aquellas referencias que son funcionales a su marcha.

En una palabra, la Constitución no es una suma de letras inertes producto de la arrogancia deliberativa ni un comendio que adosa la actualidad con apremiada vocación.

Es un sistema que conjuga nuestro mayor pacto democrático, la precisa voluntad del espíritu que la plasma, el consenso que la justifica, las líneas de pensamiento que dan vida a sus preceptos; hilando nuestros precedentes, la identidad que nos enlaza como Nación y nuestra heterogénea composición social, en los incólumes valores asociados al equilibrio de su legitimidad.

Por lo tanto, su sistema normativo tiene que cotejarse con la realidad, con sus consecuencias, con el alcance equitativo de su justicia, con el efectivo control de sus poderes, con la actitud seria y apasionada de proveer sus leyes, desarrollando un contenido cuyos parámetros rijan en armónica interpretación sus finalidades.

En definitiva, la Constitución tutela al Estado de Derecho, nuestra forma federal de gobierno, la incondicional recepción de los derechos humanos y la irrestricta vinculación entre gobierno y representados, en inalterable vigilia republicana.

Su concepción pedagógica

La Constitución debería sacarse de los estantes, de los prolijos anaqueles, de su abuso discursivo o del fatuo amparo que su pretenciosa cita presume.

Desde ya, no estamos aludiendo a su enjundioso estudio ni a su específica interpretación⁽⁵⁾, nos referimos a su contenido fundamental; a los derechos inalienables, al latido de los valores que nutren sus objetivos, a la manda que prístina nace de su preámbulo.

Esa Constitución pedagógica debería darse con naturalidad en las escuelas, en los foros y en cualquier ámbito que se nutra de la inquietud pública.

Deberíamos afirmar, una y otra vez, que no estamos frente a una sombra preceptiva que dispone como un acto de imposición sobre la naturaleza de nuestra conducta; por el contrario, es un programa general de insoslayable cumplimiento en resguardo de los derechos que a todos nos asisten⁽⁶⁾.

Antes de discutirla, con irascible énfasis y palabras dogmáticas, debería comprenderse, conocerse, compartirse; no como una respuesta ante el principiante sino como una invitación a nuestras responsabilidades y, al hacerlo, pensarnos.

Pero reiteramos, cuando decimos que la Constitución tutela al Estado de Derecho, estamos señalando que to-

(5) A título ilustrativo, simbolizamos esta referencia en los profundos estudios del querido y recordado prof. Germán Bidart Campos, "El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa", Ed. Ediar, 1995; la prof. María Angélica Gelli, "Constitución de la Nación Argentina -Comentada y Concordada-", ed. La Ley, 2001, y la reciente obra de Antonio María Hernández, "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", Segunda edición actualizada y ampliada, Ed. Abeledo Perrot, 2023.

(6) Cuando aludimos a los derechos, naturalmente, estamos asumiendo los distintos pliegos que han ensanchado sus atribuciones.

No está de más recordar que los *derechos de primera generación* han sido esencialmente civiles y políticos inspirados en la protección del individuo frente a los excesos del Estado y, en consecuencia, referidos a la libertad y participación en el más amplio e inalienable sentido, entre otros, la libertad de expresión, de reunión, de religión, de circulación, todos principios que plasma e infiere la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Posteriormente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 dio lugar a los llamados *derechos de segunda generación*, consagrando el alcance de la equidad e igualdad, esencialmente asociados a los *Derechos Sociales, Económicos, Culturales y Ambientales* (DESCA) que contemplaban los derechos del trabajo (artículo 14 bis CN), de vivienda, educación y salud, contenidos que asumieron su inicial efectividad en los respectivos *Pactos Vinculantes* que dictó Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

A partir de la década de los 80 se promovieron los *derechos de tercera generación*, con la incorporación de los "Derechos Colectivos" o "Intereses difusos", que ampliaron la brecha de la legitimidad, respecto a la reivindicación de aquellos que se encontraran en análogo y potencial perjuicio, nos referimos al derecho al ambiente, a los ecológicos, consumidores y usuarios.

Actualmente, la mayor parte de la doctrina señala los *derechos de cuarta generación*, que implican el delicado y complejo alcance de los derechos humanos (en particular, los tratados suscriptos con jerarquía constitucional, art. 75, inc. 22, CN) y las nuevas modalidades tecnológicas y digitales, como expresión de una inevitable tutela, que alcanza su cumbre en la incipiente legislación sobre la Inteligencia Artificial (IA).

dos los actores, gobernantes y ciudadanos están sujetos a la ley, a sus atribuciones y obligaciones, garantizando el respeto a los derechos y libertades fundamentales, neutralizando, de esta manera, la pretensión de cualquier ensayo como generador de un sistema ilimitado.

Sobre el interés general

Como sabemos, hay una inescindible relación entre Constitución, democracia y sociedad⁽⁷⁾, su inspiración organizadora constituye el numen del Estado moderno y, como dijimos, la extraordinaria desacralización de los misterios del mandato⁽⁸⁾.

Pero este orden normativo y fundamental ha pasado por distintas etapas presa de gobiernos autoritarios o dictatoriales que han desnaturalizado su misión⁽⁹⁾.

Su jerarquía ha ido evolucionando en estricta vinculación con el alcance de nuestro sistema democrático, ensanchando el control del poder y los derechos y garantías ciudadanas⁽¹⁰⁾.

En consecuencia, no se trata de las adjetivaciones que pretendamos adosarle al Estado o de la interpretación interesada basada en una supuesta legitimidad plebiscitaria.

El concepto axiológico de esta representación lo constituye el "interés general", ese horizonte que sintetiza la inasible expectativa que traduce y legitima su delegación, íntimamente asociada al compromiso y participación social en su marcha.

El Estado no es una entequeia que reduce su cometido a las intrigas, veleidades o expansiones que se atribuye cada órgano y, menos aún, el lenguaje secreto de las influencias o propósitos, como si su rumor supusiera la inalcanzable distancia entre el detentador del poder y sus delegantes.

El espíritu constituyente es la expresión de un proceso complejo, en un marco único, con un tiempo determinado y un mandato que expresa taxativamente el alcance de su determinante función; es, también, una instancia excepcional (así lo expone su cronología) de una manifestación precisa y a la vez dinámica, para que las normas absorban la natural ecuanimidad que inspira su programa⁽¹¹⁾.

(7) Karl Loewenstein señala: "La Constitución en cuanto a su existencia no es otra cosa que el resultado de una relación dialéctica entre la normalidad y la normatividad (...) Su ser depende de su existir, y su existencia de su eficacia. Una teoría de la Constitución limitada a lo jurídico positivo sería un vacío esqueleto normativo. El Estado Constitucional moderno corresponde a una forma de gobierno de democracia constitucional, sometida a una dinámica del poder propio de la nueva tecnología, en una sociedad de masas y constantemente desafiada por el reconocimiento de fenómenos autocráticos. La sociedad como tal es el soporte de la Constitución, no es ella la Constitución, pero la Constitución es su reflejo (...) Ella voluntaria y responsablemente constituye el núcleo del llamado sentimiento constitucional o elemento subjetivo de la Constitución". Loewenstein, K., "Teoría de la Constitución", Ed. Ariel, 4ta. Edición, 1986.

(8) La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, proclama la conservación de los derechos fundamentales e inviolables a que su título se refiere, "(...) Por una parte, la Ley es la expresión de la voluntad general", dice el artículo 6º, lo que exige que "todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente o por sus representantes a su formación", además de "ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos son iguales ante ella". Son sus notas estructurales básicas. Pero, por otra parte, el fundamental artículo 4º de la Declaración nos ilustra sobre cuál debe ser el objeto de la Ley: "La libertad -dice este artículo- consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; de este modo el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos". Y concluye con la frase decisiva: "Esos límites no pueden establecerse más que por la Ley". García de Entrería, E. y Menéndez Menéndez, A., "El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios", Editorial Civitas S.A., 1997.

(9) Sobre este tema, desarrollaremos una breve sinopsis al abordar el artículo 36 de nuestra Constitución Nacional sobre la garantía del orden institucional y democrático.

(10) A su vez, Loewenstein anota: "(...) la democracia constitucional es un régimen que se caracteriza por el establecimiento y un conjunto de reglas y procedimientos que permite a la población tomar decisiones colectivas propias de las democracias y por valores y principios que definen al Estado constitucional" (ob. cit.).

(11) Artículo 30 CN: "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".

El expreso contenido del artículo no debe dejar ninguna duda de que se trata de las dos terceras partes del total de sus miembros, exigencia naturalmente asociada a la significación de la voluntad preconstituyente, la precisa determinación de señalar los artículos y capítulos a reformar y la condición excepcional y ad-hoc de la misión encomendada a la propia Convención.

Consideración que, aun obvia, necesita reiterarse frente a las frecuentes e interesadas posiciones sobre la mayoría requerida.

Esta concepción no puede arrojarse en una potestad omnímoda y una sociedad débil, un personalismo exacerbado y una democracia restringida o en un proyecto disruptivo y un presente asfixiante.

Cualquiera de estas hipótesis subvierte la Constitución, pues no solo enerva sus cometidos sino también los valores cardinales en los que se sustentan, al desmadrar con sus iniciativas la esencia del Estado, en un tránsito provocado, en todo caso, por una clase dirigencial que difumina sus responsabilidades en el conjunto⁽¹²⁾.

Algunas imprescindibles cualidades

La Constitución necesita ejemplaridad ante sus desvíos o atropellos. No puede deslizarse en el terreno de las insinuaciones, en las denuncias cruzadas o en la descripción de los medios de comunicación, que ilustran los resquicios de la impunidad sin ninguna consecuencia, generando una perplejidad que se suma al desánimo y estupor cotidiano.

Tampoco puede estar amañada por el *espectáculo político*, que usufructúa el rédito de situaciones provisorias, que finalmente se diluyen por variados y muy opinables criterios judiciales, como ocurrió con algunos resonantes casos⁽¹³⁾.

El monopolio de la fuerza pública debe encausarse en la tutela de sus normas y en la decidida intervención frente a los actos y hechos que las infringen.

Debería comenzar por los propios actores judiciales y por la efectiva imparcialidad que infiere su delicada tarea; en este sentido, tendría que tenerse en cuenta que sus titulares no pueden asumir roles políticos durante su desempeño, ocupando los mismos con el cargo de reserva de su actividad jurisdiccional, o el Consejo de la Magistratura, en sus constantes vaivenes políticos, dilatar su primordial finalidad con enormes perjuicios funcionales, o ignorar el decreto 122/03 (que supimos ponderar en una clase junto al Doctor Félix Loñ, cuando se sancionaron los requisitos públicos para los candidatos a la Suprema Corte), que hoy solo parece haber servido para establecer un marco de pristinidad inaugural, frente a la “mayoría automática” que rigió durante la década de los 90.

Todo parece extraviarse en la memoria y esa neblina corroe –entre otros tantos aspectos– la imperiosa y sustancial credibilidad.

III. El contexto

La Constitución debe cotejarse en la realidad, como naturalmente el propio derecho público, sus atribuciones no son ni pueden ser un catálogo de aspiraciones, ni esa anómala tendencia por vestir de novedad sus misiones.

De qué vale memorizar artículos y subrayar sus ponderaciones, si estos no se corresponden en una razonable medida con los hechos.

No hablamos de estadísticas, como si su magna finalidad tuviera un impulso predictivo y el balance que hiciéramos sobre ella se basara en apabullantes datos, pues su naturaleza es proyectiva, por lo tanto, dinámica y enriquecida en su interpretación.

Pero aun así, ninguna de estas condiciones puede empañar, desconocer o desnaturalizar la clara y determinante filosofía que la invoca⁽¹⁴⁾.

(12) La interpretación conforme a la Constitución de toda y cualquier norma del ordenamiento tiene una correlación lógica en la prohibición, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales. Las normas constitucionales son, pues, normas dominantes frente a todas en la concreción del sentido general del ordenamiento. García de Enterría, E., “La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional”, Ed. Civitas S.A., 1994.

(13) Por cierto, excede esta cita el análisis sobre las prisiones preventivas y los recaudos que el código procesal determina para su implementación; pero no pueden dejar de llamar la atención los serios motivos que dieron lugar a su aplicación en nuestra ciudad y la puerilidad de un comportamiento político, que dejó registradas con desidia las supuestas intenciones, en imágenes que fueran reproducidas por los medios y dieran lugar a que el Tribunal Oral Federal interviniente las considerara como prueba suficiente para anular la causa y sobreseer a todos los imputados.

Más allá de referencias específicas y otras valoraciones, el hecho expone al ciudadano una situación de inadmisibles estupor a los que, entre otros casos, se suma la emblemática “Causa de los cuadernos”, que en súbito giro y en inminencia del juicio oral y público, la Cámara de Casación, ante la queja de tres empresas, aceptó que los eventuales sobornos se tratarían solo de un aporte electoral, cuyo delito estaría prescripto.

(14) “Estos valores no son simple retórica, no son –de nuevo hemos de impugnar esta falaz doctrina, de tanta fuerza inercial entre nosotros– simples principios programáticos, sin valor normativo de aplicación posible; por el contrario, son justamente la base entera del

El primer consenso que debería ejercitarse como una disposición implícita son los alcances y límites de sus derechos y garantías, que trazan sus hitos fundamentales, más allá de la orientación del gobierno y las ideologías que lo sustenten.

No puede ser que estudiemos los principios constitucionales, la ley, su reglamentación y las referencias comparadas de un instituto que nunca se aplicó o que al hacerlo observamos su reiterada desvirtuación.

Debemos anclar su manda y detenernos en sus consecuencias, vislumbrar el efectivo sentido de su renovación y el ensayo de su ritmo evolutivo; solamente así, los hábitos constituidos en cultura cívica incorporan su alcance preceptivo y constatan en su ejercicio los defectos y omisiones que la misma pueda presentar. La genuina satisfacción en este apasionante campo consiste en el desarrollo de una norma que opere sobre la realidad, transformando, corrigiendo y mejorando la calidad de vida y, en ella, la aspiración axiológica de nuestro bienestar común.

Una añeja cartografía

Pero las circunstancias parecen demostrar lo contrario y la organización institucional se aleja de nosotros como si aludiéramos a una añeja cartografía.

¿Cuáles son estos defectos?

¿Dónde descansa su diagnóstico?

¿Dónde radica su aparente infertilidad?

Un tema muy significativo, de inevitable asociación con la propia actividad legisferante.

Sin duda, hay una Constitución que se adeuda, que reside en la falta de desarrollo de varias leyes y, en muchos casos, en el carácter inconsistente o irrazonable de las mismas. Su contenido suele no contemplar su desarrollo, provocando una forzada vigencia que no garantiza su validación, como ocurre cuando luego de una larga enumeración de motivos, no prevén adecuadamente su financiamiento, sus ámbitos de aplicación ni la tutela de su orden público; acaso, como un sencillo ejemplo, podamos aludir al decisivo “Instituto de impacto ambiental” y preguntarnos sobre su orfandad ante las grandes obras públicas o los irregulares asentamientos territoriales, como lo exponen palmariamente distintos estudios⁽¹⁵⁾.

Insistimos, la ley no puede convertirse en una sugerencia, ni en un oropel preceptivo, ni en una benigna expectativa de cumplimiento, tiene que consagrar con equidad su efectividad y la razón sancionatoria que la justifica.

IV. Una mirada sobre la actualidad

En este orden, resulta difícil escribir estas líneas sobre este especial tributo constitucional, en un contexto de conmoción colectiva.

El inicial parámetro parece exponerlo este contraste abrupto, que conmueve a la sociedad en una súbita desregulación económica, liberando precios de insumos y servicios básicos en una desmedida escala.

A ello se suma el desproporcionado aumento de las obras sociales, los medicamentos, la saturación de los equipos sanitarios, y una presión impositiva que converge en un crítico escenario.

Se podrá insinuar que no había otra alternativa para reconvertir un modelo intervencionista, que mantenía ficticiamente un equilibrio económico sin reservas y con una incontrolable emisión monetaria.

En ese lenguaje pragmático que caracteriza las miradas macroeconómicas, esta perentoria situación exigía un rotundo cambio, para impulsar una *economía de mercado*, en una sociedad que orilla el 50 % de pobreza y salarios de una condición pauperizante.

Esta increíble asimetría promovió una iniquidad sin palabras y un desplazamiento en el resguardo de valores

ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación”. García de Enterría, E. (ob. cit.), Ed. Civitas S.A., 1994.

(15) Para citar solo un ejemplo, en la Cuenca baja del Río Luján (Tigre, Escobar, Campana y Pilar), se han urbanizado más de 10 mil hectáreas de humedales, equivalentes a la mitad de la superficie de la Ciudad de Buenos Aires. Esta notable expansión no hubiera sido posible sin la activa promoción de los municipios, autorizando de una manera irregular los cambios de usos de suelos como también la propia Provincia de Buenos Aires, que ha concedido un sinnúmero de privilegios que afectan normativas constitucionales y las normas de orden público ambiental.

A tal efecto, habilitó un procedimiento excepcional para el empaquetamiento de proyectos urbanísticos que se hubieran consolidado sin autorización. En este orden, ver, también, resoluciones 400/19, 650/20 y 360/22.

esenciales de profunda connotación, favoreciendo una galopante devaluación y la pérdida consciente del salario, en un ritmo que pulveriza su propio valor monetario.

Pareciera que quienes lo estimulan –formadores y cadena de precios– no solo buscan el resarcimiento producido por las gestiones precedentes, sino también una discrecional compensación sobre la inestabilidad futura; como si esta insensible estrategia fuera la muestra más acabada de la permanente emergencia socio-económica que atravesamos; desestimando, entre otras fundamentales garantías, *los derechos de los consumidores y usuarios*, como si se tratara de una reivindicación dormida.

El horizonte de la confianza

Ahora bien, podemos convenir que este abrupto impacto fuera necesario, como lo refleja una mayoritaria expectativa, que asume esta etapa con la esperanza de una puesta en marcha, que libere las fuerzas productivas, el emprendimiento y esa energía que tiende a multiplicar ideas y propósitos.

Proyección que no solo supuso la necesaria creencia de un mañana mejor, sino también la íntima disposición que homologó con su voto el categórico cambio sobre la situación precedente.

Por cierto, nuestro sistema constitucional (artículos 96 y 97 CN) define el ejercicio de esta opción entre dos alternativas (en este caso, una que apelaba a un escenario ya vivido y, otra, a su radical modificación); daría la impresión de que podría conformarse una nueva brecha, entre una concepción que prioriza el Estado y una anunciada orientación que se desobliga del mismo, asentando su fundamento en el liberalismo de nuestra primigenia Constitución.

Una vez más, queda expuesto que la falta de un definido programa electoral debilita el sufragio, en una dimensión donde prevalecen otros circunstanciales factores, que como señalan expertos, expresan su decisión en el último momento.

Como fuere, toda determinación evidencia un espacio de libertad, que, en muchos casos, deberá elaborar su fundamento con posterioridad a lo actuado, en ausencia de una propuesta que ofrezca su preciso desarrollo.

Desde ya, no es este el momento de profundizar pareceres e impresiones⁽¹⁶⁾, pero no podemos dejar de señalar que las primeras iniciativas, el “DNU 70/23” y la llamada “Ley Ómnibus”, violentaron severamente la Constitución en su fuerza normativa⁽¹⁷⁾ y en especial en sus “Declaraciones, Derechos y Garantías”, que parecen haberse estrujado solo en el primer término, como si una inocua vocación definiera su trascendental finalidad.

Perspectiva que se acentúa con vértigo en el actual contexto.

(16) No podemos dejar de comentar que el DNU 70/23, en su inédita presentación, exuberante volumen (366 arts.) e inevitable tensión constitucional, guarda una *vigencia condicionada* por la sola operatividad del cumplimiento del plazo que así lo habilita (art. 5° del CCyCN), independiente del trámite que persiga en el Congreso. El tema (que no tiene antecedente que puedan asemejarse) solo parece asentarse en el artículo 22 de la ley que reglamenta su ejercicio (ley 26.122/06), que define “que en caso que se rechace seguirán teniendo validez legal los derechos adquiridos durante su vigencia”, interpretación que no puede extenderse a la derogación lisa y llana que esta disposición determina, pues resulta ilegítimo y absurdo provocar un descalabro normativo por un DNU que no fue aprobado, afectando a las leyes que, sancionadas por su órgano de origen, han cumplido todo el procedimiento previsto por la Constitución. Debemos también, señalar, que el trámite del decreto ha sido de una irregularidad manifiesta, desde la inexistente Comisión Bicameral Permanente (que recién se integró en marzo, con el curioso objetivo de analizar los últimos tres periodos constitucionales) y por la superposición de la Ley Ómnibus (ingresada el 27 de diciembre de 2023), que ha dilatado de una forma intencionada el detallado estudio del mismo. Tampoco está de más recordar que el 14 de marzo del corriente, el Senado desaprobo con una mayoría significativa (42 votos negativos, 28 positivos, 4 abstenciones). En este sucinto panorama, vale preguntarse si un Decreto de Necesidad y Urgencia puede generar *más necesidad y urgencia*, deformando el cuadro legal en una súbita desregulación que afecte sus principios de una forma insalvable.

(17) Ambas se presentaron en diciembre del 2023, cuyos textos originales conjugaban un total de 1035 artículos e innumerables derogaciones de nuestro marco jurídico. Cuestión que puso en evidencia, con su autorizado saber e inalterable compromiso público, el profesor Antonio María Hernández, cuando en un tórrido 10 de enero, tuvo la generosidad de enviarnos un exhaustivo análisis sobre la génesis, naturaleza y alcance de los Decretos de Necesidad y Urgencia y la Delegación legislativa; un trabajo de imprescindible lectura sobre esta inédita e inconstitucional propuesta, que compartimos plenamente. Hernández, A., “Los Decretos de Necesidad y Urgencia y la Delegación legislativa en la Constitución Nacional”, en *Nuevos Papeles*, <https://nuevospapeles.com/nota/los-decretos-de-necesidad-y-urgencia-y-la-delegacion-legislativa-en-la-constitucion-nacional/>.

V. Una tendencia predominante

Un contexto imperceptible se superpone sobre las construcciones teóricas, la sujeción a un orden jurídico previsible y un grado de civilidad que refleje nuestra calidad democrática.

Por un minuto imaginemos los miles de kilómetros que en el lecho marino y en el espacio envuelven, facilitan y potencian nuestra comunicación⁽¹⁸⁾.

Centenares de señales nuevas y poderosas modalidades digitalizan, apremian y difuminan la propia información y en ella un relato que, con la velocidad de la luz, se afirma en la *posverdad* como expresión fidedigna de los episodios y acontecimientos.

Esta expansiva conectividad pareciera guiar los hilos de nuestro curso público, una vida incorporada que estrecha su relación al siempre difuso intercambio virtual, que parece agotarse en el incontenible oleaje de la coyuntura.

La vida se retrae y en su recogimiento e intimidad se incorpora un mundo de impresiones, muy lejos de deleitar nuestro mayor pacto convivencial.

Nada que no sepamos, pero la capacidad de adaptación es tan vertiginosa que ha modificado hábitos, costumbres y posiciones, en el *determinismo de los hechos consumados*.

Solo una cita

La sociedad parece ser solo una cita, cuya referencia conmueve de una forma tan cercana como lejana, en una superposición escénica que apenas registra su exclamación y se diluye en un *individualismo*, que la propia situación genera en un fluir de hechos, que solo convocan al repliegue y la imprevisión.

Desde ya, no estamos relevando nuestra idiosincrasia, plena de compromisos solidarios y nobles que expresan su espontánea entrega, aludimos a una inercia que nuestra propia liquidez social resignifica en un continuo desencanto.

Daría la sensación de que ningún esfuerzo adquiere la estatura que aglutine una iniciativa firme y perdurable, para atenuar y orientar una realidad que en su insoldable base solo parece retroalimentar discursos eufóricos o actitudes demagógicas, como aquella “mesa del hambre” que se conformó en los albores del gobierno anterior con fines tan borrosos como sus propios integrantes o la insólita e inexplicable situación actual, que retuvo los alimentos a los más necesitados, bajo el pretexto de su utilización ante una eventual catástrofe.

Un paisaje raído

Una incesante decadencia dibuja un raído paisaje y no hay derechos, ni garantías, ni tratados o convenios internacionales, que puedan palear tan lacónico y desenfrenado andar, que parece reincidir en el *síndrome de la constante inauguración*.

Este panorama, que podría ilustrarse en tantos casos, enmudece el espíritu y letra de la Constitución y, por cierto, no estamos apelando a sus deudas, a su parcial cumplimiento o a las teorías que reducen su contenido haciendo hincapié en perspectivas antagónicas, nos referimos a la imposibilidad de plantear *las prioridades de una política de Estado*.

Qué derechos pueden levantarse ante las indignas jubilaciones, o la frecuente y alarmante inseguridad, si esta avalancha lleva el ímpetu de una disgregación, que se presenta como una estadística más de un proceso de globalización, que mide al mundo como una muestra caleidoscópica del éxito o el fracaso.

Honrar nuestra Constitución también debe ser un acto de resistencia a su avasallamiento.

Un mundo ajeno y distante

La corrupción, los obscenos enriquecimientos, el nivel corporativo de la política, el poder que todo lo contrae, los enquistamientos en las funciones, y la recurrente tendencia

(18) Prácticamente la totalidad de la comunicación de la actualidad (más del 90 %) se hace a través de cables submarinos, pues son opciones muchos más ventajosas frente a otras como los satélites. El primero que existió se terminó en el año 1866 y se creó con la intención de conectar América con Europa, bajo el nombre de *cable transatlántico telegráfico*. Recientemente se ha conectado la isla de Gran Canaria con un extenso cable que tendrá la longitud de 45 mil kilómetros cuadrados para unir 33 países de Asia, África y Europa, enlazando más de 3 mil millones de personas. Se trata del cable submarino más extenso de toda la historia, bautizado con el nombre de 2AFRICA, promovido por consorcios internacionales donde participan decenas de propietarios.

por prolongar los mandatos y el volumen de sus atribuciones, componen un lamentable y previsible diagnóstico⁽¹⁹⁾.

Pero a estas y otras características, que muchas veces hemos señalado, se suma un inasible contexto financiero.

La inmensa mayoría de la población transita una dinámica económica, ajustada a la suerte de sus salarios y observan con preocupación cómo se afectan o devalúan los mismos, por razones tan complejas que solo parecen explicarse en la espiralada inflación.

Desde hace años, una remanida expresión sintetiza esta situación, “la fiesta la pagamos entre todos”, una frase no menos vacua y sarcástica, que incorpora un plural con un grado de ligereza y generalidad desconcertante.

¿A qué nos estamos refiriendo o qué infiere esta expresión? Con qué culposa disposición asumimos el derroche pasado como si hubiésemos sido parte de ese irresponsable dispendio.

El cansancio suele aceptar estas gratuitas admoniciones, una retórica advertencia sin respuesta, que enmascara la realidad de un mundo financiero, ajeno al universo de la contraprestación, el intercambio o el ahorro; es decir, la llamada economía real o física.

De esto poco o nada sabemos y, menos aún, nos informan sobre la afectación e influencia que promueve este rumbo sobre nuestra cotidianeidad.

Ciertamente, advertimos la burocracia estatal, sus infinitos laberintos y, en oportunidades, su escabroso direccionamiento, pero nada conocemos sobre el alcance de la deuda pública o la significación y compromiso de la misma.

En este marco, podemos constatar que la moneda no se define por lo que es sino por lo que sirve⁽²⁰⁾.

¿Y para qué sirve?, cabe interrogarnos.

Para qué sirve iniciar un emprendimiento, sostener una pyme, o una actividad cuentapropista, si el costo de este tránsito está condicionado por un alcance financiero tan volátil como imprevisible, priorizando un ajuste con una perspectiva que, una vez más, supone excluir la dimensión social.

Un sistema que evita compartir y dilucidar una deuda externa abrumadora, que ha crecido de una forma aritmética en los últimos 50 años y cuya administración, defensa y representación sigue el camino de los “secretos del Estado”, que ni siquiera fue esbozado por el presidente de la Nación en el discurso inaugural ante el Congreso.

Un incomprensible glosario

Un universo de términos cifrados sugieren de una forma implícita e insinuante sobre el tenor de este régimen e ilustran, con cuadros cargados de signos, inquietantes vaticinios en un ritmo encriptado y acechante.

Mencionan, entre otras referencias, los bonos del tesoro, la calificación crediticia, los certificados de depósitos, los costos de oportunidad, los cronogramas de amortización, el dinero virtual, las criptomonedas, los fondos de inversión, las acciones y agentes bursátiles, el servicio de la deuda, las tasas variables, el riesgo de liquidez o la tecnología financiera de los activos líquidos.

Este incomprensible léxico nada informa sobre nuestra deuda externa con el Fondo Monetario Internacional y los organismos bilaterales.

¿Qué es el Megacanje?

¿Qué especial prerrogativa supone el blanqueo de capitales?

Todo un sistema ajeno al incesante incremento de las tarifas de servicios básicos o el escándalo por la reparación previsional básica (que supone un aumento del 0,43 % del PBI), mientras nadie aclara qué ocurrió con el mayor préstamo a nuestro país (45 mil millones de dólares en 2018), el más elevado en la historia del Organismo Internacional, cuyos desembolsos realizados solo estarían cubriendo el reintegro de capital, en un áspero ciclo que reanudaría su efectivo pago recién en el año 2026.

Un desconcierto que ilustran algunos emblemáticos casos.

Sobre luces y sombras

Hace unos años, en un ámbito colmado de emoción, se celebraba la nacionalización de YPF, un sentimiento que

parecía reivindicar los insustituibles bienes nacionales, que históricamente han conformado nuestro patrimonio, soberanía y desarrollo.

Con el soplo de apenas una década, una jueza de Nueva York condenó al país con una deuda de 16 mil millones de dólares, promovida por un Estudio inglés, que adquirió los derechos de un grupo de accionistas minoritarios, disconformes con el acuerdo.

Todo indicaría que a esa suma deben incorporarse los intereses que corren por día y la potencialidad de un embargo, repitiendo en cercana memoria el imborrable caso de “La Fragata Libertad”, mientras se tramita la apelación, que engrosaría esta suma hasta duplicar el valor de la propia compañía.

El tema supera el diario trajinar, pero una impresión conmueve la calidad de las decisiones, como si estas fueran negligentes o, en todo caso, una corrosiva indolencia sobre nuestra senda, que, celebrando proyectos, socaba la confianza y el porvenir.

¿Quién es responsable?

¿Cómo unos accionistas minoritarios entablan un juicio cuyo monto supera con creces el valor de la propia empresa?

¿Qué ocurriría con Vaca Muerta?

¿Cuál es su plan estratégico?

Un complejo cuadro de situación, que lejos de *promover el bienestar general* que revela nuestro Preámbulo, ensombrece el excepcional cometido de la Asamblea Constituyente, a la cual, más que nunca, debemos remitirnos.

VI. La Asamblea Constituyente

Una de las condiciones más importantes de la Asamblea Constituyente ha sido su plena representación, ese consenso sobre su propósito que, aun en su inicial interpretación política y las modalidades especiales que resguardaron su objetivo, consolidó un proceso reformista saneando los más inmediatos antecedentes.

Con pasión intacta, Antonio María Hernández señala: “La Convención de Santa Fe y Paraná tuvo 305 convencionales –la suma del número de los miembros del Congreso: 257 diputados y 48 senadores–, que representaron a 19 bloques políticos. Fue la convención más numerosa de la historia argentina, que realizó su tarea en solo 90 días, en un marco ejemplar de pluralismo democrático –como lo sostuvieron los distintos partidos políticos–, y que produjo la más importante reforma constitucional, tanto en la parte dogmática como en la parte orgánica. Existió muy alto grado de acuerdo para la sanción de sesenta y una normas constitucionales: veinte nuevas, veinticuatro reformadas y diecisiete disposiciones transitorias. En el amplio contexto de nuestra historia institucional, consideramos que esta es la reforma con mayor legalidad y legitimidad, y que además clausuró dolorosas etapas de frustraciones y desencuentros, que incidieron gravemente en la vida nacional”⁽²¹⁾.

En la cita correspondiente, también expresa el relevante autor (que fuera vicepresidente de la comisión de redacción de la Convención Nacional Constituyente de 1994): “(...) el consenso llegó a la unanimidad en la votación de varias cláusulas, como las del reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios, la de nuestros derechos sobre la Islas Malvinas e Islas del Atlántico Sur, y sobre la defensa del orden constitucional, lo que resulta notable para una Asamblea tan numerosa”.

Desde esta clara y concluyente reseña nos permitimos, con el mismo afán, una breve mención sobre las secuencias reformistas de nuestra Asamblea Constituyente, en el orden que el propio texto anticipa (las realizadas en 1860, 1866, 1898 y 1957); en el entendimiento de que nuestra originaria Constitución se fundió en un proceso complementario e inescindible, con la integración de Buenos Aires en 1860.

Un mutuo y tácito reconocimiento

El triunfo de la Confederación en la batalla de Caseros (3 de febrero de 1852) había despejado la etapa de “Organización Nacional”, cuyos gobernadores firmaron el 31 de mayo del mismo año el Acuerdo de San Nicolás, por el que se llamaba a un Congreso Constituyente.

Hasta entonces, un liderazgo imbuido de facultades extraordinarias había expandido el estilo de un federa-

(19) Reca, Pablo, “Cuarenta años de Democracia”, Número extraordinario de la Revista Anales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP, 2024, en edición.

(20) Ciclo de charlas sobre “Economía y Finanzas” con el licenciado Héctor Guiliani, entrevistado por Santiago Ruiz de Galarreta, que pueden compartirse en el canal de YouTube homónimo.

(21) “A veinticinco años de la Reforma Constitucional de 1994”, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 2019.

lismo que se asentaba en la campaña bonaerense con la hegemonía de los sectores terratenientes, y en el pretérito protagonismo que impregnaba Buenos Aires, desde su reconocimiento como capital del Virreinato (1776), su excluyente condición portuaria (que, por entonces, era la única salida al mar), la precoz latencia de una clase dirigente, que había dotado a su Asamblea de facultades legislativas y constituyentes (1821), y la campaña del desierto (1833/34), que supuso un cambio territorial sobre sus límites, con el dominio efectivo sobre las comunidades originarias de La Pampa y el Norte de la Patagonia.

En breves palabras, la expansión de las fronteras productivas, el manejo de los ingresos de la aduana, el control de la navegación de los ríos y, por cierto, la federalización de Buenos Aires, formaban parte de una reivindicación esencial.

La convocatoria al Congreso Nacional Constituyente de 1853 tradujo ese histórico momento, no solo por los significativos antecedentes (honrando el Pacto Federal y el Protocolo de Palermo), sino también por la férrea voluntad de su organización⁽²²⁾, tensión que llevó al extremo institucional las desavenencias con Buenos Aires.

La recién sancionada Constitución, y el rechazo de la Provincia de Buenos Aires (que dictó su Carta fundamental en 1854), desmoronaba todas las instancias y pactos preexistentes, en un inflexible tránsito que finalmente resolvió la batalla de Cepeda (23 de octubre de 1859) y el inmediato *Pacto de San José de Flores* (11 de noviembre), que fue uno de los hechos más significativos de nuestra urdimbre nacional⁽²³⁾.

Un pacto fundamental

Esta loable propuesta permitió al Estado de Buenos Aires rever la Constitución, realizar las observaciones a la misma y asegurar, entre otros temas, su propia integridad territorial.

A ese gesto único, expresión de un mutuo y tácito reconocimiento, Buenos Aires respondió con una excepcional Comisión especial (v. gr., Sarmiento, Mitre, Vélez Sarsfield, Mármol, Obligado), que propuso 22 enmiendas al texto constitucional, fortaleciendo el federalismo, ampliando los derechos y garantías de las provincias (v. gr., la plena autonomía de sus constituciones y la creación del Congreso Nacional Bicameral), redefiniendo el asiento de la capital (con su innominada elección) y la nacionalización de los tributos aduaneros, supeditados a una acotada prórroga, motivo de la reforma de 1866⁽²⁴⁾.

Seis meses de arduo trabajo, que, excediendo el plazo original, modificó en su aprobación la cláusula alberdiana (que contemplaba los diez años que debían transcurrir antes de su reforma); sepultando el tenso periodo de secesión, jerarquizando la relevancia de los Estados miembros y alumbrando la apelación de Nación Argentina.

Quizás, de las muchas hipótesis que se desgranaron con motivo de la batalla de Pavón (1861), sobre el re-

pliegue de Urquiza y la consecuente victoria de Buenos Aires, prive la expresión que se le atribuye a Mitre, “fue una guerra entre hermanos peleando por un ideal común”, que encausó la etapa de quienes mantenían sus recelos apelando a un antagonismo, cuyo arduo ciclo finalizó el 6 de septiembre de 1880, cuando se promulgó la ley 1029 que declaró a la Ciudad de Buenos Aires como Capital de la República⁽²⁵⁾.

Los pliegues de la historia

Con la prudencia de destacar, a modo de síntesis, podemos señalar que en estos 134 años que definen el perenne lapso desde la Constitución de 1853/60 a la Asamblea Constituyente que estamos celebrando, cuatro artículos se han modificado y uno solo, por cierto, fundamental, se ha incorporado en este largo devenir como Nación.

Cada una de estas instancias no estuvieron exentas de las complejidades que presumió su iniciativa y el propio proceso constituyente.

Nos referimos a la reforma de 1866, que tuvo un repertorio de tres temas y finalmente dos artículos aprobados; pues, en un caso, bastó eliminar la prórroga sobre el impuesto de exportación (y su consecuente prohibición), que se restituyó bajo las imperativas circunstancias de la guerra de la Triple Alianza (1865/70).

A ella se anexaron la responsabilidad de los ministros acompañando los decretos acordes a sus respectivas atribuciones y la competencia del Poder Judicial para entender en las causas de vecinos de distintas provincias.

En 1898, el debate inicial lo conformaron quince puntos, pero en definitiva se aprobó la creación de tres ministerios más (entre ellos, el de Obras Públicas) y se modificó la proporción representativa de los diputados considerando el significativo crecimiento demográfico.

Si esta sinopsis la lleváramos a una mera cuestión terminológica, quizás se podrían llamar enmiendas a las modificaciones de estos artículos; pero cada uno implicó una compleja articulación, que en el primer caso (1866) supuso compatibilizar la convocatoria a la reforma, la conformación de la Asamblea y el propio calendario electoral.

En cuanto a la reforma del año 1957, es decisivo señalar la incorporación del artículo 14 bis, que mas allá de sus condicionamientos (a los que aludimos en este trabajo), significó un salto cualitativo del Estado Gendarme al Estado de Bienestar Social, integrando en su adjetivación, la indispensable relación entre la libertad individual y la justicia social, cuyo espíritu habían anticipado la Constitución de Santa Fe (1921) y la Constitución Nacional de 1949, en cuanto consagraba (en su art. 37) los derechos básicos y garantías integrales del trabajador, reflejando una concepción solidaria y equitativa, en armónica e indispensable fusión con nuestra Constitución y, en la actualidad, con las normas internacionales sobre derechos humanos.

Por eso, estas ligeras líneas no pretenden aprehender las circunstancias históricas, irrepitibles y contextuales, pues los hechos esbozados no pueden resolverse en criterios definitivos, que, economizando detalles y apasionadas posiciones, sinteticen los pliegues de nuestra historia.

En todo caso, lo comentado sirve para subrayar que la reforma del 94 tuvo en su seno, composición y misiones, la contundencia de lacrar aquellas pretéritas fisuras, afirmando la supremacía constitucional en su representación, finalidades y en un excelente debate, ajustado a los tiempos y formas previstas.

Las instancias precedentes

Por cierto, parece oportuno recordar las circunstancias que implicaron la iniciativa de esta significativa reforma.

El motivo de reparar brevemente sobre aquella etapa supone reconocer la convicción institucional que inspiró la perspectiva de nuestro primer presidente y la consciente actitud de los ajustados costos públicos que la misma

(22) En el terreno de las desavenencias aludidas podemos, a título ilustrativo, señalar la decisión de uniformar la representación en la convocatoria (dos diputados por provincia), el ámbito de su desarrollo (Santa Fe), el tema de los tributos aduaneros (art. 4°) y lo establecido respecto a su capital en el artículo 3°, que definía: “[...] las autoridades que ejercen el Gobierno federal residen en la ciudad de Buenos Aires, que se declara capital de la Confederación por una ley especial”.

(23) El Pacto de San José de Flores, también llamado de “Unión Nacional”, se firmó el 11 de noviembre de 1859, que, con magnánima disposición, se tradujo en 16 artículos de los cuales, a título ilustrativo, remitiremos a cuatro de ellos.

Artículo 1°: “Buenos Aires se declara parte integrante de la Confederación Argentina, y verificará su incorporación por la aceptación y jura solemne de la Constitución Nacional”.

Artículo 2°: “Dentro de veinte días de haberse firmado el presente Convenio, se convocará una Convención Provincial que examinará la Constitución de Mayo de 1853, vigente en las demás Provincias Argentinas”.

Artículo 8°: “Se exceptúa del artículo anterior, la Aduana, que como por la Constitución Federal corresponden las Aduanas exteriores a la Nación, queda convenido en razón de ser casi en su totalidad las que forman las rentas de Buenos Aires, que la Nación garante a la Provincia de Buenos Aires su presupuesto de 1859 hasta 5 años después de su incorporación, para cubrir sus gastos, inclusive su deuda interior y exterior”.

Artículo 10: “Quedando establecido por el presente pacto un perpetuo olvido de todas las causas que han producido nuestra desgraciada desunión, ningún Ciudadano Argentino será molestado por hechos u opiniones políticas, durante la separación temporal de Buenos Aires, ni confiscados sus bienes por las mismas causas conforme a las Constituciones de ambas partes”.

(24) Efectivamente, se prohibía el impuesto a las exportaciones (retenciones artículos 4° y 67 inc. 11 de la CN) a partir de 1866, conforme lo previsto en la cláusula octava del Pacto San José de Flores.

(25) Con la ley 19/1862, también llamada “Ley compromiso”, se logra un acuerdo que permitió que, por un plazo de 5 años, tanto las autoridades nacionales como provinciales residieran en la ciudad, aunque el gobierno federal solo como huéspedes de la provincia. En este marco, la situación en la ciudad de Buenos Aires era como mínimo incómoda. Los dos gobiernos, el nacional y provincial, compartían territorio. El gobierno nacional residía en la casa Rosada, el gobernador en Moreno 134; el Congreso en Victoria y Rivadavia; la Legislatura en Perú 134; la Corte Suprema en la calle Bolívar 137; la Corte Provincial en la misma calle n° 23.

entrañó⁽²⁶⁾, que, superando la repercusión política, tradujo en el tiempo la institucionalidad que finalmente hoy celebramos.

El carácter reservado de aquellas primeras reuniones requería considerar el alcance de su modificación, que ya había forjado valiosos trabajos sobre la misma, frente a un oficialismo que buscaba afanosamente la reforma del mandato del Poder Ejecutivo.

Así lo había hecho explícito quien titularizaba la comisión de asuntos constitucionales del Senado de la Nación, contabilizando para este cometido solamente los *dos tercios de los miembros presentes* y una inminente convocatoria a un plebiscito, para manifestarse sobre este propósito.

Finalidad que también propiciaba el resultado de las elecciones legislativas de 1993⁽²⁷⁾ y un contexto de cierta placidez económica, generada por la convertibilidad y el nuevo alineamiento; preludio de un tiempo desideologizado y, con ello, del propio sistema político.

Una repercusión inmediata

Con el paso de los días se hicieron públicas esas conversaciones y la repercusión fue inmediata, el impacto tiñó de renunciamento la voluntad opositora y las especulaciones se ramificaron sobre el sentido y alcance de esta iniciativa.

Periódicos de alta difusión aludían en su editorial sobre una “Democracia de a dos”, enunciado que parecía desvanecer las firmes objeciones y disidencias sobre la sinuosa dirección asumida por el gobierno.

Claro que fue una sorpresa este proyecto y en particular en la Provincia de Buenos Aires, (llamada siempre a ser el soporte de las expectativas eleccionarias), donde mucho influía la suerte del, por entonces, gobernador (que literalmente había sido excluido de los entresijos de estos acuerdos), en los que veía naufragar su propia postulación y con ello la necesidad de su continuidad en una nueva instancia electoral (que la Constitución bonaerense no contemplaba), en un propósito equivalente y casi simultáneo de reforma, como poco después quedó expuesto⁽²⁸⁾.

Un capital de ideas

No está de más señalar que la reforma de la Constitución Nacional constituía un imprescindible horizonte y que el “Concejo para la Consolidación de la Democracia” había trabajado arduamente sobre este objetivo, que mucho sirvió como fundamento de la propuesta.

Tengo presente las deliberaciones sobre el “Jefe de Gabinete” o el “Ministro coordinador” y los aportes sobre los “Decretos de Necesidad y Urgencia”, que buscaban atenuar el peso de un presidencialismo asentado en el centro de un poder excluyente.

Un capital teórico y largos pronunciamientos habían nutrido de ensayos y proyectos la impostergable necesidad de compensar y restablecer el yermo campo de nuestros antecedentes que, dicho sea de paso, había sido anticipada por una decena de reformas provinciales⁽²⁹⁾ que, con vigoroso pulso, modificaron sus constituciones, como Tierra del Fuego, que fue el último territorio provincializado en el año 1991, excepcional instancia que supimos compartir en un bautismal y previo encuentro con numerosos expositores.

Momentos inscriptos en el idioma del recuerdo, que reflejaron una singular impronta, pues sus postulados, criterios y nuevos derechos constituyeron una fuente significativa del espíritu reformador de aquella etapa.

En fin, los episodios con el tiempo suelen estrecharse, pero junto a estos precedentes, también podemos señalar el incipiente impulso que, por aquellos años, anticipaba la embrionaria vigilia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada en el año 1979.

(26) Así lo pusieron de manifiesto las elecciones para convencionales constituyentes, oportunidad en el que el PJ obtuvo el 38 %, 134 convencionales; el radicalismo el 20 %, 71 convencionales; el Frente Grande 31 convencionales y el MODIN 21 convencionales.

(27) El 3 de octubre de 1993, se llamó a elecciones para renovar la Cámara baja del Congreso Nacional, en esa oportunidad, el Partido Justicialista obtuvo el 43,47 % de los votos y la UCR el 30,23 %. Ocasión en la que surgieron otras fuerzas políticas, como si fuera un escenario inicial e imperceptible que conmovía el histórico bipartidismo.

(28) Para ilustrar lo antedicho, basta recordar que el 10 de abril de 1994 se llamaron simultáneamente a elecciones de convencionales nacionales y de la provincia de Buenos Aires.

(29) Las Constituciones de La Rioja, San Juan, Salta y Jujuy en 1986, San Luis y Córdoba 1987, Río Negro 1988, Tucumán 1990, Formosa y Tierra del Fuego 1991, Corrientes 1993.

El espíritu de la misma

Seis lustros que han acompañado las fundamentales transformaciones en el campo científico-tecnológico y, por ende, en el desenvolvimiento de nuestra trayectoria socio-institucional; en un brecha, que nos permitimos señalar, desde el “Consenso de Washington”⁽³⁰⁾ a la “Agenda 2030 de Naciones Unidas”⁽³¹⁾, reflejando las inquietudes más apremiantes de este nuevo siglo; enhebrando en ajustado equilibrio las preocupaciones de ayer, las nuevas reivindicaciones y las líneas directrices de un programa prospectivo.

De tal forma, no podemos dejar de citar la “Defensa del orden institucional y democrático” (con la insustituible intermediación de los partidos políticos), referencia que, junto a su valor, remite a las perentorias circunstancias de su debate y sanción.

Huelga decir que toda mirada retrospectiva incorpora como un hábito natural sus antecedentes; pero no está de más subrayar que no podía inferirse un precepto equivalente en nuestra Carta Magna, en las tantísimas vicisitudes que allanaron las asonadas y levantamientos militares.

No hay duda de que el eco del ejemplar Juicio a las Juntas definió el simbólico inicio de esta etapa, que tuvo por finalidad evitar las continuas oscilaciones que marcaban el vaivén de nuestra continuidad cívica.

En pocas palabras, había que sellar esta instancia tan delicada y sensible, con responsabilidades y garantías, que respaldaran la vigencia y misiones de la propia Constitución.

Para este fin hubo otras reformas determinantes, como la consagración de la *Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, edificada sobre los vetustos cimientos de su acotada jurisdicción capitalina⁽³²⁾, que sancionó su Estatuto organizativo en el año 1996 y la condición electoral de darse su primer gobierno, cuyo titular, paradójicamente, se había opuesto con fervor al llamado “Pacto de Olivos”.

Y, por cierto, *la imprescindible autonomía del gobierno municipal*, favoreciendo el dictado de más de 180 Cartas orgánicas, ensanchando los sujetos políticos que, en

(30) Parece necesario recordar que en 1989 se implementó el “Consenso de Washington”, cuyo mentor John Williamson estableció un programa de ajuste para paliar la crisis de la deuda en América Latina frente al fracaso de la “sustitución de importaciones” como modelo de desarrollo.

La propuesta contemplaba, entre otros puntos, la liberalización financiera y comercial, un tipo de cambio competitivo y la inversión extranjera directa; criterios que requerían la privatización, desregulación y reconversión del sistema de legalidad y contabilidad, para asegurar y estimular las operaciones del sistema capitalista. Respecto al Estado, los principales dogmas reflejaban disminuir su competencia a la mínima expresión y ubicarlo como mero intermediario de los negocios del sector privado y ocasional garante de la paz social.

La globalización no hizo más que enfatizar la internacionalización de la economía, bajo el presupuesto de que la misma generaría una cascada de riqueza hacia las clases menos favorecidas.

No hace falta decir que la aplicación de ese modelo tuvo su severa recesión en nuestro país en 1998, que más allá de causas propias influyeron de una manera determinante las políticas macroeconómicas que favorecieron un crecimiento acelerado y sin equidad, excluyendo las cuestiones sociales y el fortalecimiento de las instituciones.

La catástrofe llevó a Williamson y a su equipo a expresar que el programa “eran meras recomendaciones” y que se trataba de “las reformas de primera generación”.

Quedaba claro que se había producido un desequilibrio entre la eficiencia económica y la equidad distributiva, que llevó a Hobsbawm a expresar que se trataba “del triunfo del individualismo sobre la sociedad”.

(31) Toda esta experiencia precedente generó que la Asamblea General de Naciones Unidas se replantea un *criterio amplio de estabilidad macroeconómica*. Así ocurrió en el mes de septiembre del año 2015, cuando se aprobaron los 17 objetivos sobre el Desarrollo Sostenible, que fueron acordados por la Argentina y otros 192 países y que regirán durante los próximos 15 años, bajo la ponderación “Agenda 2030 de la ONU”. La misma tiene por objetivo un crecimiento con inclusión sin degradación ambiental, promoviendo los emprendimientos y las Pymes, contemplando especialmente la pobreza, el hambre y la seguridad alimentaria, salud, educación, igualdad de género, agua y saneamiento y energía, una agenda universal y holística para el logro del desarrollo sostenible que, simbólicamente, se afirmaba en cinco indicadores (personas, planeta, prosperidad, paz y partnership).

Resultado pertinente señalar que esta decisiva iniciativa partía de alarmantes parámetros sobre el acceso al agua corriente, la red cloacal, la red de agua, la energía eléctrica, los asentamientos cerca de basurales y zonas inundables y la desnutrición infantil crónica. En pocas palabras, enlazar las tres dimensiones del desarrollo, considerando su perspectiva económica, social y ambiental, con la finalidad de erradicar la pobreza extrema y conjugar los insustituibles valores de dignidad e igualdad.

(32) Reza, Pablo, “Sobre la Personería Jurídica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Revista Anales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP, 2008.

distinta escala, constituyeron los flamantes protagonistas de nuestra integración federal.

A ello nos referiremos.

VII. Dos garantías insoslayables

Nos detendremos en estas dos garantías, que suelen asumirse implícitamente y, sin embargo, tienen la extraordinaria misión de haber concluido décadas de análisis, posiciones y divergentes aportes doctrinarios sobre la materia.

Nos referiremos, con los límites que este trabajo presume, al artículo 36 de nuestra Constitución, que, de una forma profusa e inapelable, fija la *garantía de nuestro orden institucional y democrático* y los consecuentes efectos de quienes se alzaren por actos de fuerza contra su inviolable imperio.

También, haremos hincapié en el artículo 123, en la convicción de que la autonomía municipal no solo ensancha nuestro federalismo (atribuyendo al gobierno local su indispensable identidad y el dictado de su carta orgánica), sino que debe interpretarse en indivisible relación con el emblemático artículo 5º⁽³³⁾, que establece la *garantía federal*, como núcleo y destino de nuestra propia composición nacional.

Con autorizada firmeza, Néstor Osvaldo Losa señala: “(...) el régimen municipal expresado en el artículo 5º de la Constitución Nacional es hoy indudablemente un gobierno municipal y no un mero ente administrativo subordinado y autárquico; esto es un hecho objetivo y un precepto imperativo de mayor nivel por contar con raigambre constitucional que así lo confirma”⁽³⁴⁾.

Un relevante capítulo

No hay duda de que en la parte dogmática de la Constitución y, en particular, en el capítulo segundo (Nuevos Derechos y Garantías), se consagraron otros fundamentales principios, como los derechos políticos y la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a los cargos públicos (artículo 37 de la CN), el decisivo rol de los partidos políticos (artículo 38 CN), la iniciativa y consulta popular (artículos 39 y 40 CN), la detallada cláusula sobre medio ambiente, garantizando el principio de sustentabilidad y la responsabilidad de la Nación para dictar los presupuestos mínimos (artículo 41 CN), los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, incluyendo la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados (artículo 42 CN) y la sustancial incorporación del instituto del amparo, ampliando el alcance, materia y ámbito de su protección (artículo 43 CN)⁽³⁵⁾.

En definitiva, una compacta trama que desarrolla y ampara el ejercicio de nuestro horizonte democrático, expresado en estos cuarenta años de existencia, con la impertrurbable vocación de una definitiva forma de vida que, aun en sus dificultades, se asienta en la voluntad colectiva y en las determinantes reglas que manifiesta nuestra Constitución.

Quizás el tema que abordaremos se presente con un valor tangencial frente a estas y otras decisivas reformas o aquellos tópicos que protagonizan nuestra actualidad (la evolución digital, el cambio climático, la efectiva implementación de los tratados internacionales sobre los derechos humanos) y, desde ya, por razones obvias que señalan la complejidad de esta hora, la delegación legislativa (art. 76 de la CN) y los decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3º, CN).

Desde estas necesarias prevenciones, nos abocaremos con toda convicción a los artículos referidos, pues entendemos constituyen dos piezas determinantes de nuestra

concepción cívica y de los sujetos políticos llamados a ejercerlos, plenitud que da razón a nuestra condición ciudadana.

La firmeza de esta cláusula

Con alguna justificación podrá comentarse que esta cláusula en su contundencia peca de obstáculos de difícil resolución, sosteniendo que las circunstancias a las que alude resultan impensadas en este definitivo devenir cívico y que su extremo supone un análisis cuya especulación conduce a una compleja y abstracta elaboración.

Sin embargo, partiendo del categórico enunciado que ofrece el epílogo de la primera parte de la cláusula, “estos actos serán insanablemente nulos”, debemos comprender, en ellos, todas las secuencias que la historia y los antecedentes nos revelan.

Desde el propio acto de imposición, la asunción del poder, la proclama, la clausura del congreso, la intervención de las provincias, la proscripción de los partidos políticos y organizaciones sociales, las causas que le dieron origen y naturalmente cualquier disposición o normativa que se sancionara.

Esta enunciación, tentativa y obvia, constituye el espín que presume el atentar contra el orden institucional y democrático; todo, absolutamente todo el proceso, sería de una nulidad insanable, incluyendo a quienes usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o la de las provincias, las que responderán civil y penalmente de sus actos⁽³⁶⁾.

Una nulidad imprescriptible, que excediendo las causas del instituto de la intervención (artículo 6º CN) ubica y categoriza esta instancia en el marco de “los infames traidores a la patria” (artículo 29 CN), que evoca y asimila en su sanción las huellas de quienes asumieran, por concesión o por la fuerza, las facultades extraordinarias o la suma del poder público.

Un indispensable precepto

Como decíamos, aun coincidiendo que la norma presume una compleja teorización desde una inviable hipótesis, esta justificada mirada no empaña su categórico y fundamental alcance.

Pues, no es lo mismo una manda constitucional con un solitario y añejo artículo concebido en la mitad del siglo XIX, que un indispensable precepto con vocación restitutiva, proyectado culturalmente sobre este avanzado siglo XXI, consagrando una garantía que disuade cualquier acto de fuerza que pretenda oponerse⁽³⁷⁾.

En este caso, la propia Constitución se pone de pie y expresa, con la voz arquitectónica que valida el poder constituyente, las severas consecuencias (en todos los niveles) que implica quebrar el orden institucional y su insoslayable condición democrática⁽³⁸⁾.

(36) El artículo 36 reza: “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo. Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”.

(37) En cuanto a la última parte del artículo en tratamiento, también se contempla la sanción para aquellos que “(...) suprimieran o menoscabaran, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación (...)”. Tema que hemos abordado en el seminario “Administración y Corrupción”, que forma parte del libro “La Crisis de la Argumentación Pública”, Ed. Platense, 2022.

(38) Art. 226 del Código Penal: “Serán reprimidos con prisión de cinco (5) a quince (15) años los que se alzaren en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del Gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales. Si el hecho descrito en el párrafo anterior fuese perpetrado con el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación, la pena será de ocho (8) a veinticinco (25) años de prisión. Cuando el hecho fuere perpetrado por personas que tuvieren estado, empleo o asimilación militar, el mínimo de la pena se incrementará en un tercio”.

(33) La ley de reforma constitucional 24.309/93 estableció tres modalidades, el núcleo de coincidencias básicas, los artículos y temas referidos a su libre debate y las reglas procedimentales; en este marco, por su artículo 5º, definió que la parte dogmática de la Constitución formaba parte de esta primera modalidad y naturalmente el precepto de la garantía federal.

(34) “Municipio moderno y necesidad de tripartición de funciones. Justicia local autónoma”, México, mayo de 2013. Ver del mismo autor “Derecho público municipal. Región. Provincia. Jurisdicción”, Ed. Ábaco Rodolfo Depalma, 2017.

(35) La sustancial incorporación del Instituto del amparo amplía y enriquece lo previsto (ley 16.986/66), eliminando la exigencia de agotar la vía administrativa, ampliando el ámbito de protección, estableciendo que el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de las normas, permitiendo la posibilidad de interponer el amparo ante cualquier forma de discriminación, reconociendo las legitimidades relativas a los derechos de incidencia colectiva, la representación de defensor del pueblo y de las asociaciones que provean a ese fin.

No habrá más disquisiciones, la fuerza no legitimará el origen del poder, tampoco la producción jurídica que del mismo emane; no habrá tribulaciones llamadas a justificar o morigerar las causas y razones que le dieron origen y, mucho menos, que un Estatuto revolucionario se ubique en una supuesta jerarquía supra-constitucional, contaminando todo el espectro compositivo del Estado en una ilegitimidad insanable.

Cavilaciones y eufemismos

Tampoco habrá largas cavilaciones, sobre “la seguridad jurídica”, que en su nombre presuma una homologación, que, exorbitando las razones de urgencia y necesidad, se expanda como un salvoconducto y ensanche sus propósitos con eufemismos como “los fines perseguidos por la revolución” o convoque o augure una nueva Constitución, con la pretensión de reencauzar el ordenamiento de nuestra vida cívica, ignorando la deliberación pública como fuente perenne de todo consenso.

No habrá proclama inaugural, ni juez que jure por el Estatuto, ni partidos políticos proscritos, ni Plan Cóndor, ni Escuela de las Américas, ni una ciudadanía vaciada por el miedo y la oscuridad.

Este categórico precepto configura el primer artículo de los nuevos derechos y garantías, su prelación no fue una mera condición metodológica, supuso priorizar el concepto axial sobre el que se sustenta toda nuestra ontología constitucional.

Una disposición inequívoca

Esta firme e inequívoca disposición constituye la respuesta a los gobiernos de facto, que se fueron reiterando a partir del 6 de septiembre de 1930 hasta el 10 de diciembre de 1983.

Aludir a estos seis atropellos institucionales parece haberse constituido en una cita evanescente y usual, invocando un tiempo que forma parte del pasado y se presenta como un hecho lejano para gran parte de la población y, por su propia percepción, en una definición terminante y a la vez ligeramente aspiracional; soslayando algunos matices que deben resaltarse.

En principio, deberíamos detenernos en la voluntad constituyente, que se plasmó cuando apenas se habían cumplido poco más de diez años de vida democrática, con el especial contexto que el presidente Alfonsín, en un hecho de irreprochable espíritu republicano, anticipó la entrega de su mandato seis meses, frente a una insidiosa convulsión económica y su consecuente repercusión social.

Es decir, apenas una década que seguía siendo acosada por las tinieblas de la inestabilidad (no se pueden omitir las dos asonadas), que en otras circunstancias habrían apelado a la sustitución del poder, que durante medio siglo encarnó las fuerzas armadas, en una expresión de intolerancia institucional, ajena al diálogo y a las alternativas del sufragio, con el tácito asentimiento de un sector de la sociedad, dispuesta a modificar el rumbo de su marcha. Basta mencionar que, en ese largo periodo, solo dos presidentes –por lo menos formalmente– habían terminado su mandato.

Tampoco está de más recordar que en la primera irrupción de facto (6 de septiembre de 1930), el voto obligatorio y secreto (piedra angular de nuestro sistema) no había cumplido 14 años de ejercicio, una conquista tan fundamental como imberbe en su maduración, donde acechaban los ecos de una generación política predominante, cuya pretensión había incorporado la idea de *intérpretes y cultores de la Constitución* y, en particular, sobre el alcance igualitario de la representación.

Por fin, parece necesario reiterar que la norma en comentario fue plasmada por una Convención Constituyente, integrada por todas las fuerzas representativas, que confirmaron con su análisis, propuesta y voto, el acallado deseo de tallar en la Constitución la insalvable nulidad de esa tutela fáctica, que irrumpía bajo las circunstancias aludidas y las tensiones e influencias geopolíticas que fueron definiendo cada etapa.

Afianzando la salud constitucional, esa condición tan esencial cuya previsibilidad permite trazar el horizonte que impulsa nuestra construcción cívica, amurallando su sistema inmunológico y expandiendo el mensaje, que su cuidado reposa en la memoria y conciencia de cada uno de nosotros.

Una ligera semblanza

Por cierto, en esta ligera semblanza evitaremos las circunstancias políticas precedentes y las sucesivas transi-

ciones que se produjeron en los propios gobiernos de facto, pues nos interesa señalar las consecuencias jurídicas del mismo y la incorporación a nuestro ordenamiento legal, con el latente efecto que sigue provocando en nuestra actual normativa.

A modo de síntesis, podemos subrayar que estas irrupciones institucionales fueron a lo largo de los años creciendo en sus propósitos, duración, organización y producción normativa.

En 1930, Uriburu informa a la Corte la voluntad de constituir un “gobierno provisional”, intención que ya había materializado con la proclama revolucionaria, la marcha sobre la capital, la suspensión de la Constitución, el Congreso, las Universidades, las elecciones y los partidos políticos, bajo el lema de un “movimiento de renovación espiritual y político”, que pretendía restaurar la legalidad democrática con la drástica modificación de la Ley Sáenz Peña.

Resulta impactante que esa *provisionalidad* no impidiera declarar la ley marcial, decretar la pena de muerte, la persecución a la oposición con detenciones arbitrarias, la clausura de la prensa y la intervención a doce provincias.

Tanto la Corte como el Procurador permanecieron en sus cargos, dando inicio a la llamada “doctrina de los gobiernos de facto”.

En esa oportunidad, el Alto tribunal *aceptó de modo restrictivo los decretos-leyes, en tanto respondieron a razones de necesidad y urgencia, que no aludieran a materia penal y sosteniendo que dichas normas caducaban con el gobierno de facto; afirmando también que, cesado el mismo, la legislación por él derogada volvería a tener imperio exclusivo.*

En 1943, con el nuevo golpe de Estado, la Corte mantuvo el criterio restrictivo, *pero sutilmente anexó a las razones de necesidad y urgencia los “fines de la revolución”, y en una nueva acordada estableció que los decretos-leyes subsistirían sin necesidad de aprobación por el Congreso, pues las razones eran privativas del gobierno de facto y ajenas al control judicial.*

Sin duda, un paso determinante al incorporar los decretos leyes y los fines de la revolución como un nuevo fundamento, bajo el amparo doctrinario “de los hechos políticos no judiciales”, en este caso, atribuidos a los gobiernos de facto.

En 1955, el 16 de septiembre, en un clima de preanunciada convulsión política y a solo tres meses del trágico bombardeo a la Plaza de Mayo, asume la Revolución libertadora, que fue más allá de los antecedentes aludidos, pues intervino en todos los niveles las provincias, disolvió el Congreso, reemplazó a los jueces de la Corte y de diversos tribunales inferiores, declarando nula la reforma constitucional de 1949.

Y en nueva jurisprudencia determinó “(...) que el único límite consistía en lo establecido por el artículo 28 del texto constitucional (...)”.

En este marco se llamó a una Convención Constituyente.

Una Convención condicionada

Por cierto, no es intención de este trabajo repasar esa instancia histórica, alcanza con aludir a las circunstancias de facto que signaron su convocatoria, la aprobación de la proclama que suponía la restitución de la Constitución de 1853/60, la proscripción del Partido Justicialista, las impugnaciones y renunciaciones que caracterizaron su inicio (entre ellas, la fractura de la UCRI y la UCRP).

Tampoco pueden eludirse las posturas interpretativas que pugnaron por su legitimidad, bajo el criterio de la facultad original del gobierno revolucionario, alterando la continuidad constitucional (que solo valida sus reformas en el taxativo precepto que refrenda su fundamental alcance), *modificando lo que a su vez se desconocía.*

Esa reforma dejó finalmente como saldo el *artículo 14 bis* de nuestra Carta (y la facultad del Congreso para dictar el Código de trabajo); es decir, la consagración de los derechos sociales, que dieron origen a una frondosa y necesaria legislación laboral, fundamental concepción, azuzada por la inminencia de falta de quórum que preanunciaba su inevitable desenlace.

Un tiempo dominante

En 1962 se produce un nuevo golpe de Estado, con equivalentes efectos, pero en este caso de una manera *sui generis*, pues en ausencia del vicepresidente (que por dis-

crepancia con las concesiones petroleras había renunciado pocos meses después del inicio de la gestión), asume el presidente provisional del Senado, invocando la Ley de acefalía, y en un hecho que cubrió profusamente las páginas de entonces, la Corte convalidó, con inmediatez, la asunción expresando “que no correspondía a ese tribunal pronunciarse acerca de los motivos por los cuales se había producido la acefalía”.

Una forzada convivencia condicionó la gestión, pues se disolvió el Congreso, se anuló las elecciones de ese año, se excluyó al Partido Justicialista; poniendo de manifiesto que los ecos revolucionarios seguían guiando los propósitos que habían fundamentado aquel alzamiento.

Un tiempo dominante que cubrió casi tres décadas (del 55 al 83), en donde la institucionalidad democrática parecía el frágil inquilino de un encono político, que disgregó la sociedad en una inestabilidad cívica sin precedentes.

Como ocurrió en 1966, en una nueva irrupción de facto que antepuso su Estatuto por encima de la Constitución, estableciendo, en su primer artículo, “que el gobierno ajustará su cometido a las disposiciones de este Estatuto, a la de la Constitución Nacional y Leyes y decretos dictados en su consecuencia, en cuanto no se opongan a los fines enunciados en el acta de la Revolución Argentina”.

Con la pretensión de fundar una nueva legitimidad, llamó *gobernadores* a los hasta entonces interventores, *ley* a los decretos leyes y ya no anticipaba su naturaleza “provisional”, por el contrario, proclamó una modificación de la Constitución (1972), que iba a regir por diez años, si antes no era ratificada por una Convención Constituyente.

Un sistema corporativo y autoritario, que se arrogó facultades supra-constitucionales, provocando el exilio de la vida cívica y las voces críticas, que simbólicamente podemos aludir en “La noche de los bastones largos”, como un tormentoso presagio, que irrumpió nuevamente el 24 de marzo de 1976, con impenetrable oscuridad.

El *Proceso de Reorganización Nacional* no requiere de más palabras, basta recordar la “Doctrina de seguridad nacional”⁽³⁹⁾ y el terrorismo de un Estado cuyos rastros siguen latiendo en la corrosiva angustia del dolor, las ausencias, la imperturbable vigilia y el más profundo quiebre que supuso la ignominia de esa etapa.

Un imborrable abismo que, aun distante, sigue latiendo presente en algunas secuelas normativas.

El positivismo ideológico

No hay construcción jurídica que pueda alimentar un “derecho de facto” o, en palabras de Nino, un “positivismo ideológico”, que más allá de la ilegitimidad de su origen, afecte con idéntica irregularidad su *contenido*.

Desde ya, asumimos la seguridad jurídica, regla básica que contempla los derechos adquiridos, y las enormes dificultades que supondría supervisar la infinidad de normas dictadas en gobiernos de facto; pero atendiendo a su alcance, debemos sopesar el *contenido* de las mismas y reflexionar si es posible que, cuatro décadas después, puedan seguir rigiendo, en algunos casos, aspectos esenciales de nuestra vida comunitaria.

Pues, resulta inconsistente descalificar una norma solo por su origen y lucirse en apreciaciones que remitan a esa anómala etapa, como si ella constituyera un fin en sí mismo; pero nunca es tarde para detenernos en sus propósitos y hurgar si su materia acaso expresa una concepción vinculada a la autocracia que la sancionó y al contexto de su vigencia. Como, lamentablemente, ocurre en nuestra Provincia de Buenos Aires.

Una explícita consagración

No cabe reserva alguna sobre la explícita consagración autonómica que el artículo 123 de nuestra Constitución Nacional atribuye a los municipios⁽⁴⁰⁾.

Ni siquiera ese abuso deductivo, cuando el mismo reza “reglando su alcance y contenido”, una conjunción ajustada a las versátiles características de nuestra descentralización.

(39) Por entonces, la Argentina era el único país en el Conosur que mantenía un régimen democrático, en tanto que todos los países vecinos estaban gobernados por dictaduras militares; Banzer en Bolivia, Geisel en Brasil, Pinochet en Chile, Stroessner en Paraguay, Bordaberry en Uruguay.

(40) “Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

No son pocas las veces que, con alguna ligereza, en Jornadas sobre el tema, se ha esbozado esta supuesta pretensión, como si la política pudiera manejar la relevancia de esta atribución, encolumnando, en absurda exégesis, el sentido de su formulación.

Nos recuerda, con su aquilatada calidad, Gabriela Ábalos: “El municipio aparece como un verdadero gobierno que se integra con el nacional, los provinciales, y luego de la reforma de 1994 con el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cada uno en su esfera de competencia y con sus autoridades propias. De ahí que, al fijar el ‘alcance y contenido’ de la autonomía municipal ninguna provincia podrá extremar las limitaciones que puedan llegar a privar al municipio de un contenido mínimo en cada grado de autonomía ni extralimitarse de forma tal que se dificulte el ejercicio de potestades nacionales o provinciales. En el cumplimiento de lo expresado surge necesaria una buena coordinación de potestades que permita el crecimiento municipal en beneficio de la provincia para el fortalecimiento nacional”⁽⁴¹⁾.

En absoluta coincidencia con la prestigiosa autora, este alcance no puede asumirse como una discrecional interpretación que permita desnaturalizar el expreso contenido, a expensas de un criterio que reduzca o haga ilusorio su esencial finalidad, pues esta precaución refiere a las disímiles características de cada provincia y a su respectiva organización local, pero nunca para estrujar la irrevocable potestad reconocida.

Una inadmisibile omisión

Resulta fatigoso sintetizar algunos aspectos que caracterizan nuestra inédita situación, por eso iniciaremos estas líneas con una advertencia de íntima asociación con el tema.

El capítulo municipal de nuestra Constitución data del año 1889.

Sí, leyó bien, el texto vigente toma su letra de la Constitución de finales del siglo XIX (sección sexta –del régimen municipal–, artículos 202 y sgts.), que, desde entonces, se preserva casi intacto hasta hoy.

El hecho no es menor y, más allá de las circunstancias políticas que privaron en nuestra reforma constitucional bonaerense, nos ofrece un panorama inadmisibile frente a este especial aniversario que celebramos con la inquietante rémora de preguntarnos de qué manera estamos honrando su vigencia, si el primer Estado del país ignora lo dispuesto por el explícito mandato de la Constitución Nacional sobre la naturaleza autonómica del gobierno municipal.

Sumando su voz a otros autores, la profesora Ábalos señala: “Cabe preguntarse qué ocurriría si una provincia al reformar su texto luego de 1994 desconociese lo dispuesto en torno a la autonomía municipal en el art. 123. La respuesta es clara, tal omisión tornaría inconstitucional a la reforma provincial, implicando una evidente violación a la prelación normativa que se impone desde el art. 31, con el art. 75 inc. 22 y demás normas de la Constitución Nacional, que suponen relaciones de supraordinación y subordinación entre la Nación y las provincias”⁽⁴²⁾.

Un campo anegado

No es el caso seguir arando en un campo anegado por esta inaudita omisión constitucional⁽⁴³⁾, por el centralismo, el cautiverio cívico, el incompresible retraso, la indiferencia de una clase política que, cada tanto, presenta un proyecto con esa inconsistencia que presume la formalidad, y la impotencia que, en nombre del interés, sumerge a 17 millones de habitantes en el más profundo anonimato.

Las ideas no crecen si no encarnan culturalmente, si penden del frágil hilo de la imaginación o del solitario discurso en el baldío del desinterés; necesitan de una voluntad vindicativa acorde al traumático hecho que las generó.

La involución no es solo atraso, ni el raquítico contexto que dibuja, ni la abulia del pensamiento; es un espíritu que adormece su energía con la resignación de lo inmovible y un pauperismo institucional, que se niega a ver lo que se presenta incontrastable a su mirada.

(41) “Revista Derecho Publico”, “25 años de la reforma constitucional de 1994”, Ed. Rubinzal Culzoni, 2019.

(42) Ábalos, M. Gabriela (ob. cit.), Directora de la Diplomatura en Derecho y Gestión Municipal de la Universidad de Mendoza.

(43) Reca, Pablo, “La Convención Constituyente Bonaerense –hipótesis sobre una omisión–”, Revista Argentina de Derecho Municipal N° 3, 2018.

En este pronunciado declive se maneja nuestro territorio, ajustado a un régimen local cuya fórmula hace más de un siglo consagró el sistema de partido (único en nuestro derecho público), sin preguntarse si es lógico mantener ese extenso límite, mientras crecen en su ámbito ciudades que no tienen otro destino que estar confinadas al municipio cabecera, como si fueran un espacio de colonización de las Leyes de Indias.

No solo el proverbial “alcance y contenido” que reza el artículo 123 de nuestra CN, usufructúa esta inconcebible realidad, pues también se desoyó la precisa voluntad preconstituyente (ley 11.488/93), que indicaba la reforma de este capítulo, cuya deserción solo podemos interpretarla como una explícita finalidad de sostener este anacrónico sistema.

Una primera conclusión podemos apresurar, *la política* se impuso a *lo institucional*, y como si fuera una nueva *secesión*, desoyó la garantía federal y la ley que indicaba su implementación, hiriendo la Carta Magna, el propio proceso reformista y, en ellos, los derechos fundamentales de su ciudadanía.

Una concepción irrazonable

Desde ya, este absurdo régimen genera una legislación inconsistente, reglando aspectos fundamentales a través de *decretos* y *resoluciones*, que constituyen la manifestación más acabada de la provisoriedad de sus disposiciones y la inercia de una legislatura, ajena a debates tan prioritarios como la planificación del territorio, la coordinación y administración del área metropolitana o la inconcebible vigencia de una ley orgánica de las municipalidades (6758/58), cuyo contenido no justifica el menor análisis.

En este sentido, como supimos aludir, no es el caso juzgar a las normas de facto por su *origen* sino estrictamente por su *contenido*.

Cuál puede ser el sentido de que la ley orgánica municipal de casi 300 artículos rija indistintamente para los 135 partidos, en una uniformidad que solo puede explicarse en las circunstancias que privaron en su sanción.

Esta es la única manera que justifica conciliar su incoherente formulación, al asimilar las particularidades de Gral. Lavalle o Tordillo con la Matanza, Quilmes o Berazategui.

Una sola razón anticipa cualquier otra consideración, una estructura piramidal exigía una dirección homogénea, que representaba el mando y el orden que lo inspiraba, como también lo reflejan las *ordenanzas generales* que, en algunos casos, increíblemente siguen vigentes⁽⁴⁴⁾.

Sin duda, un contenido *autocrático* no solo por su naturaleza sino por el explícito fin de subrogar la potestad municipal y resolver en un absurdo cuerpo general el excluyente objetivo de sus cometidos.

Pues, este tejido de normas sobrevive todavía en nuestra provincia; es decir, ya no solo el *origen* de su producción sino el inequívoco *contenido* de sus misiones.

Podemos colegir que muy poco se ha modificado en estos años, generando un estancamiento que con alcance imperceptible ha domesticado nuestros hábitos, fulminando los principios y valores más esenciales que destila la Constitución Nacional.

¿Acaso podemos hablar de una plenitud cívica (más allá del sufragio) en un marco legislativo que de una forma evidente emana lo contrario?

Un espiralado fenómeno

La norma que rige el ordenamiento territorial y uso del suelo fue dictada en el año 1977, elaborada por un reconocido grupo de expertos, que tuvimos la oportunidad de analizar, mientras cursábamos “Derecho urbanístico”, una de las materias de Doctorado en la Universidad Complutense de Madrid.

Al inicio de la etapa democrática, formamos parte de la iniciativa que se impuso mejorar esta ley, con la calificada tutela de la arquitecta Iris Braco y un meritorio equipo de colaboradores, de la dirección de Ordenamiento Territorial del Ministerio de Obras Públicas de nuestra provincia.

(44) La ordenanza general 267/80 (de Procedimiento Administrativo Municipal), en su plexo, remite a la Constitución de la Provincia, a la Ley orgánica municipal y a las ordenanzas y decretos que se dicten en sus consecuencias (artículo 3°).

El ejemplo exime de palabras y, más allá de que confirma un amarrado contenido que no fluye con el alcance que la actualidad demanda, constituye una aberración jurídica, pues no solo subroga la competencia de la Legislatura, sino también las atribuciones de los Concejos Deliberantes de cada uno de los municipios.

Aquellas iniciales y valiosas inquietudes solo constituyen hasta hoy un capital de experiencias, pues la ley sigue aún vigente, casi sin aplicación alguna y utilizando figuras de su texto (v. gr., Club de Campo - artículo 64, ley 8912) para reconfigurar, a través de meras resoluciones, el espiralado fenómeno de los barrios cerrados.

El tema lo hemos observado y descripto en distintos escritos⁽⁴⁵⁾, ahora solo nos interesa resaltar que bajo esa aparente legalidad se sigue favoreciendo el singular negocio de modificar el uso del suelo, en una dispar atribución delegada a nivel municipal.

Una sociedad sin nosotros

El marco ambiental en nuestra Provincia de Buenos Aires (ley 11.723) prevé la necesidad de una consulta previa frente a la emisión de declaración de impacto ambiental, bajo el paradigma (que también recoge la ley de ambiente nacional 26.675) de que toda persona tiene derecho a opinar⁽⁴⁶⁾.

Sin embargo, esta decisiva consulta tiene que realizarse por la página web y, a su vez, no resulta vinculante para sus autoridades.

Quizás, los autores que han previsto esta modalidad se encuentren conformes, luego de haber desarrollado una larga enumeración de motivos, para disponer que las audiencias ambientales –decisivo requisito del propio acto de Autorización del Impacto– se realicen por plataforma digital y que, naturalmente, su alcance tenga un discrecional efecto.

El mundo virtual permite esta y otras ambigüedades, como convocar a un acto fundamental, cuya participación debe encausarse por la red, con los límites y soliloquios que la misma condiciona y con ironía traducir, en el silencio, una implícita aprobación de esta instancia⁽⁴⁷⁾.

Los pragmáticos o interesados asumen esta enumeración de palabras muertas, como el efectivo cumplimiento de las condiciones exigidas por la ley, incapaces de hacer con ellas un proceso activo y participativo; como aquellos autores que comentan la exégesis de una norma con la utilitaria disposición de su sola vigencia.

Para evitar definiciones pétreas, podemos señalar que esa modalidad se reitera con inusitada frecuencia, agudizando una *participación fantasmal*, que no irriga la responsabilidad y sentimiento que concibe el insustituible “ejercicio de ciudadano”.

Un desamparo que avergüenza y una comunidad reducida a la sola condición de espectadores, que en sus espaldas carga los nuevos derechos, con la frustración de su inocua apariencia.

Esta concentración del poder no es autocracia; pero de alguna forma, su comportamiento se le parece...

VIII. Consideraciones finales

En este trabajo, nos hemos propuesto tributar la decisiva significación de la *democracia constitucional*, en una relación que contenga, ampare y promueva la dinámica social, bajo las reglas y valores de nuestro Estado de Derecho.

Sabemos que la democracia ofrece distintos matices en su concepción y su sola referencia no presume un concepto unívoco; lo mismo ocurre con la Constitución, que puede ser la expresión de la tradición, culto e idiosincrasia de un país y, en algunos casos, el sistema institucional adoptado o impuesto por el mismo.

Por eso, no solo apelamos a una forma de gobierno, sino también a una dinámica social, asentada en la dignidad de las personas, el reconocimiento de sus derechos esenciales, los valores a los que aspira y una participación activa, conforme a las reglas constitucionales establecidas.

(45) Reca, P., “Derecho Urbanístico”, Tomo II: “El Ordenamiento territorial”, Ed. La Ley, 2002.

(46) Artículo 18 de la ley 11.723: “Previo a la emisión de la DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL, la autoridad ambiental que corresponda, deberá recepcionar y responder en un plazo no mayor de treinta (30) días todas las observaciones fundadas que hayan sido emitidas por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas interesadas en dar opinión sobre el impacto ambiental del proyecto. Asimismo, cuando la autoridad ambiental provincial o municipal lo crea oportuno, se convocará a audiencia pública a los mismos fines”.

(47) El decreto 1072/18 manifiesta, en su artículo 1°: “Establecer que los procedimientos para la convalidación de cambios de uso del suelo y aprobación de conjuntos inmobiliarios Etapa Barrios Cerrados y Clubes de Campo, se sustanciarán en forma electrónica e integrada través de un Portal Web de la Provincia de Buenos Aires”.

La disposición referida se encuadra en el “Plan Estratégico de Modernización de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires”, que establece las nuevas tecnologías de información y comunicación (ley 14.828/16).

Ahora bien, así como reconocemos en la Constitución Nacional la fuente excluyente de nuestra organización jurídica, también debemos hacerlo con los actores públicos de nuestro sistema federal, en cuya efectiva descentralización se infiere el ideal de plasmar la “unidad en la diversidad”.

En este orden, la reforma de 1994 consagró nuevos sujetos federales, al reconocer la personería jurídica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, alumbrando la potestad de dictar su Estatuto organizativo; como también lo hizo con la plenitud autonómica conferida a los gobiernos locales, con la atribución de dictar sus Cartas orgánicas.

Para los fines que animan estas líneas, a estas distintas denominaciones (Estatutos, Cartas orgánicas) podemos llamarlas, sin duda, Constituciones, si por ello entendemos el marco jurídico-institucional, que garantiza el ejercicio de las competencias propias en un determinado ámbito o jurisdicción.

Por lo tanto, los municipios, con el alcance que recién aludimos, según los casos, están dotados de la máxima potestad (autonomía institucional) para darse su propia Constitución local. Desde la importancia que tal atribución presume, podemos convenir que la misma adquiere todavía mayor repercusión en un contexto globalizado donde la *desreferencia* emana de su vertiginosa naturaleza.

En este entendimiento, hace años los especialistas han promovido el concepto de *glocal*, con la inequívoca intención de afirmar el fortalecimiento de la escala municipal, como el fundamental ámbito de identidad y pertenencia, frente a una “mundialización” que absorbe las propias fronteras, en un agitado intercambio comercial, de innovación tecnológica y comunicacional, cuya multiplicación y simultaneidad fragmenta la propia ciudadanía.

No está de más enfatizar que la autonomía municipal incorpora, en la actualidad, dos aspectos que se conjugan en indispensable objetivo; por un lado, la imprescindible aptitud frente a nuestra complejidad y densidad urbana, que constituyeron el *progreso y la modernidad* y, hoy, la palpable referencia a una efectiva ciudadanía como protagonista del *desarrollo sustentable* y el fenómeno de la *posmodernidad*.

Una tensión insuperable

Si estos paradigmas se presentan incuestionables, podemos permitirnos realizar un planteo a la inversa y, de este modo, exponer su vital necesidad.

Qué ocurriría con esta tendencia globalizada en permanente evolución, que incluye su propia agenda planetaria (como el cambio climático y la inteligencia artificial), en una comunidad urbana, a la que se le ha confiscado su pasaporte ciudadano, impidiendo su voz, su participación y el natural compromiso con los complejos problemas de la localidad que habita.

Toda la generación de “Nuevos Derechos”, la iniciativa y consulta popular, las cuestiones ambientales (en particular, la preservación de patrimonio cultural y natural), la clasificación, tratamiento y traslado de los residuos (domiciliarios, tóxicos y patogénicos), el uso y planificación del territorio, entre otros tantos tópicos que infiere la sustentabilidad, deben ejercitarse con la palpable disposición de sentirse parte de su desarrollo.

Nuestra propia democracia requiere para su fundamental consolidación el pleno ejercicio cívico, que retroalimente la relación Estado-Sociedad, con la enriquecida tensión que presume su dialéctica. Situación que, por obvias razones, se presenta mucho más compleja en la graduación jurisdiccional (Nación, Provincias) y, por el contrario, adquiere toda la plenitud en la identidad local, bajo las condiciones que así la garanticen.

En esta línea argumental, se presenta como una inaudita deserción que estos derechos estén ausentes en su implementación en toda la Provincia de Buenos Aires, enquistada en ciudades y delegaciones que, a falta de una agenda pública, asumen los años con la impotencia de un tiempo que parece mecarse en su apatía.

Resulta inexplicable que el anhelo colectivo agote sus cometidos en una ciudadanía acorralada o en la impronta de una voluntad que trata de impulsar o compartir lo que no existe.

Un constante relativismo

Pocos vislumbran que esta crónica situación promueve un escepticismo que favorece el culto al presente, como

si su efímera concepción se agotara en el instante y la expectativa del azar.

Desatendiendo que aquello que no se comparte nos exilia en involuntaria soledad, lo que no avala la conducta nos sumerge en una honda incredulidad y la ausencia de compromiso en un insondable relativismo, que se desinteresa del contorno en contingentes razones.

Nada puede aplazarse más...

No hay lugar para especulaciones políticas, para el reiterado fervor electoral o los retóricos discursos sobre los vaivenes del país.

Es indispensable recuperar el orgullo de cimentar nuestra Constitución local, cuya sanción plasme y realce sus contenidos, fuente de interpretación y resistencia ante cualquier atropello económico o jurisdiccional, con esa altiva disposición que caracteriza al poder.

La ciudad tiene que despertar sus energías, proveer a su competitividad, expandir las expresiones de su cultura, y modernizar sus instituciones, con los principios y valores que hoy reconocemos en este tributo.

A pie de página

Está de más decir que estas líneas aspiran a estar a tono con este excepcional aniversario y la generosa convocatoria a formar parte del mismo, con un aporte que, esperamos, pueda resultar de interés al eventual lector.

Creo que a las palabras las ennoblecen las actitudes, esa natural disposición que precede sus símbolos y asiste con apretada convicción el sentimiento que las invoca.

El mejor tributo que podemos realizar es cumplir la Constitución, que los derechos no sean declamativos y la formación no constituya una dúctil aptitud para justificar cualquier tesis.

Debemos tener en cuenta la íntima relación entre Constitución y democracia y comprender que esta última se expande y desarrolla en ese campo de atribuciones, garantías y límites, que nos hace ser *uno en todos*, en cuya amalgama late nuestro porvenir ciudadano.

Desanima percibir la distancia que provoca la ajenidad, el desdén sobre nuestro horizonte o las jactanciosas sentencias que emiten quienes, evadiendo sus responsabilidades, agitan ampulosos discursos desde otras geografías.

Una sociedad que parece haber extraviado el prestigio de la judicatura y la imparcialidad que caracteriza sus misiones o el enorme valor de la representación, *de ser la voz de quienes no la tienen*, en la fundamental tarea de instruir leyes, controlar el poder y convalidar designaciones esenciales.

Conmueve que muchos se arremolinen en un anonimato o soliciten reciprocidades, con ese impune envilecimiento que avergüenza e intoxica la credibilidad o esas súbitas fortunas que intentan enmascarar con la avidez del entonado.

Indigna que el silencio corporativo sea una señal de pertenencia y su lealtad encierre conspiraciones, para apañar el poder y apoltronarse en el dominio de sus prerrogativas.

Es esencial poner en valor el ejemplo, la seriedad, la vocación de servicio y una vida sin ostentaciones, que extienda con solidaridad su mano para multiplicar la miseria.

El camino está en la Constitución, en las huellas que reflejan su historia y alumbramiento, en la democracia como insustituible espacio de encuentro y expresión y en el Gobierno local, reguardo de una privacidad fraterna y colectiva, para conjugar el mundo desde nuestra más profunda identidad.

A ustedes, estas líneas, sin más palabras que una infinita gratitud.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO POLÍTICO - PODER LEGISLATIVO - PROVINCIAS - DERECHO COMPARADO - PARTIDOS POLÍTICOS - ELECCIONES - FILOSOFÍA DEL DERECHO - PODER EJECUTIVO - TRATADOS Y CONVENIOS - CONSTITUCIONES PROVINCIALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DEMOCRACIA - ESTADO - ADUANA - DIVISIÓN DE PODERES - COMERCIO E INDUSTRIA - IMPUESTOS - MONEDA - ECONOMÍA - PODER JUDICIAL - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - CONSEJO DE LA MAGISTRATURA - MINISTERIO PÚBLICO - DERECHO AMBIENTAL - LEY - CONGRESO NACIONAL

Reforma constitucional de 1994: leyes ordenadas y otras modificaciones en general

por NÉSTOR OSVALDO LOSA^(*)

“La Constitución es el Código que a todos los individuos obliga y protege porque es garantía de todos los derechos del hombre y de la comunidad...”

JOAQUÍN V. GONZÁLEZ

Sumario: A MODO DE INTRODUCCIÓN. — ALGUNOS ASPECTOS POSITIVOS VISIBLES. — SENADO. CIUDAD DE BUENOS AIRES. — OTROS TEMAS DE LA REFORMA. — CONCLUSIONES.

A modo de introducción

¡¡¡Feliz cumpleaños “reforma”!!! Y sí, como somos argentinos, pese a las tres décadas, que parecen siglos, la seguimos debatiendo, y es por ello que se la elogia, se le formulan críticas y reproches, se la intenta interpretar, se la eleva doctrinalmente pero también recibe algunas bofetadas de alguna línea doctrinal a la que acompañan circunstancialmente políticos de diferentes ideologías. No pocos dolores de cabeza tiene nuestra Corte Suprema para puntualizar los alcances de lo reformado y su relación con lo no reformado. Y entonces advertimos que no todos se enfocan en el tiempo (1994), ni en el espacio que aquellos días marcaron con realidades disímiles y escenarios que hoy ya fenecieron. No fue fácil el momento histórico que llevó a reformular la histórica Constitución, obvio que avatares políticos reinaban, no fue sencillo obtener mayorías y luego acuerdos en las sesiones de Paraná-Santa Fe. No fue un solo tópico el que sería objeto de revisión normativa, ni de fácil observancia los temarios a discutir, fue multifacético el abordaje que los convencionales tenían en sus manos y escaso el tiempo para ello. Pactar en estos casos aunque se lo diluya y critique, es lo correcto.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: *¿Atenuación o flexibilización del presidencialismo? La jefatura de gabinete ante nuevos escenarios políticos, comparada con la propuesta de Sartori*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA y ANTONIO MARTINO, ED, 180-927; *La Reforma Constitucional de 1994 y el federalismo argentino*, por ALBERTO R. ZARZA MENSAQUE, EDCO, 2004-667; *La Reforma Constitucional de 1994, los Convenios Internacionales y las provincias*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2004-625; *El sistema de elección presidencial en la Constitución de 1994*, por VÍCTOR E. IBÁÑEZ ROSAZ, EDCO, 2005-777; *Reforma constitucional y consolidación democrática*, por ALBERTO R. DALLA VÍA, EDCO, 2006-586; *Entre Ríos y el desafío de una reforma constitucional*, por MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, EDCO, 2008-592; *El número de las opciones políticas*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2009-305; *La coparticipación federal*, por JORGE HORACIO GENTILE, EDCO, 2009-461; *Federalismo y declaraciones de derechos. Segunda Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1819-1853*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2012-589; *Federalismo y declaraciones de derechos. Tercera Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1853-1860*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2013-313; *El federalismo ante la responsabilidad patrimonial de los jueces*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2013-151; *Fortalecimiento del federalismo y los principios de cooperación leal y subsidiariedad*, por ROBERTO ANTONIO PUNTE, EDCO, 2013-591; *Obstáculos para la vigencia de la atenuación del presidencialismo argentino veinte años después. Rol del Poder Judicial*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA, EDCO, 2013-544; *Federalismo y declaraciones de derechos. Cuarta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1862-1916*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2014-585; *A 20 años de una reforma innecesaria: el Referéndum Constitucional*, por ALBERTO J. EGÜES, EDCO, 2014-652; *Veinte años después de la reforma constitucional de 1994. Su balance*, por NÉSTOR P. SAGÜÉS, ED, 259-81; *La necesidad del federalismo*, por JULIO CONTE-GRAND, ED, 264-699; *El federalismo, la justicia y el bien común*, por JUAN C. CASSAGNE, EDA, 2015-671; *Hace 150 años se sancionaba la reforma constitucional de 1866. Mitre, su conducta y su entorno*, por JUAN MANUEL PEIRE, EDCO, 2016-509; *Federalismo y declaraciones de derechos. Quinta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1916-1949*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2015-613; *Federalismo y declaraciones de derechos. Sexta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1949-1955*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2016-330; *Federalismo y declaraciones de derechos. Séptima Parte: Derecho constitucional provincial argentino 1955-1983*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2016-594; *Federalismo y declaraciones de derechos. Octava Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1983-1994*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2017-310; *A 150 años de la reforma constitucional de 1866 –y de la Guerra de la Triple Alianza–*, por JUAN JOSÉ HERRERO DUCLOUX, EDCO, 2016-509; *La Reforma Constitucional de 1898 y la Argentina de aquel tiempo*, por JUAN JOSÉ HERRERO DUCLOUX, *El Derecho - Constitucional*, octubre 2022 - Número 10. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Profesor Consulto de Derecho Constitucional (UBA). Ex Juez y Camarista de Falta de la ciudad de Buenos Aires.

Considero que el denominado “Pacto de Olivos” no es reprochable.

Nuestra Ley Suprema original y vigente nació de pactos preexistentes como reza el preámbulo, y desde 1820 hasta 1853 la gestión de nuestras tierras se basó y sustentó en acuerdos, pactos, convenios. No olvidemos que federalismo tiene su génesis en *foedus*, del latín “acuerdo”, “convenio”.

Entre aciertos y desaciertos, me inclino a pensar que la cumpleaños reforma fue positiva en el balance y no niego que el que sea pétreo da seguridad jurídica, y con ello cierta paz, pero también me pregunto si treinta años no es mucho tiempo como para que no sea necesaria alguna enmienda, toda vez que la modernidad y la tecnología ha tenido un empuje dinámico desproporcionado y ha alterado la vida del mundo, la gobernanza y combinado factores impredecibles de poder. Si bien el tango escrito en 1934 por Gardel y Le Pera nos dice que “...veinte años no es nada...”, esa letra de una obra muy poética es antigua, y hoy veinte –y en nuestro tema treinta años– se me hace que es mucho y, por ende, deberíamos buscar responsablemente algunas modificaciones más consustanciadas con el presente y el futuro inmediato; dejo la idea modestamente, dado que transitamos en una nueva era, la del conocimiento y mutación digital. La evolución es muy potente en todo y el derecho no puede estar ausente ante ella. Pablo Sirvén expresa en una columna periodística una frase que resume estas últimas líneas “...la virtualidad diluye la frontera entre el ámbito privado y el público y produce ‘accidentes’ cada vez más notorios”⁽¹⁾.

Algunos aspectos positivos visibles

En este año 2024 existen muchos distinguidos autores que abordan la reforma del '94, como la mencionamos, entre los que me incluyo, ello me lleva solamente a reseñar algunas de las reformulaciones o nuevos derechos que se incluyeron en el texto para no invadir esferas que tienen autoridades inteligentes ya publicadas. Algunos comentarios serán breves, otros, tal vez lleven algunos renglones más y en alguna forma también señalaré prognosis con humildad, pero con cierta experiencia de vida prolongada dentro de la operatividad en lo jurídico.

En ese orden deseo destacar la plausible tarea de fortalecimiento del federalismo complejo que poseemos desde 1853, y así afirmar que ha sido un ítem positivo de la reforma de 1994.

Era notorio observar como se producía un constante desgaste en las relaciones políticas y económicas del gobierno central con los estados provinciales y de estos con sus municipios. Se debatía demasiado, y poco se comprendía el poder de policía, lo competencial ligado a legislación errónea y aplicación deficiente, y básicamente lo que hacía a la coparticipación federal que, al día de hoy muestra un desequilibrio que requiere con urgencia un nuevo pacto fiscal. Evidentemente no podía ignorarse esta situación y el rol de las comunidades locales ameritaba ser tratado entre otros rubros territoriales, pues la globalización, las corrientes migratorias internas y externas, la mala política en lo referido al arraigo, los nuevos derechos que fueron apareciendo y la necesidad de mirar la democracia con otros ojos en una sociedad más impulsiva y una política más agresiva, llevaba imprescindiblemente a reelaborar roles e incumbencias en la organización gubernativa y en los distintos niveles de gobierno. Esto se ensambla con lo referido a la búsqueda de equilibrar el poder como tal.

En este contexto, se trata y legisla sobre la reclamada doctrinal y políticamente *autonomía municipal* –arts. 75, inc. 30, y 123– y el ascenso federativo que se dio en el artículo 129 con respecto a la ciudad de Buenos Aires, sumado a la potestad constitucionalizada de crear regiones y la titularidad sobre la propiedad de los recursos naturales en favor de las provincias. Todos estos aspectos que

(1) Sirvén, Pablo. “Enzo, los Milei y la vice, atrapados por las redes”. *Diario La Nación*, 21 de julio de 2024, página 1.

constituyen avances serios de la descentralización y del respeto a los gobiernos locales que son la base de nuestro sistema organizativo integral fueron pasos positivos dados por el constituyente reformador.

En particular es elogiado que se hayan establecido pautas que esclarezcan lo autonómico de los municipios (en lo político, institucional, económico, financiero y administrativo) además de finiquitar constitucionalmente con la disputa doctrinaria de autarquía y autonomía municipal extensa en años y confusa en lo conceptual, que tuvo un principio de reparación en el fallo “Rivademar, Ángela c. Municipalidad de Rosario” (CSJN. Fallos 312:326. 21-3-1989). Esas referidas pautas o bases, lo son en lo político, institucional, económico, financiero y administrativo. Tanto la Constitución Nacional como las provinciales estatuyen a la autonomía como una garantía para que los gobiernos locales puedan ejercer y promover activamente políticas públicas y que ella sea una herramienta apta para así conducirse en la gobernanza. Esto es extensivo para la ciudad de Buenos Aires.

Ulteriormente el Máximo Tribunal, entre otros numerosos casos, ha dictado una muy valiosa sentencia en autos “Shi, Jinchui c. Municipalidad de Arroyito s. acción declarativa de inconstitucionalidad” –CSJN. Fallos 344-1151 del 20 de mayo de 2021–⁽²⁾. Y aquí quiero hacer una breve reflexión y ella es: la mirada del derecho y la que también se aprecia en la jurisprudencia, dista mucho y peligrosamente de la que la gente, el colectivo tiene sobre su realidad cotidiana, sus vivencias concretas y sus dramas cotidianos. Esos sectores con mirada burocrática a los que agrego a políticos que dejaron sus moradas para instalarse en alfombradas oficinas y traslados no públicos, si es posible por el aire, nos muestran vivencias diferentes e irreales y muchas veces opuestas. Sí, opuestas precisamente a la regla jurídica a las normas de la rutina diaria de los habitantes en su mayoría sufrientes por pobreza, desprotección o insalubridad. Esto no tiene bandería política, es hecho objetivo. Legislar desde escritorios alejados de las comunidades y de las pequeñas empresas y falencias primarias dista de ser positivos y crea malestar que hoy la filosofía vuelve a tratar. La política debe existir como también la presencia visible del Estado, pero debe adaptarse a los cambios que se suman diariamente y que no reciben soluciones eficientes. Así una actitud demagógica del gobierno estadual de San Luis llevó a un juicio de tal magnitud que fue y es materia de estudio en el derecho público. Me refiero al caso “Ponce, Carlos Alberto –luego Pérsico– c. San Luis, Provincia de s. acción declarativa de certeza” (Fallos 328-175, 24 de febrero de 2005). Hubo otros decisorios que debieron evitarse, pero que se judicializaron. Consecuentemente, es menester reflexionar sobre la conveniencia de una descentralización racional y ordenada; no como proclama discursiva sino como política pública. De alguna manera, el principio de subsidiariedad fue incluido sin ser mencionado, en la reforma en comentario y así elevando el valor de la proximidad para resolver demandas sociales y locales poder arribar a una gobernanza efectiva. En síntesis, en todos los niveles gubernativos se debe apuntar al logro de previsibilidad y estabilidad para que la confianza colectiva crea que la prosperidad es posible. Los gobiernos de las distintas localidades son los primeros que necesitan que estos valores se exterioricen.

En lo que hace a la autonomía institucional ya aludida, se posibilita el dictado de “Cartas Orgánicas Municipales” que operan como constituciones políticas de tercer grado y definen normativamente la raíz y la planificación futura de cada ayuntamiento (municipios de convención e independientes de otro poder), respetando historia, tradiciones y otros valores. Consideramos que esa autonomía institucional abre la puerta a la creación de organismos nuevos y necesarios en cada municipalidad, y no solo al dictado de una carta orgánica que es lo más trascendente y que brinda mayor relevancia autonómica, pero que en modo alguno excluye la conformación de instituciones u otras herramientas urbanas propias de la gobernabilidad de proximidad y adecuadas no solo a lo circunstancial sino al desarrollo sostenido de las poblaciones y sus con-

formaciones geográficas con las mutaciones respectivas generadas por múltiples factores. Esto que acabo de describir, puede hacerse por los poderes constituidos y con formas de participación que se han impulsado en la democracia de las últimas dos décadas del siglo XX (referéndum, plebiscito, audiencias públicas, iniciativa popular, la doble lectura para normativa específica, etc.).

La capacitación, a mi juicio indispensable, y la modernización de las administraciones tanto en gestión como en legislación y jurisdicción con un paralelo temático marcado por la participación popular, deben ser objetivos irrenunciables; los hemos tratado en la obra colectiva “Treinta años de la reforma constitucional de 1994”, al que en parte nos remitimos⁽³⁾. Todo proceso de desconcentración, descentralización o coordinación de políticas o instituciones operativas debe ser gradual, planificado interdisciplinariamente y buscando revitalizar valores. La búsqueda de recursos humanos idóneos y de recursos materiales apropiados no debe hacerse improvisadamente, debe ser un camino responsable hacia metas posibles sin copias aunque sí con creatividad.

Importa y mucho, a todos los gobiernos provinciales y por carácter transitivo a los locales en lo que a federalismo se refiere, lo preceptuado en el extenso artículo 75, inciso 2 (CN) que trata la indispensable y compleja coparticipación federal en los recursos que luce hoy inadecuado y falto de equilibrio, aunque ese precepto no rindió frutos pues la redacción cerrada de esa norma y la desidia política en lo fáctico ulterior, frustra el deseo del constituyente y queda borrada en gran porcentaje la letra de la misma disposición que buscó equidad. La ley respectiva ordenada nunca fue dictada pese al margen temporario que se le otorgó a ese fin. Con contundencia, María Gabriela Ábalos asevera respecto a los niveles de gobierno generados en la Constitución: “Esas autonomías requieren del reconocimiento y la efectividad de una porción de poder tributario en cabeza de cada una, de modo tal de hacer real la descentralización política e institucional de la mano del manejo de los recursos tributarios propios”⁽⁴⁾.

Cuando antes referí la idea que he transmitido sobre enmiendas a la Ley Suprema, uno de mis pensamientos se focalizó en este extenso inciso casuístico y complejo para ser materializado de acuerdo al actual texto. Incumplida la manda de efectivizar una ley, evidentemente habrá que reelaborar el precepto –en especial el inciso 2– para que una de las mayores necesidades que padecen los gobiernos provinciales tenga solución idónea y no sea objeto de acciones judiciales reiteradas. No puede admitirse que lo político deba ser resuelto casi siempre en el Poder Judicial como lamentablemente advertimos; la Justicia debe ser excepcional en las cuestiones producto de la política y no la regla habitual en los hechos. Los casos fallados por nuestra Corte Federal son variados pero numéricamente elevados en los últimos años, aunque entre los más recientes o trascendentes fue “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s. acción declarativa de inconstitucionalidad” del 22 de diciembre de 2022. En este decisorio se hizo lugar a un reclamo por fondos que el Poder Ejecutivo le restó a CABA para remitirlos a la provincia de Buenos Aires. Al escribir estas líneas –24 de julio de 2024– aún no se ha cumplido con lo ordenado por la Corte Suprema, si bien existieron reuniones estos días que aparentemente tuvieron por objeto el dar cabal cumplimiento de lo decidido por el Superior. Volveré sobre el tema CABA más adelante en este trabajo.

Aprovecho este espacio para reanudar la polémica sobre el Departamento Judicial que debería integrarse en los Municipios con independencia funcional, porque –como suelo afirmar– sin justicia no hay gobierno y el municipio es un nivel gubernativo, el más antiguo históricamente y ahora repotenciado. Hoy las pequeñas causas o de menor cuantía, constituyen aflicción en los seres humanos que son severamente castigados por macropolíticas que causan daños personales y familiares. Es hora de crear

(2) Ábalos, María Gabriela. “Fundamentos para la autonomía municipal de la mano de un obiter dictum”. FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, N°13, 2022 pp. 79-102. Muy interesante y lúcido trabajo que menciona una serie de decisorios de la Corte Suprema Federal sobre la autonomía municipal.

(3) Losa, Néstor Osvaldo. “Positiva reforma constitucional y municipal. Fortalecimiento de los gobiernos locales”, en Revista de Derecho Público, “Treinta años de la reforma constitucional de 1994”, obra colectiva-2024-1, Editorial Rubinzal-Culzoni, págs. 257 a 296. Santa Fe, julio de 2024.

(4) Ábalos, María Gabriela. “Coparticipación antes y después de la reforma de 1994: mandatos constitucionales incumplidos”, en Revista de Derecho Público, “Treinta años de la reforma constitucional de 1994”, obra colectiva- 2024-1, Editorial Rubinzal-Culzoni, pág. 13. Santa Fe, julio de 2024.

tribunales especializados, con inmediatez y celeridad para que resuelvan causas que aquejan o que complican la convivencia en paz. A las faltas clásicas y las nuevas que se suman, hay que adicionarle otros aspectos que hacen a lo doméstico, pero que provocan deterioros en la calidad de vida (derechos de usuarios y consumidores, errores tributarios locales, cuestiones ríspidas entre vecinos, daños en general y ambientales en particular, malas praxis comerciales, etc.). La Justicia denominada “ordinaria” lejos está de resolver con plexos jurídicos de otros tiempos y procesos arcaicos, las vivencias interpersonales que requieren de justicia rápida, sin ritualismos y gratuita para su acceso. Jueces letrados con especialización en temas locales y experiencia de vida apreciable, deben encargarse preferentemente en juicios orales y utilizando la mediación, de esta problemática del presente complejo.

Pasan los años, admitimos la autonomía, fomentamos las Cartas Orgánicas, mundialmente se eleva el rol de las ciudades como un fenómeno urbano en avance visible especialmente en las megalópolis, se multiplican los habitantes locales y elevan los años de vida de las personas, se refuerza la virtualidad y las comunicaciones, los humanos viven pidiendo justicia rápida, se exige calidad de vida y ambiente sano, etc., pero en una República y expresando cada municipalidad que se ordena su organización con base y principio irrenunciablemente republicano, lo que implica que deben existir separados al menos tres poderes, pero se continúa insistiendo, con valiosas excepciones, con la presencia de dos Departamentos políticos, *Intendente* y *Concejo Deliberante*, y lo que ello conlleva por el tinte cuasi feudal que esconde. Se creó hace años la figura del “Viceintendente” –no en todos los municipios– y coincido con tal cargo, pero, como vemos, siempre en los roles de alcance político se admiten innovaciones... Así, con esos poderes, los controles se tornan inexistentes y se promueve el populismo. Pero, por si fuera poco, al no haber poder judicial para incumbencias comunales, ni para contener ilegalidades o inconstitucionalidades del poder político local, los vecinos no serán oídos o carecerán de las mínimas garantías procesales que nacen de la Constitución federal y tratados internacionales, creando palpable indefensión. Actualmente se juzgan faltas que se elevan en número por la modernidad y la anomia clásica que caracteriza a nuestra sociedad, pero también se multiplicaron las competencias, como ya señalé, en lo referido a los derechos de la competencia y consumidores, lo electoral municipal, la tributación local, ciertas mediaciones que realizan por ley u ordenanza los juzgados municipales y hasta se creó un Juzgado Municipal Ambiental en Resistencia –Chaco– (2023) y Tribunal de Faltas con Jurado municipal en San Patricio del Chañar en la provincia del Neuquén (inaugurado el 1 de noviembre de 2023), también en Mendoza Capital. Se debe propiciar el principio de progresividad y atender la evolución dinámica. Consecuentemente y habida cuenta de la descentralización federativa como tal, la Justicia de los Municipios les corresponde a ellos dentro de las incumbencias propias que se delimitan dentro de sus propias incumbencias. Sus jueces letrados, profesionales e independientes con especialización, no integran el poder judicial provincial, tampoco el nacional y a la recíproca, pero sí integran un poder (o deberían integrarlo) y una función netamente municipal, como también ocurre con los Tribunales de Cuentas municipales en aquellos municipios que los poseen incluso por mandas constitucionales de provincias (Río Negro, Córdoba, Salta, etc., los imponen en los de primera categoría).

Conceptualizar la autonomía no es tarea fácil cuando se mantienen viejos conceptos de base administrativa y se confunde con autarquía. El primero es un matiz y elemento político; el segundo, es administrativo. Por tal motivo insisto en que el derecho objetivo y la realidad deben ensamblarse, y no enfrentarse. Por estas referencias en el libro de mi autoría “Derecho Público Municipal –región-provincia-jurisdicción–” resalté el escenario organizativo que, junto a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y lo expresado hasta aquí mutaba al federalismo y realizaba las urbes y lo definí como “neo federalismo”⁽⁵⁾.

(5) Losa, Néstor Osvaldo. “Derecho Público Municipal –región-provincia-jurisdicción–”, prologado por Alfonso Santiago, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2017. Sobre municipios y en el tópico sobre Ciudad de Buenos Aires, hemos profundizado en obras anteriores, p. ej., “El derecho municipal en la Constitución vigente”, prologado por Germán Bidart Campos, Ábaco de Rodolfo Depalma,

Senado. Ciudad de Buenos Aires

En ese afán de remozar el federalismo y de evitar contiendas en lo político hubo otros pasos dados.

Uno de ellos fue el discutible aumento del número de senadores nacionales que son los representantes de las provincias y por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: de dos a tres, como otra herramienta más con idea de repotenciar el sistema federativo argentino. Opinable, aunque no levantó polvareda en lo doctrinario. También se modificó el mandato en cuanto a la duración en el cargo y forma de elección –actualmente directa–. No faltan voces que al contrario de reforzar la representatividad en la Cámara alta, propician terminar con la bicameralidad como ha sucedido en provincias del país. A nivel nacional no existe debate en el presente sobre la coexistencia de dos cámaras legislativas ni fue tema al momento de diagramarse el temario a reformar en 1994.

Lo que sí ha traído disputas en lo académico y lo judicial es lo preceptuado por el artículo 129 de la Constitución Nacional –último precepto de ella– y que trata el estatus diferente para la **ciudad de Buenos Aires y Capital Federal de la República Argentina** desde 1880, aunque de hecho operaba como tal desde muchas décadas anteriores, pero siendo una provincia hasta esa ley nro. 1029/1880 de capitalización formal y jurídica, aunque traumática en consecuencias bélicas poco estudiadas (la Capital de la provincia se estableció en La Plata). Vale recordar que Bernardino Rivadavia proclamó por ley a Buenos Aires como Capital, separándola del resto de la provincia bonaerense en un espacio geográfico más pequeño que el actual. Otro matiz a resaltar es que Buenos Aires no participó del Congreso General Constituyente de Santa Fe que llevó a la jura de la Constitución Nacional y se separó del resto de las provincias formando un Estado independiente. El primer Presidente constitucional fue el General Justo José de Urquiza y gobernó desde Paraná, Entre Ríos.

Retomando la letra del artículo 129, estamos en presencia, con él, del nacimiento de la primera “ciudad autónoma” argentina y única dentro de nuestro esquema federativo. En otros países esta figura ya existe, entre otros por nuestro origen menciono a Ceuta y Melilla en España. No se la trata como provincia ni tampoco como municipio, aunque tiene mucha similitud con los estados provinciales y no dejó de cumplir con la función estrictamente municipal que mantiene.

La imposibilidad de elegir por sufragio al Intendente porteño conforme lo determinaba la Ley Orgánica de la Capital Federal 19.987 que encomendaba la designación a la discrecionalidad del presidente de la nación, sin siquiera exigir acuerdo del Senado, llevó a que se tratara el tema de la ciudad de Buenos Aires en la Convención reformadora. Esa elección del alcalde porteño era según la ley por tres años, con posibilidad de reelección, aunque la remoción debía efectuarse por juicio político en y por el Concejo Deliberante. Nosotros hemos sostenido doctrinalmente que podía resolverse esta compleja cuestión con una reforma a la ley decretando la electividad del Intendente por sufragio popular.

Era el único Municipio del país que no admitía el voto directo por parte de los ciudadanos, aunque sí sufragaban en forma directa por Concejales y Consejos vecinales, además, era inaceptable que la soberanía de Buenos Aires por contar con una población que lo ponía primero en ese ítem del país y un presupuesto ubicado solo por detrás del nacional y del bonaerense, no pudiera tener el voto activo de sus vecinos. Vale reconocer que su Ley Orgánica era de avanzada, técnicamente excelente, pero con la falencia referida en lo electoral.

Sin embargo, deseo formular algunas apreciaciones que no suelen mencionarse sobre esta ciudad. En primer lugar, decir que la Constitución federal la enfoca de una manera confusa en el patrón de medida del federalismo histórico. No la considera provincia, tampoco la enuncia como municipio y en todos los casos la tipifica como “ciudad de Buenos Aires”, incluso al facultarla como tal, a dictar su propio “Estatuto”, no una constitución, no una carta orgánica, aunque de hecho funcione ese estatuto como constitución y/o carta. El vigente Estatuto dictado en 1996 es la norma suprema local, y esto es innegable en lo fáctico

1995, y junto con Silvia Cohn, “Atribuciones municipales y deberes de los ciudadanos”, prologado por Félix Loñ, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

y en lo jurídico. Pero la Constitución federal al dotarla de “autonomía” lo hace de forma evidentemente condicionada, toda vez que manda a realizar una “ley que garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación...” (art. 129, CN). No es una provincia más, no constituye una ciudad-estado. Es una ciudad constitucional y continúa siendo Capital Federal. Sin embargo, si la Capital cambiara de espacio geográfico y se instalara en otro territorio como en muchas ocasiones se propuso y hasta se dictó una ley en tal sentido, conforme la letra del artículo 129, CABA seguiría siendo una “ciudad autónoma” y no una provincia. Para ello, habría que modificar la Constitución Nacional porque no sería de aplicación el artículo 13 –CN–.

Respecto a su *autonomía*, considero –como ya expresé precedentemente– que la misma es *condicionada y, por ende, limitada*, habida cuenta de que el artículo 129 –CN– exige el dictado de una ley de garantías con el propósito de limitar la autonomía o bien adecuarla. Ello en realidad se produce, a mi juicio, por dos leyes nacionales a saber: 1. La 24.588/1995, conocida como “ley Cafiero”, que impidió a la ciudad contar con su propia policía (esto años después se modificó y hoy cuenta la ciudad con su propia policía), con Justicia ordinaria nacional que sigue en ese ámbito y no en el de la ciudad donde opera, tampoco traspasó el Registro de la Propiedad Inmueble cuando tal figura no debería continuar en la Nación, como tampoco sucedió con la Inspección General de Justicia que sigue siendo nacional, no dio autoridad sobre el puerto, etc.; 2. La 24.620/1995, conocida como “ley Snopek”, que estableció el número de legisladores y el sistema a adoptar en lo electoral cuando estos debieron ser resortes del propio gobierno local. Ambas leyes reciben el nombre de los legisladores nacionales que fueron informantes y defensores de sus textos.

Si bien se han traspasado algunos delitos que fueron correccionales a la jurisdicción de la ciudad, la ley Cafiero impidió el traspaso de la Justicia Nacional –no se pretendía obviamente la federal– a CABA. Solo expresamente le permite a Buenos Aires poseer Justicia Contravencional y de Faltas que hoy cuenta con el aditamento de “Penal”, Justicia Contencioso administrativo y tributario –actualmente se adicionó del consumidor– y tribunales vecinales colegiados, aunque estos últimos no han sido creados. Acotada la Justicia, lo creado fuera de la ley 24.588 fue un Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad con cinco miembros y la Justicia Electoral. CABA cuenta con su propio Consejo de la Magistratura que se conforma con nueve miembros y cuenta con gran poder funcional dentro de la estructura judicial porteña. Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, continúa el reclamo del traspaso de la Justicia Nacional al ámbito local.

En segundo lugar, volviendo al tema de la autonomía, debemos expresar que las apuntadas limitaciones muestran la diferencia con las provincias que no las tienen. La autonomía de Buenos Aires se la concede la Constitución y la condiciona al mismo tiempo. No constituye la autonomía que dio nacimiento a la república y que le cedió atribuciones al gobierno central como preceptúa el artículo 121, CN (ex 104), por ello el estatus de CABA es especial y sin dudas valioso, pero diferente a los estatales.

Una consecuencia a ameritar, es que la ciudad no puede crear municipios como sí deben imperativamente poseer las provincias de acuerdo al artículo 5º, CN, y que esos municipios sean autónomos –art. 123, CN–. No deben confundirse con las “Comunas” que se crearon en CABA por el Estatuto y se reglamentaron por ley local 1777. Por esta norma se crearon 15 entidades territoriales administrativas que comprende cada una a barrios de la ciudad y alguna solo a un barrio y que operan como centros cívicos que desconcentran funciones, pero no son instituciones descentralizadas conceptualmente aunque sus miembros sean elegidos por el pueblo. El poder de decisión lo tiene el Jefe de gobierno porteño que a su vez es el representante legal de la ciudad, la Legislatura y el Poder Judicial local; trípode máximo y separado conforme los principios republicanos.

No es el propósito de este trabajo reseñar en profundidad ninguno de los tópicos abordados, pero sí proponer pensar juntos si alguna reforma constitucional puede ser positiva. Y en ese contexto, estimo que la ciudad por muchas razones debería ser una provincia más, debería descentralizarse en al menos seis o siete municipalidades autonómicas y contar con su Justicia ordinaria como se

pretendió en su momento. Casi tres millones de personas viven en la ciudad y una cifra igual accede diariamente a ella por trabajo, estudios, servicios profesionales o comerciales, temas culturales o comunicacionales, entre otros. Guste o no, Buenos Aires es una suerte de “Estado” dentro del Estado y necesita contar con instituciones y recursos a esos fines. No se pretende con esto un porteñismo divisorio, saben –quienes me han escuchado o leído– que no es esa mi posición y que si bien habito en CABA soy bonaerense. Creo sí, que el estatus no muy claro que posee por ser paralelamente Capital de la república lleva a confusión y eso se traduce en que no se trata de un municipio pero tampoco de una provincia... la apariencia de provincia no es más que eso, se aproxima, pero no es. Esto ha planteado serios conflictos políticos públicos y notorios y nada indica que continúen sucediéndose y culminando en la Corte Suprema que, por otro lado, le ha concedido después de muchos años de autonomía la acción originaria ante ese Máximo Tribunal cual si fuera una provincia y que por años le había negado aun después de la reforma constitucional de 1994 y de la sanción del Estatuto de 1996. Fue un paso positivo.

El tema del **medio ambiente y desarrollo sustentable** también es un acierto que el constitucionalismo haya brindado (arts. 41 y 43 de la Constitución federal). Determinó expresamente principios y defensa clara a lo referido al derecho de tercera generación que constituye el denominado “medio ambiente” y el amparo para evitar o reparar daños que se sustenta a esos fines, respetando las jurisdicciones locales y valorando acciones conjuntas interjurisdiccionales. Lo menciono como al pasar aun cuando hoy es de tratamiento esencial en el país y a nivel mundial, especialmente desde la Conferencia de las Naciones Unidas celebrada en Estocolmo en 1972 y todos los sucesivos Encuentros internacionales, hasta nuestros días, porque se extendería mucho este aporte que modestamente efectúo.

La Ley General de Ambiente 25.675 que fue una manda constitucional y marco ambiental de base, no invade ni niega potestades en las tres funciones republicanas de las provincias ni obstruye la amplia actividad formal y fáctica que ejercen los municipios en este rubro y también la ciudad de Buenos Aires. Desde antes de la reforma de 1994, tanto las municipalidades como las gobernaciones se preocuparon en el dictado de plexos jurídicos y sanciones punitivas junto con educación en lo ecológico e información y propiciaron políticas públicas ambientalistas. Hoy esta tarea local continúa.

Otros temas de la reforma

Otros temas abordados en la reforma de 1994 que forman un cuadro nacional indudable pero que se liga competencialmente a las provincias, municipios y ciudad de Buenos Aires es lo que ocurre con los **derechos de la competencia y de los consumidores y usuarios de servicios** que tanta atención merecen en los tiempos que nos toca vivir y en los importantes y arbitrarios atropellos que sufren quienes son usuarios en tiempos de la virtualidad, las plataformas y el imperio de las redes sociales. Alguna importante doctrina con respecto a esta tipología de derechos nos habla de “Constitución Económica” como paliativo para contener poderes económicos y con el fin de prevenir asimetrías que rompan notoriamente el equilibrio interpartes de usuarios y consumidores con ciertos abusos que descolocan a los seres humanos frente a empresas o grupos de empresas que condicionan afflictivamente. Ciertas políticas excesivamente liberales conflictúan la tranquilidad de las familias como puede apreciarse en no pocas oportunidades.

La alta litigiosidad que se advierte y que va ascendiendo debería ser más atendida y esto se centra en contar con herramientas propias y contundentes en todas las esferas, pero principalmente en los gobiernos locales. No obstante lo expuesto, dentro de los operadores jurídicos, especialistas letrados en la materia y juzgamientos plausibles, se va intentando atemperar o sanear los magros tratos que imponen las empresas, comerciantes e industriales a las personas que adquieren bienes y servicios de buena fe.

La ley nacional 24.420 –Defensa del Consumidor– fue un inicio legal importante, no obstante ello el ascenso de los sucesos que ponen en riesgo las contrataciones o prestaciones de servicios a los usuarios y consumidores, son de tal magnitud y continuidad que llevan a extremar las soluciones, pero no llegan a resolver la multiplicidad de enojosas conflictividades que hacen un calvario y crean

víctimas en las personas y en su buena fe. Una especialización contra los poderes económicos sale a la luz... y busca equilibrios.

La reforma constitucional atinadamente le dio un espacio valorable a esta temática. En el artículo 42 expresa “*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en las relaciones de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, y al de calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control*”.

El artículo 43 de nuestra Constitución Nacional complementa la defensa de estos derechos al admitir la acción de amparo “para proteger cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor...”.

Como se puede observar en la lectura del precepto transcrito y del resumen del artículo 43, se advierte una notoria preocupación real con relación al avance que embestía contra las personas por parte de prestadores de aquellos años y la necesidad de constitucionalizar esos derechos que perjudicaban a los usuarios y consumidores. Prueba de esa etapa temporal es la aparición de “Entes Controladores de Servicios” cuya operatividad nunca fue plausible. Estamos hablando de períodos trascendentes de privatizaciones, de tercerizaciones, de fortalecimiento de entes de servicios y entidades financieras con el agregado del estallido de nuevas tecnologías y ascenso de lo virtual. La paridad entre contratantes se perdía día a día y lo que nacía del consenso quedaba subsumido en la adhesión de la parte más débil del contrato o imposición extracontractual. Los viejos contratos perdían espacio y una nueva legislación debía entender una nueva realidad.

En este escenario no podían estar ausentes los gobiernos provinciales y municipales, pues las demandas por daños individuales se fueron haciendo carne en lo público y entonces los Estados tenían que responder en cada situación. Los reclamos se multiplicaban y los tribunales no podían contener los excesos que se padecían en las familias como usuarios o consumidores. Tampoco podía aceptarse la lenta caminata de trámites burocráticos kafkianos propios de otra realidad ya muy lejana. El uso político de ciertas “emergencia legales” fue una forma de seguir creando fisuras sociales. Por ello, la legislación y las instituciones debían operar con otras estrategias y nuevas herramientas. Otras autoridades de ejecución y aplicación salieron a la palestra de la mano de nuevos procedimientos emanados en plexos jurídicos más apropiados. Así aparecieron centros, asociaciones y otros nucleamientos que propiciaban mejores normas jurídicas y ayudas a la parte más débil de la relación jurídica, pero también organismos administrativos que mediaban para salidas más expeditivas de los entuertos de consumidores. Se fue generando una especialización profesional y hoy sigue evolucionando esta materia. Se crearon oficinas o agencias especializadas para resolver a través de mediaciones o pasos más ágiles en lo formal que propiciaban no arribar a juicios.

Distintas leyes provinciales fueron contemplando disposiciones o bien instrumentando la aplicación de la ley 24.240 y sus modificaciones en sus esferas territoriales. En ese marco, delegaron en sus municipios la aplicación del plexo jurídico mencionado y esos municipios también con apoyo de leyes provinciales y ordenanzas, fueron otorgando competencia en lo relativo a usuarios y consumidores, para el juzgamiento respectivo a sus tribunales municipales de faltas.

En este marco cabe consignar que en la provincia de Buenos Aires se dictó la ley 13.133, denominada Código Provincial de implementación de bases legales para la defensa de los derechos de consumidores y usuarios. Por otras leyes se le formularon reformas parciales y agregados importantes, pero lo básico es que la provincia delega

a los municipios la aplicación y juzgamiento en lo administrativo y también en lo jurisdiccional el entendimiento en los procesos y en las sanciones correspondientes. No todos los 135 municipios bonaerenses derivan a la Justicia Municipal de Faltas la materia en análisis, pero sí son al menos más de una decena los que tienen jueces de faltas con competencia en derechos de usuarios y consumidores con muy buenos resultados y en ascenso en el número que mencioné de juzgados.

Los Juzgados municipales 1 y 2 de Gral. San Martín dictaron muy positivos fallos en defensa de usuarios y consumidores en el ámbito de la salud. Recomiendo la lectura del extenso fallo “Marisi, Leandro c. OSDE” del Juzgado de Faltas n° 2 a cargo de la Dra. Norma Masiero del 25 de febrero de 2024 –N° Exp.-2024-22032– y otros del Dr. Alejandro Cengiali por aumentos desmedidos en valores de cuota, dispusieron medidas cautelares y sentencias contra empresas prepagas que han cumplido correctamente con esos decisorios.

Existen muchos juzgados de Faltas municipales con competencia en usuarios y consumidores, tanto en La Plata, Mar del Plata (Partido de General Pueyrredón), Morón, San Martín, etc., pero también en municipios del país como Caleta Olivia, Río Gallegos, Puerto Deseado en la provincia de Santa Cruz, y de otros municipios del país. La jurisprudencia anterior a estos casos ha sido muy interesante y pionera en operar como trampolín para reformar leyes vigentes por tasas o tributos cuestionables. Entre otros trabajos de valía, Dante Rusconi se ha referido a pasos que confrontaron lo público de derecho en análisis con el derecho privado al reformarse y unificarse los códigos Civil y Comercial⁽⁶⁾.

Por iniciativas municipales de San Martín y Tres de Febrero, se dictaron normativas en el tema de “sobreendeudamiento de consumidores”⁽⁷⁾ para defensa de críticas situaciones financieras que comprometían seriamente los patrimonios de las personas ante pagos de créditos u otros rubros que por inflación o crisis económicas graves, causaban perjuicios. Esas iniciativas locales generaron en el orden nacional la sanción de la Disposición 11/2023(DI-2023-APN-DNDCYAC=MEC) del 12 de julio de 2023.

Si bien hemos referido precedentemente lo ocurrido con las entidades denominadas “prepagas”, pretendo dejar a título de valioso resumen, lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al efecto: “...si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga presenta rasgos mercantiles, en tanto ellas tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, adquieren también un compromiso social con sus usuarios...”, in re “Echeverry, Roberto Eduardo c. Omint Sociedad anónima y servicios s. amparo” (Fallos 324-677).

La Constitucional de La Rioja, recién promulgada en julio de 2024, establece en relación a los temas que estamos tratando lo siguiente: *art. 204. Las Cartas Orgánicas Municipales podrán establecer: [...] 8. La defensa del ambiente, teniendo en cuenta lo que dispone esta constitución [...] 12. Derechos del consumidor. Protección y defensa de los consumidores y usuarios...*. Vaya como un ejemplo más de lo local en la última de las constituciones promulgadas aunque La Rioja posea otra dentro del nuevo constitucionalismo provincial.

El poder de policía es en lo que hace a usuarios y consumidores, concurrente, pero la mayor intensidad con la que se hace visible y sufrible, se anota y observa en las **ciudades**, y estas entran en la órbita del Derecho Municipal, al menos en mi modesta opinión. Así he dictaminado cuando me solicitaron opinión en distintas oportunidades.

Conclusiones

En el entendimiento de que toda reforma puede ser cuestionada por circunstancias de oportunidad, temas a reformar, urgencias que no son tales o sí, matices necesarios o superfluos, desviaciones políticas, entre otras

(6) Rusconi, Dante. “La privatización del derecho del consumidor (por el Código Civil y Comercial de la Nación)”, en DPI Diario de Consumidores y Usuarios n° 52 del 3 de noviembre de 2015.

(7) Los municipios elaboraron proyectos y propiciaron normativamente la desmesura financiera que creaba gravísimas complicaciones a la comunidad. Adrián Ganino fue gran promotor y también Laura Pérez Bustamante aportó conocimientos desde lo académico. Paralelamente, el nombrado Dante Rusconi y Fernando Mumare junto a otros Jueces de Faltas en actividad, procuran el mejoramiento con doctrina y sentencias de lo afín a esta crítica esfera de los usuarios y consumidores que la virtualidad deshumaniza.

contendidas de coyuntura, considero que en 1994 existió una realidad que admitía el paso importante que se dio en Santa Fe y Paraná. En altísimo porcentaje comparto la reforma; en otro menor, puedo ser crítico, pero no dudo que en general los objetivos y la tarea de convencionales fueron elogiados.

Lo que sintéticamente desarrollé fue en la dirección de un neofederalismo, de una descentralización que está a mitad de camino, pero que marcha con dificultades que a veces provienen de ideologías predominantes en el poder central de turno. El derecho público es dinámico, quienes lo diagraman tal vez deban subir un cambio. La provincia de Buenos Aires, quizás, deba subir más de un cambio por sus características territoriales, poblacionales y económicas propias. Se resistió a adecuar y por ende respetar la reforma de 1994 en el ámbito municipal y no resolvió esa falencia en la legislación ordinaria como se pretendió en el caso "Castelli". Mendoza y Santa Fe tampoco están alineadas en lo que manda la Ley Suprema vigente, y sumo a Tucumán en cierta actitud negligente. Es mi deseo que por medio de la Justicia como poder o como servicio, puedan corregirse errores interpretativos que suelen cometerse cuando la forma organizativa federal está en juego o ciertos valores y principios no son respetados por factores de poder o por el poder mismo.

En otro aspecto y sin urgencia, he propuesto enmiendas u otra reforma constitucional como expresé en este trabajo en cada ítem.

Por último, deseo que las ideas que se proponen a treinta años del gran cambio en nuestra Constitución sirvan para repensar, debatir y crear nuevo derecho, en su caso, toda vez que la vida hoy nos debe llevar a estar muy atentos porque las mutaciones climáticas, tecnológicas, económicas globales, sociales y otros acontecimientos que comprometen la paz entre naciones o dentro de algunas de ellas, ameritan nuestra atención especial.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO POLÍTICO - PODER LEGISLATIVO - PROVINCIAS - DERECHO COMPARADO - PARTIDOS POLÍTICOS - ELECCIONES - FILOSOFÍA DEL DERECHO - PODER EJECUTIVO - TRATADOS Y CONVENIOS - CONSTITUCIONES PROVINCIALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DEMOCRACIA - ESTADO - ADUANA - DIVISIÓN DE PODERES - COMERCIO E INDUSTRIA - IMPUESTOS - MONEDA - ECONOMÍA - PODER EJECUTIVO - PODER JUDICIAL - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - CONSEJO DE LA MAGISTRATURA - MINISTERIO PÚBLICO - DERECHO AMBIENTAL - LEY - CONGRESO NACIONAL - MUNICIPIOS

Algunas reflexiones en un nuevo aniversario de la Reforma Constitucional de 1994

por IRIDE ISABEL GRILLO

Sumario: 1. IMPORTANCIA TEÓRICA Y PRÁCTICA DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL PARA LA COMPRESIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS FENÓMENOS SOCIALES Y POLÍTICOS EN TODOS LOS TIEMPOS. – 2. LA REFORMA SIGNIFICÓ EL FORTALECIMIENTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE DERECHO. – 3. TIEMPO SOCIAL DE LA JUSTICIA. LOS DESAFÍOS DE NUESTRO TIEMPO. LA LEGITIMIDAD COMO PRINCIPIO CONCILIATORIO ENTRE NATURALEZA Y CONVENCIONES. – 4. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD COMO PRESUPUESTO DEL ESTADO DE DERECHO. – 5. TIEMPO DE FORTALECIMIENTO DE DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS.

Propongo aquí una serie de reflexiones que conmuevan a nuestros espíritus y nos embriaguen del espíritu constitucional para seguir abogando sin cansarnos y hasta el último aliento, por más libertad, por más justicia, por más igualdad y equidad y –sobre todo– fortaleciendo la fraternidad, ese principio tantas veces olvidado. Si bien en tiempos de normalidad no estamos llamados a ser héroes ni heroínas, cuando las luces se apagan, recordemos siempre que es nuestra Constitución la que nos ampara e ilumina y que ella también necesita de nuestro amparo.

Hoy es tiempo de vocación y docencia constitucional, instalando en la conciencia individual y colectiva de una sociedad, autoridades y ciudadanía el sentimiento de tutela constitucional y judicial efectivas. El Estado Constitucional y Convencional de Derecho en su tránsito al Estado Constitucional de Justicia justamente se sustenta en la existencia de un orden constitucional supremo que garantice un conjunto de seguridades eficaces de control del poder y autoridades constituidas idóneas que sean garantes de su cumplimiento.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: *¿Atenuación o flexibilización del presidencialismo? La jefatura de gabinete ante nuevos escenarios políticos, comparada con la propuesta de Sartori*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA y ANTONIO MARTINO, ED, 180-927; *La Reforma Constitucional de 1994 y el federalismo argentino*, por ALBERTO R. ZARZA MENSAQUE, EDCO, 2004-667; *La Reforma Constitucional de 1994, los Convenios Internacionales y las provincias*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2004-625; *El sistema de elección presidencial en la Constitución de 1994*, por VÍCTOR E. IBAÑEZ ROSAZ, EDCO, 2005-777; *Reforma Constitucional y consolidación democrática*, por ALBERTO R. DALLA VÍA, EDCO, 2006-586; *Entre Ríos y el desafío de una reforma constitucional*, por MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, EDCO, 2008-592; *El número de las opciones políticas*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2009-305; *La coparticipación federal*, por JORGE HORACIO GENTILE, EDCO, 2009-461; *Federalismo y declaraciones de derechos. Segunda Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1819-1853*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2012-589; *Federalismo y declaraciones de derechos. Tercera Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1853-1860*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2013-313; *El federalismo ante la responsabilidad patrimonial de los jueces*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2013-151; *Fortalecimiento del federalismo y los principios de cooperación leal y subsidiariedad*, por ROBERTO ANTONIO PUNTE, EDCO, 2013-591; *Obstáculos para la vigencia de la atenuación del presidencialismo argentino veinte años después. Rol del Poder Judicial*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA, EDCO, 2013-544; *Federalismo y declaraciones de derechos. Cuarta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1862-1916*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2014-585; *A 20 años de una reforma innecesaria: el Referéndum Constitucional*, por ALBERTO J. EGÜES, EDCO, 2014-652; *Veinte años después de la Reforma Constitucional de 1994. Su balance*, por NÉSTOR P. SAGÜÉS, ED, 259, 81; *La necesidad del federalismo*, por JULIO CONTE-GRAND, ED, 264-699; *El federalismo, la justicia y el bien común*, por JUAN C. CASSAGNE, EDA, 2015-671; *Hace 150 años se sancionaba la Reforma Constitucional de 1866. Mitre, su conducta y su entorno*, por JUAN MANUEL PEIRE, EDCO, 2016-509; *Federalismo y declaraciones de derechos. Quinta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1916-1949*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2015-613; *Federalismo y declaraciones de derechos. Sexta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1949-1955*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2016-330; *Federalismo y declaraciones de derechos. Séptima Parte: Derecho constitucional provincial argentino 1955-1983*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2016-594; *Federalismo y declaraciones de derechos. Octava Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1983-1994*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2017, 310; *A 150 años de la Reforma Constitucional de 1866 –y de la Guerra de la Triple Alianza–*, por JUAN JOSÉ HERRERO DUCLOUX, EDCO, 2016-509; *La Reforma Constitucional de 1898 y la Argentina de aquel tiempo*, por JUAN JOSÉ HERRERO DUCLOUX, *El Derecho - Constitucional*, octubre de 2022 - Número 10. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

1. Importancia teórica y práctica de la teoría constitucional para la comprensión e interpretación de los fenómenos sociales y políticos en todos los tiempos

Una primera reflexión está vinculada a reconocer que la Reforma Constitucional de 1994 contribuyó a fortalecer los presupuestos del constitucionalismo como garantía política de control de los poderes y tutela de las libertades.

Siempre debemos recordar que la Constitución es nuestra ley fundamental organizativa suprema contenedora del pacto social de convivencia y del proyecto de vida de una sociedad en la que se funda la legitimidad, tanto fundacional como de ejercicio de los poderes y libertades, y en este sentido es una garantía o seguridad frente a los dos peligros extremos que pueden afectar a una sociedad: el despotismo y la anarquía.

A partir de la reforma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos junto a los demás tratados allí incorporados –que luego se ampliaron con jerarquía constitucional suprema– flexibilizó el ejercicio del poder constituyente habilitando al poder legislativo a un sistema de reforma procedimental, cuestión de gran relevancia que no podemos soslayar. Integran el orden constitucional supremo, de lo que se deriva que en el ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad están comprendidas las cláusulas convencionales.

Otro de los grandes temas de la reforma es el referido a fortalecer internamente el acceso a la justicia frente a las situaciones de vulnerabilidad sin colocarnos en una postura tutelar de cuidado y direccionamiento; esto es lo erróneo. Cada vez que compartimos espacios con distintos grupos que reconocemos y debemos reconocer, utilizamos otra expresión a la que aluden las Reglas de Brasilia en situación de vulnerabilidad, lo que es distinto a reconocerlos como los vulnerables porque si son vulnerables entonces los tenemos que proteger, cuidar y en ese abrazo, en esa protección, nos transformamos en seres paternalistas imponiendo lo que se debe hacer y lo que no debe hacerse, bajo el título de “integración”, que debe erradicarse; se trata de participación, de reconocimiento y de mecanismos de consultas previas, libres e informadas.

Cabe destacar que la visibilidad de estas situaciones y los conocimientos constituyen desde los inicios de la humanidad una inconmensurable fuerza productiva, la invisibilidad de cuestiones tan sensibles a nuestra vida individual y colectiva, tales como la inseguridad y su contracara; la indigencia e ignorancia siguen avergonzándonos; el infierno de los establecimientos carcelarios y centros de privación de libertad; la situación de nuestra niñez y juventud, las personas adultas mayores; las instituciones psiquiátricas y sanitarias; las adicciones que, cada vez con mayor intensidad, afectan a vastos sectores sociales; el flagelo de la inseguridad vial; las cuestiones de género y la trata de personas; la violación y falta de cuidado de los recursos naturales y bienes culturales; la situación de nuestros pueblos indígenas; las personas con discapacidades y tantos otros temas que nos exigen en todos los casos una misma actitud: no adormecernos, no acostumbrarnos, no callarnos.

Hay una fuerte corriente de descalificación de los derechos humanos que muchas veces pasa por el desconocimiento, por la desconfianza e insatisfacciones e impotencias ante la falta de respuestas por parte de vastos sectores de nuestra sociedad; pero también responde a una tendencia de grupos de poder enquistados en distintos ámbitos vinculados con el autoritarismo y la intolerancia, que acechan peligrosamente a la democracia.

2. La reforma significó el fortalecimiento del Estado Constitucional y Convencional de Derecho

Una segunda reflexión se vincula a la visión transversal y trascendente sobre los tiempos coyunturales para recordar siempre que el Estado Constitucional y Convencional de Derecho supone la “autosujeción” a la legalidad y la existencia de un sistema de garantías constitucionales dotado de operatividad que se pone en marcha toda vez que resulte una afectación a los derechos.

El valor de seguridad jurídica se traduce en el sentimiento que experimentan los miembros de una sociedad de relativa certeza respecto a que las relaciones sociales en el ámbito público y privado, patrimonial y extra patrimonial no serán intempestivamente cambiadas. Se trata, en definitiva, como alguna vez se dijera, de la “protección de la confianza”.

Constituye un ingrediente necesario del Estado de Derecho que consiste no solo en la certeza respecto de que las reglas de juego serán las mismas, sino también fundamentalmente a que quien tenga la razón o el mejor derecho, obtendrá el reconocimiento sin que rigormismos formales ni la inoperancia del sistema lo impidan.

La seguridad jurídica supone un mínimo de previsibilidad, de confianza en que los pactos serán respetados, lo que necesariamente requiere de: 1) la existencia de un encuadre normativo supremo y operativo y 2) que ese encuadre esté garantizado en su aplicación, mediante sus autoridades constituidas y particularmente un poder judicial dotado de las garantías de su independencia.

Por eso la importancia que revisten las garantías, tendientes a la efectividad de los derechos sustanciales, y fundamentalmente también a la organización del poder a través de una serie de atribuciones asignadas a las magistraturas públicas, las que constituyen garantías políticas de esas libertades.

Uno de los eslabones en los que se funda el Estado Constitucional y Convencional de Derecho es la comprensión y convicción del imperio de las leyes a las que, sin excepciones, debemos respetar. Se construye y consolida con la existencia de un poder judicial cuyos fallos deben cumplirse necesariamente y de un sistema de garantías que tutele los derechos de sus habitantes, de manera que toda vez que experimenten una afectación en el ámbito de sus libertades puedan recurrir ante el órgano jurisdiccional en ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

Mucho se espera hoy en términos de seguridad y de seguridad jurídica; en este sentido, no debe perderse nunca de vista que juzgar constituye una de las funciones del Estado, sin duda la más delicada, y consiste en dar a cada uno lo suyo, resolviendo los casos sometidos a decisión del órgano judicial, dando certeza a una situación de hecho o de derecho en un tiempo razonable. Para entender qué son los derechos humanos es también esencial comprender el concepto de seguridad como garantía, protección, amparo, control, disponibilidad, bienestar, libertad y responsabilidad, no pudiendo concebirse la seguridad sin la libertad que se garantiza con el cumplimiento de las leyes que democráticamente nos hemos prescrito.

Seguridad no es sinónimo de represión, de tolerancia cero, de mano dura, de criminalización de la protesta; no es más derecho punitivo. Necesitamos más prevención y más Constitución, no aumento de las cárceles en condiciones de insalubridad y superpoblación inconmensurables, ni aumento de las penas; no es ojo por ojo, ni privatización de la justicia como antesala de la injusticia.

Cuando el sistema institucional funciona en términos iguales, a través de pautas normativas claras y accesibles, que rigen y se aplican a situaciones posteriores a su entrada en vigencia, puede hablarse de seguridad jurídica. Y finalmente, también la seguridad jurídica se vincula con la coherencia entre el sentir, el pensar, el decir y el hacer; en suma, somos confiables cuando somos previsibles, somos previsibles cuando somos coherentes, y somos coherentes cuando actuamos conforme a la verdad y a la justicia. La verdad y la justicia son presupuestos de la coherencia; la coherencia trae previsibilidad; la previsibilidad, confianza y la confianza, seguridad jurídica. El interrogante que propongo que nos formulemos honestamente es: ¿no obramos a veces exactamente al revés?

3. Tiempo social de la justicia. Los desafíos de nuestro tiempo. La legitimidad como principio conciliatorio entre naturaleza y convenciones

En este tiempo de debilitamiento de la legitimidad de las instituciones es necesario fortalecerlas restableciendo la confianza, valor colectivo que se construye a partir de la verdad y la justicia como presupuestos de los necesarios consensos que deben lograrse desde las legítimas diferencias.

El consenso respecto a la idoneidad del orden constitucional y convencional supremo supone la unidad coherente de una sociedad, lo que le da vida propia y la diferencia de otras en el sentido de que, más allá de las siempre

necesarias diferencias, disensos y conflictos, hay ciertos modos de sentir, de pensar, de hacer y de ser que le dan su identidad y proyección de perdurabilidad. La eficacia refiere a la efectividad de las pautas de conductas que se pactan e imponen como queridas y se reconocen también como propias por sus instituciones para que esa sociedad funcione, en el sentido de que deben cumplirse.

Es bueno repensar la reforma desde una mirada sociológica y política y detenernos sobre las distintas dimensiones del tiempo, recordando que la civilización griega asigna dos sentidos al referirse a él: el cronos y el kairós. El cronos alude al tiempo cronometrado de días, horas, minutos y segundos; es el tiempo biológico, calendario, finito, tantas veces tirano. El kairós es el tiempo trascendente, el lapso indeterminado en que algo importante sucede o puede suceder; es el tiempo que trasciende y deja huellas que solo con el paso del tiempo cronológico pueden valorarse y dimensionarse en su real magnitud. Es el tiempo justo, el oportuno para que suceda algo importante.

A estas percepciones del tiempo corresponde agregar una tercera mirada: el tiempo indígena; es un tiempo abierto, circular y en espiral, porque tiene un inicio y luego se desenvuelve sin límites hacia el infinito, y que solo puede comprenderse e interpretarse con sentido de pertenencia cuando nos sentimos parte de él y de la cosmovisión de los pueblos y naciones indígenas.

En este tiempo social de la justicia, la participación ciudadana es sin duda, tanto en tiempos normales como en tiempos de emergencia, una herramienta idónea para reformular nuevas relaciones de poder más democráticas, abiertas, horizontales, circulares y participativas en todas las instancias de nuestra vida social.

La crisis de legitimidad que afecta las instituciones requiere de respuestas urgentes y convincentes que deben provenir del seno de cada una de ellas. La sensación de anomia (ausencia de normas) así como la percepción de un Estado ausente demasiado lejano del que no formamos parte o que muchas veces nos agobia, se debe en gran medida al resquebrajamiento del sentimiento de pertenencia y a la insuficiencia de las respuestas oportunas y eficaces, desajustes del sistema que deben reformularse necesariamente.

El reconocimiento normativo, constitucional, convencional y legal de derechos como uno de los rasgos singulares de la Reforma Constitucional de 1994, cuyo aniversario hoy nos convoca, requiere de su realización para que no quede en letra muerta; es decir, requiere de su revisión y cambios de conductas individuales y colectivas por parte de las autoridades públicas nacionales, provinciales y municipales y por parte de la ciudadanía, y de las organizaciones sociales a los efectos de garantizar más tutela constitucional y judicial efectivas.

Este tiempo social de la justicia y de los derechos humanos en el que debemos seguir –sin cansarnos– capacitándonos y entrenándonos responsablemente en su concreción, nos costó y cuesta aún más en términos de su realización por la fragilidad que revisten y por los intereses que afectan. Muchas veces advertimos situaciones de tensión y violación de derechos humanos y fundamentales en democracia y hasta de descreimiento y combate que debemos enfrentar yendo a contracorriente en nuestro rol de pacificadores sociales, desde estas tres percepciones que propongo del tiempo.

4. El control de constitucionalidad y convencionalidad como presupuesto del Estado de Derecho

En cuarto lugar, propongo recordar que el constitucionalismo señala al siglo XXI como el siglo del poder judicial, con relación a los siglos XIX y XX, que pusieron su mirada en los poderes legislativo y ejecutivo, respectivamente. Destaco los avances, compromisos y pactos en materia de derechos humanos y fundamentales de la reforma al cumplimiento de la Constitución y de lo convencionalmente pactado.

Es tiempo de ampararnos en el sistema constitucional y de amparar el sistema que actualmente no se agota en una Constitución solo de tipo normativa, sino entendida como garantía política de control del poder con idoneidad para regular el comportamiento global de una sociedad y que nos protege, tanto a la ciudadanía como a las autoridades constituidas, frente a dos peligros extremos que siempre acechan a las sociedades, el autoritarismo en sus diversas formas y la anarquía y el desorden.

Nuestro sistema constitucional sigue el modelo norteamericano (sistema jurisdiccional difuso), fundado en la

confianza, en el poder judicial; está organizado como un poder fuerte e independiente; junto a la función de administrar justicia, posee la de ejercer el control de constitucionalidad y convencionalidad fáctico, por vía de los procesos constitucionales y normativos mediante la declaración de inconstitucionalidad e inconventionalidad de las normas. Ello supone el ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad difuso en todo tipo de procesos: a través de la llamada jurisdicción constitucional.

La importancia de los controles se vincula también a los controles políticos y jurídicos en una democracia, así como a la ineficiencia de los mecanismos de control que, aunque están previstos en el orden normativo, pierden operatividad en su funcionamiento; ello ha contribuido a la pérdida de legitimidad de las instituciones, cuestión de suma importancia que debe examinarse por constituir uno de los límites al ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad de los jueces.

El control de constitucionalidad y convencionalidad se vinculan con la fuerza normativa del orden constitucional supremo en cuanto a su aptitud para reglar, no solo las relaciones políticas, sino el comportamiento global de una sociedad. Como instrumento protectorio de las libertades, tiende –de manera eficaz– a evitar el abuso de poder –provenga de donde provenga– y como, normativa suprema, debe estar por encima de las demás normas y actos que de él derivan; debe encontrar en los ciudadanos, en las autoridades públicas y –fundamentalmente– en los tribunales de justicia la fuerza normativa suficiente para no frustrar tal supremacía.

Debemos tomar cabal conciencia –especialmente el propio poder judicial– de que en nuestro sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad difuso, toda la judicatura –tanto federal como provincial–, se conforma –antes que nada– por jueces de la Constitución, lo que nos exige especializarnos y demostrar idoneidad para el juzgamiento de las cuestiones constitucionales que tienen rango supremo, y solo después, en la competencia derivada y específica que nos acuerda la ley. Una interpretación distinta importaría una afectación al principio de supremacía constitucional, una traición a la Constitución que debemos honrar y defender y que alguna vez prometimos cumplir y hacer cumplir. El reconocimiento normativo, constitucional y legal de los derechos humanos requiere de su efectivización y operatividad; es decir, requiere de la revisión y cambios de conductas individuales y colectivas por parte de las autoridades públicas nacionales, provinciales y municipales y por parte de la ciudadanía, y el rol de los operadores judiciales es crucial en pos de garantizar la tutela constitucional y judicial efectiva. Frente al reclamo vigoroso de justicia y seguridad, detengamos nuestros pasos e interroguémonos desde los distintos roles sociales que cumplimos y, por supuesto, con mayor grado de responsabilidad las autoridades públicas y particularmente el Poder Judicial: ¿qué estamos haciendo para garantizar los derechos fundamentales? Transformemos el discurso en acción y la acción en resultados posibles y eficaces porque las responsabilidades internas e internacionales se nos vienen y debemos hacernos cargo. Cuidemos la justicia como aprendizaje continuo, cuidemos la democracia que tanto nos costó conseguir.

5. Tiempo de fortalecimiento de derechos individuales y colectivos

Otro de los grandes avances de la reforma se vincula al fortalecimiento del Estado social democrático vinculado a

la valoración de los conceptos colectivos; la conciliación entre el orden natural y convencional, con una mirada intercultural, de cosmovisión, fortaleciendo las relaciones comunitarias sin que signifique desconocer la singularidad libre, falible y perfectible de cada persona humana y dimensionando la importancia del rol de las organizaciones sociales; la cooperación y la solidaridad. Se trata de la construcción de nuevas modalidades en el ejercicio de las relaciones de poderes y la reformulación del concepto sociológico de autoridad, preparando la reforma para un nuevo orden social y político, como protección de vidas individuales y colectivas.

Es tiempo de eliminar preconcepciones y estreñimientos mentales y espirituales, avanzar sobre conceptos y esquemas constitucionales, reformulando paradigmas. Para comprender lo que propongo, es conveniente reconocer que la reforma puso especialmente la mirada en la protección de las vulnerabilidades.

Es necesario reconocer nuestras diversidades porque si no lo hacemos, corremos el riesgo de incurrir en malas praxis al pretender imponer pautas de conductas en pos del valor solidaridad, máxime cuando ocupamos distintos espacios de poderes formales e informales.

Debemos continuar abogando desde la abogacía porque es nuestro destino y misión, más allá de los cargos que ocupamos y de las funciones dentro de la polifacética y riquísima profesión que elegimos alguna vez. Sabemos que se trata de una lucha constante, sin cansarnos, diferenciando la constancia de lo que es la perseverancia; avanzando con presencia, con paciencia y con permanencia; sorteando obstáculos que tantas veces están en nosotros mismos como personas y en nuestras sociedades y en los poderes públicos.

Es importante recordar que somos autoridades constituidas y que por sobre nosotras hay un poder constituyente que es supremo y al que, antes de asumir las funciones, le hemos prometido una lealtad que día a día debemos monitorear y permitir que nos monitoreen; esa es una garantía de buen desempeño. Demostrar idoneidad en las funciones para las que hemos sido elegidas al acceder a los cargos y en el día a día interpelándonos respecto a cómo estamos hoy, hacia dónde vamos, qué se espera y qué esperamos, cómo nos ven y cómo los vemos.

Lo decimos, lo escribimos en las leyes, las sentencias y los discursos; sin embargo, en la realidad todavía formamos parte de esas estructuras de poder que debemos interpelar. Revisar el fenómeno sociológico y político de la autoridad. Ese poder, en breves palabras, traduce relaciones sociales que se manifiestan a través de diversos ámbitos formales e informales para orientar las conductas.

Encendamos el espíritu constitucional, amparemos y abogemos con paciencia infinita; sabemos y podemos hacerlo, preparando el camino a quienes vendrán.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO POLÍTICO - PODER LEGISLATIVO - PROVINCIAS - DERECHO COMPARADO - PARTIDOS POLÍTICOS - ELECCIONES - FILOSOFÍA DEL DERECHO - PODER EJECUTIVO - TRATADOS Y CONVENIOS - CONSTITUCIONES PROVINCIALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DEMOCRACIA - ESTADO - ADUANA - DIVISIÓN DE PODERES - COMERCIO E INDUSTRIA - IMPUESTOS - MONEDA - ECONOMÍA - PODER JUDICIAL - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - CONSEJO DE LA MAGISTRATURA - MINISTERIO PÚBLICO - DERECHO AMBIENTAL - LEY - CONGRESO NACIONAL

El derecho internacional de los derechos humanos y el constitucionalismo argentino: balance, debates y propuestas^(*)

por MARÍA GABRIELA ÁBALOS

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. CONSTITUCIÓN, TRATADOS Y LEYES. EVOLUCIÓN. – III. JERARQUÍA NORMATIVA FRUTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. – IV. FEDERALISMO E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS. – V. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL. – VI. MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y MARGEN DE APRECIACIÓN LOCAL. – VII. PUENTES DIALÓGICOS ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO. A. ACCESO AL CONOCIMIENTO Y LA CAPACITACIÓN: OFICINA DE CONVENCIONALIDAD. B. ARMONIZACIÓN DE LOS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD. C. MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN DIÁLOGO BIDIRECCIONAL. D. REGLAMENTACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE DECISIONES INTERAMERICANAS CONDENATORIAS. E. PRINCIPIO ARTICULADOR: SUBSIDIARIEDAD. F. INTERPRETACIÓN CONFORME BAJO EL PRINCIPIO PRO PERSONA.

I. Introducción

La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos a nivel nacional es una temática común en los países latinoamericanos. En el caso argentino, el debate en torno a la influencia de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno comenzó a instalarse a partir de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Con el arribo de la reforma constitucional de 1994 se abre un interesante abanico de normas interconectadas, ello así con la incorporación de instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional más la supralegalidad de los tratados en general y en particular de los de integración.

De esta forma, se produce una doble apertura; por un lado, desde el ámbito interno hacia los órdenes jurídicos supranacionales mediante la atribución de jurisdicción y competencia a organizaciones supraestatales, como ocurre en el inc. 24 del art. 75 de la CN, y, por otro lado, viceversa, con el ingreso de normas desde el ámbito supranacional que se integran al derecho interno con un abanico de opciones interpretativas, como recepta el inc. 22 del mismo art. 75 de la CN.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: *El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, por ROLANDO E. GIALDINO, ED, 200-903; *Los tratados internacionales de Derechos Humanos y la Constitución Nacional*, por HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE, EDCO, 2006-330; *Control de convencionalidad como método de supremacía de los tratados internacionales: hacia un nuevo rumbo en la jurisprudencia nacional*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, EDCO, 2010-580; *El agotamiento de los recursos internos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1981-2006)*, por SEBASTIÁN ALEJANDRO REY, ED, 217-608; *Conversación sobre la jurisprudencia actual de la Corte Suprema y el control de constitucionalidad*, por MIRTHA ABAD, EDCO, 2015-539; *La Corte Suprema, guardiana de la Constitución: división de poderes, independencia judicial y protección de los derechos constitucionales*, por JUAN SANTIAGO YARRI, EDCO, 2015-601; *El derecho al recurso contra la sentencia absolutoria revocada. Nuevo panorama a partir de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Mohamed vs. Argentina” y “Mendoza vs. Argentina”*, por LAURA ISABEL AYALA, EDPE, 02/2015-5; *¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema nacional deje sin efecto una sentencia suya?*, por NÉSTOR PEDRO SAGUÉS, ED, 272-437; *El rol de la Corte Suprema en el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte del Estado argentino*, por MARÍA DEL ROSARIO DE LA FUENTE, ED, 271-651; *Ejecutando sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una contestación de oficio muy especial*, por ESTELA B. SACRISTÁN, EDCO, 2017-58; *COVID-19 y derechos humanos. La respuesta de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos frente a la pandemia*, por LUCÍA BELLOCCHIO, *Revista de Derecho Administrativo*, Mayo 2020, N° 5; *La República Argentina ante la Corte IDH: año 2018*, por PAULINA R. CHIACCHIERA CASTRO, ED, 283-659; *El margen de apreciación nacional en la lectura de los tratados internacionales: ¿laberinto o techo del derecho internacional de los derechos humanos?*, por LAUTARO E. PITTIER y RICARDO G. RINCÓN, ED, 283-795; *La revisión de la cosa juzgada nacional frente a las sentencias de la Corte IDH*, por SERGIO NICOLÁS JAULI, ED, 284-919. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Este trabajo se basa en la ponencia presentada en el XXXV Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Sección Derecho Internacional de los Derechos Humanos, organizado por la Asociación Argentina de Derecho Internacional y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de San Juan, San Juan, 8, 9 y 10 de agosto de 2024.

Además, esa pluralidad normativa se ve reflejada en la multiplicidad de intérpretes⁽¹⁾ que tienen en sus manos su aplicación y efectividad tanto internacionales como nacionales y, en el caso del federalismo argentino, también locales. En este punto el análisis exige, por un lado, individualizar respecto a los organismos supranacionales qué tipo de decisiones adoptan, qué alcances y con qué grado de obligatoriedad respecto al derecho interno, distinguiendo funciones normativamente asignadas tanto como pretorianamente adjudicadas. Por otro lado, las modalidades de interpretación y control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad que ejercen las autoridades nacionales y las variaciones que contemplan los ordenamientos subnacionales.

Merece un análisis particular el debate generado en torno a la invocación y alcances del denominado margen de apreciación nacional tanto en las posiciones doctrinarias como jurisprudenciales. Ello enriquecido en una organización federal con la configuración del llamado margen de apreciación local, buscando identificar puentes dialógicos entre las distintas instancias internacionales, nacionales y locales.

II. Constitución, tratados y leyes. Evolución

A. La Constitución argentina según el texto de 1853/60 incorporó en el art. 31 el principio de supremacía de dicha norma fundamental, las leyes que en su consecuencia dictara el Congreso Nacional y los tratados por sobre los distintos órdenes jurídicos provinciales. Sin embargo, dicho artículo no aclara si la enumeración de las normas que hace implica o no un orden de prelación. Atento a lo dispuesto por los arts. 27, 28 y 30 del mismo texto normativo no cabían dudas de que la Constitución estaba por encima de las leyes y los tratados, ello por el carácter de escrita y rígida (art. 30), y además porque el art. 28 hace mención a los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, los cuales no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, y finalmente, el art. 27 impone al gobierno federal el deber de afianzar relaciones de paz y comercio con los países extranjeros por medio de tratados “que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos por esta Constitución”. De acuerdo a lo señalado, las leyes y los tratados aparecían en una misma relación jerárquica, ambos por debajo de la Constitución Nacional.

La interpretación de estos artículos osciló entre dos tesis, la dualista y la monista, según se sostuviera o no la primacía del derecho interno sobre el derecho internacional. La jurisprudencia de la Corte Suprema argentina fue vacilante. Así, en 1948, habiendo declarado el estado de guerra contra Alemania y Japón, el Alto Tribunal en posición de mayoría afirmó que “(...) en tanto se trate de mantener la paz o afianzar el comercio con las potencias extranjeras, la República se conduce dentro de las orientaciones de la teoría ‘dualista’. Pero cuando se penetra en el terreno de la guerra en causa propia –eventualidad no incluida y extraña por tanto a las reglas del art. 27–, la cuestión se aparta de aquellos principios generales y coloca a la República y a su gobierno político en el trance de cumplir los tratados internacionales con todo el rigorismo de que puedan estar animados”⁽²⁾.

Con posterioridad, en la década de 1960, la misma Corte Suprema interpretó que no surgía de los arts. 31 y 100 CN (art. 116 Ref. 1994) que corresponda atribuir “(...) prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos –leyes y tratados– son

(1) Calógero Pizzolo, “Las normas interconectadas. Entre la primera y la última palabra en derechos humanos”, LL 08/07/2015, 1; “Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial”, Ed. Astrea, Bs. As., 2017; Eduardo P. Jiménez, “Acercas de las ‘normas interconectadas’”, LL 29/01/2016, entre otros.

(2) CSJN, 09/06/1948, “Merck Química Argentina c/ Gob. Nacional”, LL 51, 255; JA 1948-II-408 (Fallos: 211:297).

igualmente calificados por el Congreso de la Nación y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno”⁽³⁾. Años después vuelve a ratificar esta interpretación⁽⁴⁾ como también en la década de 1980 en la causa “Eusebio, F. s/ sucesión”, sosteniendo que las cláusulas contenidas en el art. 17 del Pacto de San José de Costa Rica, en el caso en relación con los hijos nacidos fuera del matrimonio, tienen carácter predominantemente programático, y no cabe atribuirles operatividad propia⁽⁵⁾. Se advierte que la posición imperante en el criterio jurisprudencial en relación al problema de las relaciones del derecho internacional y del derecho interno, se mostraba proclive a la concepción con arreglo a la cual el tratamiento y regulación de las normas del derecho internacional remitía la solución del caso al derecho interno⁽⁶⁾.

B. Durante la vigencia de esta interpretación jurisprudencial y bajo la misma norma constitucional del siglo XIX, la Argentina aprueba la Convención Internacional de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 –que entró en vigencia en 1980–⁽⁷⁾, lo que implicó una modificación fáctica de la jerarquía de los tratados en relación a las leyes. En efecto, conforme a su art. 26, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, sujetándose por su art. 27 a que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. En consecuencia, resulta razonable interpretar que se produce un avance hacia la jerarquización de los tratados sobre las leyes, dado el imperativo mandato del art. 27 citado. No deja de advertirse que este principio venía siendo aplicado en derecho internacional desde hacía más de una centuria, configurándose su obligatoriedad por aplicación de la costumbre internacional⁽⁸⁾.

C. Con el advenimiento de la democracia en 1983, el Congreso aprueba la Convención Americana de Derechos Humanos⁽⁹⁾, en cuyo art. 1º se establece que los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, obligándose para ello con las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias a tal fin (art. 2º).

De tal forma, las medidas legislativas referidas revisten una clara jerarquía inferior y subordinada al instrumento internacional. En esta inteligencia se aporta que “Uno de los deberes convencionales de mayor importancia para la armonización del derecho internacional de los

derechos humanos con la normatividad interna, lo constituye la obligación de los Estados nacionales de adoptar disposiciones de derecho interno, sean legislativas o de otro carácter, para otorgar efectividad a los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales”⁽¹⁰⁾. Es decir, “(...) mientras que el artículo 1.1 refiere a las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y libertades, obligaciones de aplicación ‘directa’ y cuyo incumplimiento genera la consecuente responsabilidad internacional del Estado; el artículo 2º del Pacto de San José agrega el compromiso, en el caso de que los derechos y libertades no estuvieren ya garantizados por el derecho interno, de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias”⁽¹¹⁾. Años después Argentina aprueba el Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales, reiterándose la subordinación de las medidas legislativas o de otro carácter a la normativa internacional⁽¹²⁾.

D. En esta evolución, la Corte Suprema, en posición en mayoría, en “Ekmekdjian c/ Sofovich”⁽¹³⁾, se pronunció a favor de la suprallegalidad de los tratados⁽¹⁴⁾. En esta causa se discutió la operatividad del art. 14 de la CADH, que dispone, en su primer párrafo, que toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. Esta última frase generó el debate en torno a la necesidad o no de reglamentación legal previa, cuya respuesta, a favor o en contra, colocaba a las normas legales por sobre los instrumentos internacionales, o viceversa, incidiendo directamente en la operatividad de los derechos internacionalmente reconocidos.

La decisión de primera instancia, confirmada en la alzada, fue a favor de la subordinación de los tratados a las leyes, entendiéndose que el derecho de respuesta no tenía carácter operativo⁽¹⁵⁾, dado que estaba consagrado “en las condiciones que establezca la ley”. Por su parte, la Corte Federal, en posición de mayoría, se va a apartar de esta interpretación reconociendo la plena operatividad de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales y la suprallegalidad de los mismos⁽¹⁶⁾. Se va a basar en el art. 27 de la Convención de Viena para darle primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno y en la Opinión Consultiva OC-7/86 de la Corte Interamericana, diciendo que “la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José”⁽¹⁷⁾.

(3) CSJN, 06/11/1963, “Martín y Cía. Ltda. S.A. c/ Administración General de Puertos”, LL 113, 458 (Fallos: 257:99).

(4) Así, afirma: “(...) el principio de que entre las leyes y los tratados de la Nación no existe ‘prioridad de rango’ y que ‘rige respecto de ambas clases de normas, en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la República, el principio con arreglo al cual las posteriores derogan las anteriores” [CSJN, 5/06/1968, “Eso S.A. c/ Nación Argentina” (Fallos: 271:7). Considerando 11].

(5) CSJN, 9/06/1987, “Eusebio, Felipe Enrique”, en JA 1988-I-543.

(6) Ver, entre otros, a Pablo L. Manili, “El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino”, La Ley, Bs. As., 2003, págs. 159 y ss. Del mismo autor, ver “Manual Interamericano de Derechos Humanos”, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Colombia, 2012; Guillermo R. Moncayo, “Tratados y leyes de la Nación”, en Daniel A. Sabsay, director y Pablo L. Manili, coordinador, “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, tomo 3, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2010, pág. 707.

(7) Mediante la ley 19.865 del 3 de octubre de 1972.

(8) Refiere Manili que “(...) en 1872, en un laudo arbitral emitido en Ginebra en el asunto del buque ‘Alabama’, el tribunal sostuvo: ‘el gobierno de Su Majestad Británica no puede justificarse a sí mismo por no haber observado la diligencia requerida invocando la insuficiencia de medios legales de acción a su alcance’. La Corte Permanente de Justicia Internacional, por su parte, en el caso de las ‘Zonas Francas de la Alta Saboya’, de 1930, dijo que el estado ‘no puede prevalerse de su legislación para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales’” (Pablo L. Manili, “La supremacía constitucional en relación al derecho internacional y a los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional”, en Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional, La Ley 2005, 79).

(9) Conforme a la ley 23.054 del 1º de marzo de 1984, la Argentina aprueba dicha Convención y reconoce la competencia de la Comisión IDH por tiempo indefinido y de la Corte IDH sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención bajo condiciones de reciprocidad (art. 2º). La vigencia de dicha Convención se produce para la Argentina con el depósito del instrumento de ratificación el 5 de setiembre de 1984. [Ver sobre la Convención, entre otros, Christian Steiner y Patricia Uribe, editores, “Convención Americana de Derechos Humanos”, Konrad Adenauer, Colombia, 2014; Alfonso Santiago y Luciano Ruhl, “A cuarenta años de la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos [CADH], en LL 13/06/2024].

(10) Eduardo Ferrer Mac Gregor y Carlos María Pelayo Möller, comentario al art. 2º de la CADH, en Christian Steiner y Patricia Uribe, ob. cit., pág. 86.

(11) Eduardo Ferrer Mac Gregor y Carlos María Pelayo Möller, comentario al art. 2º de la CADH, en Christian Steiner y Patricia Uribe, ob. cit., pág. 90.

(12) Ley 24.658 del 19 de junio de 1996.

(13) CSJN, 7/07/1992, “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos: 315:1492, LL 1992-C, 543. El voto de mayoría lo conformaron los magistrados Mariano A. Cavagna Martínez, Carlos S. Fayt, Rodolfo C. Barra, Antonio Boggiano y Julio S. Nazareno, con las disidencias de Eduardo Moliné O’Connor y Enrique S. Petracchi, Ricardo Levene (h.) y Augusto C. Belluscio.

(14) Ver, entre otros, a María Gabriela Ábalos, “Consagración de la suprallegalidad de los tratados a partir de la interpretación jurisprudencial”, en El Derecho - Diario, A treinta años de Ekmekdjian c/ Sofovich, 7 de julio de 2022.

(15) En concordancia con lo resuelto años antes por la misma Corte Federal, el 01/12/1998, “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Neustadt Bernardo y otros s/ amparo”, LL 1989-C, 18, donde reiteró el criterio expuesto en “Costa, Héctor R. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros”, del 12/03/1987 (LL 1987-B, 269). Ver el comentario de Beatriz L. Alice, “Reflexiones en torno a un caso en que se pretendió ejercer el derecho de réplica”, LL 1989-C, 17.

(16) La línea interpretativa mayoritaria se continúa con matices en el caso “Fibraca” (CSJN 07/07/1993, “Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta Salto Grande”). También en “Hagelin, Ragnar c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ juicio de conocimiento”, del 22/12/1993.

(17) Opinión Consultiva OC-7/86, “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta” [arts. 14.1, 1.1 y 2º], Serie A, Nº 7, p. 13, par. 14], donde la Corte IDH sostuvo que “todo Estado parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin”. Que las palabras “en las condiciones que establezca la ley” se refieren a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la ta-

E. Esta interpretación jurisprudencial inspiró uno de los puntos de la ley 24.309 de necesidad de reforma de la Constitución Nacional que habilitó la incorporación de “institutos de integración regional y de jerarquía de los tratados internacionales”. Ello se plasmó en el actual inc. 22 del nuevo art. 75 que, en su primer párrafo *in fine*, consagra que “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Sin embargo, los constituyentes avanzaron aún más y por medio del segundo párrafo del mismo inciso se enumeran declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos⁽¹⁸⁾, diciendo: “(...) en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos”. Se dispone también un mecanismo de incorporación de otros tratados sobre la misma materia con igual jerarquía, con el voto de dos tercios de los miembros de cada Cámara, habiéndose incorporado de esa forma, y con posterioridad a 1994, cuatro nuevos instrumentos internacionales⁽¹⁹⁾. Además de este ingreso de normas internacionales, se produce otra apertura desde el ámbito interno hacia los órdenes jurídicos supranacionales, concretamente mediante la atribución de jurisdicción y competencia a organizaciones supraestatales, como ocurre en el inc. 24 del art. 75 de la CN.

III. Jerarquía normativa fruto de la reforma constitucional de 1994

La evolución reseñada y el texto incorporado por la reforma de 1994 generan un debate interesante en relación con la interpretación de la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos y su vinculación con la Constitución Nacional, lo que conlleva al análisis de la incidencia del derecho internacional sobre el derecho interno.

A. En la doctrina argentina, es posible citar brevemente algunas posiciones⁽²⁰⁾.

1. Bidart Campos introduce la idea del bloque de constitucionalidad, entendiendo por tal a un conjunto normativo que parte de la Constitución y que añade y contiene disposiciones fuera del texto de la Constitución escrita, situándose en dicho bloque a los tratados internacionales, al derecho consuetudinario, a la jurisprudencia, etc. Tal bloque sirve para acoplar elementos útiles en la interpretación de la Constitución y en la integración de los vacíos normativos de la misma. Opina que después de la reforma de 1994, en el bloque de constitucionalidad se incluyen los tratados internacionales de derechos humanos referidos en el art. 75 inc. 22. Continúa Bidart Campos apuntando que toda la Constitución (su primera parte más el resto del articulado) en común con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de jerarquía constitucional (más los que la adquieran en el futuro) componen un “bloque”

que, por un lado, tiene igual supremacía sobre el derecho infraconstitucional, y, por el otro, forma una cabecera en la que todas sus normas se encuentran en idéntico nivel entre sí⁽²¹⁾. Manili agrega que dichos instrumentos no han sido incorporados a la Constitución ni constitucionalizados, sino que han sido elevados a la jerarquía constitucional. Mantienen su carácter de fuente de derecho internacional y permanecen afuera de la Constitución, compartiendo con ésta su carácter de norma suprema⁽²²⁾.

2. Otra posición doctrinaria entiende que, cuando el inc. 22 del citado art. 75 habla de la “no derogación” por parte de los tratados de artículo alguno de la primera parte de la Constitución, significa que dicha parte –con el plexo de derechos y garantías– tiene prelación sobre los tratados con jerarquía constitucional.

Badeni expone los lineamientos rectores de esta posición: a. Los tratados internacionales sobre derechos humanos, como cualquier otro tratado, tienen jerarquía superior a las leyes. b. Los tratados internacionales sobre derechos humanos no integran la Constitución sino que la complementan, y lo complementario es accesorio de lo complementado. c. Como no se modificó, ni se podía modificar, el art. 27 CN, la validez de todos los tratados internacionales y la condición para quedar incorporados al derecho interno está supeditada a su adecuación a la Ley Fundamental. d. Los tratados internacionales rigen en las condiciones de su vigencia, que son las establecidas por las leyes del Congreso que disponen su aprobación, y se expresan en las reservas y declaraciones interpretativas, así como también en su concordancia con el art. 27 CN. e. La jerarquía constitucional atribuida a los tratados internacionales sobre derechos humanos significa que son, en principio, normas operativas que reglamentan los derechos y garantías constitucionales y que deben ser aplicados siempre que tales derechos y garantías no disfruten de una tutela superior proveniente del derecho interno. f. Los tratados internacionales sobre derechos humanos no pueden desconocer los derechos y garantías expuestos en la primera parte de la Constitución, ni asignarles una protección inferior a la resultante de las leyes reglamentarias que sanciona el Congreso, con total prescindencia de las personas beneficiadas, en salvaguarda del principio de igualdad (art. 16 CN). g. La Convención Reformadora de 1994 no aceptó que los principios del derecho internacional y la costumbre internacional tengan vigencia supraconstitucional. Tampoco supralegal, a menos que, respetando el principio de legalidad (art. 19 CN), se opere la mutación de ellos por su incorporación a un tratado internacional aprobado por el Congreso⁽²³⁾.

3. Rosatti, por su parte, convencional constituyente de 1994 y miembro de la comisión redactora, sostiene que una redacción más adecuada del art. 31 CN, a tenor de las

rea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas (confr. Fallos: 302:1284 –La Ley, 1981-A, 401–, entre otros) (Considerando 22).

(18) Son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75, inc. 22, segundo párrafo, CN).

(19) Ellos son: Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, 1996; Convención sobre la imprescriptibilidad de los delitos de guerra y de lesa humanidad, 2003; Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2014 y Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, 2022.

(20) Nos hemos referido antes en María Gabriela Ábalos, “Supremacía constitucional y control de convencionalidad a veinte años de la reforma de 1994”, en La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 16 de julio de 2014; también en “El Código Civil y Comercial, los tratados y la supremacía constitucional: breves reflexiones”, en Suplemento de Derecho Constitucional, El Dial, 4 de julio de 2016; “Los tratados como fuentes del Código Civil y Comercial y los dilemas que plantea el control de convencionalidad”, en Revista RCCyC 2016 (agosto), 17/08/2016. Sobre la perspectiva comparada ver, entre otros, a Carlos Hakansson Nieto, “Elementos para el estudio de las constituciones iberoamericanas”, Ed. B de F, Universidad de Piura, Bs. As. Montevideo, 2024 y sobre decisiones interamericanas en relación a algunos países de la región, ver Alfonso Santiago y Lucía Bellocchio, directores, “Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978-2018)”, Ed. La Ley, Bs. As., 2018.

(21) Germán Bidart Campos, “Manual de la Constitución reformada”, tomo I, Ed. Ediar, Bs. As., 1996, pág. 276; del mismo autor, “El art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional”, en “La aplicación de los Tratados sobre derechos humanos por los Tribunales locales”, Ediciones del Puerto, Bs. As., 1997, pág. 86. Continúa refiriendo que es una pauta hermenéutica harto conocida, la que enseña que en un conjunto normativo cuyos elementos integrativos comparten un mismo y común orden de prelación dentro del ordenamiento jurídico –como es el caso del articulado constitucional y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional– todas las normas y todos los artículos de aquel conjunto tienen un sentido y un efecto, que es el de articularse en el sistema sin que ninguno cancele a otro, sin que a uno se le considere en pugna con otro, sin que entre sí puedan oponerse irreconciliablemente. (Germán Bidart Campos, “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Ediar, Buenos Aires, t. VI, págs. 560/561).

(22) Pablo L. Manili, “El Bloque de...”, ob. cit., pág. 199. Del mismo autor, ver “El Bloque de constitucionalidad”, en Daniel A. Sabsay, director y Pablo L. Manili, coordinador, “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, tomo 3, ob. cit., pág. 718. Agrega que la denominación del bloque fue creada en Francia a partir de una decisión adoptada por el Consejo Constitucional en 1970 y tomada luego por el Tribunal Constitucional Español en 1982 y por la Corte Suprema de Justicia de Panamá en 1990, arribando a la doctrina nacional de la mano de Germán Bidart Campos en 1995 (Pablo Manili, “El Bloque de...”, ob. cit., p. 186).

(23) Gregorio Badeni, “El caso Simón y la supremacía constitucional”, LL 2005 -D- 639. También en su “Tratado de Derecho Constitucional”, tomo I, 3era. Ed., La Ley, Bs. As., 2010, págs. 358 y ss. Pueden citarse otras interpretaciones, como la de Sagüés, que afirmaba que en caso de confrontación entre una norma de un instrumento internacional de los mencionados en el inc. 22 del art. 75 CN y una de la segunda parte de la Norma Suprema se debe dar prioridad a aquellos, pero en caso de que la colisión se produjera con alguno de los primeros treinta y cinco artículos, deben primar éstos por la prohibición de modificarlos en la ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional (Néstor P. Sagüés, “Constitucionalidad y extensión del derecho de réplica”, en JA 11/11/1998).

aclaraciones introducidas por la reforma de 1994 que no podía reformar artículo alguno de la primera parte, sería: “Esta Constitución, los tratados con jerarquía constitucional, el resto de los tratados internacionales y las leyes de la Nación, dictadas por los órganos autorizados y dentro de su respectiva competencia, constituyen, en ese orden, la ley suprema de la Nación y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales (...)”⁽²⁴⁾. Queda claro para Rosatti que, lejos de desligar a los tratados (celebrados y ratificados por nuestro país) del orden jurídico nacional, la reforma los entendió incorporados a dicho orden y les asignó una ubicación específica dentro de la jerarquía normativa.

4. Otro de los temas interpretativos de más alto impacto es el relativo al alcance que hay que darle a los términos “en las condiciones de su vigencia” que contiene el inc. 22 del art. 75 de la CN⁽²⁵⁾.

a. Algunos sostienen que tal expresión remite a las modalidades de incorporación de tales tratados en el orden jurídico argentino [v. gr.: con o sin reservas (y en este último caso, “según ellas”), con o sin jerarquía constitucional]. En este sentido la reserva es una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado (art. 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

b. Otros, en cambio, interpretan que “en las condiciones de su vigencia” supone la forma en que tales convenciones son interpretadas por los órganos internacionales competentes para hacerlo. De modo que no solo el texto sino también la interpretación de tales tratados serían incorporados al sistema jurídico argentino, obligando a los tribunales locales a considerar como imprescindible pauta de interpretación y aun a seguir de modo imperativo a este bloque normativo-doctrinario, que prevalecería –en caso de conflicto– sobre toda otra disposición o interpretación nacional.

En opinión de Rosatti, no es históricamente cierto que la expresión “en las condiciones de su vigencia” –en referencia a la incorporación al orden jurídico argentino de los tratados internacionales sobre derechos humanos– haya sido considerada en la Convención Constituyente como un equivalente a “con la interpretación que de tales instrumentos realicen los tribunales internacionales competentes”. No se pensó detraer (de modo abierto o encubierto) competencias a la jurisdicción nacional (menos aún a la Corte Suprema de Justicia), ni dejar una “cláusula gatillo” accionable a futuro por un tribunal internacional que pudiera contradecir el texto expreso de la Constitución Nacional, reformándola por un mecanismo distinto del art. 30⁽²⁶⁾.

B. Estas posiciones se pueden visualizar también en la interpretación jurisprudencial, pudiendo citarse algunos casos.

1. A pocos meses de sancionada la reforma de 1994, la Corte Suprema resuelve la causa “Cafés La Virginia S.A. s/ apelación”⁽²⁷⁾, donde en posición de mayoría se reafirma la interpretación vertida en “Ekmejdjian” y “Fibraca” en torno a que “La aplicación por los órganos del Estado argentino de una norma interna que transgrede un tratado –además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional– vulnera el principio de supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas, por el art. 27 de la Convención de Viena”⁽²⁸⁾ y continúa refiriendo

que dicho artículo “(...) impone a los órganos del Estado argentino –una vez resguardados los principios de derecho público constitucionales– asegurar primacía a los tratados ante un conflicto con una norma interna contraria, pues esa prioridad de rango integra el orden jurídico argentino y es invocable con sustento en el art. 31 de la Carta Magna”⁽²⁹⁾.

2. Dos años después de sancionada la reforma de 1994, el mismo Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse en el caso “Monges”⁽³⁰⁾, referido a la autonomía universitaria, donde el voto mayoritario afirmó que “el art. 75, inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcripto, establece, en su última parte, que aquéllos ‘no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos’. Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir”⁽³¹⁾. Continúa: “Que de ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir”⁽³²⁾.

3. También en “Chocobar, Sixto c/ Anses”⁽³³⁾, referido a prestaciones previsionales, la Corte Suprema reitera que los constituyentes efectuaron un juicio de comprobación en virtud del cual cotejaron los tratados y los artículos constitucionales y verificaron que no se produjera derogación alguna, lo cual no puede ser desconocido por los poderes constituidos. Agrega que “Los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional no pueden ni han podido derogar la Constitución, pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir”⁽³⁴⁾. Interpreta Manili que esta afirmación del Superior Tribunal en cuanto al “cotejo” referido ha sido usada en sentido figurado, toda vez que reconoce que no surge de los diarios de Sesiones de la Convención Constituyente de 1994 que se haya realizado tal confronte, norma por norma, de esos cuerpos normativos. Agrega que esta postura del Máximo Tribunal, si bien no es jurídicamente correcta, resulta pragmática en el sentido de sugerir a los tribunales inferiores que deben realizar todos los esfuerzos posibles por conciliar las normas de jerarquía constitucional independientemente de su fuente⁽³⁵⁾.

4. En relación con los términos “en las condiciones de su vigencia” que contiene el inc. 22 del art. 75 de la CN, la Corte Federal, a pocos meses de la vigencia de la reforma, se expidió en el caso “Girolidi”⁽³⁶⁾, donde afirmó que “La jerarquía constitucional de la Convención

(29) Considerando 9º.

(30) CSJN, 26/12/1996, “Monges, Analía M. v. Universidad de Buenos Aires”. Magistrados Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Carlos S. Fayt (en disidencia), Augusto C. Belluscio (en disidencia), Enrique S. Petracchi (en disidencia), Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert (en disidencia), Adolfo R. Vázquez (por su voto), JA 1998-I-350 y LL 1997-C-150.

(31) Considerando 20.

(32) Considerando 21. En conclusión, expresa la mayoría que “los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución –entre ellas, el inc. 19 del art. 75–, aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución. Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente”. (Considerando 22).

(33) CSJN, 27/12/1996, “Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajustes por movilidad”, Fallos: 319:3241. Reiterado en fallos posteriores, como “S., L. E. c/ Diario ‘El Sol’”, 28/08/07, Fallos: 330:3685, en la Ley online AR/JUR/4195/2007. Ver de Daniel A. Sabsay, “Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho Constitucional”, tomo I, volumen I, Ed. La Ley, Bs. As., 2010, pág. 42.

(34) Considerando 13.

(35) Pablo L. Manili, “El Bloque de constitucionalidad”, en Daniel A. Sabsay, director y Pablo L. Manili, coordinador, “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, tomo 3, ob. cit., pág. 739.

(36) CSJN, 7/04/1995, “Girolidi, Horacio D. y otro”, Fallos: 318:514, LL 1995-D, 462. Magistrados Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Enrique S. Petracchi, Antonio Boggiano.

(24) Horacio Rosatti, “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, Sup. Const. 2012 (febrero), 13/02/2012, 1 - La Ley 2012-A, 911. También en su “Tratado de Derecho Constitucional”, tomo I, 2da. Ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, pág. 163 y ss.

(25) Horacio Rosatti, “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, ob. cit.

(26) Horacio Rosatti, “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, en Sup. Const. 2012 (febrero), 13/02/2012, 1 – LL 2012-A, 911.

(27) CSJN, 13/10/1994, “Cafés La Virginia S.A. s/ apelación”, Fallos: 317:1282. Magistrados Ricardo Levene (h.), Augusto C. Belluscio, Julio S. Nazareno, Guillermo A. F. López, Eduardo Moliné O’Connor (en disidencia), Gustavo A. Bossert, Antonio Boggiano (su voto). Ver, entre otros, el comentario de Juan Sola en su obra “Tratado de Derecho Constitucional”, tomo IV, Ed. La Ley, Bs. As., 2009, pág. 150.

(28) Considerando 8º, con cita del caso “Fibraca Constructora S. C. A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, del 7/7/93, arts. 31 y 75, inc. 22 de la CN.

Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia (artículo 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación⁽³⁷⁾. Consideraciones que vuelve a reiterar en la causa “Bramajo”⁽³⁸⁾ de 1996.

Asimismo, en “Giroldi” destacó que “La jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (conf. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2º, ley 23.054)”⁽³⁹⁾. Mientras que en “Bramajo”, el voto mayoritario entendió que la opinión de la Comisión IDH debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales. Así es como recibe fortalecimiento y comienza a imponerse la doctrina de la Corte Suprema sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia internacional⁽⁴⁰⁾.

IV. Federalismo e instrumentos internacionales sobre derechos humanos

En este marco, cabe profundizar el impacto que genera la incorporación de los tratados internacionales con la reforma de 1994 hacia el interior del estado federal, es decir, su incidencia en relación con los gobiernos subnacionales⁽⁴¹⁾.

A. Conforme a lo dispuesto por el art. 31 desde el texto de 1853/60, los tratados internacionales obligan a los distintos órdenes de gobierno, lo cual se completa por el constituyente de 1994 con los incs. 22, 24, del art. 75, en relación con la suprallegalidad más la jerarquía constitucional de alguno de ellos. Sin perjuicio de lo cual, varios instrumentos internacionales con jerarquía constitucional contienen expresamente la denominada cláusula federal, es decir, una disposición que recuerda a los estados organizados bajo la forma federal, la obligatoriedad de su aplicación por los órdenes de gobierno subnacionales.

En efecto, el art. 28 de la Convención ADH⁽⁴²⁾ contiene tres apartados en los cuales indica, primero, la responsabilidad internacional e interna del Estado nacional en relación con el acatamiento de la Convención; luego, las medidas que deberá instrumentar para su observancia por las entidades componentes, y, finalmente, en caso de constitución de un nuevo estado por integración federa-

tiva deberán continuar con el respeto a la Convención. La Corte IDH expresamente ha dicho que un estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional⁽⁴³⁾. También ha sostenido que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos deben ser respetadas por dichos estados independientemente de su estructura federal o unitaria⁽⁴⁴⁾. Ello es confirmado por la Comisión IDH que, refiriéndose al art. 28, ha sostenido que una interpretación diversa de la obligación contenida en la cláusula federal conduciría al absurdo de convertir la protección de los derechos humanos en una decisión meramente discrecional, sujeta al arbitrio de cada uno de los Estados partes⁽⁴⁵⁾.

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁽⁴⁶⁾ establece en su art. 50 que las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna. En igual sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁽⁴⁷⁾, en su art. 28; la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad⁽⁴⁸⁾, en su art. 4º, ap. 5; la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, en su art. 1º *in fine*.

Cabe resaltar que en los casos de instrumentos internacionales que omitan la referencia a los estados federales, ello no obsta a la consecuente obligatoriedad de acatamiento que pesa sobre los gobiernos subnacionales. Ello así, dado que, en el caso argentino, dicha imposición viene de la mano del propio texto constitucional nacional que, ya desde del siglo XIX, contempla en el art. 31, como norma suprema, a la cual debían sujetarse las provincias, tanto a la Constitución Nacional, como a las leyes del Congreso y a los tratados internacionales.

B. Además, cabe referir que, en un estado federal, las provincias o estados partes pueden ampliar la protección de los derechos humanos de forma tal que las constituciones y leyes locales contengan mayores garantías o amplíen el reconocimiento de más derechos que su par nacional. También es posible que nuevos derechos aparezcan primero en el derecho público provincial y luego se instalen a nivel nacional. En efecto, en todo sistema federal los estados pueden servir como laboratorio para profundizar experimentos sociales, económicos y de diversa índole, sin riesgos ni perjuicios para el resto del país⁽⁴⁹⁾.

[43] Corte IDH, caso Garrido y Baigorria, sentencia de 27 de agosto de 1998, párr. 46. Ver, asimismo, Corte IDH, 7 de julio de 2004, Medidas Provisionales, Respecto de la República Federativa del Brasil, Caso de la Cárcel de Urso Branco, Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade. Corte IDH, Caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, párr. 124; Corte IDH, Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311, párr. 111. Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 409.

[44] Corte IDH Opinión Consultiva 16/99, 1º de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, párr. 140. En este sentido, en el caso de las Penitenciarias de Mendoza volvió a enfatizar que el Estado no podría pretender eximirse de responsabilidad internacional por violaciones de los derechos humanos por razones de orden interno ligadas a su estructura federal (Corte IDH, “Penitenciarias de Mendoza”, voto del juez Antonio Augusto Cançado Trindade, Considerandos 27 y 28, 18 de junio de 2005, Medidas Provisionales). Cita lo resuelto en el caso Garrido y Baigorria versus Argentina, donde invocó una jurisprudencia centenaria en el sentido de que un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional. Además, refiere a la Opinión Consultiva 16, antes citada, para concluir que las obligaciones convencionales deben ser cumplidas por los Estados, independientemente de su estructura federal o unitaria.

[45] Comisión IDH, Informe No. 26/09, Caso 12.440, Admisibilidad y Fondo, Wallace de Almeida, Brasil, 20 de marzo de 2009, párr. 166.

[46] Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966. Por su parte, la República Argentina lo aprueba por ley 23.313, sancionada el 17 de abril de 1986, promulgada 6 de mayo de 1986. Ratificado por el Gobierno argentino el 8 de agosto de 1986.

[47] Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966. Por su parte, la República Argentina lo aprueba por ley 23.313, sancionada el 17 de abril de 1986, promulgada 6 de mayo de 1986. Ratificado por el Gobierno argentino el 8 de agosto de 1986. La República Argentina en 2011 depositó el instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[48] Dicha Convención fue aprobada por Argentina mediante la ley 26.378, promulgada en junio de 2008 y mediante ley 27.044 se le otorgó jerarquía constitucional promulgada en diciembre de 2014.

[49] Bernard Schwartz, “El federalismo norteamericano actual”, Ed. Civitas, Madrid, 1984, párr. 116.

[37] Considerando 11.

[38] CSJN, 12/11/1996 “Bramajo, Hernán Javier s/ inc. de excarcelación”, Fallos: 319:1840. Posición de mayoría conformada por los jueces Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Adolfo R. Vázquez, y en disidencia Carlos S. Fayt, Augusto C. Belluscio y Gustavo A. Bossert.

[39] CSJN, “Bramajo, Hernán Javier s/ inc. de excarcelación”, Considerando 11.

[40] Alfonso Santiago, “El tratamiento jurisprudencial de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos por parte de la Corte Suprema. Algunas definiciones trascendentes”, en La Ley Suplemento Especial, Constitucional, 2019, 401; también Oscar E. Defelippe, “Efectos de la jurisprudencia internacional en el Derecho argentino: El control de convencionalidad”, en Suplemento de Derecho Constitucional, La Ley, octubre de 2012.

[41] María Gabriela Ábalos, “La cláusula federal de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 28) y los poderes provinciales argentinos”, en Silvia Palacio de Caiero, “Tratados de Derechos Humanos y su influencia en el derecho argentino”, tomo I, Ed. La Ley, Bs. As., abril de 2015, págs. 265/303.

[42] Ver el comentario al art. 28 de Ariel Dulitzky en Christian Steiner y Patricia Uribe, editores, “Convención Americana de Derechos Humanos”, ob. cit., párr. 689. También el comentario al mismo artículo de Santiago Eyherabide, en Enrique Alonso Regueira (director), “La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino”, Ed. La Ley, Bs. As., 2013, párr. 509. De esta forma y en principio, la Convención obligaría al Estado nacional solamente a tomar las medidas necesarias para que las entidades de la federación cumplan con la Convención, de ahí que no se federalizarían todas las materias cubiertas por dicha Convención, así lo refiere Víctor Bazán, en “Cláusula federal y protección de derechos humanos”, LL 01/10/2018, 1, citando a Buergethal, T., “La cláusula federal de la Convención Americana”, en Buergethal, T.; Norris, R. E.; Shelton, D., La protección de los derechos humanos en las Américas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Civitas, Madrid, 1994, 1º ed., págs. 85-86. Leonardo Abel Urruti, “El deber de adecuar el derecho interno en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La situación de los Estados federales”, en Derecho y Cambio Social Nro. 62, oct-dic 2020 (<https://www.derechoycambiosocial.com>).

En el caso de Argentina, el derecho público provincial ostenta una amplitud mayor en comparación con el derecho constitucional nacional⁽⁵⁰⁾. En este sentido se pueden rescatar ejemplos importantísimos de esta labor dentro del campo jurídico, como fue la recepción en germen del constitucionalismo social que se vislumbra en las constituciones de Tucumán de 1907 y de Mendoza de 1910 y 1916; los avances en materia procesal con la incorporación de garantías –el amparo en la Constitución de Santa Fe de 1921, por ejemplo– y, en el plano institucional, las incorporaciones del Ministerio Público, del Tribunal de Cuentas, de la Fiscalía de Estado, del Consejo de la Magistratura, etc. En particular, a partir del retorno de nuestro país a la legalidad institucional en 1983, se inicia un movimiento constituyente provincial⁽⁵¹⁾ que, con anterioridad a la reforma nacional de 1994, introduce derechos y garantías de tercera generación. Interesantes de resaltar resultan las Constituciones de San Juan de 1986 y la de Córdoba de 1987, dado que la primera incorpora como derechos implícitos los que fluyan del espíritu de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 12) y la segunda incorpora como anexo a la Constitución la parte declarativa de derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Preámbulo y Parte I).

C. Puntualmente, cabe referir a dos casos contra la Argentina provocados por el accionar de gobiernos subnacionales, “Gorigoitía” (2019)⁽⁵²⁾ y “Valle Ambrosio y otro” (2020)⁽⁵³⁾, involucrando a las provincias de Mendoza y Córdoba, respectivamente. En el primero, la Corte IDH entendió que el Estado nacional había incumplido con el art. 2º, en relación con la norma procesal penal provincial que no tenía previsto un recurso ante autoridad superior que efectuara una revisión integral del fallo condenatorio, incluyendo las cuestiones de hecho y de prueba. Cabe resaltar la importancia de la interpretación del art. 8.2.h de la Convención realizada pero no deja de advertirse la lamentable deficiencia en los tiempos que insumió la tramitación internacional ante la Comisión IDH⁽⁵⁴⁾. Ello así, luego de dos décadas, el actor desiste de su derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior dado que había cumplido la pena privativa de libertad⁽⁵⁵⁾. Similares consi-

(50) Como ya lo dijeron Alberdi y Gorostiaga, entre otros, el poder reservado al gobierno local es más extenso que el nacional porque es indefinido y comprende todo lo que abraza la soberanía del pueblo, mientras que el poder general es limitado y se compone en cierto modo de excepciones (Arturo H. Bas, “Derecho Federal Argentino”, tomo I, Ed. Abeledo, Bs. As., 1927, pág. 72. Ver las opiniones de Gorostiaga en Clodomiro Zavala, “Derecho Federal”, tomo I, Compañía Argentina de Editores, Bs. As., 1941, pág. 18). Así lo ha interpretado reiteradamente la CSJN en la decisión del 4 de mayo de 2021, “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”; ver, al respecto, entre otros comentarios de María Gabriela Ábalos, “Lecciones de federalismo. Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y facultades concurrentes en la interpretación jurisprudencial”, Suplemento de Derecho Constitucional ED, mayo de 2021.

(51) Son trece provincias argentinas que reforman sus constituciones sin que modificaciones en el orden nacional así lo impusieran. Ver, entre otros, a María Gabriela Ábalos, “El poder constituyente provincial en el federalismo argentino. Principales notas en el derecho público provincial vigente”, en “Federalismi.it. Rivista di Diritto Pubblico italiano, comunitario e comparato”, www.federalismi.it, 10 de enero de 2007. También en el Suplemento de Derecho Público de Eldial.com, Biblioteca Jurídica Online www.eldial.com.ar, del 19 de noviembre de 2007. Actualizado en Asociación Argentina de Derecho Constitucional, “Debates de Actualidad”, año XXIII, no. 200, mayo-diciembre de 2008, págs. 173/191; también, “Aportes a los nuevos derechos y garantías desde la jerarquización de los instrumentos internacionales en la interpretación jurisprudencial”, en ED, Suplemento de Derecho Constitucional, 19 de noviembre de 2014.

(52) Corte IDH, Caso Gorigoitía vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 382, párr. 56. Resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia del 22 de abril de 2021 y del 2 de septiembre de 2022. Ver la nota de Susana Albanese, “El rechazo a recurrir el fallo penal condenatorio”, SJA 8/9/2021, 24.

(53) Corte IDH, Caso Valle Ambrosio y otro vs. Argentina, sentencia del 20 de julio de 2020. Ver la nota de Susana Albanese, “Los tiempos en la observancia de las interpretaciones convencionales. A propósito del caso ‘V. A. y otro vs. Argentina’”, SJA 24/03/2021, 59.

(54) Ello fue advertido en la Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos formulada por la Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay del 2 de abril de 2019, donde expresan que “(...) se deben adoptar medidas urgentes para reducir el atraso procesal en el ámbito de la Comisión, así como el principio de economía procesal en el trámite ante la Corte. Asimismo, que se garantice el derecho a la defensa, la seguridad jurídica y la igualdad procesal”.

(55) Señala Albanese que las acciones interpuestas ante los tribunales de Mendoza, incluyendo la presentación del recurso de queja ante la Corte Suprema, se desarrollaron en un tiempo razonable; en cambio, “Extenso fue el tiempo que transcurrió a partir de la presentación de la denuncia internacional, (...). Dos décadas en cuyo transcurso el

deraciones se vierten en el segundo caso, tanto por el incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno debido a la regulación del recurso de casación en violación al derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, como en torno a la excesiva demora en la tramitación en la Comisión IDH. Crítica que se reafirma, por ejemplo, en el caso “Boleso” (2023)⁽⁵⁶⁾.

En relación con el comportamiento provincial cabe destacar que en el caso “Gorigoitía”, la última supervisión de sentencia⁽⁵⁷⁾ sigue resaltando el incumplimiento correspondiente a la garantía de no repetición relativa a adecuar el ordenamiento jurídico interno a los parámetros establecidos en la sentencia sobre el derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior, advirtiendo que si bien la legislación procesal de Mendoza se modificó, hizo caso omiso en lo sustancial a lo exigido por la condena interamericana. Ello marca un grave déficit al interior del ordenamiento argentino por la ausencia de herramientas de coerción eficaces para evitar la reiteración de conductas contrarias a la Convención IDH.

V. Control de convencionalidad. Recepción jurisprudencial

A. Desde que la Argentina ingresó en el llamado Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) con la ratificación y aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ha ido tomando cuerpo el llamado control de convencionalidad. Se trata de una creación pretoriana de la Corte IDH, que primeramente fue insinuada en los votos del juez Sergio García Ramírez en los casos “Myrna Mack Chang vs. Guatemala” (2003) y “Tibi vs. Ecuador” (2004) y, luego, por el pleno de dicho Tribunal en “Almonacid Arellano vs. Chile” (2006), “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú” (2006) y “La Cantuta vs. Perú” (2006), completándose con pronunciamientos posteriores.

De los principales fallos del Tribunal con sede en Costa Rica, se pueden sintetizar algunas pautas de interpretación en torno al control de convencionalidad⁽⁵⁸⁾:

1. Se basa en el principio de buena fe en el cumplimiento de los contratos o compromisos, y de *pacta sunt servanda*, en concordancia con el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados. Además, en los principios de pro persona, progresividad, universalidad, *pro actione, favor libertatis*, de posición preferente de los derechos fundamentales, de la fuerza expansiva de los mismos, principalmente.

2. Es un instrumento que busca elaborar un *ius commune* en materia de derechos humanos, dentro del sistema regional de la Convención ADH, buscando una mayor penetración del derecho internacional público sobre el derecho constitucional y el subconstitucional de los países del área. Se trata de configurar un *corpus iuris interamericano*⁽⁵⁹⁾.

actor cumplió la pena privativa de libertad; por eso, cuando le informan en los tribunales internos, ante la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, que tiene derecho a recurrir el fallo condenatorio, se niega a aceptar la garantía por la que agotó las instancias internas y acudió al sistema internacional”. “Un derecho que no se realiza a tiempo no es un derecho”. (Susana Albanese, “El rechazo a recurrir el fallo penal condenatorio”, SJA 08/09/2021, 24).

(56) Corte IDH, Caso Boleso c/ Argentina, sentencia del 22 de mayo de 2023. Ver la nota de Alfredo M. Vitolo, “‘Haz lo que yo digo, mas no lo que yo hago’: El caso Boleso vs. Argentina. Un caso acertado en el fondo que abre la posibilidad para discutir sobre el plazo razonable en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, ED, Tomo 306, 29/05/2024.

(57) Corte IDH, Caso Gorigoitía vs. Argentina. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 7 de febrero de 2023.

(58) Así lo hemos detallado en María Gabriela Ábalos, “Control de convencionalidad y margen de apreciación nacional: herramienta para la eficacia del Sistema Interamericano”, en libro de ponencias de las 1er. Jornadas Rioplatenses de Derecho Constitucional, Osmar D. Buyatti, Librería Editorial, Bs. As., octubre de 2022, págs. 296 a 310. También en “La aplicación del control de convencionalidad por los tribunales argentinos: diez aspectos claves”, en “El parámetro del control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Editorial Triángulo, Santiago de Chile, 2017, pp. 406. “Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad en el derecho argentino”, en Suplemento de Derecho Constitucional, Ed. La Ley, 7 de noviembre de 2019, II 2019-F.

(59) Expresa Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado en “Cabrera García y Montiel”, “en realidad, el parámetro del ‘control difuso de convencionalidad’ no solo comprende la Convención Americana, sino también los ‘Protocolos’ adicionales a la misma, así como otros instrumentos internacionales que han sido motivo de integración al corpus iuris interamericano por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH/CIDH”; “Cabrera García y Montiel Flores contra México”, 26 de noviembre de 2010 (www.corteidh.or.cr). Ver, también, a Mariela Morales Antoniazzi, “Interacción entre la Corte Interamericana de De-

3. Se consagra como un control concentrado en manos de la Corte Interamericana que busca unificar la interpretación jurídica, con carácter subsidiario, complementario y coadyuvante respecto de los órganos previstos en el ámbito interno de los estados partes del Sistema⁽⁶⁰⁾. Dicha Corte tiende a perfilarse como un tribunal regional de casación, que busca unificar la interpretación jurídica de los países plegados al modelo⁽⁶¹⁾.

4. Supone un examen de compatibilidad entre las normas de derecho interno del país y las disposiciones de la Convención y de los protocolos adicionales, más los precedentes interamericanos. Procede igualmente en el supuesto que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2° CADH) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

5. Es difuso en manos de los jueces domésticos (“Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, 2006); luego se extiende a los demás órganos vinculados con la administración de justicia (“Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, 2010), finalmente, abarca a todas las autoridades públicas (“Gelman vs. Uruguay”, 2011), y debe realizarse de oficio (“Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, 2006).

6. Este juicio comparativo de convencionalidad se realiza respecto a todas las normas internas de los estados partes, sean preceptos de alcance general y abstracto, como particular (ley, ordenanza, decreto, resoluciones, actos administrativos), incluidas las constituciones nacionales, provinciales y cartas orgánicas municipales, teniendo en cuenta la forma de estado unitaria o federal de cada estado. En esta línea, se ha entendido que el resultado del control de convencionalidad es la supremacía del Pacto por sobre la Constitución Nacional, puesto que la regla constitucional que lesiona al Pacto debe quedar inaplicada; en cambio, la Constitución no puede válidamente lesionar al Pacto⁽⁶²⁾, por lo que asume la condición de supraconstitucionalidad⁽⁶³⁾.

7. La sentencia interamericana tiene efecto obligatorio para las partes con eficacia vinculante y directa, lo que configura la *cosa juzgada internacional* (arts. 62.3 y 68.1 CADH), cuestionándose si incluye, además de la parte resolutive, su fundamentación. Mientras que para los estados que no han sido parte se trata de *cosa interpretada internacional*, es decir, la decisión tiene efecto interpretativo para los demás estados como un estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de las obligaciones de respeto, garantía y adecuación normativa e interpretativa que surgen de los arts. 1° y 2° de la Convención⁽⁶⁴⁾. Se advierte que pretender la obligatoriedad hacia los estados que no han sido parte en el proceso en que se sentaron los criterios jurisprudenciales constituiría un exceso en relación con las obligaciones asumidas por los estados al momento de ratificar la Convención ADH⁽⁶⁵⁾.

rechos Humanos y los tribunales nacionales. Construcción de un *ius Constitutionale Commune*”, en Manuel G. Casas, Sergio Díaz Ricci, Daniela López Testa y Esteban Nader, coordinadores, “*Ius commune. ¿Hacia un orden jurídico global?*”, Ed. Astrea, Bs. As., 2020, pág. 271; Mario A. R. Midón, “Control de convencionalidad”, Ed. Astrea, Bs. As., 2016, pág. 35, entre otros.

(60) Néstor P. Sagüés, “La Constitución bajo tensión”, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétalo, México, 2016; del mismo autor, “Guía práctica de control latinoamericano de convencionalidad”, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2020, entre otros.

(61) Juan Carlos Hitters, “Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)”, La Ley, 11 de marzo de 2015; ver, también, a Néstor P. Sagüés, “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”, en La Ley, 11/08/2010, 1.

(62) Néstor P. Sagüés, “El ‘control de convencionalidad’ en particular sobre las constituciones nacionales”, La Ley 2009-B-0761. Ver, también, Maías Sucunza, “Algunas inquietudes en torno al control de convencionalidad”, en ED Constitucional 2013-327.

(63) Defienden esta posición, entre otros autores, Néstor P. Sagüés, “El ‘control de convencionalidad’ en particular sobre las constituciones nacionales”, LL 2009-B-0761; Oscar E. Defelippe, “Efectos de la jurisprudencia internacional en el Derecho argentino: El control de convencionalidad”, en Suplemento de Derecho Constitucional, La Ley, octubre de 2012, etc.

(64) Juan Carlos Hitters, “Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana”, LL 2013-C, 998; también, “El sistema y los principios de convencionalidad. Control de convencionalidad y Derecho transnacional”, en LL 06/02/2024, 1; “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, La Ley 2009-D, 1205. Ver, también, Roberto G. Lourayf Ranea y otros, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad”, Ed. Astrea, Bs. As., 2018, entre otros.

(65) Alfredo Vitolo, “La obligatoriedad del seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Revista Fores, Boletín de junio de 2011. También, Alberto Bianchi, “Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad”, en LL 2010-E-1090.

8. En cuanto a la actividad consultiva de la Comisión⁽⁶⁶⁾, invocando una interpretación de buena fe, de acuerdo al objeto y fin de la Convención, las recomendaciones y los informes efectuados en relación con un estado determinado resultan obligatorios y su incumplimiento podría generar responsabilidad internacional para dicho estado, siendo para los demás países una guía de interpretación de los preceptos convencionales.

9. El control de convencionalidad desempeña un doble papel; por un lado, es represivo, puesto que obliga a las autoridades nacionales a aplicar las normas internas opuestas al referido Pacto, y a la interpretación que sobre dicho Pacto ha realizado la Corte IDH. Por otro lado, es constructivo, ya que también las obliga a interpretar el derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana.

10. Impone la interpretación armonizando, adaptativa, conforme del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte Interamericana, que conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido Pacto y/o a la manera en que fue entendido por la Corte Interamericana.

B. Ahora bien, es posible observar la penetración de los precedentes de la Corte Interamericana y de las opiniones consultivas, recomendaciones e informes de la Comisión en varios fallos de la Corte Suprema argentina, que han ido trazando un camino jurisprudencial con enfoques mayoritarios conviviendo con posiciones disidentes⁽⁶⁷⁾. En apretada síntesis, es posible citar los principales precedentes nacionales en relación con los siguientes aspectos:

1. Casos en que el Estado argentino no ha sido parte en el proceso interamericano. De los principales fallos de la Corte Suprema que se han ocupado del tema, recalando que se trata de votos en mayoría desde “Ekmekdjian c/ Sofovich” (1992), continuando con “Giroldi” (1995), entre otros, se extrae que las decisiones de la Corte IDH como las recomendaciones de la Comisión constituyen “una insoslayable pauta de interpretación”, o “una imprescindible pauta de interpretación”, como se dijo en “Simón” (2005), entre otros. Mientras que en “Bramajo” (1996) se entendió que también las opiniones de la Comisión IDH deben servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales.

2. Casos en los cuales la Argentina ha sido parte en la instancia interamericana; aquí se advierten posiciones encontradas. En el caso “Cantos vs. Argentina” (2002), el Estado argentino fue condenado por vulnerar el derecho de acceso a la justicia consagrado en los arts 8.1 y 25 de la Convención ADH, disponiendo las correspondientes reparaciones a cargo del Estado Nacional. Firme la sentencia internacional, el Procurador del Tesoro de la Nación se presentó ante la Corte Suprema a fin de que el Tribunal instrumentara el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana. El Tribunal Supremo nacional resolvió⁽⁶⁸⁾, por mayoría, no acatar lo dispuesto por la Corte regional con basamento en normativa interna, desestimando, en consecuencia, la presentación efectuada. En este sentido entendió que, de atenderse la petición, se infringi-

(66) Siro De Martini (h), “Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en Julio César Rivera y otros, directores, “Tratado de los Derechos Constitucionales”, tomo III, Abeledo Perrot, Bs. As., 2014, pág. 1165 y ss. También, de Juan Carlos Hitters y Oscar L. Fappiano, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Ed. Ediar, Bs. As., 2012, tomo II, volumen 3, págs. 1385 a 1806.

(67) Ver, de María Gabriela Ábalos, “La aplicación del control de convencionalidad por los tribunales argentinos: diez aspectos claves”, en “El parámetro del control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Editorial Triángulo, Santiago de Chile, 2017, pág. 406; “El rol de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en relación con el control de convencionalidad y su incidencia en el derecho interno”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, no. 19, enero-junio de 2013, Ed. Porrúa, México. Actualizado en “Estudios de Derecho Constitucional. Año 2012”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Ed. Lex, Bs. As., abril de 2014, págs. 1 a 46; también, “Avances del control de convencionalidad en Argentina”, en Revista de derecho comparado público y europeo (www.dpce.it), “Constitutional Borrowing e integración regional en América Latina”, Italia, 2013, págs. 115 a 135; entre otros.

(68) CSJN, “Cantos, José María”, 21/08/2003. La mayoría conformada por los magistrados Carlos S. Fayt, Eduardo Moliné O’Connor, Enrique S. Petracchi (por su voto), Guillermo A. F. López (por su voto), Adolfo R. Vázquez (por su voto), con la disidencia de Antonio Boggiano y Juan Carlos Maqueda. Esta decisión motivó que la Corte Interamericana formulara en cuatro ocasiones resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia (28/11/2005, 12/07/2007, 6/07/2009 y 26/08/2010), hasta la última, del 14 de noviembre de 2017, que dispuso el archivo.

rían cláusulas de inequívoca raigambre constitucional de los profesionales que habían intervenido en la causa pero que no fueron parte en el ámbito internacional, y además implicaría para dicho Tribunal nacional una patente y deliberada renuncia a su más alta y trascendente misión, que es la de ser custodio e intérprete final de la Constitución.

Más tarde cambia el criterio y reconoce el carácter vinculante de las sentencias de la Corte de San José, cuando la Argentina ha sido parte en el litigio interamericano. Así lo hizo en el precedente “Espósito, Miguel A.” (2004)⁽⁶⁹⁾, al resolver que la decisión de la Corte IDH, en el caso “Bulacio vs. Argentina” (2003), sobre el concepto de secuela de juicio en los términos del art. 67, párr. 4º del Código Penal, resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH). Luego, en la causa “Derecho, René Jesús” (2011)⁽⁷⁰⁾, confirma –por mayoría, con la disidencia de los jueces Fayt y Argibay– la obligatoriedad de los fallos dictados por la Corte Interamericana en aquellos procesos en que nuestro país ha sido parte, en el caso “Bueno Alves c/ Argentina” (2007), acatando la sentencia y por ello dejando sin efecto aquella otra que dictara con anterioridad –que había pasado en autoridad de cosa juzgada–, por la que confirmara a su vez la decisión del inferior, en cuanto había declarado extinguida por prescripción la acción penal y sobreesido parcial y definitivamente al imputado que se le atribuyó el delito previsto en el art. 144 bis del Código Penal. También puede citarse el caso “Mohamed”, donde la Corte argentina, mediante la Resolución 477 del 25 de marzo de 2015, dispone dar cumplimiento a la sentencia de la Corte IDH que responsabilizó al Estado argentino por violar el derecho a recurrir la sentencia condenatoria de un imputado por homicidio, y se ordenó al Tribunal respectivo que designe una nueva sala para que proceda a la revisión de ese fallo, en los términos del art. 8.2.h de la Convención ADH.

3. Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina mostró un criterio aperturista, receptivo y permeable al ingreso del control de convencionalidad en votos de mayoría, en los casos “Mazzeo” (2007)⁽⁷¹⁾, donde reproduce textualmente los párrafos configurantes de dicho control vertidos en “Almonacid Arellano vs. Chile” (2006). Y continuó en esa línea en los precedentes “Videla, Jorge R. y Massera, Emilio E.” (2010)⁽⁷²⁾, “Acosta, Jorge E.” (2012)⁽⁷³⁾, “Rodríguez Pereyra” (2012)⁽⁷⁴⁾, “Carranza Latrubesse” (2013)⁽⁷⁵⁾, “Arce” (2014)⁽⁷⁶⁾, “Arrillaga” (2014)⁽⁷⁷⁾, “Escalante” (2022)⁽⁷⁸⁾, entre otros. Sin embargo, en estas decisiones se formularon fundadas opiniones en minoría con las disidencias del magistrado Fayt, que in-

troduce la defensa del margen de apreciación nacional en los casos “Arancibia Clavel” (2004)⁽⁷⁹⁾, “Simón” (2005)⁽⁸⁰⁾ y “Mazzeo” (2007).

4. Años más tarde, el cambio de composición de la Corte argentina producido en 2016 marca un viraje que da lugar a la conformación de una nueva mayoría en el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto” (2017)⁽⁸¹⁾, donde la Corte Suprema se expide respecto a la decisión interamericana recaída el 29 de noviembre de 2011 en el caso “Fontevecchia y D’Amico c/ Argentina”. Ya nos hemos ocupado de su análisis⁽⁸²⁾, valga puntualizar que la posición de mayoría, si bien reafirmó el deber del Estado argentino y de sus jurisdicciones locales de dar fiel cumplimiento a los instrumentos internacionales con los que se ha comprometido, respecto a las sentencias interamericanas, aún en los casos en que la Argentina ha sido parte, entendió que no puede hacerse prevalecer automáticamente el derecho internacional, ya sea normativo como jurisprudencial, sobre el ordenamiento constitucional. Ello así dado que los principios de derecho público referidos en el art. 27 CN actúan como margen de apreciación nacional y tienen prelación por sobre el art. 75, inc. 22, CN. En base a ello, la mayoría se negó parcialmente a cumplir la condena interamericana al interpretar que el mandato de dejar sin efecto una condena civil suponía revocar una decisión firme de la Corte Suprema argentina, lo cual no podía cumplirse por chocar contra los principios de derecho público, tales como la cosa juzgada y el carácter de órgano supremo y cabeza del Poder Judicial que ostenta dicha Corte.

La respuesta interamericana no se hizo esperar, y el 21 de agosto de 2017 se llevó a cabo la audiencia pública de supervisión dado luego lugar a la Resolución de Supervisión de cumplimiento de sentencia del 18 de octubre de 2017. En los primeros párrafos de dicha decisión, se vierten duros reproches al accionar del país indicándole que ha contravenido principios de derecho internacional y obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Sin embargo, en el párrafo 21 se le indica al Estado argentino que podía adoptar algún otro tipo de medida diferente a la revocación de la sentencia, para dar cumplimiento a la reparación ordenada. Así, se le brindan opciones expresas, como son la eliminación de su publicación de la página web de la Corte Federal y del Centro de Información Judicial, o bien, mantener su publicación con la anotación que indique que tal resolución es violatoria de la Convención Americana.

Este párrafo supone una clara apertura al diálogo entre la Corte IDH y la Corte argentina con el objetivo de lograr el efectivo cumplimiento de la decisión interamericana. Una negativa parcial abrió un canal de diálogo⁽⁸³⁾. Efectivamente, se notifica tal resolución al Ministerio de Relaciones Internacionales y Culto, el 3 de noviembre de 2017 se envía nota a la Corte Suprema, y, un mes después, emite la Resolución 4015 el 5 de diciembre del mismo año. En ella argumenta que la decisión interamericana sería conteste con la interpretación contraria a la necesidad jurídica de revocar una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada, hace mención a las sugerencias vertidas en el párrafo 21, y accede a lo solicitado indicando que la anotación de la sentencia no violenta los principios de derecho público del art. 27 CN. Esta decisión es informada en sede interamericana y el 10 de marzo de 2020, se emite la cuarta supervisión de cumplimiento de sentencia, indicándose en el párrafo 10, que la anotación hecha

(69) CSJN, “Espósito, Miguel A.”, 23/12/2004. Magistrados Enrique S. Petracchi, Augusto C. Belluscio (según su voto), Carlos S. Fayt (según su voto), Antonio Boggiano (según su voto), Juan C. Maqueda (según su voto), E. Raúl Zaffaroni y Elena I. Highton de Nolasco (según su voto). Fallos: 327:5668 (2004), LL 2005-C, 1.

(70) CSJN, Recurso de hecho. “Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal”, 29/11/2011. La mayoría conformada por los magistrados Elena I. Highton de Nolasco, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda (por su voto) y E. Raúl Zaffaroni, con las disidencias de Carmen M. Argibay y Carlos Fayt.

(71) CSJN, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad”, 13/07/2007, Fallos: 330:3248. Mayoría conformada por los magistrados Ricardo L. Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Juan C. Maqueda y E. Raúl Zaffaroni, con la disidencia de Carlos Fayt y parcial de Carmen Argibay. Ver, entre otros, Adelina Loiano, “El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema argentina ‘Arancibia Clavel’, ‘Simón’, ‘Mazzeo’”, en Susana Albanese (coord.), “El control de convencionalidad”, Ed. Ediar, Bs. As., 2008, pág. 122.

(72) CSJN, “Jorge Rafael Videla y Emilio Eduardo Massera”, 31/08/2010. Magistrados Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni.

(73) CSJN, “Acosta, Jorge Eduardo y otros”, 8/05/2012, con la mayoría de los magistrados Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni. Con las disidencias de Enrique S. Petracchi y Carmen Argibay.

(74) CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, 27/12/2012, con la mayoría de los magistrados Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt (según su voto), Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni. Con la disidencia de Enrique S. Petracchi.

(75) CSJN, “Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores provincia de Chubut”, 06/08/2013 (www.csjn.gov.ar).

(76) CSJN, 5/08/2014, “Arce, Diego Daniel s/ homicidio agravado”.

(77) CSJN, 30/12/2014, A., A. M. s/ causa n° 14.102. Ver, entre otros, a Andrés Gil Domínguez, “La Corte Suprema y un esca-recedor estándar sobre el funcionamiento del art. 75, inc. 22 de la Constitución”, LL 2015-C, 394.

(78) CSJN, 12/08/2022, “Escalante, Esteban Iván y otros s/ homicidio (...)”, ver nota de Luciano Bianchi, “El caso ‘Escalante’: una avant première post ‘Ministerio’”, LL 03/10/2022, 10.

(79) CSJN, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, 24/08/2004, Fallos: 327:3312. Véase, también, CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) - causa n° 17.768”, 14/06/2005, Fallos: 328:2056.

(80) CSJN, 14/06/2005, “Simón, Julio Héctor y otros”, en LL 2005-E, 331.

(81) CSJN, 14/02/2017, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, voto de mayoría conformada por los magistrados Ricardo Lorenzetti, Elena Highton, Carlos Rosenkrantz, y el voto concurrente de Horacio Rosatti, con la minoría de Juan Carlos Maqueda.

(82) María Gabriela Ábalos, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad sobre una decisión interamericana”, en Suplemento de Derecho Constitucional, La Ley, marzo de 2017.

(83) Reconocía Sagüés que “Desde el punto de vista de la templanza y de la prudencia, desde luego, la decisión de la Corte Interamericana puede alabarse por solucionar diplomáticamente el asunto y tutelar prácticamente, al fin de cuentas, al derecho vulnerado”. (Néstor Pedro Sagüés, “El desenlace del conflicto entre la Corte Suprema argentina y la Corte interamericana”, en ED Tomo 275, 28/12/2017).

en la sentencia civil condenatoria de 25 de septiembre de 2001 es suficiente para declarar el cumplimiento del componente de la reparación relativo a dejar sin efecto la atribución de responsabilidad civil a los señores Fontevecchia y D'Amico, sin perjuicio de quedar pendiente que el Estado cumpla con reintegrar las sumas pagadas por las víctimas como consecuencia de la condena civil.

VI. Margen de apreciación nacional y margen de apreciación local

A. Con el ingreso de normas internacionales al ordenamiento interno de un estado surge el cuestionamiento en torno a si el convencional constituyente o legislador, en su caso, efectuó una primera ponderación genérica de compatibilidad entre la norma o decisión foránea y las normas e instituciones nacionales. Se trata de precisar, señala Rosatti, si ese juicio de comprobación o de compatibilidad es irrevisable o si –bajo determinados parámetros– puede ser revisado; y luego si es posible una ponderación concreta atendiendo al impacto de la aplicación de la norma foránea en el contexto local⁽⁸⁴⁾.

En función de ello, se ha ido configurado paulatinamente la denominada doctrina del margen de apreciación nacional cuya esencia es garantizar la existencia de un ámbito de autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional. Se lo conceptualiza desde el reconocimiento a los Estados partes de un cierto grado de libertad y la posibilidad de diferenciación entre ellos en el modo en que cumplen las obligaciones establecidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos. De esta forma, corresponderá la intervención subsidiaria de los tribunales regionales y, en su caso, la condena a un estado a dejar sin efecto una decisión de sus órganos nacionales siempre y cuando ella viole de modo claro, manifiesto e incuestionable el contenido esencial de un determinado derecho humano reconocido convencionalmente⁽⁸⁵⁾.

Esta doctrina del margen de apreciación estatal parece operar como una suerte de catalizador de las tensiones que atraviesan la labor de las Cortes regionales de derechos humanos, en especial, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de donde se origina entre los años sesenta y los setenta, sin perjuicio de su notable expansión en los últimos tiempos⁽⁸⁶⁾.

Advierte Sagüés que esta doctrina postula la adaptación de una normatividad general sobre derechos humanos, al ambiente adonde ella debe aplicarse; sin embargo, tal armonización tiene, desde luego, sus topes puesto que mal podría argumentarse la doctrina del “margen nacional” para consentir violaciones a los derechos humanos⁽⁸⁷⁾. Aclara que esa zona apreciativa responde a una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor posición para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante sus electorados⁽⁸⁸⁾.

(84) Horacio D. Rosatti, “Globalización, convencionalidad y estatalidad. Sobre el ‘margen de apreciación nacional’ en la aplicación de normas internacionales”, Academia Nacional de Derecho 2016 (diciembre), 05/12/2016, 145.

(85) Así lo refiere Alfonso Santiago, “Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación”, Ed. Astrea, Bs. As., 2020, pág. 153; también, “El principio de subsidiariedad y doctrina del margen nacional de apreciación”, en LL 21/12/2022, 6. Ver, entre otros, Omar Díaz Solimine (director), “El margen nacional de apreciación. Aportes a la soberanía jurídica de los estados”, Ed. Astrea, Bs. As., 2020. Ver, también, de Sebastián Elías y Julio César Rivera (h), “La doctrina del margen de apreciación nacional en el caso argentino”, Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2012, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3160/8.pdf> (consultado el 24/06/2024); Humberto Vargas Balaguer, “El margen de apreciación nacional”, Revista Jurídica Región Cuyo, Argentina, no. 10, mayo de 2021; Lautaro Pittier, “El control de convencionalidad y el margen de apreciación nacional”, Sup. Const. 2019, 7 - LL 2019-F, 662.

(86) Así lo afirman con acierto Martín Aldao y Laura Clérico, “El margen de apreciación estatal revisitado. Sobre la proporcionalidad en concreto”, en Sup. Const. 2019, LL 2019-C.

(87) Como ocurriría “(...) Si en un Estado se padecen cegueras axiológicas colectivas decididamente intolerables a la luz del desarrollo actual de la conciencia ética global (piénsese, v. gr., en casos de semi-esclavitud todavía imperantes en ciertas regiones de la Tierra, o en la infracondición femenina que algunos países –especialmente musulmanes– practican en materia de vestimenta, negación de educación y de acceso a ciertos empleos, movilidad física o derechos sobre los hijos)”; Néstor P. Sagüés, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, en *Ius et Praxis*, vol. 9, n° 1, Talca, 2003.

(88) Néstor P. Sagüés, “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”, LL 11/08/2010, 1. Re-

En general hay coincidencia en que este margen resulta muy amplio cuando la Corte Interamericana no ha sentado opinión sobre algún tema en particular, cuando no hay pautas comunes en los sistemas jurídicos de los países involucrados; mientras que se achica cuando ya hay criterios o estándares establecidos, por lo que, en dichos supuestos, una interpretación contraria implicaría la violación de los arts. 1.1 y 2° de la CADH y de la jurisprudencia de ese tribunal regional⁽⁸⁹⁾. Además, varía su alcance de acuerdo con la naturaleza del derecho que se trate, puesto que hay derechos humanos tales como el no ser privado de la vida arbitrariamente, ni desaparecido, ni torturado o sometido a esclavitud, en donde el margen nacional de apreciación es inexistente y otros, en cambio, en los que, dada la necesidad de la armonización con otros derechos o bienes públicos, se puede aceptar un margen nacional de apreciación más amplio⁽⁹⁰⁾.

B. Esta doctrina fue admitida por la Corte IDH en la Opinión Consultiva 4/84, del 19 de enero de 1984, solicitada por Costa Rica en relación con la modificación de su constitución política relacionada con la naturalización, donde reconoció el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla⁽⁹¹⁾. Luego, fue limitada en los casos “Salvador Chiriboga vs. Ecuador” (2008), “Gelman vs. Uruguay” (2011), “Atala Rifo y niñas vs. Chile” (2012), “Lagos del Campo vs. Perú” (2017), y en otros aparece cuando la Corte aplica el test de proporcionalidad en ciertas materias como libertad de expresión, derecho a recurrir judicialmente, derechos políticos, sistemas penales y libertad personal⁽⁹²⁾.

En el ámbito jurisprudencial local, Fayt, en ejercicio de la judicatura, había señalado en reiterados pronunciamientos que, sobre la base del art. 27 de la CN, el constituyente había consagrado, ya desde antiguo, un propio “margen nacional de apreciación” delimitado por los principios de derecho público establecidos en la misma

conoce que esta tesis ha mostrado una extendida aunque proteica utilización en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), asentado en Estrasburgo; sin embargo, su receptividad en la praxis interamericana ha sido discreta. Alerta que la aplicación de este “margen de apreciación nacional” en el ámbito interamericano presenta sus riesgos e imprecisiones atento a no tener pautas objetivas, a la imposibilidad de medirse los contornos de ese “margen”, todo lo cual puede ocasionar una verdadera desvirtualización de la tutela de los derechos humanos.

(89) Juan Carlos Hitters, “El sistema y los principios de convencionalidad. Control de convencionalidad y Derecho transnacional”, en LL 06/02/2024, 1. En igual sentido se ha dicho que “Otro ingrediente significativo para graduarlo es la existencia, o no, de un ‘denominador común’, o de ‘estándares comunes’ en los sistemas jurídicos de los países comprendidos por el tratado o convención que enuncia derechos humanos de fuente internacional. Si hay un entendimiento compartido sobre la naturaleza, detalles y dimensiones de un derecho por parte de tales sistemas jurídicos nacionales, resulta obvio que un Estado específico dispone de menor ‘margen de apreciación’ para interpretar, moldear o adaptar a dicho derecho”. (Néstor P. Sagüés, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, en *Ius et Praxis*, vol. 9, n° 1, Talca, 2003).

(90) Alfonso Santiago, “El principio de subsidiariedad y doctrina del margen nacional de apreciación”, LL 21/12/2022, 6. Señala Sagüés que “El ‘margen nacional de apreciación’ varía según las circunstancias, las materias y el contexto. Los factores de hecho, así como la naturaleza del derecho garantizado por una convención o tratado (hay, por ejemplo, derechos más preferidos, o ‘rígidos’), son elementos que amplían o reducen la abertura o estrechez del ‘margen nacional de apreciación’” (Néstor P. Sagüés, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, en *Ius et Praxis*, vol. 9, n° 1, Talca, 2003).

(91) En dicha Opinión Consultiva pedida por Costa Rica en relación con la modificación de su constitución política relacionada con la naturalización, se dijo: “62. Esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados. La mayoría de estas hipótesis, no sometidas por cierto a la consideración de la Corte, constituyen verdaderos casos de discriminación en razón del origen o del lugar de nacimiento que crean injustamente dos grupos de distintas jerarquías entre nacionales de un mismo país” (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf).

(92) Omar Díaz Solimine (director), “El margen nacional de apreciación. Aportes a la soberanía jurídica de los estados”, ob. cit.; también, Alfonso Santiago, “Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación”, ob. cit. También, Anna Mastromarino, “El margen de apreciación: ¿una posible estrategia de integración regional?”, en Lucio Pegoraro, director, “Revista General de Derecho Público Comparado”, no. 27, 2020, https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422763.

Constitución, conformado por sus arts. 14, 16, 17, 18 y 20⁽⁹³⁾. También se expresó el Procurador Fiscal en la causa “Acosta, Jorge”⁽⁹⁴⁾ –lo cual no fue compartido por la Corte Suprema–, refiriendo que “(...) los tribunales nacionales deben hacer el máximo esfuerzo por cumplir la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos humanos encargados del control de aquellos instrumentos internacionales que gozan de rango constitucional en el orden jurídico argentino, sin desconocer, por supuesto, en dicha tarea, los principios y reglas supremos del orden jurídico interno y la competencia misma asignada por la Constitución a los tribunales nacionales para decidir los procesos judiciales internos, competencia que, en última instancia, nuestra Carta fundamental ha atribuido a la Corte Suprema” (apartado V).

Estas manifestaciones fueron reiteradas por el voto en mayoría en el citado fallo “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”⁽⁹⁵⁾, de febrero de 2017. En particular, Rosatti, en su voto concurrente, expresa: “El constituyente ha consagrado en el citado art. 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por ‘los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional’, a los cuales los tratados internacionales –y con mayor razón aun la interpretación que de tales tratados se realice– deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad” (Considerando 5º)⁽⁹⁶⁾. Esta interpretación encuentra apoyatura en la opinión de Badeni respecto al inc. 22 del art. 75, cuando habla de la “no derogación” por parte de los tratados de artículo alguno de la primera parte de la Constitución, significando que dicha parte –con el plexo de derechos y garantías– tiene prelación sobre los tratados con jerarquía constitucional⁽⁹⁷⁾.

A su vez, esta línea de pensamiento, en el caso del juez Rosatti, es conteste con la posición que ya había adoptado con anterioridad, al decir que la reforma constitucional de 1994 no autoriza a hablar de un control de convencionalidad “por fuera” del control de constitucionalidad porque los tratados no están desligados de la Constitución, ya que la introducción del art. 75 inc. 22 no autoriza a desenlazar la interpretación judicial de los tratados realizada por un

tribunal nacional en el marco de un caso concreto (el llamado control de convencionalidad) del control general de constitucionalidad⁽⁹⁸⁾. “En definitiva –en palabras de Rosatti– (y con expresa referencia a lo que creo de buena fe era la intención de la Convención Reformadora de 1994), sostengo que la pretensión de un control de convencionalidad alimentado por sus propias fuentes (normativas e interpretativas) que subordine apriorísticamente toda otra fuente normativa e interpretativa nacional es inconstitucional por violación de los arts. 27, 30, 31, 75, inc. 22 y 118 de la CN”⁽⁹⁹⁾.

Se completaría esta posición con la Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos formulada por la Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay⁽¹⁰⁰⁾, en abril de 2019, donde “(...) con el ánimo de perfeccionar la operatividad, funcionalidad y eficacia del Sistema (...)”, subrayan, por un lado, el principio de subsidiariedad y, por otro, destacan “(...) la importancia de una estricta aplicación de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos y del reconocimiento del margen de apreciación de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones que establece la Convención. Asimismo, recuerdan que las resoluciones y sentencias de los órganos del sistema interamericano solo tienen efectos para las partes del litigio”. Y “(...) enfatizan la importancia del debido conocimiento y consideración de las realidades políticas, económicas y sociales de los Estados por parte de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En este marco, resaltan la necesidad de que las formas de reparación guarden una debida proporcionalidad y respeten tanto los ordenamientos constitucionales y jurídicos de los Estados, como las exigencias propias del Estado de Derecho”.

C. Cabe analizar si es posible aplicar esta doctrina de cara al interior de un estado federal, buscando resaltar y hacer hincapié en las particularidades propias de los estados locales que lo conforman. En esta tarea se suma la necesaria visión de un principio clave en todo federalismo como es el de subsidiariedad, entendido como una pauta interpretativa en la distribución de la competencia entre las distintas esferas gubernamentales, procurando en la medida de lo posible el respeto a la libertad del nivel de gobierno más cercano al destinatario de la decisión, y en una acción subsidiaria y solidaria cuando ese nivel –por causas objetivas– no pueda ejercer plena y eficazmente sus libertades y facultades para atender las responsabilidades a su cargo⁽¹⁰¹⁾.

En consonancia con la diversidad que caracteriza a toda federación, el margen de apreciación local se configura a través de las particularidades que se advierten en el ejercicio del poder constituyente local, en la apropiación por parte de cada estado provincial de sus competencias propias y el modo particular de volcarlas en sus respectivos textos constitucionales, sobre la base del respeto al piso mínimo normativo nacional.

Se pueden rescatar ejemplos importantísimos de esta labor dentro del campo jurídico, desde el ejercicio de poder constituyente en las provincias con anterioridad a la conformación del estado federal en la Constitución de 1853, empezando en 1819 con la primera constitución provincial adoptada por Santa Fe; pasando por la recepción en germen del constitucionalismo social que se vislumbra en las constituciones de Tucumán de 1907 y de Mendoza de 1910 y 1916, Santa Fe de 1921, San Juan de 1927, entre otras. Más cercanamente, los avances en materia de autonomía municipal en las constituciones de Mi-

(93) Así lo expresó, por ejemplo, en sus votos en los casos “Aranibia Clavel” (24/08/2004), “Simón” (14/06/2005), “Mazzeo” (13/07/2007), “Derecho, René Jesús” (29/11/2011). También Boggianno en el caso “Espósito”, de diciembre de 2004, hizo referencia al margen de apreciación nacional y señaló que dicho margen de apreciación debe ser usado por los tribunales nacionales para hacer efectivo el deber de investigación y sanción de los responsables de violaciones a derechos humanos, y que en función de su aplicación no sería posible adoptar disposiciones de imprescriptibilidad alejadas de aquellas que integran el orden jurídico argentino (Considerando 15).

(94) CSJN, “Acosta, Jorge Eduardo y otros”, 8/05/2012, apartados IV y V del Dictamen Fiscal que señaló: “Según el derecho interamericano, las únicas decisiones de los órganos de protección del sistema interamericano que son obligatorias para los Estados son las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana, y ello, por un lado, en los términos del art. 68.1 de la Convención Americana, y, por el otro, siempre y cuando esas sentencias no impongan una medida que implique desconocer derechos fundamentales del orden jurídico interno” (cf. dictámenes en las causas D. 1682, XL, “Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción”, del 1º de septiembre de 2006, publicado en Fallos: 330:3074; C. 1495, XLIII, “Castañeda, Carlos s/ sustracción y destrucción de medios de prueba”, del 9 de marzo de 2009, y, especialmente, “Carranza Latrubesse”, ya citada), criterio éste similar al reconocido, por otra parte, por la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán respecto de las sentencias contenciosas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cf. Bundesverfassungsgericht, Segundo Senado –2 BvR 1481/04–, sentencia del 14 de octubre de 2004).

(95) CSJN, 14/02/17, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

(96) Continúa señalando en el Considerando 5º citado: “A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional –sea de fuente normativa o jurisprudencial– sobre el ordenamiento constitucional”. Esta interpretación es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina, tal como supo exponerlo Joaquín V. González: “[...] un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional, cambiar la forma de gobierno, suprimir una provincia o incorporar otras nuevas, limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno, desintegrar social o políticamente al territorio; restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros, ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos (...) En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el art. 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional” (Joaquín V. González, Senado de la Nación, Diario de Sesiones, sesión del 26 de agosto de 1909, volumen IX, pág. 52).

(97) Gregorio Badeni, “El caso Simón y la supremacía constitucional”, LL 2005-D-639. También, en su “Tratado de Derecho Constitucional”, tomo I, 3era. ed., La Ley, Bs. As., 2010, págs. 358 y ss.

(98) Horacio Rosatti, “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, LL 2012-A, 911.

(99) Horacio Rosatti, “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, ob. cit.

(100) <https://repositorio.uca.edu.ar/biistream/123456789/8628/1/declaracion-sobre-sistema-interamericano.pdf> (consultado el 24/06/2024).

(101) Pablo M. Garat, “El federalismo como expresión del principio de subsidiariedad”, en Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Tucumán, 2013. También, en “El federalismo como nuestro programa de Estado en el Siglo XXI”, Fundación Ciudadidad, 25 de junio de 2013. Explica con acierto Frías: “[...] la subsidiariedad es atribuir la gestión administrativa al nivel de gobierno más bajo y más cercano del usuario, si es apropiado. Deriva de la doctrina social católica, es un principio democratizador por excelencia, porque baja obras y servicios a las bases sociales. Subsidiariedad quiere decir que las responsabilidades deben asignarse a los particulares antes que al Estado, al municipio antes que a la provincia, a la provincia antes que a la Nación” (Pedro J. Frías, “El proceso federal argentino, su situación actual. Autonomía y dependencia”, en Antonio M. Hernández, “Derecho Público Provincial, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2008, pág. 114).

siones y Neuquén de mediados del siglo XX, hasta el movimiento constituyente que se inicia en 1986, que da cabida a las incorporaciones de los derechos y garantías de tercera generación, los mecanismos de democracia semi-directa, el fortalecimiento de las autonomías municipales, la institucionalización del Ministerio Público, Tribunal de Cuentas, Fiscalía de Estado, Consejo de la Magistratura, jurados de enjuiciamiento, entre otras disposiciones⁽¹⁰²⁾.

La interpretación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Nacional es rica y valiosa en la configuración del margen de apreciación local referido. Desde fallos de fines del siglo XIX hasta los casos “Castillo” (2017), “Shi Jinchui” (2021) y el de las festividades en la provincia de Mendoza (2022)⁽¹⁰³⁾, se encuentran importantes definiciones jurisprudenciales en defensa de las particularidades locales. Con matices, se observa una línea creciente desde la reafirmación de la autonomía provincial y las potestades locales hasta las decisiones recientes donde se apela expresamente al margen de apreciación para defender las particularidades propias y características de la autonomía provincial e incluso municipal.

VII. Puentes dialógicos entre el derecho internacional y el derecho interno

A partir del análisis efectuado cabe formular algunas apreciaciones buscando materializar la construcción de puentes dialógicos entre el derecho internacional de los derechos humanos y su inserción en el ordenamiento interno argentino.

A. Acceso al conocimiento y la capacitación: oficina de convencionalidad

Como primer punto, se impone marcar la necesidad de brindar herramientas ágiles y comprensibles de acceso al citado *corpus iuris interamericano* y al acervo jurisprudencial y consultivo de la Corte IDH como de la Comisión IDH, a modo de respuesta a consideraciones críticas formuladas⁽¹⁰⁴⁾, más la capacitación permanente de los integrantes de los estados federales tanto en visión horizontal (involucrando a los distintos órganos del poder) como vertical (en relación a la distribución del poder en el territorio) en el acervo interamericano.

Ello supondría poner a disposición de los distintos niveles de gobierno las reglas interpretativas que emanan de las decisiones interamericanas, las pautas generales establecidas en defensa de los derechos humanos, a fin de articular debidamente la tarea de los órdenes internos. Ello a través de la creación de la *Oficina de Convencionalidad*, propuesta esbozada en anteriores trabajos⁽¹⁰⁵⁾, cuyo objeto sería el estudio, análisis, comunicación y difusión del acervo normativo, la *ratio decidendi* –razón para decidir–, del *holding* –lo que específicamente resuelve sobre un tema–, del *dictum* y los *obiter dictum* –las cuestiones principales y las accesorias– de cada sentencia de la Corte

(102) Ver, entre otros, a María Gabriela Ábalos, “Aproximaciones al margen de apreciación local en la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho, abril de 2024, no. 4.

(103) Ver el comentario de María Gabriela Ábalos, “Neutralidad religiosa en la educación pública versus tradiciones históricas y culturales en el margen de apreciación local”, en LL 19 de octubre de 2022, 1.

(104) Señala con acierto Thury Cornejo que el principal problema que plantea la jurisprudencia de la CIDH es el de la determinación del *holding* de las sentencias dado por la longitud de las mismas y por la tendencia del Tribunal a expedirse sobre un gran número de cuestiones. Por otra parte, el modo en que la jurisdicción de la Corte se ejerce –a instancias de la Comisión, en un número reducido de casos por año– hace que su cuerpo jurisprudencial tenga dos características particulares: a) una desigual conformación temática (v. gr., hay artículos de la Convención y temas sobre los cuales la CIDH se ha pronunciado en varias oportunidades –por ejemplo, leyes de amnistía– y otros en los que ha sido muy escaso, por ejemplo, derecho de propiedad); b) dentro de un mismo tema, suele haber pocas sentencias diferentes, lo que hace que existan aspectos del tema que no han sido tocados y que dificultan la aplicación de la misma a casos con supuestos fácticos y jurídicos diferentes a los planteados ante la Corte Interamericana. (Valentín, Thury Cornejo, “La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Suplemento de Derecho Constitucional de ED 22/03/2012, nro 12.963).

(105) Ver, de María Gabriela Ábalos, “El acatamiento de decisiones convencionales por parte de los tribunales provinciales: hacia la oficina de convencionalidad”, en Jurisprudencia Argentina, número especial, noviembre de 2014, Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional; también, “Herramientas interpretativas a partir del control de convencionalidad”, en Revista Mendoza Legal, del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza, Año 9, Revista no. 23, julio de 2015.

IDH y de las recomendaciones e informes de la Comisión, a fin de clarificar los estándares que resulten de los mismos al servicio de la tarea legislativa, ejecutiva, judicial y de las demás autoridades públicas, como del sector privado, tanto nacionales como subnacionales, para que lleven a cabo el control de constitucionalidad enriquecido por el de convencionalidad en línea con el sistema interamericano. A su vez, esta Oficina permitiría clarificar los estándares comunes para enmarcar, en su caso, la aplicación del margen de apreciación nacional.

B. Armonización de los controles de constitucionalidad y de convencionalidad

En segundo lugar, el control de convencionalidad debería ser entendido como un complemento necesario del control de constitucionalidad local⁽¹⁰⁶⁾. Lo expuesto supone que las autoridades públicas en general sean nacionales como subnacionales a la hora de sancionar una norma legal⁽¹⁰⁷⁾ y/o reglamentaria⁽¹⁰⁸⁾, analicen la constitucionalidad enriquecida con la convencionalidad, de forma tal que, en la faz constructiva, el ordenamiento jurídico en su totalidad se ajuste a la Constitución Nacional en sintonía con el derecho internacional de los derechos humanos.

De la misma forma, en el ejercicio puntual del control judicial de constitucionalidad, la judicatura, tanto federal, nacional y provincial, debería elegir en cada caso la norma que ampare de modo más amplio los derechos involucrados. En esta inteligencia, debería superarse la discusión en torno a si prevalece el control de constitucionalidad sobre el de convencionalidad o a la inversa, para entender que ambos controles deben complementarse en aras a permitir que las autoridades nacionales y subnacionales opten por la norma más beneficiosa para la protección de los derechos involucrados.

C. Margen de apreciación nacional en diálogo bidireccional

En tercer lugar, el margen de apreciación nacional debería fortalecer la instancia de diálogo entre el ordenamiento local y las esferas internacionales. Ello así dado que la mayor viabilidad de cumplimiento de una decisión interamericana⁽¹⁰⁹⁾ se encuentra vinculada a las posibilidades que brinda el sistema jurídico propio del estado condenado. De ahí que el margen de apreciación nacional podría ser una herramienta útil a tal fin. Ello supondría reforzar un diálogo en dos direcciones; por un lado, desde la instancia interamericana, con el análisis previo del ordenamiento interno del estado que será condenado y, con esa revisión, disponer las reparaciones correspondientes con la indicación de las opciones a adoptar dentro de dicho ámbito⁽¹¹⁰⁾. Cabe referir que esta formulación se materializa en el párrafo 21 de la Resolución de Supervisión de sentencia del 18 de octubre de 2017 de la Corte IDH en el caso “Fontevicchia” ya analizada, y que obtuvo su res-

(106) María Gabriela Ábalos, “Control de Constitucionalidad y de convencionalidad: su imprescindible armonización”, en “Derechos humanos y control de convencionalidad”, Mario A. R. Midón, director; Carlos D. Luque, compilador, Ed. Contexto, Resistencia, Chaco, abril de 2016, págs. 125/167.

(107) María Gabriela Ábalos, “Actualidad y perspectivas del control de convencionalidad de las leyes”, en “La revisión constitucional de las leyes y el control judicial de la Administración Pública. Principios y tendencias”, Daniel Fernando Soria, director, Dossier Multimedia, SCBA Ediciones, Dirección de Comunicación y Prensa, Instituto de Estudios Judiciales, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, noviembre 2022, págs. 98/104 (https://www.scba.gov.ar/institucional/Rev_Const_Leyes.pdf).

(108) Pablo Gutiérrez Colantuono, “Control de Convencionalidad en la Administración Pública”, Ed. Astrea, Bs. As., 2022. También, Lucas L. Moroni Romero, “Del control de constitucionalidad al control de convencionalidad. El control de convencionalidad ejecutivo y administrativo”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2023, entre otros.

(109) Ver las reflexiones y datos estadísticos en Andrés Rousset Siri, A., “Ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Ed. Ediar., Bs. As., 2018; también, ver Susana Albanese, coordinadora, “Incumplimiento de sentencias internacionales”, Ed. Ediar, Bs. As., 2018, entre otros.

(110) Víctor Bazán, “Control de convencionalidad. Influencias jurisdiccionales recíprocas”, La Ley 04/04/2012, 1, LL 2012-B, 1027; del mismo autor, “El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial”, en Sup. Act. La Ley 01/02/2011, 1. También, María Sofía Sagüés, “Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino”, en “Control de Convencionalidad”, Max-Planck-Institut, 2017, entre otros. Osvaldo Gozaíni, “El impacto de la jurisprudencia internacional en el derecho interno”, en Susana Albanese (coord.), “El control de convencionalidad”, Ed. Ediar, Bs. As., 2008, pág. 81; del mismo autor, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad”, Ed. Nueva Jurídica, Colombia, 2017.

puesta en el cumplimiento que hizo su par argentina con la Resolución 4015 del 5 de diciembre del mismo año. Por otro lado, también se impone una carga expresa para los estados partes, quienes, frente a decisiones interamericanas condenatorias cuyo cumplimiento es obligatorio, no pueden oponer una respuesta negativa, por el contrario, deberían revisar primeramente las opciones habilitadas por su ordenamiento interno, y en función de ellas, cumplir con las reparaciones impuestas⁽¹¹¹⁾.

Ya lo decía Sagüés, hace falta contar con resoluciones de la Corte Interamericana que sean sin hesitación intrínsecamente razonables y justas, y, al mismo tiempo, hábiles y prudentes, para que alcancen sus fines básicos (la custodia de los derechos humanos) mediante los caminos procesales más adecuados según el contexto existente. Ello así dado que hace a la estrategia y política judicial del Tribunal imaginar las rutas más eficaces para lograr sus objetivos en función de la meta de proteger el derecho vulnerado⁽¹¹²⁾.

Este diálogo bidireccional que se sustenta en la aplicación razonable del margen de apreciación nacional plantea exigencias tanto para la instancia interamericana como para los gobiernos nacionales y subnacionales, se encontraría en línea con lo solicitado en 2019 por la Argentina⁽¹¹³⁾, sobre la base de la necesaria e ineludible obligación de dar cumplimiento a las decisiones condenatorias.

D. Reglamentación del cumplimiento de decisiones interamericanas condenatorias

En cuarto lugar, se propone la sanción, por parte del Congreso –ámbito democrático, plural y de representación federal–, de una norma que disponga los mecanismos internos a llevarse a cabo en caso de condena interamericana, formulando vías de cumplimiento específicas según se trate de cada órgano del estado nacional como, asimismo, de los gobiernos subnacionales.

De esta forma, a través de una norma legal se reglamentaría el camino a seguir frente a resoluciones de la Corte IDH como, también, a recomendaciones de la Comisión IDH contra la Argentina. En el ámbito interno, ello fortalecería la seguridad jurídica y la previsibilidad en torno al acatamiento dentro de las opciones habilitadas por el ordenamiento local, y en el ámbito interamericano, garantizaría el cumplimiento de las reparaciones impuestas.

En particular, si se tratase de una decisión judicial emanada de la Corte Suprema, la cual fuese declarada inconvencional por la instancia interamericana, se podría crear un recurso específico que, respetando el derecho de defensa de las partes involucradas en la sentencia local en caso de posible afectación, permitiera al Tribunal Supremo tomar las medidas acordes al derecho interno en una interpretación conforme, como, por ejemplo, las adoptadas en el caso “Ministerio”.

Ahora bien, si se tratara de una decisión que involucrase a algún gobierno subnacional⁽¹¹⁴⁾ podría preverse, por un lado, su participación obligatoria en el armado de la estrategia defensiva del Estado Nacional en sede internacional, y, por otro lado, frente a una sanción pecuniaria, prever el mecanismo de repetición, siempre que la responsabilidad subnacional fuese exclusiva, reteniendo mensualmente un porcentaje de la coparticipación a su favor. Ahora bien, frente a otro tipo de condena, como la adecuación de la normativa provincial, correspondería fijar un plazo prudencial para que arbitre los mecanismos legislativos o administrativos para proceder a la modifica-

ción marcada por la decisión interamericana, bajo la misma consecuencia pecuniaria, es decir, afectando porcentajes de coparticipación; ello así, dado que la posibilidad de proceder a una intervención federal resultaría demasiado gravosa para el ordenamiento local.

E. Principio articulador: subsidiariedad

En quinto lugar, la referencia al principio común, tanto en la vinculación del ámbito internacional con el nacional, como del estado federal con los subnacionales. La subsidiariedad⁽¹¹⁵⁾ es clave como nexo comunicante y articulador entre los distintos órdenes referidos. En clave interamericana, los estados son los principales y primeros responsables de la protección de los derechos humanos, y desde la visión federal, los estados subnacionales tienen amplitud en el reconocimiento y protección de derechos sobre la base del mínimo impuesto en forma uniforme desde la esfera nacional.

En este sentido, el principio de subsidiariedad supone, en el primer supuesto, la articulación entre el plexo normativo internacional de derechos humanos y la pluralidad de contextos nacionales sobre la base del accionar responsable y diligente de los estados que garantizan la efectividad de los derechos para evitar ser sometidos a una instancia internacional. Mientras que, en el segundo supuesto, de cara a los gobiernos subnacionales, exige por parte de la esfera nacional el respeto a las particularidades locales en la configuración de sus competencias y recursos, respetando el piso mínimo de derechos reconocido por el ordenamiento nacional que puede ser ampliado y enriquecido por las esferas provinciales.

Se exige responsabilidad y diligencia en el rol principal y primario que conlleva el principio de subsidiariedad para los estados nacionales y para los subnacionales. Son ellos los guardianes primarios de los derechos y garantías constitucionales y convencionales, buscando la eficaz protección de la dignidad de las personas en el respeto a la diversidad tanto nacional como subnacional, y así evitar la intervención de la jurisdicción internacional en el primer caso, tanto así como de la nacional en el segundo.

F. Interpretación conforme bajo el principio pro persona

A modo de cierre, se pone de resalto la importancia de la “interpretación conforme”⁽¹¹⁶⁾ de la norma nacional, y también de las subnacionales, en línea con la Convención ADH, sus protocolos y la jurisprudencia convencional como base fundante de las formulaciones antes referidas. Ello exige como presupuesto previo el imprescindible acceso, conocimiento, capacitación de los distintos órganos del estado y niveles de gobierno como, asimismo, de los operadores del derecho en general del acervo interamericano, lo cual se articularía a través de la propuesta de la Oficina de Convencionalidad.

Esta modalidad de coordinación tiene como base la defensa del principio pro persona que obliga, por un lado, a buscar la norma más protectora, ya sea de fuente inter-

(111) Así lo expusimos en “Control de convencionalidad y margen de apreciación nacional: herramienta para la eficacia del Sistema Interamericano”, en libro de ponencias de las Terceras Jornadas Rioplatenses de Derecho Constitucional, Osmar D. Buyatti, Librería Editorial, Bs. As., octubre de 2022, págs. 296 a 310.

(112) Néstor Pedro Sagüés, “¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema nacional deje sin efecto una sentencia suya?”, en ED, Tomo 272, 437, del 4/04/2017.

(113) Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos formulada por la Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay, abril de 2019, punto “5. Enfatizan la importancia del debido conocimiento y consideración de las realidades políticas, económicas y sociales de los Estados por parte de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. En este marco, resaltan la necesidad de que las formas de reparación guarden una debida proporcionalidad y respeten tanto los ordenamientos constitucionales y jurídicos de los Estados, como las exigencias propias del Estado de Derecho”.

(114) María Gabriela Ábalos, “Las decisiones convencionales y los tribunales de justicia provinciales”, en libro de ponencias “II Jornadas de Investigación en Derecho”, Facultad de Derecho, Área de Ciencia y Técnica, Universidad Nacional de Cuyo, noviembre de 2016, págs. 11/20.

(115) Mauricio Iván del Toro Huerta, “El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano”, Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2496/7.pdf>) (consultado el 24/06/2024); también, Carlos A. Gabriel Maino, “El carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, Universidad y Sociedad, 11(1), 2019, págs. 350/358. Recuperado de <http://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/>; Georgina Vargas Vera, “La aplicación del Principio de Subsidiariedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: avances y retos”, Revista Iuris Dicio 21, 2018 (<https://doi.org/10.18272/iu.v21i21.1140>) (consultado el 24/06/2024).

(116) Supone una interpretación de la Constitución conforme a la Convención, por lo que, si una cláusula de una constitución nacional (o una norma subconstitucional), permite, por ejemplo, dos o tres interpretaciones, el operador deberá preferir la que coincida, y no la que se oponga, a la Convención referida. A contrario sensu –concluye Sagüés–, ello significa que se deberán desechar las interpretaciones de la norma constitucional o subconstitucional que resulten incompatibles con la Convención o con la interpretación dada a esta última por la Corte Interamericana, de ahí que se hable de una “Constitución convencionalizada”. (Néstor P. Sagüés, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile - Universidad de Talca, Año 8, Núm. 1, 2010, p. 131). Por su parte, Hitters habla de la “Constitución internacionalizada”, en Juan Carlos Hitters, “La Constitución Argentina reformada en 1994 y los Tratados sobre Derechos Humanos (Incidencia actual)”, en Revista Pensar Jus Baires, 2/12/2014 (<https://pensar.jusbaires.gob.ar/ver/nota/70/>); Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Estudios Constitucionales, Año 9, Nro. 2, 2011, pág. 535.

nacional, nacional o local y, por otro lado, a arribar a la interpretación que resulte acorde con las normas convencionales. Bien recuerda Carpizo que dicho principio, en su variante de preferencia normativa y de interpretación conforme, posibilita superar el criterio de interpretación jerárquica y atender a la regla que mayor beneficio otorgue a la persona, pero ello también se aplica a las instancias internacionales, quienes, en todo momento, deberán atender a los cambios sociales que experimenta la región y, en cada caso, aplicar la norma que más ventajas ofrezca o reconozca al ser humano, con independencia de que sea nacional o internacional o provenga de una interpretación interna o externa⁽¹¹⁷⁾.

(117) Enrique Carpizo, "El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos", *Boletín Mexicano de*

De esta forma, hablaremos con certeza de las "constituciones convencionalizadas" y/o "internacionalizadas" tanto para referirnos a la nacional como a sus pares provinciales.

VOCES: CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO - DERECHOS HUMANOS - PERSONA - ORGANISMOS INTERNACIONALES - TRATADOS INTERNACIONALES - SENTENCIA - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO CONSTITUCIONAL - ESTADO NACIONAL - DERECHO POLÍTICO - TRATADOS Y CONVENIOS - PODER JUDICIAL

Derecho Comparado, México, año XLVI, núm. 138, septiembre-diciembre de 2013, pp. 939-971, <https://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v46n138/v46n138a3.pdf>.

La evolución del derecho a un medioambiente sano. La regulación ambiental en la reforma de 1994 y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

por MARCELA I. BASTERRA

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL ARGENTINO ANTES DE LA REFORMA DE 1994. – 3. EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL EN MATERIA AMBIENTAL. – 4. LA REFORMA DE 1994: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO AL MEDIOAMBIENTE SANO. 4.1. EL DERECHO AL AMBIENTE COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO. 4.2. OBJETIVOS DE LA POLÍTICA AMBIENTAL FIJADOS POR EL CONSTITUYENTE DE 1994. 4.3. LEGISLACIÓN REGLAMENTARIA DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL. – 5. LA REGULACIÓN DEL DERECHO AL AMBIENTE EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. 5.1. LA NORMATIVA INTERAMERICANA. 5.2. LA JURISPRUDENCIA AMBIENTAL DE LA CORTE INTERAMERICANA. 5.2.1. El fallo “*Habitantes de la Oroya vs. Perú*”. – 6. CONCLUSIONES.

1. Introducción

La existencia de un medio ambiente sano y equilibrado es una condición indispensable para el disfrute efectivo de los derechos humanos, especialmente para asegurar a la población el derecho a condiciones de vida dignas, como la salud, la alimentación adecuada y el acceso al agua potable.

Durante muchos años, el ser humano vivió en el planeta sin cuidarlo, utilizando sus recursos sin limitaciones y explotándolos al máximo sin considerar el daño causado. Esto generó altos niveles de contaminación del suelo, aire y agua, comprometiendo el desarrollo humano tanto de las generaciones actuales como de las futuras.

Paulatinamente, los gobiernos comenzaron a tomar conciencia sobre la importancia de preservar el ecosistema. Las autoridades comprendieron que era esencial garantizar un equilibrio básico entre la utilización de los recursos naturales y los métodos de producción necesarios para asegurar el progreso de la humanidad. Así, el medio ambiente empezó a ser visto como un bien jurídico sujeto a una protección especial⁽¹⁾.

A partir de la década de 1970, la comunidad internacional empieza a entender que la promoción de los derechos humanos obliga también a proteger el medio ambiente. De esta forma, se reconoce que la tutela ambiental integra los derechos de “*tercera generación*” y posee una dimensión tanto individual como colectiva, formando parte del plexo integral de los derechos de la persona humana.

Tal como reconoce Nogueira Alcalá⁽²⁾, el derecho ambiental estatal e internacional surge como una forma de preservar la naturaleza para el desarrollo del género hu-

mano, compatibilizando el desarrollo económico y social con la preservación básica del entorno o medio ambiente.

Bajo esta lógica de análisis, se constata que el daño ambiental obstaculiza el ejercicio de los derechos humanos; por lo tanto, sin un entorno saludable es imposible vivir en condiciones mínimas de dignidad humana. En consecuencia, la preservación ambiental se considera una condición *sine qua non* para el pleno disfrute de los derechos humanos. A través de una visión integradora, el derecho ambiental y los derechos humanos se califican como derechos complementarios⁽³⁾.

A partir de esta evolución en el derecho internacional, los ordenamientos jurídicos comenzaron a incorporar una sólida protección ambiental, de modo tal que el derecho a un medio ambiente sano se volvió exigible judicialmente. Siguiendo esta línea de ideas, en nuestro país se reconoce que el ambiente, según los lineamientos constitucionales incorporados por la reforma de 1994, no es un objeto destinado exclusivamente al servicio del hombre, apropiable según sus necesidades y la tecnología disponible. Su protección impone deberes positivos para los Estados, traducidos en la implementación de medidas y obras en defensa del ambiente⁽⁴⁾.

Teniendo en cuenta estas directrices, en el presente trabajo buscaremos examinar, en primer lugar, la manera en que la preservación del ambiente fue abordada en Argentina en la Constitución histórica de 1853/60, para luego indagar en las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994 que ubicaron al medio ambiente como un bien jurídico sujeto a una protección especial. Finalmente, analizaremos el marco legislativo ambiental que se ha desarrollado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con especial atención a la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana.

2. La protección del ambiente en el ordenamiento nacional argentino antes de la reforma de 1994

Los ordenamientos jurídicos han tratado de regular la protección ambiental desde diversos ángulos, principalmente utilizando el instrumento jurídico de más alto rango normativo; la Constitución.

La Constitución de 1853/60 no incorporó expresamente un conjunto de normas ambientales, lo cual constituye una circunstancia lógica para un texto constitucional adoptado dentro del movimiento constitucional liberal producido a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX.

Sin embargo, coincido con Manili⁽⁵⁾ en que, en cierta medida, la preservación ambiental se encontraba presente en el plano infraconstitucional argentino. Desde los comienzos de la organización institucional, Argentina adoptó ciertas normas que tutelaban el medio ambiente, como por ejemplo el artículo 2618 del Código Civil⁽⁶⁾.

Incluso autores como Dalla Vía y López Alfonsín⁽⁷⁾ consideran que la protección del medio ambiente podía derivarse, en forma implícita, a partir de lo normado en el artículo 33 de la Constitución Nacional, considerándose como un derecho no enumerado.

Lo cierto es que, a pesar de la existencia de estas normas ambientales aisladas, nuestro ordenamiento jurídi-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *La tutela judicial efectiva al derecho de acceso a la información pública*, por IRIDE ISABEL MARÍA GRILLO, ED, 256-825; *Sobre el derecho al ambiente de las generaciones futuras y sus alcances*, por GUILLERMO N. WALTER, ED, 2016-410; *Perspectivas del derecho ambiental*, por EDUARDO ANDRÉS PIGRETTI, ED, 264-915; *El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, por MARCELO TRUCCO, ED, 268-880; *Estándares de prueba y decisión judicial en materia de derecho ambiental y tutela preventiva del Código Civil y Comercial de la Nación*, por DIEGO EXEQUIEL VALENZUELA, ED, 273-1095; *Enclave ecoindustrial*, por PAOLA KARINA PODRECCA, ED, 279-556; *El derecho ambiental y los derechos humanos, su relación y evolución a la luz de la OC-23/17*, por NATALÍ HAIDAR, ED, 279-969; *El derecho al acceso a la información pública ambiental en la Argentina bajo la interpretación de la Opinión Consultiva OC-23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, por BRUNO PILEGGI, ED, 280-954; *Consideraciones acerca del desarrollo sustentable y la dignidad humana en un mundo azotado por la crisis ambiental*, por NATALÍ ALDANA HAIDAR GONZÁLEZ, ED, 283-955; *Derecho Ambiental y Sustentable, en búsqueda de una transformación para alcanzar el Desarrollo Sostenible*, por ALEJANDRO FERNÁNDEZ, Derecho Ambiental y Sustentabilidad, Septiembre 2021 - Número 3; *El estado de la normativa ambiental en Argentina. Perspectivas regulatorias y deudas notorias*, por SANTIAGO J. ALONSO, Derecho Ambiental y Sustentabilidad, Junio 2022 - Número 2. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Manili, Pablo Luis, Constitución de la Nación Argentina. Comentada, anotada y concordada con los tratados de derechos humanos, Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tomo I, 2023, p. 629.

(2) Nogueira Alcalá, Humberto, Revista Jurídica Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental de la Fiscalía del Medio Ambiente (FI-MA). Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, Chile, 2009, p. 467.

(3) Calderón Gamboa, Jorge, “Medio ambiente frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una ventana de protección”, en Cañedo Trindade, Antônio Augusto y Barros Leal, César (Coords.) *Derechos Humanos y Medio ambiente*, Expressão Gráfica e Editora, Fortaleza, 2017, p. 105 y siguientes.

(4) CSJN, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, sentencia del 01/12/2017, considerando 3.

(5) *Ibidem*, p. 282.

(6) La mencionada disposición establecía “*Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquellas (...)*”.

(7) Dalla Vía, Alberto R. y López Alfonsín, Marcelo A., Aspectos constitucionales del medio ambiente, Buenos Aires, Estudio, 2004, p. 18.

co no incorporaba una protección ambiental, ni con los objetivos ni fundamentos con los que se desarrollaría exhaustivamente a partir de la reforma constitucional de 1994.

En el derecho constitucional provincial, con anterioridad a la reforma de 1994, algunas cartas provinciales sí preveían expresamente la protección del derecho al ambiente, lo que fue especialmente tenido en cuenta por los constituyentes nacionales. A modo de ejemplo, podemos señalar el artículo 265 de la Constitución de Río Negro de 1988 que reconoce a los habitantes el derecho a gozar de un medio ambiente sano⁽⁸⁾, o el artículo 265 de la Constitución de Catamarca de 1988⁽⁹⁾. Recogiendo los máximos estándares internacionales, la Constitución de Formosa en 1991 recepitó el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona humana, siendo una obligación de los poderes públicos la protección del ecosistema y de los recursos naturales⁽¹⁰⁾.

3. El marco normativo internacional en materia ambiental

Antes de proceder a analizar los lineamientos constitucionales incorporados por la reforma constitucional, considero importante abordar el contexto internacional que regía en materia ambiental en este momento.

A partir de 1972, a nivel internacional comenzó un proceso de expansión del constitucionalismo ambiental que se replicó en las constituciones latinoamericanas, recepitándose así ideas sobre protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible.

Luego de la Declaración de Estocolmo de 1972⁽¹¹⁾, entre 1972 y 1999, 16 (dieciséis) Estados Latinoamericanos redactaron nuevas Constituciones y otros varios Estados reformaron artículos constitucionales incorporando disposiciones ambientales. A partir de este momento histórico, el constitucionalismo ambiental latinoamericano estaría influenciado por el Derecho Internacional Ambiental.

Así ha ocurrido con las Constituciones de Panamá (1972); Cuba (1976); Perú (1979, reformada en 1993); Ecuador (1979, reformada en 1998); Chile (1980); Honduras (1982); El Salvador (1983); Guatemala (1985); Haití (1987); Nicaragua (1987); Brasil (1988); Colom-

(8) Constitución de Río Negro, publicada en el B.O. Provincial el 13/06/1988, incorpora la sección séptima titulada "Política Ecológica" y en el título "defensa del medio ambiente" prescribe que "Todos los habitantes tienen el derecho a gozar de un medio ambiente sano, libre de factores nocivos para la salud, y el deber de preservarlo y defenderlo" (artículo 84).

(9) Constitución de Catamarca, publicada en el B.O. Provincial el 07/09/1988, artículo 265 "El Estado provincial asegura la conservación, enriquecimiento y difusión del patrimonio cultural, lingüístico, literario, arqueológico, arquitectónico, documental, artístico, folklórico, así como paisajístico en su marco ecológico. Es responsable de los bienes que lo componen y creará el catastro de bienes culturales".

(10) Constitución de Formosa, sancionada y promulgada el 03/04/1991, prescribe en el artículo 38 "Todos los habitantes tienen derecho a vivir en un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona humana, así como el deber de conservarlo. Es obligación de los poderes públicos proteger el medio ambiente y los recursos naturales, promoviendo la utilización racional de los mismos, ya que de ellos dependen el desarrollo y la supervivencia humana. Para ello se dictarán normas que aseguren: 1) El mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales, la preservación de la diversidad genética, y la protección, recuperación y mejoramiento del medio ambiente. 2) La compatibilidad de la planificación económica, social y urbanística de la Provincia con la protección de los recursos naturales, culturales y del patrimonio histórico y paisajístico. 3) La absoluta prohibición de realizar pruebas nucleares, y el almacenamiento de uranio o cualquier otro mineral radiactivo y de sus desechos, salvo los utilizados en investigación, salud y los relacionados con el desarrollo industrial, cuya normativa se ajustará a lo establecido por los organismos competentes. Todos los recursos naturales radioactivos, cuya extracción, elaboración o utilización puedan alterar el medio ambiente, deberán ser objeto de tratamientos específicos a efectos de la conservación del equilibrio ecológico. 4) El correcto uso y la comercialización adecuados de biocidas, agroquímicos y otros productos que puedan dañar el medio ambiente. 5) La protección de la flora y la fauna silvestre, así como su restauración. 6) El adecuado manejo de las aguas, tanto superficiales como subterráneas, protegiéndolas de todo tipo de contaminación o degradación, sea química o física. 7) La prevención y control de la degradación de los suelos. 8) El derecho de gozar de un aire puro, libre de contaminantes gaseosos, térmicos o acústicos. 9) La concientización social de los principios ecológicos. 10) La firma de acuerdos con la Nación, provincias o países limítrofes cuando se trate de recursos naturales compartidos. 11) La implementación de medidas adecuadas tendientes a la preservación de la capa de ozono".

(11) Esta Declaración fue el primer antecedente de relevancia en la materia, en el que se sintetizan diversos principios ambientales. En efecto, se reconoce que la protección y mejora del medioambiente es una cuestión trascendental que afecta el bienestar y el desarrollo económico.

bia (1991); Paraguay (1992); Argentina (1994); República Dominicana (1994) y Venezuela (1999).

En algunos casos, los principios de protección ambiental fueron introducidos por medio de reformas específicas a tales efectos, tal es el caso de México (reformada 1999); Costa Rica (modificada en 1994) y Uruguay (modificada en 1996). Así, en 1994 Bolivia modificó su carta fundamental incorporando como función esencial del Estado la promoción y garantía del aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras⁽¹²⁾.

El surgimiento del constitucionalismo ambiental, en esta región, tuvo como característica central que el ambiente ingresara en los textos constitucionales como un objeto constitucional autónomo a través de las "cláusulas ambientales". En esta primera etapa, estas disposiciones constitucionales apelaron a las ideas de "derecho a un ambiente sano y libre de contaminación" (artículo 118 de la Constitución de Panamá), "derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación" (artículo 19, inciso 8°, de la Constitución de Chile) o "derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado" (artículo 14 de la Constitución de Ecuador), sin adoptar la perspectiva de desarrollo sostenible que se recibiría posteriormente⁽¹³⁾.

En cambio, en la década del '90 los principales cambios constitucionales incorporaron explícitamente la idea del desarrollo sostenible; el deber, tanto del Estado así como de la sociedad en su conjunto, de proteger el medio ambiente. Introdujeron restricciones al ejercicio de derechos fundamentales con la finalidad de proteger el ambiente como correlato de lo anterior, y simultáneamente incorporaron el derecho a un medio ambiente apropiado garantizando su ejercicio. Finalmente se han ocupado de la conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, estableciendo las bases constitucionales para su consiguiente regulación legal⁽¹⁴⁾.

En la actualidad, la tendencia mayoritaria, casi unánime de las Constituciones, ya sean nacionales, estatales o provinciales, es la de reconocer como derecho constitucional el derecho a un medio ambiente sano.

Con esta lógica jurídica, en el seno de la Convención Nacional Constituyente se adoptó la reforma constitucional de 1994 con los lineamientos que analizaremos a continuación.

4. La reforma de 1994: la constitucionalización del derecho al medioambiente sano

La reforma constitucional de 1994 confirió al derecho al medio ambiente jerarquía constitucional al prescribir en el artículo 41 que "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo".

Según el informe de la Convención Nacional Constituyente de 1994, la necesidad de consagrar específicamente en nuestro texto constitucional los derechos ambientales era una temática poco cuestionada, ya que el estado actual del planeta requería tomar medidas y acciones adecuadas para su protección.

En su párrafo segundo, la norma establece las funciones estatales que son obligatorias y cuyo cumplimiento corresponde a cada jurisdicción, según sus respectivas competencias: a) proveer a la protección del derecho al ambiente definido en el primer párrafo; b) proveer a la utilización racional de los recursos naturales; c) proveer a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica y d) proveer a la información y educación ambiental.

El párrafo tercero dispone la distribución de la competencia normativa en relación a esas funciones estatales, entre la nación y las provincias al establecer que "Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias,

(12) Constitución Política del Estado de Bolivia, texto de 1967 reformado en 1994, artículo 9°, inciso 6.

(13) Sozzo, Gonzalo, La naturaleza como objeto constitucional: O cómo constitucionalizar la relación con la Naturaleza según América del Sur?, Estudios constitucionales, vol. 20, número especial, Santiago, 2022 p. 423.

(14) Amplese Guevara Palacios, Augusto M., "Algunos aspectos del medio ambiente en el derecho constitucional comparado", Suplemento "Actualidad" de la Revista Jurídica Argentina, La Ley, agosto 2004.

las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales”.

Finalmente, en el párrafo cuarto se prohíbe el ingreso al país de residuos tóxicos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos, lo que resulta una eficiente actuación de la regla ambiental de prevención en resguardo de los intereses nacionales, de tal modo que la República no pueda comprometerse a recibir desechos peligrosos o radioactivos no generados en el territorio nacional⁽¹⁵⁾.

Recorriendo la traza impuesta por la última reforma a la Constitución Federal, cabe apuntar que esta es la ocasión en que el concepto deber adquiere explícita enunciación en el texto supremo.

Asimismo, como resultado de la incorporación del derecho al ambiente sano en la Constitución Nacional surge la ecología como ciencia y se comienza a hablar de la conservación de los recursos naturales⁽¹⁶⁾.

Según Jiménez⁽¹⁷⁾, la reforma constitucional –al consagrar como norma constitucional la protección del entorno– ha impuesto, en primer lugar, un nuevo derecho de los habitantes, pero, además, un objetivo programático nacional que establece en definitiva un imperativo jurídico del cual se pueden derivar efectivas acciones para la tutela de este bien social⁽¹⁸⁾.

La modificación de 1994, tal como explica Quiroga Lavié⁽¹⁹⁾, introduce en nuestro ordenamiento el concepto de “estado ecológico de derecho”. Este término, surgido en Alemania, propone un desplazamiento del antropocentrismo dominante por el paradigma “ecocéntrico” basado en la solidaridad intergeneracional, como orientación global del modelo de sociedad al que se desea ajustar su desenvolvimiento actual y futuro. Se explica que “Esta conceptualización del Estado Ecológico de Derecho es la última etapa del Estado de Bienestar y se convierte en una pauta interpretativa de jerarquía constitucional para desentrañar el sentido de la propia constitución y de todo el derecho infraconstitucional”⁽²⁰⁾.

4.1. El derecho al ambiente como bien jurídico tutelado

Como hemos expresado anteriormente, a partir de la reforma constitucional de 1994 se genera una concepción desde la cual el hombre es parte del medioambiente y, por lo tanto, se concibe la posibilidad de prevenir y resarcir el daño ambiental, independientemente de la afección individual que cada individuo pueda sufrir.

Es posible sostener que “el bien jurídico tutelado” por el derecho ambiental “es la calidad de vida”, no solo referida a buenos servicios públicos, sino también a los aspectos relativos a los derechos del consumidor en general. Así, la fórmula “calidad de vida” se ha convertido en una especie de complemento necesario del medio ambiente. El ámbito del medio ambiente representa el marco indispensable para el mantenimiento y la mejora de la calidad de vida.

Además, a partir de la lectura del artículo 41, se observa que uno de los objetivos de la Carta Magna es tutelar el ambiente en su relación con la calidad de vida de sus habitantes, destacándose el vínculo existente entre la tutela de la salud y la tutela ambiental.

Finalmente, claro está que la calidad de vida de una comunidad depende en gran medida de la calidad de los servicios con los cuales cuenta; a mejores servicios corresponde, sin lugar a dudas, un nivel de vida más elevado.

Es preciso tener en cuenta que al referirnos al daño al medio ambiente no se describe a un daño concreto derivado de una conducta, sino que se refiere a un daño potencial, ya que no solo se trata de la aplicación de un

“remedio” sino de la prevención del mismo, es decir, de evitar que se produzcan los daños para no tener que “remediarlos”. Con ello se presentan los estudios tendientes a evaluar los posibles daños que se pueden generar con el desarrollo de distintas actividades. La ciencia y la tecnología permiten adelantarse a los resultados y prevenir los potenciales agravios que pudieran ocurrir mediante los Estudios de Impacto Ambiental (EIA).

Los Estudios de Impacto Ambiental son el mecanismo legal para prevenir los potenciales daños al medio ambiente. Se exigen antes del inicio o durante la continuación de la actividad y, tienen por objeto comprobar los efectos nocivos que una actividad pueda provocar sobre el ambiente.

La normativa constitucional se presenta como un intento de contemplar globalmente los distintos planos de incidencia de la temática ambiental. Su orientación es dinámica en cuanto que la política medioambiental se dirige a posibilitar el pleno desarrollo de la persona y la calidad de vida, que marcan su horizonte teleológico. Además, supone un planteamiento positivo en cuanto entraña directrices básicas de acción tendientes no solo a conservar y defender, sino también a mejorar, y en su caso, restaurar el medio ambiente. Implica, por último, una concepción concreta de la interacción existente entre el hombre y el ambiente, a través del cual se tienen en cuenta los sujetos históricos que operan en un determinado medio en el que desarrollan su personalidad⁽²¹⁾.

Coincidimos con García Minella⁽²²⁾, en que quien adhiera al modelo de desarrollo sustentable acepta que la variable ambiental atraviese de manera horizontal todas las políticas de Estado, entendiendo el concepto de medio ambiente como un concepto amplio al que ha adherido nuestra Constitución, atento a que tutela el ambiente como un bien social, y lo hace de una manera integral.

La tarea más importante que tiene la política ambiental debe fundamentarse a escala local-regional. Cualquier política ambiental no puede obviar que las cuestiones básicas sobre el medio ambiente y la economía ya no pueden ser tratadas separadamente. La reforma constitucional trae aparejada una revisión profunda de la legislación, ya que no solo se deberán armonizar las legislaciones, sino que las provincias también deberán poner a disposición organismos dinámicos que permitan hacer cumplir el programa político ambiental trazado por la Nación.

4.2. Objetivos de la política ambiental fijados por el constituyente de 1994

De lo expuesto surge claramente que los objetivos trazados a partir de la protección tuitiva del ambiente en la norma constitucional son: a) Asegurar la preservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de nuestros recursos ambientales, naturales y culturales; b) Asumir como prioridad la promoción del mejoramiento de nuestra calidad de vida y de las generaciones por venir; c) Promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales; d) Mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos e) Asegurar la conservación de la diversidad biológica, f) Promover, fomentar, asegurar y organizar la educación, información y participación en materia ambiental, g) Prevenir los efectos nocivos o peligrosos de las actividades humanas, para posibilitar el desarrollo económico, social y cultural de manera sustentable, h) Establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional para la implementación de políticas a escala nacional y regional e i) Establecer los procedimientos y mecanismos para minimizar riesgos ambientales, para prevención, mitigación de emergencias ambientales y recomposición de daños causados por contaminación.

Los principios en su totalidad deben ser aplicados no en un ámbito determinado, sino en todos aquellos en donde se trate la cuestión ambiental y con el límite que permiten los principios de cada ámbito particular⁽²³⁾.

La más autorizada doctrina ambientalista insistió desde el mismo momento de la reforma en que el Congreso debía a la brevedad, establecer los parámetros adecuados

(15) Jiménez, Eduardo y García Minella, Gabriela, Municipio y participación: el Partido de General Pueyrredón concebido como “zona no nuclear”, La Ley, Provincia de Buenos Aires. Año 6, N° 3, abril de 1999, p. 275/282.

(16) Dalla Vía, Alberto y López Alfonsín, Marcelo, “Aspectos Constitucionales del Medio Ambiente”, Estudio, Buenos Aires, 2004, p. 15.

(17) Jiménez, Eduardo Pablo, “Necesarias precisiones acerca de la prohibición constitucional de ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”, en Jiménez, Eduardo (Coord.), *Derecho Ambiental (Su actualidad de cara al tercer milenio)*, Ediar, 2004, p. 489.

(18) Basterra, Marcela I., “La protección del medio ambiente a diez años de la incorporación de artículo 41 en la Constitución Nacional”, op. cit., p. 497/525.

(19) Quiroga Lavié, Humberto, “El estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional”, LL 1996-B-950.

(20) Manili, Pablo, Tratado de derecho constitucional argentino y comparado, op. cit., p. 295.

(21) Pérez Luño, Antonio Enrique, “Art. 45. Medio Ambiente”, op. cit., p. 250-251.

(22) García Minella, Gabriela, “Ley General del Ambiente. Interpretando una Nueva Legislación Ambiental”, en Jiménez, Eduardo Pablo (Coord.), *Derecho Ambiental (Su actualidad de cara al tercer milenio)*, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 47/85.

(23) García Minella, Gabriela, “Ley General del Ambiente. Interpretando una Nueva Legislación Ambiental”, op. cit., p. 55.

en materia de temas y de competencia que la Constitución incluye dentro del concepto de “presupuestos mínimos”.

Así, Sabsay y López Alfonsín⁽²⁴⁾ consideraron que una legislación ambiental adecuada debía proveer un desarrollo normativo de las siguientes cuestiones: a) Grandes lineamientos de la política ambiental argentina, b) Instrumentos básicos de la política nacional del ambiente, c) Autoridad de aplicación, d) Determinación eficiente de las competencias ambientales, e) Establecimientos de procedimientos rápidos y eficaces para la resolución de conflictos ambientales jurisdiccionales y e) Daño ambiental, responsabilidad y seguros especiales (que debían ser objeto de una norma particular).

Tal como reconoce Sabsay, “*Es razonable que el Gobierno de la Nación imponga la calidad ambiental mínima que quiera para todo el país y que cada Provincia decida imponer o no presupuestos más estrictos en su territorio respectivo. Las únicas restricciones que tienen los poderes nacionales son que solo pueden hacerlo en materia de protección ambiental y sin alterar las jurisdicciones locales. Si excedieran esos límites sus decisiones serían inconstitucionales*”⁽²⁵⁾.

Por presupuestos mínimos se entiende normas de base, umbral, comunes –en el sentido que constituyen denominador común–, sobre las cuales se va a construir el edificio total normativo de la tutela ambiental en la Argentina, de organización federal. Son institutos básicos comunes para todo el territorio nacional que son plenamente operativos y eficaces en cada provincia –y municipio–, salvo que exista una norma local que provea mejor, más ampliamente y en mayor grado a la tutela del ambiente⁽²⁶⁾.

4.3. Legislación reglamentaria del precepto constitucional

Cumpliendo el mandato constitucional, el Congreso sancionó diversas leyes con alcance nacional que resultan sumamente trascendentales para la protección del ambiente. En este sentido, podemos señalar la Ley N° 25.612⁽²⁷⁾ de “*Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicio*”, la Ley N° 25.670⁽²⁸⁾ de “*Gestión y Eliminación de los PBCs*”, la Ley N° 25.688⁽²⁹⁾, reguladora de la materia hídrica, la Ley N° 25.675⁽³⁰⁾ denominada “*Ley General del Ambiente*” y la Ley N° 25.831 de “*Libre Acceso a la Información Pública Ambiental*”.

Sin dudas, las dos más importantes son 1) la Ley General del Ambiente, dado que establece los presupuestos mínimos que regirán en materia medioambiental en todo el territorio de la Nación, y 2) la Ley de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental toda vez que el derecho de acceso a la información pública, además de ser en sí mismo merecedor de protección, es condicionante para el ejercicio de otros derechos fundamentales, tales como la libertad de expresión, la participación ciudadana, el control de los actos de los poderes públicos por parte de los ciudadanos, etcétera⁽³¹⁾.

La primera de estas leyes es, sin duda, una saludable reglamentación del artículo 41 de la Constitución que ha servido de “base” para la posterior legislación en relación al acceso a la información ambiental y a las normas provinciales que se sancionaron con posterioridad. La misma estableció las bases mínimas necesarias para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

Constituye, una ley marco a la que deberá adecuarse el resto de la legislación en materia ambiental que se dicte a nivel nacional, provincial y municipal. En este sentido, la ley impone que toda política ambiental deberá ajustarse a

una serie de principios, entre ellos, el principio de prevención y el de equidad intergeneracional⁽³²⁾.

Por su parte, la Ley de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental es reglamentaria del artículo 41 y complementaria de la Ley de General del Ambiente.

La normativa contiene puntos trascendentales que debemos destacar. En primer lugar, establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para garantizar el derecho de acceso a la información ambiental que se encontrare en poder del Estado, tanto en el ámbito nacional como provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también de entes autárquicos y empresas prestadoras de servicios públicos, sean públicas, privadas o mixtas.

En segundo lugar, en el artículo 2° define exhaustivamente y con claridad qué debe entenderse por información ambiental⁽³³⁾.

Asimismo, determina que el acceso a la información ambiental será libre y gratuito para toda persona física o jurídica, a excepción de aquellos gastos vinculados con los recursos utilizados para la entrega de la información solicitada. Para acceder a la información ambiental no será necesario acreditar razones ni interés determinado. Se deberá presentar formal solicitud ante quien corresponda, debiendo constar en la misma la información requerida y la identificación del o de los solicitantes residentes en el país, salvo acuerdos con países u organismos internacionales sobre la base de la reciprocidad.

5. La regulación del derecho al ambiente en el Sistema Interamericano

5.1. La normativa interamericana

Es importante señalar que tanto la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁽³⁴⁾ como la Con-

(32) El artículo 4° dispone “*Principios de la política ambiental. La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios:*

Principio de congruencia: La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, este prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.

Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.

Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.

Principio de equidad intergeneracional: Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras.

Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.

Principio de responsabilidad: El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan.

Principio de subsidiariedad: El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales.

Principio de sustentabilidad: El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.

Principio de solidaridad: La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos.

Principio de cooperación: Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional, El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta”.

(33) El artículo 2° de la Ley N° 25.831 prescribe que se entiende por información ambiental toda aquella información en cualquier forma de expresión o soporte relacionada con el ambiente, los recursos naturales o culturales y el desarrollo sustentable. En particular: a) El estado del ambiente o alguno de sus componentes naturales o culturales, incluidas sus interacciones recíprocas, así como las actividades y obras que los afecten o puedan afectarlos significativamente; b) Las políticas, planes, programas y acciones referidas a la gestión del ambiente.

(34) La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.

(24) Sabsay, Daniel y Lopez Alfonsín, Marcelo. “Derecho y Protección del Medio Ambiente”. AA. VV.: Leyes Reglamentarias de la reforma constitucional, AADC, 1996.

(25) Sabsay, Daniel Alberto, “El nuevo artículo 41 de la Constitución Nacional y la distribución de competencias Nación-Provincias”, DJ, 1997-2, p. 783.

(26) *Ibidem*, p. 783.

(27) Ley N° 25.612 “*Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicio*”, publicada en el BO el 29/07/2002.

(28) Ley N° 25.670 “*Presupuestos mínimos para la gestión y eliminación de los PBCs*”, publicada en el BO el 19/11/2002.

(29) Ley N° 25.688 “*Régimen de Gestión Ambiental de Aguas*”, publicada en el BO el 03/01/2003.

(30) Ley N° 25.675 “*Ley General del Ambiente*”, publicada en el BO el 28/11/2002.

(31) Basterra, Marcela, “La Reglamentación del ‘Lobby’ en Argentina. Análisis del Decreto 1172/2003”. La Ley, 2004.

vención Americana sobre Derechos Humanos⁽³⁵⁾ (en adelante, CADH) no regulan el derecho a un medio ambiente sano, dado que la temática ambiental comenzó a desarrollarse, principalmente, a partir de los años '70.

Sin embargo, es importante señalar que la falta de regulación del tema ambiental en el Pacto de San José de Costa Rica y en la Declaración Americana, no impidió que tanto la Comisión como la Corte Interamericana desarrollaran una extensa protección en esta materia, tal como veremos en el siguiente apartado.

La omisión de la CADH se suplió en 1988 con la aprobación del Protocolo de San Salvador⁽³⁶⁾, el cual reconoce el derecho a un medio ambiente sano en el artículo 11 al disponer que “1. *Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente*”.

Actualmente, la tutela del derecho al ambiente se vio robustecida por la aprobación, en el año 2018, del Acuerdo Regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe. Este instrumento conocido como “*Acuerdo de Escazú*” es un tratado jurídico fundamental de derechos humanos, que continuó la gestión de política ambiental que viene desarrollándose hace varios años en la región.

En otras palabras, significó la culminación de los diversos regímenes legislativos con excelentes estándares, que fueron proliferando en el continente en el marco del último movimiento constitucional reformador que tuvo lugar a partir de la década del '80. En definitiva, el Acuerdo recopila todo ese desarrollo constitucional y profundiza 3 (tres) pilares fundamentales sobre los que se asienta el concepto de democracia ambiental; el acceso a la información ambiental, la participación ciudadana y el acceso a la justicia ambiental.

En 2020 nuestro país ratificó el mencionado instrumento a través de la Ley N° 27.566⁽³⁷⁾. En el ámbito nacional, su adopción implicó recoger un nuevo paradigma en materia ambiental que coadyuva a la tutela efectiva de los pilares de la democracia ambiental, antes mencionados. Además de la cuestión ambiental, alude a la perspectiva de género, al gobierno abierto, al mejor funcionamiento democrático, al desarrollo sostenible y otras cuestiones vinculadas a los sectores más vulnerables.

5.2. La jurisprudencia ambiental de la Corte Interamericana

Tanto la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte demuestran que, en el contexto regional interamericano, es posible proteger las cuestiones relacionadas con el medio ambiente de manera eficaz, a partir del fenómeno de “*ecologización*”, “*reverdecimiento*” o también llamado “*greening*” del derecho internacional de los derechos humanos. Este término se utiliza para referirse a los estándares jurídicos de tutela ambiental que han implementado los órganos judiciales a partir de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, que lograron la protección ambiental en países independientemente de que existan tratados jurídicos específicos sobre el tema⁽³⁸⁾.

La Corte Interamericana como organismo supranacional de la región ha contribuido notablemente al desarrollo de los derechos ambientales. En efecto, ha garantizado la protección a través de la interpretación del “*derecho a un medio ambiente sano*”, reconocido en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, prerrogativa que lo integra a la categoría de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Al mismo tiempo, el tribunal ha derivado la protección a partir de otros derechos civiles o políticos, por ejemplo, la integridad personal, la propiedad comunal, la participación política, la identidad cultural, el acceso a la información y a partir de los deberes de respeto

y garantía de los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos⁽³⁹⁾.

En la Opinión Consultiva 23/17 sobre Medio ambiente y Derechos Humanos⁽⁴⁰⁾, solicitada por el Estado de Colombia, la Corte abordó el derecho ambiental como un derecho humano que condiciona el ejercicio de otras prerrogativas, admitiendo la existencia de una interrelación del medio ambiente con otras garantías fundamentales.

La novedad de este documento es la vinculación que realizan los magistrados entre los derechos económicos, sociales y culturales y el medio ambiente. Así, señalaron que existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos. Fundándose en el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos, afirmaron que es posible derivar del artículo 26 del Pacto de San José el reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano, ya que se encuentran protegidos aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en el artículo 29 de la misma.

Otro de los puntos fundamentales de esta normativa es que reconoció que este derecho posee connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes como a las futuras. Las connotaciones en su dimensión individual se dan en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, a la integridad personal o a la vida, entre otros. En definitiva, la degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad.

En la jurisprudencia de la región observamos una fuerte protección ambiental en relación a los pueblos indígenas. En este sentido, la Comisión IDH en su documento titulado “*Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*”⁽⁴¹⁾, afirmó que para la protección efectiva de los recursos naturales presentes en los territorios indígenas y tribales los Estados deben garantizar a sus miembros el derecho de acceso a la información, así como también la participación en la toma de decisiones y el acceso a la justicia.

El “*Caso Lhaka Honhat vs. Argentina*”⁽⁴²⁾ es el primer caso contencioso en el que el Tribunal Interamericano se pronuncia de manera directa y autónoma sobre la vulneración del derecho a un medio ambiente sano.

En este pronunciamiento, la Corte destacó que el principio de prevención de daños ambientales integra el derecho internacional consuetudinario, y obliga a los Estados a llevar adelante las medidas que sean necesarias *ex ante* la producción del daño ambiental, teniendo en consideración que, debido a sus particularidades, frecuentemente no será posible *a posteriori* del daño restaurar la situación antes existente⁽⁴³⁾. Por ello, los gobiernos están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción, causen daños relevantes al ambiente⁽⁴⁴⁾.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que las problemáticas ambientales afectan con mayor intensidad los derechos fundamentales de determinados grupos en situación de vulnerabilidad, especialmente a las comunidades que

(35) La Convención Americana de Derechos Humanos Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

(36) El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales fue aprobado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988.

(37) Ley N° 27.566 publicada en el BO el 19/10/2020.

(38) De Oliveira Mazzuoli, Valerio y De Faria Moreira Teixeira, Gustavo, Protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Revista Internacional de Derechos Humanos, Año V, N° 5, Mendoza, Centro Latinoamericano de Derechos Humanos, 2015.

(39) Calderón Gamboa, Jorge, “Medio ambiente frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una ventana de protección”, en Cançado Trindade, Antônio Augusto y Barros Leal, César (Coords.) *Derechos Humanos y Medio ambiente*, Expressão Gráfica e Editora, Fortaleza, 2017, p. 103.

(40) Corte IDH, Opinión Consultiva 23/17 sobre “Medio ambiente y Derechos Humanos” aprobada el 15/11/2017.

(41) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” elaborado el 30 de diciembre de 2009.

(42) Corte IDH, “Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, sentencia del 06/02/2020.

(43) *Ibidem*, párr. 208.

(44) Corte IDH, Opinión Consultiva 23/17 sobre “Medio ambiente y Derechos Humanos”, op. cit., nota a pie de página 247 y párr. 142.

dependen económicamente o para su supervivencia de los recursos ambientales.

En este caso en particular, se constató que el Estado argentino no adoptó acciones efectivas para detener las afectaciones a las tierras de las comunidades indígenas y tampoco les garantizó la posibilidad de determinar, libremente o mediante consultas adecuadas, las actividades sobre su territorio. En consecuencia, determinó que Argentina violó, en perjuicio de las comunidades indígenas víctimas del presente caso, el derecho a un medio ambiente sano, contenido en el artículo 26 de la Convención Americana.

5.2.1. El fallo “*Habitantes de la Oroya vs. Perú*”

En forma reciente, la Corte se ha expedido sobre la afectación del derecho al medio ambiente sano en el caso “*Habitantes de la Oroya vs. Perú*”⁽⁴⁵⁾. El fallo se relaciona con la contaminación generada por el Complejo Metalúrgico de La Oroya (en adelante, CMLO) cuyas principales actividades económicas eran la fundición y el refinamiento de concentrados de cobre, plomo y zinc.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirmó que el Estado peruano era responsable internacionalmente por haber incumplido su deber de regulación, fiscalización y control de las actividades del CMLO respecto de los derechos al medio ambiente sano, a la salud, a la vida y a la integridad personal.

La Corte reiteró que el derecho a un medio ambiente sano se encuentra incluido entre los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, dada la obligación estatal de alcanzar el “*desarrollo integral*” de sus pueblos, que surge de los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la OEA. De esta forma, confirmó que existe una referencia con el suficiente grado de especificidad para derivar la existencia del derecho al medio ambiente sano de la Carta de la OEA⁽⁴⁶⁾.

Adicionalmente, señaló que esta prerrogativa ha sido objeto de reconocimiento por diversos países de América: al menos 16 (dieciséis) Estados del continente lo incluyen en sus Constituciones, dentro de estos la Constitución Política del Perú (artículo 2º)⁽⁴⁷⁾.

El derecho a un medio ambiente sano reviste un interés universal y constituye una garantía fundamental para la existencia de la humanidad. Este derecho está comprendido por un conjunto de elementos procedimentales y sustantivos. De los elementos procedimentales surgen obligaciones para los Estados en materia de acceso a la información, participación política y acceso a la justicia. Los elementos sustantivos del derecho al medio ambiente sano se relacionan con el aire, el agua, el alimento, el ecosistema, el clima, entre otros. De esta forma, los Estados deben proteger la naturaleza no solo por su utilidad o efectos respecto de los seres humanos, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta⁽⁴⁸⁾.

La contaminación del aire y del agua puede causar efectos adversos para la existencia de un medio ambiente saludable y sostenible, toda vez que puede afectar los ecosistemas acuáticos, la flora, la fauna y el suelo a través del depósito de contaminantes y la alteración de su composición, generando consecuencias para la salud y las condiciones de vida de las personas. En ese sentido, reconoció que la contaminación del aire y del agua puede perturbar distintos derechos como el medio ambiente sano, la vida, la salud, la alimentación, y la vida digna, los cuales resultan protegidos en el ámbito regional y universal y también en forma reiterada por la jurisprudencia del Tribunal Interamericano.

Asimismo, señaló que el principio de prevención de daños ambientales integra el derecho internacional consuetudinario. Este principio impone a los Estados el deber de implementar medidas necesarias *ex ante* la producción del daño ambiental, dado que con posterioridad al mismo se tornará muy difícil restaurar la situación. Esta obligación estatal debe cumplirse bajo un estándar de debida diligencia, que debe ser proporcional al riesgo de daño ambiental. Por ello, en actividades que se sabe son más

riesgosas, como sucede en este precedente con la utilización de sustancias altamente contaminantes, la obligación adquiere un estándar más alto. A los fines de cumplir este deber los Estados deben regular; supervisar y fiscalizar; requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; establecer planes de contingencia, y mitigación en casos de ocurrencia de daño ambiental⁽⁴⁹⁾.

Por otro lado, el principio de precaución ambiental se refiere a las medidas que se deben realizar en casos donde no existe certeza científica sobre el impacto que pueda tener una actividad respecto del medio ambiente. Por lo tanto, los Estados deben actuar con la debida cautela para prevenir un potencial daño. En efecto, la Corte considera que, en el contexto de la protección de los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud, los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, por lo cual, aun en ausencia de certeza científica, deben adoptar medidas “*eficaces*” para prevenir un daño grave o irreversible.

La observancia de este principio permite a la vez garantizar el principio de equidad intergeneracional que implica preservar el ambiente para que las generaciones futuras tengan oportunidades de desarrollo y de viabilidad de la vida humana. Se encuentra reconocido en múltiples instrumentos internacionales, como por ejemplo, la Declaración de Estocolmo, la Declaración de Río o la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático. Al mismo tiempo, forma parte del derecho de la Unión Europea⁽⁵⁰⁾, y su contenido ha sido referido por distintos Tribunales Internacionales como la Corte Internacional de Justicia⁽⁵¹⁾, así como por tribunales de la región en países como Colombia⁽⁵²⁾ y Canadá⁽⁵³⁾.

La principal controversia jurídica del presente caso que debía resolver la Corte Interamericana era determinar si el Estado peruano era responsable por la violación a los derechos humanos de las presuntas víctimas ante los posibles daños producidos por las actividades minero-metalúrgicas.

La Corte señaló que, aun cuando la contaminación proviene de la actividad de una empresa privada, los Estados deben regular, supervisar y fiscalizar la práctica de actividades peligrosas que impliquen riesgos significativos a los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana y otros tratados sobre los que ejerce su competencia. Estas obligaciones no implican una responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo⁽⁵⁴⁾.

En este precedente, a partir de las constancias probatorias, la Corte comprobó que las actividades metalúrgicas del CMLO eran la causa principal de la contaminación en el aire, el suelo y el agua en La Oroya. Asimismo, se constató que el Estado Peruano tenía conocimiento de dicha contaminación ambiental, y que la misma generaba consecuencias adversas para los derechos a la salud y el medio ambiente de la población local. En especial, se verificó que la contaminación ambiental en la localidad puso en riesgo a las presuntas víctimas de contraer enfermedades relacionadas con el cáncer de piel y problemas pulmonares, como las que provocaron la muerte de algunos vecinos.

Por las consideraciones expresadas, la Corte Interamericana concluyó que el Estado peruano era responsable por la violación del derecho al medio ambiente sano, contenido en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tanto en su dimensión de exigibilidad inmediata, como de prohibición de regresividad, y en su dimensión individual y colectiva, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo, un hito trascendental que

(49) *Ibidem*, párr. 126.

(50) Resolución 2396 (2021) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, “Anclar el derecho a un medio ambiente saludable: necesidad de una mayor acción por parte del Consejo de Europa” aprobada el 29/09/2021

(51) Corte Internacional de Justicia, Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 08/06/1996, párrs. 35 y 36.

(52) Corte Constitucional de Colombia, sentencia 4360-2018 del 04/04/2018, párrs. 11, 12 y 14.

(53) Corte Suprema de Canadá, “*Caso Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*”, sentencia del 26/06/2014, párrs. 15, 74 y 86.

(54) *Ibidem*, párr. 156.

(45) Corte IDH, “*Caso Habitantes de la Oroya vs. Perú*”, sentencia del 27/11/2023.

(46) Corte IDH, Opinión Consultiva 23/17 sobre “*Medio ambiente y Derechos Humanos*”, op. cit., párr. 57.

(47) Corte IDH, “*Caso Habitantes de la Oroya vs. Perú*”, op. cit., párr. 116.

(48) *Ibidem*, párr. 118.

evidencia que el derecho al medio ambiente sano se hace cada vez más latente en el ámbito interamericano. Los elementos del caso permiten comprobar el impacto que tiene el no respeto de los derechos, como el medio ambiente y la salud, especialmente cuando se trata de afectaciones que se prolongan en el tiempo sin que se adopten medidas adecuadas y efectivas.

6. Conclusiones

No caben dudas que la utilización desmedida de los recursos naturales para satisfacer las necesidades de la población, a nivel global, genera un impacto considerable para el ecosistema mundial.

En el presente trabajo hemos comprobado que el vínculo estrecho entre la preservación del medio ambiente y los derechos humanos es cada vez más evidente, por lo que las cláusulas constitucionales en materia ambiental se han incorporado en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos.

Asegurar la preservación del ecosistema exige una solidaridad colectiva de los diversos estados, y nueva aproximación cultural de los operadores jurídicos internacionales y nacionales. Los problemas de deterioro del medio ambiente, como por ejemplo el cambio climático, plantean enormes desafíos para la comunidad internacional, y demandan de esta una respuesta coordinada e integral.

En el Sistema Interamericano, tanto la jurisprudencia y la normativa regional se han ido transformando, evolucionando y ampliando gradualmente, al grado de confirmar que el derecho al medio ambiente es un derecho autónomo tutelado por el artículo 26 de la Convención Americana –en su dimensión individual y colectiva–, y que adquiere un lugar central en la jurisprudencia interamericana.

Tal como se deriva del fallo “*Habitantes de la Oroya vs. Perú*” la contaminación del aire y del agua puede tener

graves consecuencias para la salud y las condiciones de vida de las personas, así como para los ecosistemas. Por ello, se vuelve central receptar una regulación estricta y la supervisión de actividades industriales peligrosas. Asimismo, los Estados deben implementar medidas preventivas y actuar con debida diligencia para evitar daños ambientales significativos, respetando el principio de precaución ambiental, que es esencial para garantizar el principio de equidad intergeneracional, preservando el ambiente para las generaciones futuras.

En Argentina, los convencionales de 1994 receptaron en el texto constitucional importantes cláusulas ambientales que fijaron las bases para el desarrollo de una sólida legislación ambiental en nuestro país, materializada a través de la Ley General del Ambiente o la Ley de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental.

Afortunadamente, nuestro país ha recogido en su legislación reglamentaria importantes disposiciones que receptan los estándares internacionales, como los principios de prevención y de equidad intergeneracional. No caben dudas de que contamos con un extenso *corpus iuris* que impone a nuestro país compromisos robustos en materia de preservación ambiental. En definitiva, en el plano nacional se encuentran dadas las condiciones normativas necesarias, por lo que se vuelve esencial duplicar los esfuerzos desplegados en esta materia para garantizar efectivamente el derecho a un medioambiente sano y equilibrado.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO AMBIENTAL - CULTURA - DERECHOS HUMANOS - RECURSOS NATURALES - DAÑO AMBIENTAL - ECONOMÍA - TRATADOS INTERNACIONALES - ORGANISMOS INTERNACIONALES - RESPONSABILIDAD AMBIENTAL - ESTADO - DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO - PERSONA - MEDIO AMBIENTE - ESTADO - COMERCIO E INDUSTRIA - GRUPOS ECONÓMICOS

Antecedentes históricos de la acción de amparo a 30 años de su constitucionalización

por PABLO LUIS MANILI^(*)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. EL AMPARO EN LAS PROVINCIAS ARGENTINAS. A) JURISPRUDENCIA. B) CONSTITUCIONES PROVINCIALES. – III. SU NACIMIENTO JURISPRUDENCIAL EN EL ÁMBITO FEDERAL. A) EL AMPARO QUE NO FUE. B) EL CASO “SIRI”. C) EL CASO “SAMUEL KOT SRL”. – IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. Introducción

Habiendo transcurrido 30 años de la reforma constitucional de 1994, agradecemos la invitación de *El Derecho* para conmemorar esa magna gesta, que nos dejó una constitución moderna y con una amplia protección de los derechos humanos fundamentales. Y lo hizo en el marco del más amplio consenso democrático, como nunca había ocurrido en la historia argentina. Esa reforma consagró la acción de amparo individual, el amparo colectivo y la acción de hábeas data (que podría ser considerada un subtipo del amparo) en el artículo 43 del texto. Ello fue en el marco del propósito de ampliación del sistema de derechos y del garantismo que persiguió el constituyente de reforma.

Como es sabido, la consagración normativa de los derechos fundamentales en las constituciones y de los derechos humanos en los instrumentos internacionales no es suficiente y no estará completa si no existen garantías procesales que permitan vehicular los reclamos por lesiones a esos derechos.

Cuando nació el constitucionalismo, en 1787, la constitución norteamericana no contemplaba ningún derecho, sino que se limitaba a organizar y dividir el poder. Ese fue el primer paso. Luego fueron necesarias las primera diez enmiendas para consagrar los derechos, que fueron contemporáneas con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia, en 1789. Ese fue el segundo paso. Y más tarde comenzó la consagración de las garantías en otras constituciones.

El antecedente más remoto de la acción de amparo en derecho comparado se encuentra en el artículo 8° de la constitución del estado mexicano de Yucatán de 1841. Esa norma expresa: “Los jueces de primera instancia ampararán en el goce de los derechos garantidos por el artículo anterior, a los que les piden su protección contra cualesquier funcionarios que no correspondan al orden judicial, decidiendo breve y sumariamente las cuestiones que se susciten sobre los asuntos indicados”. A su vez esa norma se inspiró en los pedidos de “amparamiento” que los indígenas presentaban ante las autoridades españolas en la

época de la colonia cuando eran objeto de abusos por los encomenderos.

El objeto de este trabajo es analizar cuáles fueron los antecedentes de la acción de amparo en la República Argentina, previos a los fallos “Siri”⁽¹⁾ y “Samuel Kot SRL”⁽²⁾ y a las normas legales y constitucionales que finalmente lo consagraron.

II. El amparo en las provincias argentinas

En nuestro país suele sostenerse que los fallos recién mencionados, de 1957 y 1958, respectivamente, son los que introdujeron el amparo en nuestro país, por vía jurisprudencial. Pero mucho antes de esas sentencias ya existían jurisprudencia y normas positivas en varias provincias, que acogían la acción de amparo, según exponremos a continuación.

a) Jurisprudencia

En 1920, el abogado Juan Carlos Béheran y el procurador Borrero interpusieron la primera acción de amparo que se conoce en el país, en Río Gallegos⁽³⁾ (hoy provincia de Santa Cruz, por entonces territorio nacional). Lo hicieron patrocinando a un grupo de obreros a quienes el jefe de policía, Diego Ritchie, les negaba la autorización para homenajear a un anarquista (Francisco Ferrer) que había sido fusilado en España el 12/10/1909, vulnerándoseles el derecho de reunión garantizado por la Constitución Nacional.

Según el historiador Bayer: “El día 30 de septiembre amaneció la ciudad en estado de sitio. A pesar de no haber motivos para adoptar tales medidas ni haberse decretado la ley marcial, no se permitía el estacionamiento de peatones en las calles ni puertas, un derroche de fuerza armada hacía gala de sus máusers por la población, y algunos autos cargados de guardia-cárceles armados de carabinas ponían la alarma en los pacíficos espíritus del vecindario corriente de norte a sur como si de un sitio de guerra se tratase”⁽⁴⁾. Agrega: “El día 1° se colocaron centinelas armados en el local de la Sociedad Obrera y a medida que cualquier transeúnte quería pasar por la calle en que la Sociedad está situada, se le obligaba a hacer alto y cambiar de dirección [...] Se clausuró la secretaría de la Sociedad Obrera, el domicilio particular del secretario y del tesorero [...] La Sociedad Obrera dispuso como medida previa la suspensión de los actos a realizar y dio a la huelga general carácter de permanente hasta tanto las autoridades competentes no reconocieran el error en que incurría la jefatura de policía al oponerse con medidas extremas a una conmemoración pacífica y de orden”.

En la acción de amparo promovida por Béheran y Borrero reclamaban por la prohibición de una manifestación en conmemoración del aniversario del fusilamiento de Francisco Ferrer, a quien algunos trabajadores consideraban como ejemplo digno de imitar como mártir de la libertad y como símbolo de sus ideas. La demanda fue presentada a las tres de la tarde ante el juez Viñas, quien de inmediato dio traslado de las actuaciones al comisario Ritchie para que informe los motivos de la prohibición, y le comunica que “ha habilitado el juzgado en horas inhábiles”, haciéndole saber así que la respuesta debe ser inmediata.

Los argumentos que utilizó el comisario Ritchie para fundamentar la prohibición fueron: “Al prohibir el meeting a celebrarse en el día de hoy esta jefatura ha entendido que el homenaje a la memoria de una persona

(1) Fallos 239:459.

(2) Fallos 241:191.

(3) Puede verse el trabajo de Roberto Béheran titulado “El 80° Aniversario del primer amparo en Entre Ríos”, ponencia presentada a las Jornadas Conmemorativas del 80° Aniversario del primer amparo de Entre Ríos, organizadas por la Sección Federación del Colegio de Abogados de Entre Ríos y el Ateneo Entrerriano de Estudios del Derecho Procesal, 8 de mayo del 2014, y Béheran, Roberto, *El amparo y las acciones de ejecución y prohibición en la Provincia de Entre Ríos*, Paraná, Delta Editora, 1995.

(4) Bayer, Osvaldo, *El espíritu obrero en La Patagonia*, Río Gallegos, 1921, *passim*, y *La Patagonia Rebelde*, Buenos Aires, Planeta, 1985, pp. 52 y ss., citado por Béheran en ob. cit.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO*: *El derecho constitucional de amparo, la acción de amparo y las normas de procedimiento*, por FRANCISCO DE LAS CARRERAS, ED, 182-1571; *El amparo como procedimiento constitucional autónomo y la garantía del debido proceso*, por JOSÉ A. BONILLO, EDA, 2004-475; *Reforma constitucional y consolidación democrática*, por ALBERTO R. DALLA VÍA, EDCO, 2006-586; *Acerca de los orígenes fundacionales del Derecho Procesal Constitucional*, por EDUARDO PABLO JIMÉNEZ, EDCO, 2005-754; *El Código Procesal Constitucional peruano y algunas pautas para orientar la tarea interpretativa de los jueces y el Tribunal Constitucional*, por VÍCTOR BAZÁN, EDCO, 2005-655; *Del estado de derecho al estado de justicia*, por IRIDE ISABEL MARÍA GRILLO, EDCO, 2010-552; *El amparo y su ámbito de acción. La tensión entre la necesidad de consolidar su revalorización normativa y el peligro de una eventual devaluación sociológica*, por ALEJANDRO A. CASTELLANOS, ED, 210-1078; *Avances y retrocesos entre la actual ley de amparo y el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2006-499; *El proceso de amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Reflexiones sobre la intensidad del control y el alcance de la protección en la reciente ley 2145*, por PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO, EDA, 2007-415; *Un amparo contra el amparo: la necesidad del dictado de una nueva ley que contemple integralmente los presupuestos del artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina*, por IGNACIO AGUSTÍN FALKE, EDCO, 2015-553; *Evolución histórica de la acción de hábeas corpus*, por ARMANDO M. MÁRQUEZ, EDCO, 2016-569; *Un proceso oral para el amparo*, por MARÍA SOLEDAD ALPOSTA, EDCO, 2017-522. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctor y Posdoctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional, Director del Departamento de Derecho Público y Subdirector de la Carrera de Especialización en Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la UBA. Personalidad destacada de las ciencias jurídicas declarado por la Legislatura de la CABA.

conceptuada mártir de sus ideas avanzadas –vulgo anarquista–, puesto que universalmente Francisco Ferrer es clasificado como un exaltado en la causa disolvente de la organización social contemporánea, de tal manera que el homenaje proyectado lleva el sello de la impracticabilidad inherente a esta clase de manifestaciones reprimidas por la ley de orden social. No concibe ni ha podido concebir esta jefatura que un homenaje así se realice frente a una disparidad de opiniones entre la persona que es objeto de él y las que lo rinden. Por el contrario, importa el homenaje una total afinidad de ideas. Por otra parte, señor juez, se trata en el fondo de una protesta contra un fusilamiento realizado por una nación extranjera que legal o ilegal no nos corresponde juzgar por razones elementales de cortesía internacional; juzgamiento en que no puede complicarse la autoridad constituida, siquiera sea otorgando un permiso para que se discutan actos inapelables de la justicia española. Además, en ese acto no van involucrados intereses respetables como serían sin duda el mejoramiento de la clase trabajadora. La filiación del meeting es netamente política y ajena a nuestro medio ambiente, razón suficiente para restarle prestigio y determinante de la prohibición puesta que no iba envuelto ningún interés relacionado directamente a los obreros de la República, ni aun a los de la localidad”⁽⁵⁾.

La resolución del juez Viñas establecía: “[...] desde hace tiempo, la ley de seguridad social ha sido materia de discusiones judiciales y en muchos casos se ha fallado por la falta de conocimientos de nuestra historia pública y social decidiendo pronunciamientos a todas luces infundados. El volante repartido por los obreros sólo hace presente que se conmemorará el fusilamiento de la persona indicada señalándose solamente que éste fue el fundador de la escuela moderna y nada más. En ese volante no se hace indicación a tendencia política alguna que encierre la concepción ácrata o anarquista, por cierto reciente en la historia de las ideas y más reciente aún por sus consecuencias en la historia de los hechos. No sólo en el vulgo el concepto científico del ácrata o anarquista, sus teorías y la naturaleza de sus atentados es todavía hartamente vago y discrepante sino también en los mismos sociólogos y jurisconsultos. Cuando esas fundamentales dudas se presentan a la justicia ésta se halla en el deber de impedir la restricción de la libertad amplia de reunión concedida por la carta fundamental”.

Comentando el fallo, Bayer sostiene: “Al leer este fallo, hay que hacerle justicia a Viñas. Era evidente que tenía una sensibilidad especial. Era realmente insólito y arriesgado firmar un fallo así en defensa de un acto obrero y, más insólito todavía, de homenaje a Ferrer, en aquellas regiones cuyos resortes manejaban los poderosos y un año apenas después de la Semana Trágica, cuando la caza libre del obrero revolucionario fue deber para todo argentino bien nacido. La parte dispositiva ordena revocar la prohibición del acto y comunicárselo al gobernador”⁽⁶⁾.

La comunicación se hizo el día 2 de octubre, es decir, después del planeado *meeting*, ante lo cual la autoridad policial redactó la siguiente resolución: “[...] acúcese recibo de la resolución judicial y habiendo transcurrido la fecha para lo cual se solicitaba permiso para efectuar una manifestación pública, archívese”. En consecuencia, se hizo lugar a la acción, pero en los hechos se convirtió en lo que hoy se llama “cuestión abstracta” ya que ya había pasado la hora en que se había anunciado la reunión.

b) Constituciones provinciales

Las constituciones provinciales, ya en las primeras décadas del siglo XX, consagraron fórmulas amparísticas, tales como los *mandamus* y *prohibimus* de Entre Ríos (constitución de 1933, arts. 26 y 27), Santa Fe (constitución de 1921, art. 17), Santiago del Estero (constitución de 1939, art. 22). También lo contenía la luego abrogada constitución de Mendoza de 1949 (art. 43)⁽⁷⁾.

Más adelante, el amparo aparece en las leyes supremas de las provincias creadas a fines de la década del cincuenta: constitución del Chaco (sancionada el 7/12/57), art. 16; constitución de Chubut (sancionada el 26/11/57), art. 34; constitución de Formosa (sancionada el 30/11/57),

arts. 16 a 18; constitución de Neuquén (sancionada el 28/11/57, art. 44, que, por otra parte, sujeta a la legislación procesal al deber de ajustarse a las pautas de amplitud y celeridad que la propia ley suprema estableció); constitución de Santa Cruz (sancionada el 6/11/57), arts. 15 y 62, referido este último al derecho de huelga. Ello sin perjuicio de los *mandamus* y *prohibimus* que contienen esos ordenamientos (const. de Chaco, art. 22; const. de Chubut, arts. 35 y 36) y el *mandamus* del artículo 18 de la constitución de Santa Cruz.

Nos detendremos en la constitución de la provincia de Entre Ríos de 1933, que fue la verdadera precursora de la acción de amparo en la Argentina⁽⁸⁾. Las siguientes normas de esa constitución se refieren a esta acción:

“Artículo 25. Toda persona detenida sin orden en forma de juez competente; por juez incompetente o por cualquier autoridad o individuo; o a quien se le niegue alguna de las garantías establecidas en la Constitución Nacional o Provincial o las leyes, podrá ocurrir, por sí o por conducto de otro, y valiéndose de cualquier medio de comunicación, ante el juez letrado inmediato, sin distinción de fueros ni instancias, para que se ordene su inmediata libertad, se lo someta al juez competente o se le acuerde la garantía negada, según el caso. El juez o tribunal ante quien se presente este recurso queda facultado para requerir toda clase de informes, para hacer comparecer al detenido a su presencia y deberá resolver en definitiva en un término sumarísimo que fijará la ley”.

“Artículo 26. Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés deba ejecutarse el acto o que sufre perjuicio material, moral o político, por la falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los tribunales su ejecución inmediata, y el tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un mandamiento de ejecución”.

“Artículo 27. Si un funcionario o corporación pública de carácter administrativo ejecutase actos que le fueran expresamente prohibidos por las leyes u ordenanzas, el perjudicado podrá requerir de los tribunales, por procedimiento sumario, un mandamiento prohibitivo dirigido al funcionario o corporación”.

Clodomiro Zavalía sostenía: “Estos tres artículos encierran disposiciones de una trascendencia indiscutible y permiten señalar a la constitución de Entre Ríos como la primera que en el país se preocupa de asegurar en la práctica el ejercicio de derechos y garantías proclamados de modo tan enfático en la Constitución Nacional y en las provinciales. Sabido es, en efecto, que, salvo la libertad corporal cuando se pierde por orden de autoridad incompetente, todas las demás garantías no están procesalmente protegidas, lo que da lugar a que se deduzcan recursos de habeas corpus inverosímiles. Se comprende que una persona, en trance de sufrir algún apremio indebido de la autoridad, piense que puede encontrar amparo en los tribunales de justicia; solo que no tarda en comprobar que no se han dictado aún leyes adecuadas a ese fin; vale decir, que en los códigos de procedimientos no se establecen recursos de la misma eficacia del habeas corpus. Compréndase, por lo tanto, el mérito que tiene la juiciosa previsión de la constitución de Entre Ríos”⁽⁹⁾.

El 21 de febrero de 1934, pese a que no había ley reglamentaria del amparo, el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos (en adelante, “STJER”) aplicó esa norma en la causa “Natalio Chomnalez”, a quien se le habían decomisado ciertas mercaderías y secuestrado un automotor, medidas no autorizadas por la ley de patentes, que fue invocada por las autoridades. Ese tribunal, integrado por los vocales Dres. Petrozzi, Piñón y Guillermo Bonaparte, consideró que al recurrente se le había restringido ilegalmente el derecho de propiedad, vulnerándose el artículo 17 CN y ordenó al funcionario que había adoptado la medida ilegal a restituir los bienes del recurrente y de esta manera restableció la garantía constitucional vulnerada⁽¹⁰⁾.

(8) Según Bidart Campos, en su primer libro publicado, dedicado a este tema, esta constitución era más moderna y garantista que sus homólogos provinciales (Bidart Campos, Germán J., *Derecho de Amparo*, Ediar, Buenos Aires, 1961, p. 103).

(9) Zavalía, Clodomiro, *Derecho Federal*, Tomo I, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1941, p. 242.

(10) Este fallo fue publicado en *Jurisprudencia de Entre Ríos*, 1934, pp. 35/36.

(5) Bayer, Osvaldo, ob. cit.

(6) Bayer, Osvaldo, ob. cit.

(7) Rivas, Adolfo A., “Perspectivas del amparo después de la reforma constitucional”, en *Revista de Derecho Procesal. Amparo, hábeas data, hábeas corpus* - I, Cuarto Número, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000, pp. 20/21.

El segundo amparo resuelto por el STJER el 21 de septiembre de 1935, en la causa “Maradino”⁽¹¹⁾, utilizó el mismo argumento que aplicaría la CSJN en 1957 en el caso “Siri”: “La falta de ley reglamentaria no anula la existencia de la garantía constitucional” y agregó que “[...] mientras esa ley no se dicte y confiera a los jueces la facultad expresa de decidir sobre las razones determinantes de una remoción o cesantía, el amparo efectivo de la inamovilidad en su relación con el art. 27 –Const. Prov.– estará limitado a los casos en que la medida administrativa o municipal aparezca con los caracteres absolutos de un acto arbitrario”.

Similar interpretación dejó traslucir en la causa “Idelsohn, Francisco”⁽¹²⁾, donde se señaló que, aunque “el recurso de amparo introducido en la constitución de Entre Ríos (arts. 25, 26 y 27) no ha sido objeto de reglamentación legal [...] por su naturaleza especial, antecedentes históricos, fundamentos y finalidad, es un resorte extraordinario para casos de urgencia en que sea menester amparar al individuo [...]”.

Durante el período 1934 a 1946 el STJER llevó a cabo una verdadera construcción jurisprudencial del amparo, modelando los presupuestos esenciales, de los cuales la gran mayoría aún rigen. Primero fueron incorporados al Decreto Reglamentario N° 2.582/46 y luego muchos de ellos pasaron a formar parte de la actual Ley de Procedimientos Constitucionales N° 8.369, sancionada el 18/7/90, y de la Ley N° 7.166 de Provincia de Buenos Aires y Ley Nacional N° 16.983.

III. Su nacimiento jurisprudencial en el ámbito federal

Los precedentes analizados más arriba provienen de fallos y de constituciones provinciales, mientras que en este título analizaremos su evolución en el derecho federal.

a) El amparo que no fue

En el fallo “José San Miguel”⁽¹³⁾, de 1950, la Corte debió juzgar la validez de la clausura decretada contra un diario, que fue dispuesta bajo la excusa insólita de que se omitió consignar en la tapa la leyenda “Año del Libertador Gral. San Martín”, cuando en realidad lo fue porque el diario era independiente y criticaba al gobierno del Gral. Perón. El titular del diario interpuso una acción de amparo, aún desconocida en nuestra legislación y jurisprudencia federales, para resistir esa medida. La mayoría de la Corte⁽¹⁴⁾ sostuvo que el hábeas corpus no era aplicable para derechos distintos de la libertad ambulatoria, y con ese argumento formalista y ritualista, rechazó la demanda, convalidando así la clausura. No obstante, el voto en disidencia del Dr. Casares se apoyó en el artículo 36 de la constitución de 1949 (similar, a estos fines, al art. 33 de la constitución actual), según el cual las garantías enumeradas no pueden ser entendidas como negación de otras no enumeradas, y revocó la sentencia, ordenando el dictado de una nueva por el juzgado de origen. Este pudo haber sido el nacimiento del amparo, pero hubo que esperar hasta 1957 en que la Corte, con otra composición, dictara el fallo “Siri”.

b) El caso “Siri”

Mucho se ha comentado respecto del fallo dictado en esa causa, por lo cual nos limitaremos a analizar lo ocurrido en el expediente judicial, al que tuvimos acceso durante nuestra investigación, para intentar aportar algo nuevo sobre esta materia.

La demanda presentada por Ángel Siri era muy escueta y la transcribiremos íntegramente para demostrar que no fue su intención propiciar la creación jurisprudencial de una nueva vía procesal, sino simplemente obtener una

adecuada respuesta jurisdiccional a la lesión que venía sufriendo en sus derechos.

Señor Juez del Crimen

Ángel Siri, por mi propio derecho, con domicilio real y legal en la calle 20 y 31 de esta ciudad, sede del Diario “Mercedes”, de mi dirección y administración, a VS respetuosamente y como mejor proceda digo y pido:

I.- Soy periodista profesional, consistiendo mi único medio de vida, la dirección y administración del indicado diario de esta ciudad, con circulación regional.

II.- Como ciudadano argentino, en su oportunidad, desempeñé por espacio de años el cargo de senador provincial, cesando en el mismo antes de la revolución del 16 de septiembre del año ppdo., prosiguiendo mis tareas profesionales en el citado diario. Pero, a principios del cte. año fui detenido y permanecí durante meses a disposición del P.E. Nacional, recobrando últimamente mi libertad. No tengo ningún proceso en mi contra y nada se ha comprobado por aquella detención.

Pese a ello, el diario de mi dirección y administración –como medio de vida y trabajo– continúa siendo clausurado, mediante custodia provincial en el local del mismo. Siendo así es evidente –ya que no hay causa para ello– la falta de libertad de imprenta y de trabajo que consagra la Constitución de 1853 (arts. 14, 17 y 18), en su combinación con los de la Constitución Provincial de 1934 (arts. 9°, 11, 13, 14, 23 y demás). V. C. Sánchez Viamonte “Hacia un Nuevo Derecho Constitucional”, Bs. As., Claridad, 1936, Prólogo de Lisandro de la Torre, p. 7 y ss. Doctrina y jurisprudencia al respecto.

III.- Por todo lo expuesto, a VS respetuosamente pido:

Primero: Me tenga por presentado, por parte y por constituido domicilio legal indicado.

Segundo: Se libre oficio al Señor Comisario de Policía del Partido de Mercedes, a los fines de que informe sobre los motivos actuales de la custodia del local del diario de mi dirección y administración, calle 30 y 31 de esta ciudad.

Tercero: Con su resultado, proveer lo que corresponda conforme a derecho y de acuerdo a las cláusulas constitucionales citadas. En el oficio a librarse se hará constar que el suscripto y/o el Dr. Juan Martín Guidi estarán autorizados para su diligenciamiento y peticionar.

Provéase de conformidad. Será Justicia (énfasis agregado).

Hasta allí la escueta demanda que motivó uno de los fallos más trascendentes en la historia argentina. Pero la compulsión del expediente nos permitió observar algunas particularidades procesales:

- El escrito no lleva patrocinio letrado.

- Fue presentado por mesa de entradas el 10 de septiembre de 1956, ante el juzgado a cargo del Dr. Francisco J. Falabella, secretaria del Dr. Juan Carlos Ortiz.

- La carátula reza “Siri, Ángel. Interpone recurso de habeas corpus a su favor”, pero en ninguna parte del escrito se menciona esa acción, ni la de amparo, sino que solamente se petició el párrafo resaltado más arriba: “[...] proveer lo que corresponda conforme a derecho y de acuerdo a las cláusulas constitucionales citadas”. Evidentemente algún empleado del juzgado asignó ese rótulo a la carátula, luego de una lectura muy superficial de la demanda.

- El mismo día que fue presentado el juez proveyó: “Líbrense oficio al Señor Comisario de Policía de esta Ciudad, para que informe, en el plazo de tres horas, sobre los motivos actuales de la custodia dispuesta en el local del diario [...]”.

- Ese mismo día se notificó al Dr. Guidi, designado por el actor a tal fin, y al Sr. Agente fiscal.

- Con idéntica fecha, el comisario informó que “con motivo de una orden recibida de la Dirección de Seguridad de esta Policía con fecha 21 de enero ppdo., al mismo tiempo que se procedió a la detención del señor Ángel Siri, director-propietario del diario ‘Mercedes’, se cumplió con la clausura del local donde se imprimía el mismo, el que desde aquella fecha viene siendo custodiado por una consigna policial colocada al efecto”.

- Ante esa respuesta, con la misma fecha se ordenó solicitar informes a la Jefatura de Policía, que contestó por telegrama recibido en el juzgado el día 16 del mismo mes, diciendo: “virtud haberse levantado inventario la llave puerta acceso encuéntrase poder propietario. Clausurado ‘Mercedes’ Ángel Siri. Razones seguridad... establecióse consigna policial...”.

(11) Cfr. *Jurisprudencia de Entre Ríos*, 1936, pp. 120/1; doctrina que se repite en otros fallos posteriores, por ejemplo, en “Mostto, Juan J. Recurso de Amparo”, del 30 de septiembre de 1936, pub. En *Jurisprudencia de Entre Ríos*, 1936, pp. 667/9, voto de los Dres. Albornoz, Aguilar Torre y Ardoy.

(12) STJER, “Idelsohn, Francisco - Recurso de Amparo”, del 28/10/1946, publicado en *Jurisprudencia Argentina* 1946- IV. 306 n° 6651; un aspecto curioso de este caso es que el recurso, a estar por lo que dice el fallo, se presentó directamente ante la Sala del STJER; además, este tribunal interpretó que pese a no estar reglamentado procedía el amparo, pero en el caso concreto lo rechazó porque el recurrente dejó transcurrir más de dos años para interponerlo y por ello se consideró extemporáneo e improcedente su interposición, entendiéndose que, ante la falta de ley reglamentaria, debió interponerse dentro del año.

(13) Fallos 216:606.

(14) Formada por los Dres. Longhi, Valenzuela, Pérez y Pessagno.

- Al día siguiente el juez ordenó: “No especificándose en el presente despacho telegráfico los motivos por los cuales se encuentra clausurado el diario ‘Mercedes’ líbrese nuevo despacho para que el Señor Jefe de Policía informe en el término de seis horas sobre dicha circunstancia”.

- El día 20 de septiembre de 1956, la jefatura contestó “cúmpleme llevar conocimiento SS que clausura mismo llevóse a cabo cumpliendo disposición Comisión Investigadora Nacional, transmitida por Casa Militar ante quien SS podría recabar mayor información”.

- Luego de varios oficios a la Comisión Investigadora Nacional, al Ministro de Gobierno de la provincia, etc., de los cuales no surgió información válida para conocer los motivos de la clausura, el actor presentó el siguiente escrito en mayo de 1957 (fojas 32): “I. Según surge de autos, no existe autor de la orden de clausura del diario e imprenta anexa, a raíz de una detención sufrida por disposición del Poder Ejecutivo Nacional. Al ser detenido, en ese mismo instante se clausuró el indicado medio de vida, y, al ser puesto en libertad, nada se dispuso sobre aquel ente comercial y periodístico. Por ello vengo a reiterar mi pedido inicial y posterior, que motivó las presentes actuaciones, en las que por las probanzas producidas no existe causa alguna que prolongue la situación. La clausura se motivó por la detención, esta constituyó motivo principal, y, aquella (la clausura) lo accesorio. Habiendo desaparecido lo principal, ya que existe mi libertad, debió desaparecer la clausura, que lo accesorio (Accessorium sequitur principales), lo accesorio sigue al o principal, según el clásico principio de derecho, Provéase de conformidad, Será Justicia”.

- El 6 de mayo el nuevo juez a cargo del Juzgado, Dr. Horacio Bustos Berrondo, dictó un fallo lamentable, en el cual expresó que “el recurso” de hábeas corpus es “un remedio procesal de excepción y no ha de otorgársele una amplitud mayor a la que pueda surgir del espíritu” de la ley, “sin extenderla a situaciones que deben ventilarse en otros ámbitos formales del orden jurídico”. Hasta allí ya pueden advertirse dos errores: el hábeas corpus no es un recurso sino una acción y lo que había presentado Siri no era un hábeas corpus sino una petición innominada, como analizamos más arriba. Agregó el magistrado: “Es evidente que la protección deferida a la propiedad no es para todos los supuestos en que ella pudiera resultar afectada. El propio acápite bajo el cual el recurso ha sido instituido por la ley adjetiva [...] nos está diciendo de la íntima relación que ha de darse entre el embargo y una privación o restricción ilegítima de la libertad corporal [...]”. Agregó que la clausura del diario no tenía relación con la libertad física o corporal y sin más argumentos rechazó la acción. Es difícil juzgar más de sesenta años después la actitud del juez, que evidentemente estuvo influida por el clima de la época (gobierno *de facto*), pero podemos afirmar que estuvo lejos de ser lúcida, sea por desconocimiento de las nuevas tendencias del derecho, por miedo o por colaboracionismo con el gobierno.

- El 16 de mayo, recuperada su libertad, Siri apeló esa decisión e insistió en el levantamiento de la clausura y el juzgado vuelve a librar un oficio a la comisaría pidiendo informes al respecto. La policía informó que había sido dejada sin efecto la consigna.

- Al día siguiente, a fs. 38, el juez resuelve que “el presente recurso de amparo” carecía de actualidad y fundamento, pero concedió la apelación.

- A fs. 40, con fecha 21 de mayo, Siri presenta un escrito en el que manifiesta “Hago notar a VS que en modo alguno he intitulado a esta cuestión como habeas corpus”.

- El 28 de mayo la cámara de apelaciones de Mercedes confirmó el auto del juez “por sus fundamentos”. Cabe destacar que esa escueta resolución de tres renglones lleva la firma de Emilio Daireaux, que luego sería juez de la Suprema Corte bonaerense nombrado por un gobierno *de facto* en 1969, y luego de la Corte Suprema de Justicia de la Nación nombrado por otro gobierno *de facto* en 1977⁽¹⁵⁾.

- El 10 de junio, en apenas una carilla y media, Siri interpuso recurso extraordinario federal contra el fallo de la cámara de Mercedes. El único argumento jurídico es

que los jueces naturales de la causa no habían aplicado la Constitución Nacional en forma efectiva para proteger su libertad de prensa.

- El 22 de julio de 1957 Siri hace una nueva presentación, esta vez ante la Corte, donde vuelve a aclarar que no interpuso un hábeas corpus “sino un remedio legal (art. 15 CN 1853), ‘peticionar a las autoridades’, a los efectos de lograr –frente a los hechos y actos que surgen de autos– la garantía constitucional de la libertad de imprenta [...] mediante un acto en procedimiento, declarativo, que asegure el imperio del derecho que se establece en el art. 31 de la misma Carta Magna”.

- El procurador general, el célebre penalista Sebastián Soler, dictaminó el 13 de agosto de 1957 en el sentido de que el recurso estaba mal concedido porque la clausura al diario ya había sido levantada y la cuestión se había tornado abstracta.

- La Corte, el 21 de agosto, como medida para mejor proveer, con la firma de solo 4 de sus 5 miembros (Orgaz, Argañarás, Galli y Herrera), libró oficio al juzgado de Mercedes para que informe si subsistía la clausura.

- Con fecha 9 de septiembre el Dr. Bustos Berrondo, previa consulta al comisario, informó que la clausura subsistía. Con ello se corrió nueva vista al Procurador.

- El 14 de octubre el Procurador Soler dictamina que “el recurso de habeas corpus sólo protege a las personas privadas de su libertad corporal sin orden de autoridad competente” y propone la confirmación de la sentencia que rechazaba la petición de Siri.

- El 24 de diciembre de 1957 Siri solicita el pronto despacho de la causa.

- El 27 de diciembre la Corte emite el fallo, con la firma de los Dres. Orgaz, Argañarás, Galli, Villegas Basavilbaso y con la disidencia del Dr. Herrera. El resto ya es una historia conocida.

c) El caso “Samuel Kot SRL”

Pocos meses después llegó a la Corte este caso, en el cual no se cuestionaba una decisión del poder público, sino ciertos actos de particulares. Lo que pocas veces se dijo es que esos actos de particulares contaron con cierta complicidad de las autoridades administrativas y judiciales, como demostraremos a continuación.

Algunos empleados (no todos) de una fábrica situada en la ciudad de Gral. San Martín, provincia de Buenos Aires (a escasos metros de la Capital Federal), la habían tomado por la fuerza, reclamando por la suspensión disciplinaria impuesta a un delegado. Hicieron una huelga de brazos caídos y ocuparon el local. La conducta obrera fue declarada ilegal por el Departamento de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires y, una vez firme esa decisión, la empresa despidió a quienes continuaban con esa actitud y no acataban la decisión administrativa⁽¹⁶⁾.

Las autoridades que asumieron el cargo en la provincia de Buenos Aires en mayo de 1958 anularon la declaración de ilegalidad de la huelga (mediante Resolución N° 89/58) e intentaron imponer la reincorporación del personal, el cual a su vez quiso cobrar salarios por los días de huelga y los posteriores, a lo cual se negaron los dueños de la fábrica. Estos, a su vez, impugnaron esa resolución en sede administrativa y judicial, pero el Departamento del Trabajo bonaerense le inició varios sumarios a la empresa por negarse a cumplir con la reincorporación, en una evidente actitud intimidatoria⁽¹⁷⁾. Al mismo tiempo, piquetes de obreros impidieron el trabajo en el establecimiento y las autoridades policiales se negaron a intervenir invocando órdenes del ministerio de gobierno de la provincia.

Días después (junio de 1958) un grupo de individuos asaltó la fábrica, expulsó a los obreros que trabajaban y clausuró el local, en cuyo interior había turnos de ocupantes que impedían el acceso a ella de los trabajadores y de los dueños. Pese a ello, las autoridades policiales (comisaría de la zona y unidad regional) se negaron a intervenir, lo cual motivó una presentación ante el Ministerio de Gobierno de la provincia y ante el gobernador (por entonces el Dr. Oscar Alende). El máximo mandatario provincial se limitó a enviar una nota al Departamento de Trabajo, el cual (casi un mes después del inicio de la toma) ordenó la constitución de un tribunal obligatorio de arbitraje y de-

(15) En 1969 es nombrado en la Suprema Corte provincial, cargo que ocupó hasta que el 30 de septiembre de 1977 la Junta Militar lo nombra en la Corte Suprema nacional, que ejerció hasta su fallecimiento. Cfr. Tanzi, Héctor José, “Jueces de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que fueron a la Corte Suprema Nacional”, http://www.cmfbas.org.ar/archivos/8_RP1-10-Jueces%20Supr%20Cte.pdf

(16) En un interesante libro escrito por el patrocinante de Samuel Kot SRL se relatan los pormenores de hecho del caso y se transcriben varias resoluciones adoptadas en la causa, ver: Houssay, Abel, *Amparo Judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1961, pp. 11 y ss.

(17) Houssay, A., *Amparo Judicial*, cit., p. 12.

signó árbitro al Subsecretario de Justicia del Ministerio de Gobierno (el mismo órgano que no había atendido el reclamo de la empresa). Ese funcionario, “prescindiendo de los recursos mencionados, inclusive los deducidos contra su nombramiento, sin audiencia de parte ni tramitación alguna, en un denominado laudo ordenó la reincorporación del personal y el pago de salarios a partir del 22 de mayo de 1958”⁽¹⁸⁾ (fecha del inicio del conflicto).

Paralelamente a ello, la empresa hizo una denuncia penal por usurpación contra los ocupantes y por incumplimiento de deberes de funcionario público contra los integrantes del Departamento del Trabajo, a la vez que pidió el desalojo de la planta. Todo ello ante el juzgado del crimen competente (que por entonces era el de la ciudad de La Plata, dado que no existía el departamento judicial de Gral. San Martín). “Al prestar declaración, varios usurpadores adujeron cumplir órdenes del Departamento Provincial del Trabajo”⁽¹⁹⁾, lo cual obviamente era un escándalo.

El juez interviniente, Dr. Pedro Heguy, encomendó la investigación de los hechos justamente a los funcionarios policiales alcanzados por la acusación (otro escándalo jurídico) y sin admitir prueba alguna del denunciante, sobreseyó la causa por usurpación y rechazó el pedido de desalojo. Según Houssay, el fallo se apartó de invariable jurisprudencia y sentó el peligroso precedente de que la violenta ocupación de una fábrica constituye un medio de solución de un conflicto laboral⁽²⁰⁾. Ese lamentable fallo fue apelado por el fiscal y por el particular damnificado y fue confirmado por la Sala 1° de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de La Plata, contra lo cual el denunciante interpuso recurso extraordinario, que luego fue rechazado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el mismo día en que hizo lugar al amparo que aquí analizamos.

Al mismo tiempo, la empresa denunció ante el Juzgado Federal de Gral. San Martín la violación de la correspondencia y comunicaciones telefónicas de la empresa por parte de los ocupantes de la planta. Pero el juez federal ordenó que esas actuaciones se remitieran al Dr. Heguy de La Plata. Otra arbitrariedad.

También se inició un interdicto para recobrar la posesión ante un juzgado civil y comercial de la ciudad de La Plata, pero no llegó a trabarse la litis porque antes de ello se dictó el fallo de la Corte Suprema en el amparo que analizaremos a continuación.

Como puede advertirse, la situación de indefensión de la firma Kot era total porque no habían atendido sus legítimos reclamos: ni la policía, ni el Departamento de Trabajo Provincial, ni el ministerio de gobierno de la provincia, ni el propio gobernador, ni el juez penal, ni el juez federal, ni el juez civil. Evidentemente el poder público ejercía una connivencia con el poder sindical que apañaba a los ocupantes de la fábrica.

Por todo ello, luego del fallo del Dr. Heguy, la sociedad dueña de la fábrica interpuso una acción de amparo, invocando la Constitución Nacional y la Provincial y citando el fallo “Siri”. Se enfatizó en la demanda que los conflictos, en un estado de derecho, se resuelven con la intervención de los tribunales de justicia y no por la fuerza⁽²¹⁾ y que las mismas normas que reglamentan los conflictos colectivos del trabajo prohíben la ocupación de los establecimientos⁽²²⁾, las cuales fueron ignoradas por el juez. Incluso, es de resaltar que las personas que ocupaban la planta no eran empleados de ella. El Dr. Heguy, en otra injusticia más, omitió pronunciarse en el amparo y lo remitió a la cámara de apelaciones, la cual denegó la prueba ofrecida y se limitó a pedir informes a los funcionarios denunciados, tras lo cual rechazó el amparo.

El voto de la mayoría de la Corte afirmó que “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la constitución e independientemente de las leyes reglamentarias”, y con base en ello suplió la mora legislativa, brindando un remedio rápido para la violación de derechos constitucionales allí donde no había ninguno creado por las leyes. La Corte entendió, básicamente, que no importaba de quién

provenía la violación de un derecho constitucional, y que los jueces estaban obligados a sanearla por la vía del amparo aun cuando no proviniera del poder público: “A los fines de la protección de los diversos aspectos de la libertad individual, garantizados tácita o implícitamente por el art. 33 de la Constitución Nacional, no es esencial distinguir si la restricción ilegítima proviene de la autoridad pública o de actos de particulares. Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita aseverar que la protección de los ‘derechos humanos’ esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad ni que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, lato sensu, carezca de la protección constitucional adecuada por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos”.

En cuanto al accionar extorsivo del sindicato que actuaba en el conflicto y a la pasividad de las autoridades, la Corte expresó frases muy duras: “Ninguna ley de nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los obreros ni a cualquier otro sector del pueblo argentino sin mediar las situaciones excepcionales de legítima defensa o de estado de necesidad la facultad de recurrir por sí mismo a las vías de hecho para asegurar o defender lo que estima su derecho, y mantenerse en ellas ante la presencia pasiva de la autoridad pública”. Y agregó: “La declaración de que no existe protección constitucional de los derechos humanos frente a organizaciones colectivas, que acumulan casi siempre enorme poderío material o económico (consorcios, sindicatos, asociaciones profesionales, grandes empresas), comportaría la de la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución, cuyo espíritu liberal es inequívoco y vehemente, y con ella, la del orden jurídico fundamental del país” (los destacados nos pertenecen).

Los ministros de la Corte más cercanos al gobierno del Dr. Frondizi⁽²³⁾ (Dres. Aráoz de Lamadrid y Julio Oyhanarte) votaron en disidencia, afirmando que “no todos los derechos de que una persona puede ser titular están incluidos en el concepto jurídico de ‘garantía constitucional’. Para que un derecho individual revista ese carácter es preciso, en principio, que se trate de un derecho público subjetivo reconocido al hombre frente al poder público”. Apoyados en ese sofisma concluyeron que el amparo solo procedía contra actos de autoridad pública, ignorando así que la autoridad pública había actuado como cómplice por omisión con los ocupantes de la fábrica. El abogado de Samuel Kot SRL manifestó lo siguiente respecto del fallo: “[...] quienes vivieron la angustia de una injusticia constante, asistieron al fracaso de todos los recursos que antes parecían infalibles y combatieron en desigual lucha contra poderes ejercidos despóticamente, reconocen en el voto de la mayoría, además de una sentencia justa, el espíritu de magistrados que dictaron un luminoso pronunciamiento en defensa de los esenciales derechos del individuo”⁽²⁴⁾.

IV. A modo de conclusión

En las ciencias sociales –y el derecho es una de ellas– es difícil trazar un corte en el tiempo y afirmar que cierto instituto nació en una determinada fecha. Siempre hay vestigios anteriores, proyectos, intentos fallidos, autores que proponen cambios *de lege ferenda*, votos en disidencia en la Corte, decisiones de jueces inferiores, etc., que van gestando el nacimiento de alguna materia que luego hace eclosión y sale a la luz. Es decir que esa gestación siempre es gradual y nunca súbita.

En este trabajo hemos procurado mostrar los antecedentes que posibilitaron el dictado de los fallos “Siri” y “Samuel Kot SRL”. Sin el coraje del juez de Río Gallegos, sin la constitución entrerriana, y sin el fallo “Chomnalez”, aquellos no hubieran visto la luz.

VOCES: ACCIÓN DE AMPARO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER EJECUTIVO - PODER JUDICIAL - PODER LEGISLATIVO - CONSTITUCIONES PROVINCIALES - LEYES PROVINCIALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DERECHO PROCESAL - PROCESO JUDICIAL - DERECHO CONSTITUCIONAL

(18) Houssay, A., *Amparo Judicial*, cit., p. 14.

(19) Houssay, A., *Amparo Judicial*, cit., p. 14.

(20) En la década de 2000 asistimos a un conflicto similar en la fábrica Kraft, sita en la zona norte del Gran Buenos Aires, en el cual los ocupantes además cortaban la autopista Panamericana (Ruta Nacional n° 9).

(21) Houssay, A., *Amparo Judicial*, cit., p. 20.

(22) Art. 8° inc “e” del Decreto Ley N° 210.596/57 y Decreto Provincial N° 23.952/57.

(23) Puede verse un análisis de ese período de la Corte en nuestro libro *Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Astrea, 2ª edición, 2017, pp. 143 y ss.

(24) Houssay, A., *Amparo Judicial*, cit., p. 22.

Modificaciones a las instituciones de gobierno en la reforma constitucional de 1994 (con principal énfasis en el trámite parlamentario y en la función legislativa)

por HÉCTOR PÉREZ BOURBON (con sustanciales aportes de GUILLERMO CARLOS SCHINELLI)

Sumario: INTRODUCCIÓN. – PRIMERA PARTE. MODIFICACIONES EN LA ESTRUCTURA DEL GOBIERNO. – I. MODIFICACIONES EN EL PODER LEGISLATIVO. Modificaciones estructurales en el Senado. Modificaciones estructurales en la Cámara de Diputados. Modificaciones de atribuciones referidas al Congreso. Modificaciones de funcionamiento en el Congreso. Otras modificaciones. – II. MODIFICACIONES EN EL PODER EJECUTIVO. Modificaciones en la organización. Modificaciones en el funcionamiento. – III. MODIFICACIONES EN EL PODER JUDICIAL. – IV. LA NUEVA UBICACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL ESQUEMA INSTITUCIONAL. – SEGUNDA PARTE. NOVEDADES Y EFECTOS CONCRETOS CON RELACIÓN A LOS ARTÍCULOS 77 A 84 SOBRE LA FORMACIÓN Y SANCIÓN DE LAS LEYES. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS. A. Formas en que se concretan las decisiones de las Cámaras del Congreso. B. El procedimiento parlamentario en un régimen bicameral. C. *Quorum* y mayorías. – ANÁLISIS PORMENORIZADO DE LAS REFORMAS. I. Presentación de proyectos. II. Aprobación por la Cámara de origen. III. Delegación de facultades en las Comisiones. IV. Promulgación tácita - Promulgación parcial. V. Desacuerdos entre las Cámaras. VI. Prohibición de sanción tácita o ficta - Decisiones expresas del Congreso. VII. Insistencia ante el veto. VIII. La fórmula legal o fórmula de sanción. – ÚLTIMOS COMENTARIOS A MODO DE CONCLUSIÓN.

Introducción

La reforma constitucional de 1994 agregó un capítulo a la parte dogmática y modificó varios artículos de la parte orgánica, tanto en el Poder Legislativo como en el Ejecutivo y el Judicial y en las relaciones entre poderes.

Algunas de esas modificaciones han resultado beneficiosas para la marcha de las instituciones de gobierno, otras no tanto, y otras están aún pendientes de instrumentación.

A analizar críticamente cuáles fueron esas modificaciones institucionales apunta este trabajo que dividiremos en dos partes:

a) En la primera, veremos las modificaciones habidas en cada uno de los poderes del Estado: modificaciones en el Poder Legislativo, en el Poder Ejecutivo y en el Poder Judicial, incluyendo aquellas que afectan a más de un poder.

b) En la segunda, haremos un análisis más exhaustivo y detallado de las modificaciones referidas al capítulo correspondiente a “*De la formación y sanción de las leyes*”.

Primera parte. Modificaciones en la estructura del gobierno

Como adelantamos, en esta primera parte analizaremos las modificaciones introducidas en los esquemas estruc-

turales del gobierno: en cada uno de los poderes y en lo referido a las relaciones entre ellos.

I. Modificaciones en el Poder Legislativo⁽¹⁾

Modificaciones estructurales en el Senado

Las principales modificaciones en lo relativo a la composición y organización del Senado fueron:

1. Tres senadores por provincia surgidos de una elección directa: dos por la mayoría y uno por la minoría.

Análisis crítico

El sistema anterior determinaba (al menos en la teoría) una representación formal de la provincia en cabeza de cada senador: era la legislatura, máximo órgano de representación local, la que unguía a cada uno de sus representantes.

A causa de esta modificación, en cambio, el Senado se ha transformado en una especie de “Cámara de Diputados II”, ya que tiene el mismo sustento de representación que los diputados: el voto popular.

En consecuencia, las provincias han perdido su representación como tales en el gobierno federal: los senadores dejaron de representar a las provincias como entidad política.

Hay dos pruebas claras a este respecto:

a) Es dable advertir que, con gran frecuencia, sobre un tema determinado dos senadores de una provincia votan en un sentido y el tercero de la misma provincia vota en sentido contrario. ¿Quiénes son los que representan la voluntad de la provincia? Indudablemente no pueden ser los tres.

b) Por otra parte, vemos a diario que si el presidente de la Nación tiene algo que negociar o acordar con las provincias lo hace con el gobernador que es el verdadero representante, y no los senadores⁽²⁾.

Como nota de color vale la pena advertir que en razón del poco cuidado que se tuvo en su redacción, la Constitución hoy establece que los senadores no son de la Capital sino de la Ciudad de Buenos Aires. Si se trasladara la Capital y la Ciudad se devolviera a la provincia, la Ciudad de Buenos Aires participaría en la elección de senadores por la provincia pero, además, tendría los propios; la nueva capital no tendría senadores.

2. Mandato de seis años con renovación por tercios cada dos años.

Análisis crítico

No se corrigió ni eliminó el artículo 62 que establece que “*Cuando vacase alguna plaza de senador por muerte, renuncia u otra causa, el Gobierno a que corresponda la vacante hace proceder inmediatamente a la elección de un nuevo miembro*”.

Ello es imposible por el modo de representación. En efecto, no es posible reemplazar al senador por la minoría a través de una elección *ad hoc*. Sería una extraña carrera

(1) Este tema puede verse también más ampliado en PÉREZ BOURBON, HÉCTOR. El Congreso en la historia institucional argentina. El Derecho - Constitucional, número 12 del 23/12/2020. Cita Digital: ED-MIV-879.

(2) En esta línea se manifestó también la convencional por Tierra del Fuego, Elena Rubio de Mingorance, en la sesión del 27 de julio de 1994: “Otro tema en el que creo que ninguna provincia está de acuerdo es el del tercer senador. Cada vez que hablaba del tema preguntaba si a alguna provincia la habían consultado sobre si quería elegir un tercer senador. A la nuestra no. Según lo poco que he estudiado de derecho constitucional, la Cámara de Senadores está constituida de manera diferente a la de Diputados, pues se busca dar representación igualitaria a todas las provincias, las que eligen dos senadores cada una. Ahora habrá tres, pero no representarán a la provincia sino a los partidos políticos, el de mayoría y el de minoría.

No podemos estar de acuerdo con eso, como tampoco estamos de acuerdo con la elección directa de los senadores. Tal vez yo sea un poco antigua, pero en la escuela primaria me enseñaron que la Cámara de Diputados estaba compuesta por los representantes del pueblo, que eran elegidos según la cantidad de población, mientras que la Cámara de Senadores era la representación de las provincias, y sus integrantes elegidos por las legislaturas. Muchas veces se me dijo: ‘¿Sabés las componendas que se hacen en las legislaturas para nombrar a un senador?’ ¿Por qué hablamos de componendas y no de convenios políticos? ¿Acaso no hacemos permanentemente convenios políticos? No estamos de acuerdo con la elección directa de los senadores ni con la de un tercer senador.”

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Los cuerpos parlamentarios y el mito del recinto*, por FERMÍN PEDRO UBERTONE, EDCO, 2006-724; *El Poder Ejecutivo como legislador*, por JORGE HORACIO GENTILE, EDCO, 2008-289; *La mirada en el Poder Legislativo*, por IRIDE ISABEL MARÍA GRILLO, EDCO, 2010-221; *Las leyes del funcionamiento parlamentario. Primera parte*, por FERMÍN PEDRO UBERTONE, EDCO, 2012-641; *Las leyes del funcionamiento parlamentario. Segunda parte*, por FERMÍN PEDRO UBERTONE, EDCO, 2012-654; *Procedimiento legislativo y democracia*, por SARA BERENICE ORTA FLORES, EDCO, 2016-621; *A 160 años de la primera sesión del Congreso*, por JORGE HORACIO GENTILE, EDCO, 2014-690; *Cuerpos parlamentarios: concepto y ejemplos*, por FERMÍN PEDRO UBERTONE, EDCO, 2017-671; *¿Presidencialismo o parlamentarismo?*, por ROBERTO F. BERTOSSI, ED, 273-1007; *La separación de poderes y sus diferentes modelos en el derecho comparado. Sexta parte: el modelo español*, por ALBERTO B. BIANCHI, EDCO, 2018-586; *El sistema federal y los derechos políticos en la Argentina*, por ARMANDO R. AQUINO BRITOS, EDCO, 2018-229; *Los cuerpos parlamentarios: sus características*, por FERMÍN PEDRO UBERTONE, EDCO, 2018-714; *Democracia deliberativa, representación y reglamentos parlamentarios*, por MARIANO PALACIOS, EDCO, 2019-635; *La reforma del Congreso de la Nación*, por JORGE HORACIO GENTILE, EDCO, 2019-453; *Votaciones parlamentarias, los resultados*, por FERMÍN P. UBERTONE, EL DERECHO CONSTITUCIONAL, Marzo 2020 - Número 3; *Los roles del Poder Legislativo*, por Jorge H. Gentile, EL DERECHO CONSTITUCIONAL, Febrero 2021 - Número 1/2. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

en la que gana el que llega segundo. Por ese motivo es que los tres senadores deben elegirse en la misma contienda electoral y, además, al momento de elegir a un senador se elige también un suplente.

De modo que cada ciudadano vota para diputados nacionales cada dos años, pero para senadores nacionales lo hace cada seis años. En consecuencia, aunque hay una compulsiva popular bienal esa opinión recién se refleja, en lo que hace a la pretendida representación de la provincia en el Congreso Nacional, cada tres de esas compulsas.

Modificaciones estructurales en la Cámara de Diputados

3. No hubo modificaciones... aunque debieron haberse hecho.

Análisis crítico

No se corrigió ni eliminó –y debió haberse hecho alguna de esas dos cosas– el artículo 51: “*En caso de vacante, el Gobierno de provincia, o de la Capital, hace proceder a elección legal de un nuevo miembro*”.

Desde hace tiempo existen las listas de suplentes de cada partido lo que resulta un sistema más razonable; de no ser así el partido mayoritario de la provincia iría incrementando su representación con cada vacante que se produjere.

Además, se modificó el artículo 45 pero se mantuvo la base de representación en 33.000 habitantes, número que había fijado la reforma de 1998. Obviamente eso no se cumple porque de cumplirse la Cámara de Diputados debería tener más de 1.300 miembros.⁽³⁾

Alguien podrá aducir que existe la ley 22.847 que establece la base en 161.000 habitantes o fracción no menor de 80.500. Es cierto; pero no es menos cierto que esa mal llamada ley (producto del gobierno de usurpación) es no solo inferior, sino también anterior al artículo constitucional.

Por último, en esa misma modificación al artículo 45 se establece que los diputados son “*representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado*”. El texto a ese momento vigente prescribía que los diputados eran elegidos por “*el pueblo de las Provincias y de la capital*”; la reforma le agrega: “*de la ciudad de Buenos Aires*” o sea que si se traslada la capital esta también tendrá diputados... pero la ciudad seguirá teniéndolos. Bastante menos engorro habría sido dejarlo como estaba o, al menos, reemplazar la conjunción “y” por “o”: “*...de la ciudad de Buenos Aires o de la Capital en caso de traslado*”.

Modificaciones de atribuciones referidas al Congreso

La reforma introduce algunas modificaciones en las atribuciones del Congreso. En casi todas ellas deja demasiado librado a la ley el ajuste final del instituto lo que, en algunos casos, no ha dado buenos resultados.

Las principales modificaciones son:

4. Crea la Auditoría General de la Nación como órgano de asistencia técnica del Congreso.

Análisis crítico

La Auditoría como tal había sido creada en octubre de 1992 mediante la ley 24.156 que regula la administración financiera y los sistemas de control del sector público nacional y la ubicaba como dependencia del Congreso.

La reforma de 1994 le dio rango constitucional y modificó algunos aspectos como ampliar algo sus atribuciones y establecer que “*el presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso*” (art. 85).

Respecto del resto de la normativa referida a la organización y funcionamiento del organismo la constitución lo deriva a una ley “*que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara*”.

5. Crea la Defensoría del Pueblo en el ámbito del Congreso de la Nación.

Análisis crítico

Transcribimos directamente el artículo 86 constitucional, sumamente claro en lo relativo a las funciones de este órgano: “*El Defensor del Pueblo es un órgano in-*

dependiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará 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. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez.

La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.”

Sin embargo, a pesar de lo promisorio que aquí parece ser esta institución el resultado real no ha sido tan satisfactorio.

En efecto, inicialmente fue designado Jorge Luis Maiorano, quien fue así el primer funcionario en ocupar el cargo; luego de finalizado su mandato, en diciembre de 1999, se designó a Eduardo René Mondino, a quien se le renovó su mandato en diciembre de 2004. Renunció en abril de 2009 para presentarse como candidato a senador por la provincia de Córdoba, aunque no resultó electo.

Desde esa fecha el cargo de Defensor del Pueblo de la Nación se encuentra vacante.

6. Asigna explícitamente al Congreso la facultad de intervención federal a las provincias.

Análisis crítico

Aunque no se modificó el artículo 6° de la Constitución que asigna la facultad de intervenir en el territorio de las provincias al “Gobierno federal” sin especificar nada más la reforma ajusta esta disposición relativamente genérica en dos artículos: en el artículo 75, inciso 31, en el que asigna expresamente al Congreso “Disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires”; y en el artículo 99, inciso 20, que faculta al presidente a tomar esa medida “*en caso de receso del Congreso y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento*”. Coherentemente con ello, el segundo párrafo del artículo 75, inciso 31, ya citado, aclara que en este último caso es el Congreso el que debe “*aprobar o revocar la intervención decretada, durante su receso, por el Poder Ejecutivo*”.

Queda claro, entonces, que la facultad primaria es del Congreso.

Esta es una modificación sin duda acertada porque pone punto final a un viejo conflicto político e incluso doctrinario acerca de si la intervención federal era una facultad del Congreso o del Presidente. La realidad de lo sucedido es que de las más de 170 intervenciones federales habidas en el país desde 1853 hasta ahora prácticamente dos tercios se hicieron por decreto del Poder Ejecutivo y solo un tercio por ley del Congreso. Esta reforma, como decimos, zanja la discusión.

No obstante, el sistema parece adolecer de una deficiencia: no existe una ley que reglamente ese precepto constitucional. A pesar de que ha habido proyectos al respecto –al menos, el del diputado Jorge Vanossi (1542-D-2004), el del diputado Manuel Baladrón (2350-D-2004) y el de la senadora María Cristina Perceval (607/09)– no se ha establecido un esquema claro y preciso en torno a distintos aspectos como duración de la intervención, facultades del interventor, remuneración que percibirán los integrantes de la intervención, y otras cuestiones que, como decimos, siguen quedando libradas al arbitrio del gobierno de turno.

7. Limita la delegación legislativa.

Análisis crítico

Otro de los temas al que se abocó la reforma fue el de la delegación legislativa de lo que trae dos regulaciones: hacia el pasado, a través de la Disposición Transitoria Octava, y hacia el futuro, en el artículo 76.

La mencionada Disposición Transitoria Octava, tiene el siguiente texto: “*La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley. (Corresponde al artículo 76)”*.

Este texto, en un análisis fino de su redacción, resulta muy poco preciso. En un estudio que hicimos hace más de veinte años –y que no es del caso reiterar aquí– habíamos llegado a la conclusión siguiente: “Por eso decimos que no

(3) Un tema vinculado a esta cuestión es el de la distribución de bancas por provincia. A causa de la distorsión demográfica que sufre el país y las leyes correctivas que fueron dictándose la cantidad de diputados por habitante es muy diferente de la que establece la Constitución y, además, con una enorme dispersión: la provincia de Buenos Aires tiene un diputado cada 250.000 habitantes en tanto que Tierra del Fuego tiene un diputado cada 37.200 habitantes.

Aunque este asunto es, sin duda, de gran interés, no lo tratamos en este trabajo por cuanto ello no es consecuencia directa ni indirecta de la última reforma constitucional, nuestro objeto de estudio.

queda claro el sentido de esta disposición transitoria. Solo sabemos que algunas normas, que no podemos determinar exactamente cuáles, caducarán en un plazo no inferior a cinco años, aunque no sabemos precisamente cuándo”.

Por su parte, el artículo 76 establece, a futuro, que: “*Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca*”.

Como vemos, si bien sienta el principio general de la prohibición la exagerada derivación a la ley termina casi desnaturalizando esa prohibición. De hecho, una de las materias que según la ley es susceptible de delegación es la ley de ministerios que parecería, a estar a lo que establece la Constitución en su artículo 100, que debe hacerse mediante una ley especial del Congreso.

Con el correr del tiempo, las sucesivas leyes que se dictaron al respecto, 25.148, 25.414, 25.645 y 25.918, fueron clarificando algo estas disposiciones constitucionales aunque, a nuestro entender, el grueso del problema sigue existiendo.

También se ha dictado la ley 26.122 que organiza la “Comisión Bicameral Permanente prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional”. Esta ley regula, según establece su nombre, el régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes. Es decir que se aplica en este punto y en los dos puntos que siguen.

8. Regula los decretos de necesidad y urgencia.

Análisis crítico

Los llamados decretos de necesidad y urgencia son una herramienta que le posibilita al Poder Ejecutivo tomar rápidas decisiones que, aunque deberían serlo por ley del Congreso, determinadas circunstancias hacen que esa decisión no admita dilaciones.

Es una especie de trámite invertido de las leyes: en lugar de aprobar el Congreso primeramente un proyecto que pasará luego al Ejecutivo para su aprobación y promulgación es el Presidente el que toma la iniciativa, aprueba el texto legal y luego el Congreso decidirá si lo ratifica o lo desestima... o no hace nada que es lo que habitualmente sucede.

El tema de los decretos de necesidad y urgencia no es para nada nuevo aunque debe reconocerse que en los últimos tiempos se había convertido en un hábito del Poder Ejecutivo poco propicio para la defensa de un sistema democrático y republicano⁽⁴⁾.

En ese encuadre, la convención reformadora de 1994 decidió regular el tema incorporándolo como inciso 3 del artículo 99 que, en la parte pertinente, dice: “*El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo*”.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada

(4) Como antecedente de peso puede citarse el decreto de Nicolás Avellaneda del 4 de junio de 1880 disponiendo el traslado de las autoridades federales al pueblo de Belgrano que se convertía, así, en Capital de la República. No se lo catalogó en ese momento como decreto de necesidad y urgencia, pero indudablemente fue un instrumento jurídico de la exclusiva voluntad del Poder Ejecutivo en un tema que debía resolverse por ley como que, de hecho, dejaba sin efecto la ley 19 de 1852, por la que se declaraba a “la ciudad de Buenos Aires residencia de las autoridades nacionales, con jurisdicción de todo su municipio, hasta tanto que el Congreso dicte la ley de capital permanente” y fue la chispa final que terminó provocando el dictado de la ley 1029, sancionada por el Congreso en septiembre de ese año y promulgada por el presidente siguiente, Julio A. Roca, por la que se federalizó la ciudad de Buenos Aires.

Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso” (el subrayado nos pertenece).

Esta posibilidad de emitir DNU fue receptada, como apuntamos, por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, que dejó sujeta a la sola decisión ulterior del Poder Legislativo la consecuencia que iba a tener el silencio del Congreso frente a ese tipo de decretos. Precedieron a tan precaria y discutida determinación manifestaciones ilusoriamente optimistas vertidas en el debate constituyente de 1994, donde el problema de los DNU se mezcló con la temática de lo que posteriormente sería el artículo 82 constitucional. Las vueltas de la política condujeron a que lo en aquel momento pensado, si bien los convencionales de entonces quisieron evitarlo, terminó transformándose –finalmente y, al menos, por ahora– en la regla: según la ley 26.122, emitida doce años después, en sus artículos 22 y 24, los DNU siguen vigentes mientras no los repelan expresamente (en utilización del artículo 82 constitucional, según se consigna en el texto) las dos Cámaras del Congreso, no existiendo plazo de caducidad alguno, precisamente, por haberse invocado –entre otras razones– que establecer ese tipo de límites temporales implicaría una violación a lo previsto en el artículo 82.

Se trata de una interpretación de la cuestión, a la que llegó la mayoría absoluta de los integrantes de las Cámaras del Congreso de entonces. Pero no era la única posible, pues el Parlamento pudo haber utilizado la interpretación teleológica o finalista del artículo 99, inciso 3, constitucional, partiendo de la base de que la aparente libertad para reglamentar que la Constitución le dio no era tal, puesto que el constituyente dejó planteado, primero y principalmente, el disfavor con que veía a los DNU, manteniendo asimismo con todo énfasis la condena a la concentración de poderes, contemplada entre otros por el artículo 29 constitucional. Esta cuestión da para muchísimas y diferentes interpretaciones.⁽⁵⁾

En efecto, el problema se suscita si lo que está previsto en la norma (lo que hemos subrayado) no se cumple: ¿en qué estado queda ese decreto? ¿Mantiene su vigencia o caduca? Nada dice la Constitución al respecto.

Como ya adelantamos más arriba, el haber introducido novedades institucionales en el texto de la Constitución de un modo tan general, pretendiendo que sea la ley la que complete la normativa no ha dado, en general, buenos resultados.

En este caso tampoco. La ley regulatoria, la mencionada ley 26.122, reitera ese concepto de la inmediatez en el tratamiento pero no resuelve qué es lo que sucede si no se trata. Casi “por reducción al absurdo”, como en algunos teoremas de la geometría, puede apreciarse un atisbo de solución a partir del artículo 24 de la ley que prescribe: “*El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia*”.

El rechazo expreso de ambas Cámaras produce indudablemente la derogación del decreto; pero, ¿es la única vía para que el decreto quede derogado? No lo dice el artículo⁽⁶⁾.

Sostener que es esa la única manera de que el decreto quede derogado se hace muy cuesta arriba en cuanto a la sensatez jurídica de esa disposición. Las leyes requieren de la aprobación de tres sectores: la Cámara de Diputados, el Senado y el Presidente. En el trámite normal y ha-

(5) Entre otras consideraciones, puede verse SCHINELLI, GUILLERMO CARLOS. “Decisiones expresas del Congreso (el art. 82 de la Constitución Nacional)”. Publicado en *El Derecho. Constitucional*, 2006-477, donde se incluyen opiniones sobre la cuestión de Santiago H. Corcuera, Gregorio Badeni, Félix R. Loñ, Alberto Natale, María Angélica Gelli, Helio J. Zarini, Alejandro Pérez Hualde y María Paula Rennella.

Más actual, y referido específicamente al DNU 70/2023, puede verse, entre otros autores:

MANI, PABLO LUIS. “Ni necesidad, ni urgencia, ni imposibilidad de que actúe el Congreso: nulidad del DNU 70/23”. Cita: TR LALEY AR/DOC/60/2024. CASSAGNE, JUAN CARLOS. “Sobre la constitucionalidad del DNU 70/2023”. Cita: AR/DOC/59/2024.

PÉREZ BOURBON, HÉCTOR. “Algunas reflexiones acerca de los DNU en general (y del DNU 70/23 en particular)”. Cita: ED-V-CCCXVIII-210.

(6) En eso la Constitución de la Ciudad es de mucho mejor factura técnica. El artículo 91 prevé que la Legislatura “Debe ratificar o rechazar los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo, dentro de los treinta días de su remisión. Si a los veinte días de su envío por el Poder Ejecutivo no tienen despacho de Comisión, deben incorporarse al orden del día inmediato siguiente para su tratamiento. Pierden vigencia los decretos no ratificados.”

Es clara la norma: la no ratificación implica la pérdida de vigencia, sea por un rechazo expreso o por el mero transcurso del tiempo.

bitual el rechazo de cualquiera de las Cámaras impide que ese proyecto se transforme en ley; igualmente si el rechazo es del Presidente y el Congreso no logra la insistencia.

Sin embargo, parecería que la solución de la ley es, para este caso, al revés. Si consideramos que el decreto de necesidad y urgencia es, como dijimos más arriba, una ley de trámite invertido, no se encuentra razón para sostener que esa alteración del trámite implica, además, una debilitación del esquema. El rechazo expreso de una de las Cámaras debería ser suficiente en punto a la derogación del decreto⁽⁷⁾.

Modificaciones de funcionamiento en el Congreso

9. Amplía el período de sesiones ordinarias de cinco meses a nueve.

Análisis crítico

Aunque no parece haber habido disidencias en cuanto a tomar esta decisión no son coincidentes los motivos por los cuales se tomaba.

En efecto, para algunos convencionales esto contribuía a fortalecer al Poder Legislativo en la medida en que le quitaba al presidente de la Nación la facultad de facilitar o no el funcionamiento del Congreso durante siete meses al año como también a digitar los temas que pudieran tratarse en las sesiones extraordinarias.⁽⁸⁾

Otros convencionales, empero, aunque apoyaban la medida, la consideraban intrascendente y no le adjudicaban demasiada importancia en cuanto a una mejora del funcionamiento del sistema⁽⁹⁾.

Por último, para otros convencionales esta decisión estaba destinada, principalmente, a agilizar el funcionamiento del Congreso⁽¹⁰⁾.

Más abajo, al tratar las modificaciones habidas a los artículos 79 y 81, volveremos sobre este último tema.

10. Asigna iniciativa exclusiva al Senado en algunos temas:

- Ley convenio de Coparticipación Federal de Impuestos.

(7) Tampoco ha quedado resuelto, y ni siquiera parece haber sido tratado, un tema crucial: las causas y los efectos del rechazo de un DNU por parte del Congreso.

En efecto, si consideramos que el DNU es, en definitiva, un procedimiento de excepción que permite dictar una ley con un trámite invertido y para cuyo dictado la misma constitución establece determinadas restricciones, parecería que pudiera haber dos causas por las que el Congreso podría rechazarlo: a) porque no está de acuerdo con el contenido jurídico de esa "ley"; o b) porque considera que no se han respetado los requisitos constitucionales que permiten su dictado.

En el primer supuesto la resolución de rechazo por parte del Congreso debería equivaler a una derogación. Ello sería coherente con lo que prescribe el artículo 24, transcripto.

Sin embargo, parece razonable que el Congreso pudiera también rechazar el DNU por motivos de otra índole: porque considera que no hubo necesidad y urgencia o porque considera que se hizo por fuera de los requisitos temáticos establecidos por la constitución incluyendo, por ejemplo, modificaciones al sistema tributario.

En estos casos, el rechazo del Congreso debería equivaler a una declaración de nulidad y, como tal, quitando todo efecto jurídico al DNU, aun en forma retroactiva.

(8) Al respecto, por ejemplo, manifestó el convencional y expresidente de la Nación Raúl Ricardo Alfonsín:

"Uno de los rasgos más negativos del funcionamiento del Congreso, solamente justificado en la época de la sanción de la Constitución, es la exigüidad de su período de sesiones. La brevedad de este período también permitió el avance de los poderes del Presidente que tenía lugar durante el receso del Poder Legislativo.

Otro aspecto negativo es el hecho que en las sesiones extraordinarias solo se puedan tratar las iniciativas del Poder Ejecutivo".

Y reiteró más adelante en su discurso: *"Un aspecto que evitará la prevalencia y hegemonía del Presidente será la prolongación del período de sesiones del Congreso".*

(9) Así, el convencional Alberto Natale expresó: *"El Congreso funciona todo el año, de enero a diciembre, bien o mal, con todos los vicios que pueda tener o con todas las virtudes que podamos señalar. Pero funciona, y el impulso legislativo –no nos engañemos– no lo damos las minorías, no lo da la oposición; el impulso legislativo, los proyectos de ley que se tratan, los temas que se discuten son los que va fijando en su agenda la mayoría, el partido gobernante.*

Entonces no va a cambiar la vida del Parlamento porque modifique esta disposición."

(10) Por ejemplo, el convencional Alberto M. García Lema finalizó su intervención con estas palabras: *"Finalmente me resta enunciar los procedimientos de la agilización del trámite legislativo. Ellos responden a la lógica de una época en la que el Congreso debe dictar muchas leyes por año que deben durar poco tiempo, que precisamente es una situación disímil y opuesta a la existente en el siglo pasado, cuando el sistema había sido diseñado para un Congreso que debía dictar pocas leyes por año que debían durar mucho tiempo.*

La reducción de las intervenciones posibles de las Cámaras a tres; la extensión del período de sesiones ordinarias del Congreso; la aprobación de los proyectos de ley en general en plenario y en particular en comisiones, responden a esta finalidad de acelerar el tratamiento legislativo."

En la misma línea fueron las intervenciones de la convencional Elena Rubio de Mingorance y de los convencionales Alberto Reinaldo Pierri e Iván José María Cullen, entre otros.

- Leyes sobre proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones (art. 75, inc. 19, 2º párrafo).

Análisis crítico

Parece acertado haber asignado al Senado la calidad de Cámara iniciadora en el tema de coparticipación federal ya que, al menos teóricamente, son los senadores los que representan a las provincias, inmediatas y directas destinatarias de esa ley.

En cambio, el tema del segundo punto es demasiado amplio y puede producir conflictos de competencia. Por ejemplo: una ley que estableciera la adecuación de cantidad de diputados por cada provincia según la población de cada una podría considerarse que tiene que ver con el desarrollo armónico de la Nación, pero afectaría solo a la Cámara de Diputados. ¿Es razonable que la Cámara iniciadora sea el Senado?

Otras modificaciones

La reforma de 1994 incorpora, además, otras cuatro modificaciones referidas al funcionamiento del Congreso. Ellas son:

11. Incorpora la iniciativa popular de proyectos de ley (artículo 77).

12. Autoriza a las Cámaras a delegar en las comisiones la votación en particular (artículo 79).

13. Limita la promulgación parcial en caso de veto parcial (artículo 80).

14. De cinco pases máximos se disminuye a tres (artículo 81).

Las cuatro se analizarán en la segunda parte, al tratar cada uno de esos artículos.

II. Modificaciones en el Poder Ejecutivo

En el Poder Ejecutivo encontramos dos tipos de modificaciones.

Modificaciones en la organización

Las principales modificaciones en lo relativo a la organización fueron:

15. Reducción del mandato a cuatro años con posibilidad de reelección por un mandato más.

Análisis crítico

"Una de las características propias de los sistemas de gobierno surgidos con posterioridad a la Revolución Francesa fue la de terminar con el monopolio del poder; es decir, impedir que una sola persona pueda tomar por sí sola una decisión definitiva.

La otra –no menos importante e intrínsecamente vinculada con la anterior– es la de la periodicidad de los mandatos: la gente elige a sus gobernantes pero, además, les fija un plazo para el ejercicio del cargo. Y ese plazo nunca es exageradamente largo; más bien suele ser corto.

Cuando finalice ese plazo la gente volverá a pronunciarse en las urnas y volverá a elegir a sus gobernantes, que podrán ser o no los mismos de acuerdo con la posibilidad o no de reelección.

Esto no les sucedía a los gobernantes de otras épocas. Luis XIV fue rey de Francia desde los cinco años y gobernó efectivamente el país por más de medio siglo.

No interesa aquí juzgar si el gobierno de Luis XIV era bueno o malo sino simplemente señalar que él no tenía ninguna restricción temporal. Salvo alguna catástrofe, él seguiría siendo el rey hasta su muerte. El tiempo no era una variable a tener en cuenta.

Los gobernantes actuales no gozan de ese privilegio. Su tiempo es acotado.

Lo curioso es que parecería que no se dan cuenta de ello y en lugar de aprovechar ese escaso tiempo para gobernar, que es para lo que la gente los eligió, gastan una enorme cantidad de tiempo en ver cómo hacen para poder quedarse después de que termine el plazo.

Si la reelección es jurídicamente posible, se zambullen de cabeza en la futura reelección; si es jurídicamente imposible, buscarán mil vericuetos para hacerla posible. Por supuesto, en esas condiciones, no les queda mucho tiempo para gobernar."⁽¹¹⁾

Cuando el horizonte es a seis años y la reelección está prohibida, esa inevitable tendencia tarda un poco más en aparecer.

(11) Extraído de Pérez Bourbon, Héctor, Para entender al Congreso. Ed. Dunken. Buenos Aires. 2009. 2º edición. Ed. Dunken. Buenos Aires. 2011.

Pero daría la impresión de que el acortamiento del mandato –y, sobre todo, si hay posibilidad de reelección– exagera la habitual tendencia a perpetuarse el mayor tiempo posible en el poder⁽¹²⁾.

16. Sustitución del sistema electoral pasando del colegio electoral a la elección directa.

Análisis crítico

La supresión del colegio electoral y su reemplazo por la elección directa desequilibra aún más la diferencia de importancia de cada provincia en esta decisión tan trascendente como es elegir al presidente de la Nación.

Si se aplicara hoy el sistema de colegio electoral la totalidad de electores sería del doble de 257 diputados más 72 senadores, o sea 658 electores de los cuales la provincia de Buenos Aires tendría 146, el 22,2% del total. Con la elección directa ese peso específico se va al 38,2%. Si le sumamos la Capital Federal, Santa Fe y Córdoba pasamos del 43,8% al 61,1%.

En la otra punta vemos que Tierra del Fuego que con el sistema de colegio electoral tendría un modesto 2,4% en la elección directa tendría apenas un 0,4% de la decisión. La Patagonia completa tiene actualmente un peso relativo del 6,4% mientras que si se aplicara el sistema de colegio electoral treparía al 14,6%.

No parece haber contribuido el cambio de sistema a afianzar el federalismo.

17. Incorporación de la figura del jefe de gabinete de ministros.

Análisis crítico

Este fue uno de los temas más publicitados de la reforma ya que se aducía que ello tendería a disminuir el exagerado presidencialismo de nuestro sistema político.

Un análisis frío y desapasionado del tema parecería mostrar que no fue tan así.

Al respecto, vale la pena considerar este nuevo instituto desde dos ópticas:

- La organización, funcionamiento, obligaciones y facultades del cargo en sí

- La posibilidad de su remoción por parte del Congreso.

El instituto en sí es, en realidad, una especie de importación parcial del sistema parlamentarista de varios países. Decimos parcial porque en la designación del Jefe de Gabinete –a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en Inglaterra, Italia, Francia o Alemania– no participa el Poder Legislativo. Tampoco participa formalmente el Jefe de Gabinete en la designación de los ministros.

Pero más allá de las formalidades atinentes a su designación y sus facultades lo que podemos apreciar en las tres décadas que lleva de existencia este instituto el poder político que ejerce o puede ejercer quien ocupa el cargo ha sido muy variable.

En cierto sentido se asemeja a los vicepresidentes que ha tenido el país a lo largo de su historia.

En efecto, fue francamente distinto el manejo del poder que pudo haber tenido Carlos Pellegrini como vicepresidente de Juárez Celman –a quien terminó reemplazando en la primera magistratura– o Julio Roca (h), vicepresidente de Justo y artífice de los tratados con Inglaterra sobre el comercio de carnes, con los vicepresidentes del Gral. Roca o de Sarmiento de los que casi ni siquiera se recuerda el nombre; la fuerte personalidad del presidente terminó opacando la función de su segundo.

Con el jefe de gabinete ha sucedido algo parecido a lo largo de las tres décadas que lleva de existencia. Más aún, ha habido períodos en los que alguno de los ministros –frecuentemente el de economía– ha tenido más preponderancia y más visibilidad política que el mismo jefe de gabinete, teóricamente ubicado en un escalón superior.

La importancia política del funcionario ha dependido más de la personalidad de otros funcionarios y de la suya

propia que de lo que el cargo implica institucionalmente en sí mismo.

En cuanto a la posibilidad de su remoción se incorporó en la reforma constitucional un modo de destitución de funcionarios propio de los sistemas parlamentaristas: el voto de censura.

Se palpa acá la inconveniencia de haber importado parcialmente un instituto ajeno a nuestra costumbre de gobierno. En efecto, en los sistemas parlamentaristas es el primer ministro el que selecciona a quienes lo acompañaran en su gestión; en consecuencia, la destitución del primer ministro implica la caída de todo el gabinete. Pero eso no se da en el caso de nuestro país: el jefe de gabinete puede ser removido por el presidente a su sola voluntad o bien por el Congreso a través del juicio político, en ambos casos como a cualquier ministro; la reforma de 1994 agrega la posibilidad de remoción a través de la moción de censura, pero el procedimiento para ejercer esta facultad por parte del parlamento no ha sido reglamentado aún y, en consecuencia, nunca se aplicó.

Más aún; ni siquiera parecería estar claro cómo funcionaría ese modo de remoción. De hecho, se ha presentado una considerable cantidad de proyectos sobre el tema y de su lectura surge que no hay siquiera unidad de criterio en cuánto a qué es realmente la llamada “moción de censura”: ¿es la decisión que efectiviza la separación del funcionario o es solo una advertencia o un apercibimiento para proceder, en una segunda, etapa a su destitución? Como dijimos, no queda claro en el texto constitucional⁽¹³⁾.

18. Deja librado a la ley el número de ministerios.

Análisis crítico

Este aspecto de la reforma parece haber sido acertado. De hecho, el número de cinco ministerios con competencias preestablecidas que determinaba la constitución original ya resultaba demasiado ajustado para las necesidades del gobierno y pocas décadas después, en 1898, se amplió el número a ocho ministerios dejando librado a la ley la delimitación de competencias de cada uno.

Vale la pena recordar que ya en esa convención se planteó una ponencia, por parte del convencional Carrasco, preguntándose si era conveniente que la constitución fijara expresamente el número de ministros, o si era preferible delegar esta atribución en el Congreso. La propuesta no prosperó.

Ese *numerus clausus* establecido en 1898 se mantuvo hasta la reforma de 1949 que dejó librado a la ley la cantidad de ministerios. Así, durante el gobierno de Perón llegó a haber hasta 18 ministerios.

A pesar de que la reforma constitucional de 1949 fue dejada sin efecto mediante la Proclama del 27 de abril de 1956, el gobierno surgido del golpe revolucionario mantuvo un número de ministerios superior a los ocho que la Constitución restablecida indicaba. Lonardi organizó su gabinete con 16 ministerios y al momento de entregar el poder a Arturo Frondizi el gabinete de Aramburu contaba con 13 ministerios.

A partir de allí los gobiernos constitucionales se atuvieron al número de ocho que marca la Constitución, pero los gobiernos militares en casi todos los casos sobrepasaron ese número.

Lo que pudo advertirse, además, es que fueron creándose diferentes secretarías que, sin alcanzar el rango de ministerio, tenían su propio ámbito de competencia. A simple título de ejemplo tuvimos secretaría de Turismo, de Deportes, de Ambiente y de otras áreas que fueron sustrayéndose a la de algún ministerio.

En este sentido, el haber liberado el número de ministerios derivando tal decisión a la ley parece haber sido una decisión acertada.

Lo que igualmente quedó en la nebulosa es si esa delegación que se hace en el Congreso resulta realmente verificada. De hecho, desde la presidencia de De la Rúa las modificaciones a la ley de ministerios se hicieron casi en su totalidad por decretos de necesidad y urgencia.

Modificaciones en el funcionamiento

19. Limita la posibilidad de dictar decretos de necesidad y urgencia.

20. Limita la posibilidad de que se le deleguen facultades legislativas propias del Congreso.

(12) Una rápida revisión de lo ocurrido con la primera magistratura del país desde la reforma constitucional hasta la actualidad muestra lo siguiente:

a) Menem buscó su reelección en 1995 y la logró. Incluso intentó, sin éxito, allanar la posibilidad de un tercer mandato en 1999. Entre los dos períodos gobernó algo más de 10 años.

b) De la Rúa ni siquiera logró terminar su primer mandato; mal podría haberse postulado para uno nuevo.

c) Néstor Kirchner no buscó una reelección personal, sino que logró una especie de “enroque” con su esposa, Cristina Fernández, quien sí consiguió su propia reelección en 2011, totalizando de esta manera tres períodos presidenciales en manos del matrimonio.

d) Mauricio Macri buscó su reelección al finalizar su mandato, pero fue derrotado.

e) Alberto Fernández no se presentó a una posible reelección.

(13) Para un análisis más amplio sobre este tema puede verse PÉREZ BOURBON, HÉCTOR. La moción de censura al jefe de Gabinete. El Derecho Constitucional, N° 14.410 del 21/05/2018. Cita: ED-DCCLXXVII-289.

21. Limita la posibilidad de promulgar la parte no vetada en caso de veto parcial.

Análisis crítico

Estas tres reformas constitucionales, si bien atañen directamente al Ejecutivo lo hacen en su relación con el Congreso. Las dos primeras han sido ya tratadas más arriba y la tercera se analiza en la segunda parte de este trabajo.

III. Modificaciones en el Poder Judicial

En el Poder Judicial encontramos una modificación muy importante, diríamos central, de la que derivan casi todas las otras modificaciones. En consecuencia, comenzaremos por esa reforma.

22. Creación del Consejo de la Magistratura.

Análisis crítico

La convención constituyente de 1994 incorporó en la organización del Poder Judicial un nuevo organismo: el Consejo de la Magistratura.

Este instituto, aunque existente en otros países, era desconocido en nuestro sistema de gobierno. A partir de su incorporación a la Constitución Nacional fue generalizándose a nivel provincial y hoy casi todas las provincias cuentan con un organismo semejante o equivalente.

Sin embargo, más allá de los aspectos favorables que podría uno imaginar al diseñar un organismo de esa naturaleza la realidad ha mostrado que no ha resultado dar los beneficios esperados.

Tal vez una de las causas del relativo fracaso de este novedoso organismo fue el hecho de que el precepto constitucional es muy amplio y, como ya señalamos para otras modificaciones, el dejar tan librado a la ley su organización y funcionamiento produjo una serie de idas y vueltas en lo relativo al número de integrantes y al peso relativo de los distintos sectores que lo componen.

En efecto, la ley que organizó el Consejo de la Magistratura, la ley 24.937, se dictó recién en diciembre de 1997, tres años después de que la Constitución creara el organismo. Aún no se había promulgado cuando el Congreso sancionó un nuevo proyecto de ley, registrado con el número 24.939, que, entre otras cosas, elevaba de uno a dos la cantidad de integrantes provenientes del mundo académico, llegando así a un total de 20 miembros.

Esta ley 24.939, aunque se la llamó “Ley correctiva del Consejo de la Magistratura” dista bastante de ser una ley simplemente correctiva. En efecto, modifica un párrafo y un inciso del artículo 2º, dos incisos del artículo 7º, el artículo 9º, dos párrafos del artículo 13, el artículo 14, el artículo 16, un inciso del artículo 22 y el artículo 33. Ello, sumado al hecho de haberse sancionado cuando la ley a “corregir” todavía no era una ley –ya que no había sido promulgada– y a que ambas leyes y sus respectivos decretos de promulgación se publicaron en el Boletín Oficial el mismo día, muestra a las claras que, desde el inicio, el tema de los acuerdos y desacuerdos políticos terminó por avasallar cualquier rigor técnico.

En febrero de 2006 un nuevo proyecto, impulsado por el oficialismo, culminó en la ley 26.080 que bajaba el número total de miembros a 13. Pero seis años después ese mismo oficialismo impulsa y logra la aprobación de la ley 26.855 que vuelve a elevar el número de consejeros, llevándolo a 19.

Estos vaivenes en cuanto al número, además, produjeron importantes alteraciones en el peso relativo de cada estamento. Así, por ejemplo, el sector político (incluyendo a los representantes del Congreso y del Poder Ejecutivo) osciló entre 45%, 54% y 37% mientras que el sector académico que tenía una representación del 10% en la composición original, baja al 8% con la segunda ley y alcanza el 32% con la tercera.

En nuestra opinión, un órgano de gobierno que debería ser algo estable y consolidado fue virando hacia un ámbito fuertemente influido por la política partidaria, lo que le ha quitado eficiencia. Porque además de esas idas y venidas surgidas de la ley hubo fallos de la Corte que declararon la inconstitucionalidad de alguna de estas reformas o, incluso –y sin saberse bien por qué razón– hubo un fallo de primera instancia, confirmado en Cámara que, en una clara defensa del estamento corporativo, determinó que un legislador no podía ser consejero en razón de no contar con título de abogado⁽¹⁴⁾.

(14) Al respecto puede verse PÉREZ BOURBON, HÉCTOR y ROVNER, RICARDO DANIEL. “El Consejo de la Magistratura ¿sólo para abogados?”. El Derecho - Constitucional, número 1/2 del 24/2/2021. Cita Digital: ED-MXII-278.

Esta politización del Consejo trajo algunos inconvenientes, como se verá.

23. Modificación del sistema de selección de los jueces.

Análisis crítico

Una de las principales funciones del Consejo de la Magistratura es la selección de quienes deberán ser designados jueces.

Lo que antes era una facultad discrecional del presidente de la Nación ha sido morigerada a través de la participación del Consejo de la Magistratura en esa selección. En efecto, ahora el presidente no puede elegir libremente al candidato, sino que debe optar por uno dentro de una terna vinculante que le presenta el Consejo.

El nuevo sistema parecería ser más transparente y probablemente lo sea. Bienvenida, en ese aspecto, esta reforma constitucional.

Sin embargo, la realidad muestra que ese nuevo sistema –tal vez por causa de la excesiva politización ya señalada– no ha dado muestras de haber resultado demasiado eficiente.

En efecto, hoy en el sistema judicial de la Nación hay cerca de 300 vacantes, es decir, juzgados sin un titular efectivo y permanente o Cámaras sin terminar de integrarse. De esos 300 cargos por cubrir hay algo menos de 90 de los que ya se ha hecho la selección y están a la espera de su acuerdo y designación y los restantes 200 y algo están a estudio del Consejo.

24. Modificación del sistema de remoción de los jueces.

Análisis crítico

Otra de las modificaciones a la Constitución relativas al Poder Judicial es el haber sustituido el juicio político como método de remoción de los llamados tribunales inferiores por un sistema a cargo de un Jurado de Enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula. De alguna manera, aunque parcialmente, se instaura un sistema en el que la conducta de los jueces es vigilada por sus pares.

En razón de lo prescripto en la última parte del artículo 115 de la Constitución, lo referente a la organización y funcionamiento del Jurado de Enjuiciamiento forma parte de la ley 24.937 del Consejo de la Magistratura y, consecuentemente, estuvo sujeto a los mismos avatares políticos ya señalados.

Un estudio de Alfonso Santiago muestra que a partir de la instauración del nuevo sistema los casos de remoción de jueces han crecido en forma notable. A estar a lo que señala el autor, del total de destituciones de jueces que tuvieron lugar desde los albores de nuestra Constitución prácticamente un tercio se han producido desde la instauración del sistema de Jurado de Enjuiciamiento⁽¹⁵⁾.

No entramos a considerar si el nuevo mecanismo es globalmente eficiente o ineficiente, si resultó conveniente o no para el fortalecimiento del sistema democrático y republicano porque ello implicaría abrir juicio acerca de las virtudes y los defectos del funcionamiento del Poder Judicial tema que estimamos ajeno a este trabajo.

Para finalizar este apartado destacamos que para la remoción de los miembros de la Corte Suprema de Justicia sigue vigente el anterior sistema de juicio político, a cargo de ambas Cámaras del Congreso.

25. Una omisión: el problema de la aceptación de las renunciaciones.

Análisis crítico

Vinculado con el punto anterior surge una cuestión que no parece haber sido contemplada al reformarse la Constitución: la aceptación de las renunciaciones de los jueces

En efecto, aunque es una costumbre de larga data, no vemos que tenga justificación alguna que las renunciaciones de los jueces de todas las instancias sean aceptadas por el presidente de la Nación.

Alguien podría sostener que como es el presidente el que lo designa corresponde que sea él quien le acepta la renuncia. No corresponde ese paralelismo: la renuncia debe presentarse ante quien tiene capacidad de remoción, no ante quien lo designó.

(15) El dato que mencionamos figura en un trabajo inédito (al menos por ahora) de Alfonso Santiago. Este autor desarrolla más detalladamente el tema de las remociones de jueces en “El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados - Uno de los organismos constitucionales con mejor performance” (de próxima publicación en Revista de Dcho. Público 2024-1, Ed. Rubinzal Culzoni), pero referidas –como el título lo indica– solo a las remociones ocurridas luego de la instalación del Jurado previsto en la reforma constitucional.

La renuncia del presidente y la del vicepresidente de la Nación debe aceptarlas el Congreso porque es el Congreso el que puede removerlos, aunque no haya tenido participación en su designación.

Lo mismo sucede con las renunciaciones de los legisladores que deben presentarse ante la respectiva Cámara, que fue ajena a su designación. Incluso esto sucedía antes de la reforma cuando a los senadores los designaba la correspondiente legislatura provincial: sin embargo, no era la legislatura la que tenía facultades para aceptar su renuncia sino que lo hacía el propio Senado.

Nótese que esta posibilidad de que sea el presidente de la Nación quien le acepta la renuncia a un juez que esté sometido a un procedimiento de remoción significa, ni más ni menos, que se le sustrae al jurado de enjuiciamiento la posibilidad de removerlo y, en consecuencia, que quede declarada su falta de idoneidad. Más grave aún resulta la cuestión en caso de juicio político a un miembro de la Corte: la aceptación de la renuncia del juez cuestionado le impide al Congreso expedirse acerca de la subsecuente inhabilitación prevista en el texto constitucional.

Consideramos que la reforma debió haber previsto estas situaciones estableciendo, por ejemplo, que en caso de enjuiciamiento a través del Jurado o en caso de juicio político la renuncia al cargo por parte del funcionario cuestionado solo puede ser aceptada por el tribunal que está llevando a cabo el procedimiento de remoción⁽¹⁶⁾.

IV. La nueva ubicación del Ministerio Público en el esquema institucional

26. El Ministerio público como órgano “extrapoder”: una novedad institucional de la reforma.

Una novedad que trajo la reforma fue la de establecer que el Ministerio Público no pertenece al Poder Legislativo ni al Poder Ejecutivo, sino que configura lo que podríamos llamar un órgano extrapoder, algo inédito en nuestro sistema de gobierno, tan firmemente atado al esquema clásico de tres poderes.

Análisis crítico

Esta reforma dirimió acertadamente una antiquísima discusión –aunque académica, con fuertes componentes políticos– relativa a la ubicación del Ministerio Público dentro de la estructura del gobierno.

Si bien el texto constitucional de 1853 establecía que el Procurador General integraba la Corte Suprema, lo que ubicaba decididamente al Ministerio Público en la órbita del Poder Judicial, la supresión de esta disposición en la reforma de 1860 abrió la polémica acerca de si dicho instituto permanecía en el Poder Judicial o si, por el contrario, quedaba ubicado en el ámbito del Poder Ejecutivo. Pese a que, en la práctica, había quedado más ligado al Poder Judicial, la carencia de normativa clara y expresa había producido, sobre todo al comienzo de la recuperación de la democracia, algunos roces de tipo institucional: las instrucciones a los fiscales por parte del Poder Ejecutivo durante el gobierno de Alfonsín y la designación del Procurador General sin acuerdo del Senado durante el gobierno de Menem son claros ejemplos de ello.

La Constitución actual, como hemos apuntado, da fin a ese debate ubicando al Ministerio Público fuera de todos los órganos tradicionales. Como agudamente señalara Germán Moldes, a la tradicional imagen de la Justicia, representada por una mujer sosteniendo en una mano la balanza y en la otra la espada, se le ha quitado este último atributo⁽¹⁷⁾.

Sin embargo, a pesar de esta desvinculación formal, la práctica ha mantenido al Ministerio Público muy cercano al Poder Judicial, mucho más que a los otros poderes.

Segunda parte. Novedades y efectos concretos con relación a los artículos 77 a 84 sobre la formación y sanción de las leyes

En esta segunda parte consideraremos, una por una, las modificaciones que la convención constituyente introdujo

(16) Creemos que esta previsión debería alcanzar también al caso de juicio político a los ministros o al jefe de gabinete por la señalada razón de posibilidad de inhabilitación accesoria. No tendría sentido explicitarlo para el caso de presidente o vicepresidente de la Nación porque igualmente es el Congreso el que le aceptará o no la renuncia. Para el caso del jefe de gabinete debería preverse también el supuesto de remoción por voto de censura.

(17) MOLDES, GERMÁN M., en conferencia pronunciada en el marco del Programa “Una nueva visión de la Administración Pública”, dictado durante el año 1998 en la Universidad Austral y dirigido por Héctor Pérez Bourbon.

en el procedimiento de formación y sanción de las leyes tanto en lo referente a cuál fue el origen de esa modificación como en la repercusión real que ha tenido en la vida parlamentaria. La ubicación de este tema en el texto de la Constitución es: Segunda parte - Autoridades de la Nación. Título primero - Gobierno federal. Sección primera - Del Poder Legislativo. Capítulo quinto - De la formación y sanción de las leyes.

Algunas consideraciones previas

Antes de entrar de lleno en el análisis pormenorizado de esas modificaciones nos parece conveniente efectuar un breve repaso acerca de cómo se toman las decisiones en un órgano parlamentario bicameral como es nuestro Congreso.

A. Formas en que se concretan las decisiones de las Cámaras del Congreso

Hay distintos tipos de documentos, normativos o no normativos, que aprueban los cuerpos parlamentarios y se refieren a:

1. Normas de alcance general que deben tomarse con la participación del Poder Ejecutivo.
2. Normas referidas a la organización interna de la Cámara legislativa que las aprueba.
3. Normas imperativas sobre el Poder Ejecutivo.
4. Peticiones no imperativas al Poder Ejecutivo.
5. Opiniones del cuerpo parlamentario.

No reciben el mismo nombre en todos los casos; eso lo define la normativa pertinente.

En el caso particular del Congreso Nacional las decisiones de fondo, propias de la función constitucional de los legisladores, se concretan mediante los proyectos parlamentarios, según los siguientes tipos, conforme los determinan los respectivos artículos de los reglamentos del Senado y de la Cámara de Diputados:

1. Proyectos de ley: “Se presentará en forma de proyecto de ley toda proposición que deba pasar por la tramitación establecida en la Constitución para la sanción de las leyes” (arts. 116 del Reglamento de la Cámara de Diputados y 127 del Reglamento del Senado).

2. Proyectos de resolución: “...toda proposición que tenga por objeto el rechazo de solicitudes particulares, la adopción de medidas relativas a la composición u organización interna de la Cámara, y en general toda disposición de carácter imperativo que pueda adoptar el cuerpo por sí o juntamente con el Senado (art. 117, RCD); o, según el RS, artículo 129, “...toda proposición que tenga por objeto originar una resolución particular del Senado”.

3. Proyecto de declaración: “...toda proposición que tenga por objeto expresar una opinión de la Cámara sobre cualquier asunto de carácter público o privado, o manifestar su voluntad de practicar algún acto en tiempo determinado, no siendo incidental al curso ordinario del debate, o de adoptar reglas generales referentes a los procedimientos” (art. 118, RCD). Según el artículo 131 del RS: “...toda proposición destinada a refirmar las atribuciones constitucionales del Senado o a expresar una opinión del Cuerpo”.

4. Exclusivamente para el ámbito del Senado existen los “proyectos de comunicación”: “toda moción o proposición dirigida a contestar, recomendar o pedir algo, o expresar un deseo o aspiración de la Cámara” (según el art. 139, RS); y los “proyectos de decreto”: “toda proposición que tenga por objeto originar una decisión especial de carácter administrativo”.

Algunos de los proyectos antes enunciados pueden finalizar en “decisiones conjuntas”. Un caso especial lo configuran las leyes, cuyo texto es elaborado y aprobado por ambas Cámaras del Poder Legislativo pero cuyo sustento político requiere contar también con la colaboración, activa o pasiva, del Poder Ejecutivo, siguiendo el procedimiento parlamentario que estamos analizando.

B. El procedimiento parlamentario en un régimen bicameral

Dentro de experiencias varias concretadas en países bicamerales, nuestra Constitución se inclinó por un procedimiento *sui generis*, comparado con el de distintos países parecidos al nuestro. Se parte del principio –con varias importantes excepciones, como veremos luego– de que cualquiera de las Cámaras puede ser la originaria.

Es importante comprender que si bien ambas Cámaras trabajan por separado el texto final debe surgir de un

mutuo acuerdo entre ambas, aunque a este acuerdo no se arriba en forma simultánea sino en sucesivas idas y vueltas entre la Cámara de origen y la Cámara revisora. Si no se logra un acuerdo la cuestión se resuelve por votación prevaleciendo, en ese caso, la voluntad de la Cámara de origen. Es el llamado *privilegio de la Cámara iniciadora*.

Como veremos más abajo, la reforma de 1994 acortó esta sucesión de idas y vueltas entre las Cámaras: en el sistema anterior podían llegar hasta cinco pasos; la reforma los redujo a tres pasos como máximo⁽¹⁸⁾.

Es principio general que tanto el Senado como la Cámara de Diputados pueden ser, según nuestro régimen, indistintamente, “Cámara de origen”. Así fue el sistema constitucional imperante desde 1853 con la única salvedad de que las leyes referidas a tributos y a reclutamiento de tropas debían ser indefectiblemente iniciadas en la Cámara de Diputados.

La reforma de 1994 estableció otras excepciones que veremos más abajo al analizar el actual artículo 77, que es el que se refiere a la presentación de los proyectos de ley en el Congreso.

C. Quorum y mayorías

Es una regla general de los cuerpos plurales el que las decisiones deben tomarse mediante la participación de, al menos, una proporción mínima del total de los integrantes del cuerpo. Es lo que habitualmente llamamos *quorum*⁽¹⁹⁾.

Y a ese primer requisito de la cantidad de personas que concurren al momento de la decisión se suma otro que es el de cuántas de esas personas deben aprobar la decisión que se toma. Aparece así el concepto de *mayoría*.

No escapa a estos requerimientos generales el accionar de las Cámaras del Congreso.

Veamos, entonces, cuáles son los requisitos de *quorum* y mayorías aplicables a las normas realmente vigentes desde 1994.

Partimos de la base de que cada cuerpo debe tener quorum y que el artículo 64 constitucional lo requiere para habilitar el comienzo de la sesión, con la “mayoría absoluta de sus miembros”. Esto es complementado por los reglamentos de ambas Cámaras, que lo exigen también para el momento en que debe procederse a concretar votaciones⁽²⁰⁾.

Hay que reconocer que la redacción de la Constitución en este aspecto no presenta un estilo claramente homogéneo. Sin perjuicio de ello establece muchos casos de mayorías agravadas, notoriamente aumentados por la reforma constitucional de 1994, y que agrupamos de la siguiente forma. (En todos los casos, las referencias numéricas corresponden al texto constitucional aprobado en 1994).

a. Mayorías de las *dos terceras partes sobre el total de los integrantes*. Se trata de dos supuestos contenidos en el artículo 75, inciso 22.

b. Mayoría de *dos terceras partes de los miembros presentes*, como lo prevén los artículos 53, 59, tres supuestos del 81 y 86⁽²¹⁾.

c. Mayoría absoluta calculada sobre el *total de los miembros*, según los casos que se describen en los artículos constitucionales números 39, 40, 75 –incisos 2, 3 y 24 (tres supuestos y uno mayoría absoluta de los presentes)–, 77, 79, 85, 99 –inciso 3–, 101 y 114.

d. Mayoría *absoluta de los presentes*. Esta mayoría es la usual para todas las decisiones de las Cámaras salvo las excepciones que estamos detallando. Esta es la expresión

(18) Obviamos aquí la explicación detallada del procedimiento interno en las Cámaras por cuanto su desarrollo supera los límites de este trabajo. Un análisis minucioso del tema puede verse en distintas obras Guillermo C. Schinelli, particularmente las siguientes: “Reglamento de la H. Cámara de Diputados de la Nación comentado - 1996”; “Breve comentario del Reglamento de la H. Cámara de Diputados de la Nación –4ª edición, 2004–ambas obras realizadas bajo la cooperación de la H. Cámara de Diputados de la Nación; “Cámara de Diputados de la Nación y su Reglamento, Comentado, 1983/2019”, Editorial Dunken, 2021, con inserción también de ese texto en el sistema de Internet de la Cámara de Diputados de la Nación.

(19) El diccionario de la Real Academia Española define *quorum* como “Número de individuos necesario para que un cuerpo deliberante tome ciertos acuerdos”.

(20) Ver, al respecto, los arts. 15 del Reglamento de la Cámara de Diputados y 212 del Senado, y la interpretación que hace al respecto Guillermo Schinelli en “Constitución de la Nación Argentina y normas complementaria. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, obra dirigida y coordinada por los Dres. Daniel A. Sabsay y Pablo Manili, respectivamente, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, Tomo 3, p. 920 y ss.

(21) El artículo 81 contiene también dos referencias a la mayoría absoluta de los presentes.

que aparece explícitamente en el artículo 74, inciso 24 y en el artículo 81. También parecería que se establece la mayoría absoluta de los presentes en la última parte del artículo 66, en cuanto habla de “mayoría de uno sobre la mitad de los presentes”, como se menciona más abajo.

e. Casos en que la Constitución exige una *mayoría especial de dos tercios*, superior a la absoluta, pero no indica con claridad si esa cifra debe calcularse sobre el total de los integrantes del cuerpo –lo que implicaría una mayoría agravada– o solo respecto de los presentes. Esos casos en cuestión pueden verse en los artículos 30⁽²²⁾, 66⁽²³⁾, 70 y 83.

f. Casos en que la Constitución no menciona expresamente mayorías, sino que lo hace por remisión a otros artículos. Así, vemos que el artículo 80 remite al 99, inciso 3); el artículo 100, inciso 12 remite a la Comisión Bicameral Permanente creada por el artículo 99, inciso 3); y el artículo 115 que remite al artículo 114.

Análisis pormenorizado de las reformas

A efectos de simplificar la comprensión del análisis adelantamos un cuadro comparativo entre la Constitución anterior y la actual.

COMPARATIVO ENTRE LA CONFORMACIÓN ANTERIOR Y LA ACTUAL DEL CAPÍTULO “DE LA FORMACIÓN Y SANCIÓN DE LAS LEYES”

TEMA	ARTÍCULO ANTERIOR	ARTÍCULO ACTUAL	OBSERVACIONES
Presentación de proyectos en el Congreso	68	77	Modificado - agrega la iniciativa popular
Aprobación por ambas Cámaras sin introducir modificaciones a la sanción inicial	69	78	Sin modificaciones
Delegación legislativa en las comisiones		79	Nuevo
Aprobación tácita por parte del Poder Ejecutivo por el transcurso de 10 días útiles	70	80	Modificado - agrega veto y promulgación parcial
Aprobación con modificaciones por parte de la Cámara revisora	71	81	Modificado - trámite más abreviado (5 pases a 3)
Excluye la sanción tácita por parte del Congreso		82	Nuevo
Veto del Poder Ejecutivo (total y parcial)	72	83	Sin modificaciones
Fórmula de sanción de las leyes	73	84	Modificado - suprime “etc.” en la fórmula de sanción

(22) En este artículo 30, más allá de si es dos tercios del total o de los presentes, no se sabe bien si esa mayoría es del conjunto o si debe darse para cada Cámara por separado, como sí se establece expresamente, por ejemplo, en el artículo 75, inciso 22, y en el artículo 86, entre otros.

Esto provocó una de las impugnaciones a la validez de la reforma constitucional de 1949.

(23) Este artículo 66 establece una mayoría de “dos tercios de votos” para remover a un legislador, pero no aclara si es sobre el total o sobre los presentes; agrega, además, que para aceptar su renuncia “basta la mayoría de uno sobre la mitad de los presentes”.

Esta palabra “basta” podría indicar que la mayoría requerida para excluir a un miembro del cuerpo debe calcularse también sobre los presentes pero, en rigor de verdad, eso sería solo una suposición.

También es de suponer que la expresión “la mayoría de uno sobre la mitad de los presentes” equivaldría a la mayoría absoluta de los presentes.

Sin embargo, esta expresión “la mitad más uno” solo equivale a mayoría absoluta cuando el total es un número par.

Hay un ejemplo interesante sucedido hace algo más de tres décadas. Hasta el año 1991 la Cámara de Diputados contaba con 254 integrantes, dos de los cuales pertenecían a Tierra del Fuego que, como Territorio Nacional, enviaba al Congreso Nacional solo dos diputados y ningún senador. Al convertirse en provincia pasó a tener el mismo número mínimo de cinco diputados que la ley 22.847, en su artículo 3°, garantiza a todas las provincias. En consecuencia, en las elecciones de 1991 se incorporaron tres diputados más a la Cámara que pasó así a tener 257 diputados.

A esa época, el reglamento de la Cámara establecía que el *quorum* era “la mitad más uno”. Mientras el total fue de 254 no había problemas interpretativos: la mitad de 254 es 127, más uno, 128: con 128 diputados había *quorum*. Pero si el total es 257 la mayoría absoluta es 129 pero resulta que la mitad del total es 128,5 y si le sumamos uno llegamos a 129,5: en consecuencia, el *quorum* debería ser 130 ya que 129 (mayoría absoluta) es menor que 129,5. La discusión duró varios meses hasta que finalmente se aceptó que, a estar al espíritu y la letra de la Constitución, debería considerarse que 129 diputados hacían *quorum* y se procedió a modificar el reglamento en tal sentido. El texto actual reza: “Artículo 15. Para formar *quorum* legal será necesaria la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros, entendiéndose como tal cuando los miembros presentes superen a los miembros ausentes”.

I. Presentación de proyectos

Texto constitucional: “*Artículo 77 - Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo, salvo las excepciones que establece esta Constitución.*”

Los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de las Cámaras.”

Origen y cambios

El primer párrafo del artículo se origina en la Constitución Nacional de 1853/60, que entonces llevaba el número 68, y que fue enmendado en 1994. El segundo párrafo fue agregado en 1994.

Titulares de iniciativa legislativa

Del primer párrafo resulta entonces que los originantes de las leyes pueden ser:

- a) los diputados, en la Cámara de Diputados;
- b) los senadores, en el Senado, y
- c) el presidente de la Nación.

No debe olvidarse que el Poder Ejecutivo es, real y formalmente, colegislador: posee el poder de iniciativa; durante el tratamiento de la ley puede, dentro de ciertos límites, participar en los debates parlamentarios por medio de sus ministros (art. 106, CN); una vez que el Congreso aprobó el proyecto puede promulgar o vetar los textos sancionados. Nótese que el presidente de la Nación puede elegir cuál será la Cámara que tendrá el *privilegio de la Cámara de origen* ya mencionado, con efectos eventualmente concretos, jurídica y políticamente; asimismo, sus ministros y el jefe de gabinete pueden participar de la discusión del proyecto en cualquiera de las dos Cámaras, facultad de la que carecen todos los legisladores que pueden participar de la discusión solo en la propia.

A estos modos de presentación de proyectos legislativos la reforma de 1994 agregó otro: la iniciativa popular. Este derecho está consagrado en el artículo 39 de la Constitución, aunque excluye de esta modalidad los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

A partir de allí deriva la reglamentación del instituto a la ley que debe ser aprobada “*con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara*” y sobre la que prescribe solo mínimos requisitos: “*no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa*”.

La ley, registrada con el número 24.747 quedó promulgada de hecho el 19 de diciembre de 1996 y publicada en el Boletín Oficial el 24 de ese mes y año⁽²⁴⁾.

Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses.

Más allá de las buenas intenciones que se hayan tenido al introducir esta novedad en la Constitución, el mecanismo no parece haber tenido éxito.

En nuestra opinión el problema –además de lo ya mencionado más arriba en el sentido de derivar demasiado a la ley la precisión del ajuste final– es que no se analizaron aquilatadamente las proporciones y las cantidades.

En efecto, el texto constitucional establece, como ya se dijo, que la ley reglamentaria “*no podrá exigir [en cantidad de firmas] más del tres por ciento del padrón electoral nacional*”. Según el padrón de la última elección ese 3% equivale a apenas algo más de un millón de ciudadanos.

Ahora bien; si alguien a su fiesta de cumpleaños invita a un millón de personas sin duda que es una fiesta más que majestuosa. Pero si ese millón de ciudadanos se reparten en todo el país proporcionalmente al padrón de

cada provincia, alcanza para elegir UN DIPUTADO en la Provincia de Buenos Aires; en el resto, ninguno.

Para peor la ley reglamentaria, la ley 24.747, fijó la cantidad mínima de firmas en el 1,5% del padrón que equivale, en consecuencia, a menos de 500.000 personas. En un cálculo rápido podemos afirmar que en promedio hacen falta algo de 200.000 votos para consagrar un candidato como diputado⁽²⁵⁾. Los votos correspondientes a esa cantidad de firmas no llegarían a consagrar más que dos, o a lo sumo tres diputados, el 1% del total de la Cámara.

En definitiva, la iniciativa popular podrá sonar muy agradable a los oídos pero, en la realidad, no ha tenido ningún efecto en el más de un cuarto de siglo que ya lleva este instituto.

En un muy interesante trabajo de Mercedes Piscitello, Nicolás Galvagni Pardo y Fermín Ubertone se muestra que a la fecha en que se hizo el estudio (2009) solo se habían iniciado cuatro proyectos. Sobre tres de ellos la Cámara no se expidió acerca de su admisibilidad (uno ni siquiera había tenido dictamen) y el cuarto, aunque fue formalmente admitido no pasó el dictamen de la comisión respectiva y nunca fue tratado⁽²⁶⁾.

Cámara de origen

Resta analizar, en relación con este tema de la presentación de los proyectos, cuáles son las restricciones para su presentación en una Cámara o en la otra.

Como apuntamos más arriba el principio de que cualquiera de las dos Cámaras puede ser la iniciadora de cualquier proyecto, se ve restringido por lo que prescribe el artículo en análisis cuando habla de “*las excepciones que establezca esta Constitución*”.

Así, en el nuevo esquema constitucional, el Senado actúa como *Cámara de origen*, en la *ley convenio* que instituya el régimen de coparticipación de las contribuciones directas e indirectas (según lo previsto en el art. 75, inc. 2, constitucional, aún todavía no aplicado) y en las leyes que tiendan a *proveer el crecimiento armónico de la Nación y a poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones* (todo esto, con no total precisión, lo determina el art. 75, inc. 19, constitucional). Sobre esto remitimos al análisis crítico efectuado como comentario al punto 10) en la primera parte de este trabajo.

Por su parte, en la Cámara de Diputados vemos que al ya comentado tema sobre *contribuciones y reclutamiento de tropas*, de antigua tradición histórica, se le han agregado otras especificidades: a) los proyectos presentados con motivo de la *iniciativa popular* (art. 39) ya comentados; b) en el procedimiento para someter un proyecto de ley a la *consulta popular*; (art. 40), y c) en alguna medida con la *ley de presupuesto* (v. art. 100, inc. 6, constitucional, y art. 26 de la ley 24.156 de administración financiera del sector público).

El segundo párrafo del artículo

Por último, respecto de este artículo 77, merece un comentario especial lo referido a su segundo párrafo, que, inudablemente, tiene un contenido temático que no se corresponde metodológicamente con su ubicación.

Ello se debió a un error material cometido al sancionarse la reforma constitucional de 1994; en esa ocasión al párrafo mencionado se lo había denominado como “art. 68 bis”, y la ley 24.430 resolvió insertarlo donde se encuentra actualmente.

Simplemente hacemos notar que se trata de uno de los casos en que la reforma constitucional decidió incrementar los casos en que se exigen mayorías especiales. El tema ya fue globalmente analizado más arriba en el punto C. del apartado anterior, cuando hablamos de “*Quorum y mayorías*”.

II. Aprobación por la Cámara de origen

Texto constitucional: “*Artículo 78 - Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su*

(24) Si bien el artículo 39 de la CN establece que “*Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados*” este derecho no alcanza a cada ciudadano en particular, sino que pacíficamente se lo ha interpretado solo como referido a la iniciativa popular.

Aun así –incluso desde antes de la reforma– se admite la presentación de un proyecto por parte de cualquier habitante o grupo de habitantes a título personal, pero a estos proyectos se los considera como derivados del derecho consagrado en el artículo 14 de la CN de “*peticionar a las autoridades*”; en tal carácter se los ingresa como *peticiones de particulares* y no adquieren lo que usualmente se denomina *estado parlamentario* si no lo hace suyo algún legislador.

(25) Esto es un promedio grosero por causa de la sobrerrepresentación de algunas provincias y la subrepresentación de otras. La cantidad de votos que necesita un candidato para acceder a una banca en la provincia de Buenos Aires es siete veces mayor que los que necesita un candidato de Tierra del Fuego.

(26) PISCITELLO, MERCEDES LILIANA; GALVAGNI PARDO, NICOLÁS y UBERTONE, FERMÍN PEDRO. *Iniciativas populares ingresadas en el Congreso Nacional. ¿Qué ocurrió con ellas?* Publicado en El Derecho Constitucional, el 16 de marzo de 2010. Cita Digital: ED-DCCLXXI-299.

discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa a Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley".

Origen y cambios

Este artículo proviene de la Constitución Nacional de 1853/60 y no ha sufrido alteraciones en las sucesivas reformas constitucionales de 1866, 1898 y 1957.

Lo ocurrido en 1994 no origina tampoco novedades sobre este texto por lo cual, en principio, no vamos a hacer aportes especiales o distintos de los habituales, salvo en lo que respecta a las llamadas *leyes secretas*, cuya constitucionalidad históricamente se discutió. En esta materia, la cuestión fue tajantemente solucionada con el dictado de la ley 26.134 que eliminó el carácter de secreto o reservado de toda ley sancionada antes en tal condición, ordenándose la publicación en el Boletín Oficial de las normas que se emitieron en tal sentido con anterioridad. Como consecuencia de lo anterior, se prohibió sancionar leyes secretas o reservadas en el futuro⁽²⁷⁾.

III. Delegación de facultades en las Comisiones

Texto constitucional: *Artículo 79 - Cada Cámara, luego de aprobar un proyecto de ley en general, puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular del proyecto, con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. La Cámara podrá, con igual número de votos, dejar sin efecto la delegación y retomar el trámite ordinario. La aprobación en comisión requerirá el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. Una vez aprobado el proyecto en comisión, se seguirá el trámite ordinario.*

Origen y cambios

Esta norma se creó por la reforma constitucional de 1994 y tiene como único precedente nacional lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 69 de la Constitución Nacional de 1853, tal como fue reformada por un gobierno *de facto* mediante el llamado "Estatuto Fundamental del 24 de agosto de 1972", cuyo principio básico contenía que las Cámaras podían delegar en sus comisiones internas la discusión y aprobación de determinados proyectos, y siguiendo un procedimiento muy especial⁽²⁸⁾.

La norma quedó por un largo tiempo en el olvido, ya que su aplicabilidad solo pudo darse durante el breve período del gobierno constitucional que asumiera el 25 de mayo de 1973, aunque no parece habérsela utilizado tampoco entonces⁽²⁹⁾.

Reaparición del asunto en 1994

La ley declarativa de la necesidad de la reforma que se produjo en 1994 insertó entre los rubros a incluirse en el "Núcleo de Coincidencias Básicas" (fruto del acuerdo conocido como "Pacto de Olivos"), la posibilidad de que se creara un "Procedimiento de aprobación de leyes en general en plenario y en particular en comisión", cuya redacción quedaría liberada a la Convención Constituyente. Esto condujo a la ulterior discusión del asunto, en varias reuniones, y el texto que resultó vigente fue el que arriba detallamos, y que se aprobó el 1 de agosto de 1994, en un texto que terminó llamándose "artículo 79" en la versión final del texto constitucional⁽³⁰⁾.

El texto aprobado y hasta ahora "no aplicado"

Sobre lo concretamente obtenido –aunque sea de manera básicamente formal– en el marco de la reforma de

1994, se concretó –al menos formalmente– en lo redactado y decidido por la Convención Constituyente. Y que en realidad quedó "en la nada".

Por el lado del Senado, se procedió a reformar su Reglamento, introduciendo a la institución que estamos viendo, con detalle, en sus arts. 178 a 185. Todo esto quedó en el texto, que nunca fue objeto de aplicación. Algo aún más definitivo fue lo que "no hizo" la Cámara de Diputados, la que todavía, a treinta años vista, no emitió reglamentación alguna ni, por supuesto, aplicó lo en teoría buscado.

Es posible que parte de la causa de lo "no ocurrido" se deba a que lo pensado parece ser ajeno a las prácticas argentinas. Aun cuando pueda compartirse lo interesante de la institución y lo promisorio que podría haber llegado a ser (al menos experimentalmente), no puede dejarse de lado un factor político real que lo ha desfavorecido notoriamente: la situación orgánica de los partidos políticos argentinos, en notorias crisis a partir de 2001/2002 hasta hoy, lo que puede haber afectado sensiblemente el "éxito" de este artículo. Salvo un cambio profundo en nuestra organización política y su reflejo en el Congreso, no parece ser esperable un futuro venturoso para la vigencia de la norma planeada. Mientras tanto, el rol de las Comisiones en la labor legisferante seguirá siendo lo habitualmente existente hasta ahora.

Por otra parte, esta posibilidad de delegar en las comisiones la discusión en particular, constituye, a nuestro entender, una cierta desvirtuación del sistema.

En efecto, suelen confundirse tres cuestiones que, si bien están relacionadas, no son exactamente lo mismo: el contenido de un proyecto legislativo, el modo de discusión y votación en el recinto y la relación entre decisión política y técnica legislativa.

Un proyecto legislativo implica, en rigor, dos propuestas: una propuesta sobre el tema (por ejemplo, tratar una ley de partidos políticos) y una propuesta sobre el modo (solucionar la cuestión a través de un articulado específico). Los acuerdos que se van anudando, en el tratamiento en comisión, sobre el proyecto dividen estas dos propuestas: puede haber acuerdo para tratar el tema solucionándolo del modo en que se lo propone y también puede haber acuerdo para tratar el tema pero dando una solución diferente de la propuesta. Asimismo, puede no haber acuerdo para tratar el tema en forma integral aunque sí parcialmente y aprobar, por ejemplo, un texto normativo que abarque solo el subtema de financiamiento de campañas electorales y, en este caso, puede ser que se adopte la parte pertinente del articulado de la propuesta original u otra solución.

Estos dos componentes del proyecto, tema y modo, se corresponden con las dos discusiones y las correspondientes dos votaciones que se darán en el recinto: la discusión y votación en general y la discusión y votación en particular.

En la discusión en general se debate el tema; se discute si se tratará el tema o no. En la discusión en particular se analizan cada uno de los artículos y se va decidiendo la aceptación lisa y llana, la modificación o el rechazo de cada uno⁽³¹⁾.

La tercera cuestión mencionada se refiere a la decisión política y la técnica legislativa. Como bien ha señalado Ubertone el problema es que utilizamos indistintamente la palabra "ley" para referirnos al texto de la ley como al precepto jurídico que ese texto contiene. Contenido y texto conforman lo que habitualmente llamamos "ley"⁽³²⁾.

(31) Los correspondientes artículos de los respectivos reglamentos son:

En el Senado:

Artículo 162 - La discusión en general versa sobre todo el proyecto o asunto tomado en masa, o sobre la idea fundamental de aquel.

Artículo 171 - La discusión en particular es en detalle, por artículo, período o parte, recayendo sucesivamente votación sobre cada uno.

En la Cámara de Diputados:

Artículo 145 - La discusión en general tendrá por objeto la idea fundamental del asunto considerado en conjunto.

Artículo 146 - La discusión en particular tendrá por objeto cada uno de los distintos artículos o períodos del proyecto pendiente.

(32) Ubertone, Fermín P., *La calidad del texto normativo*, ponencia presentada en el 2º Congreso Argentino de Administración Pública - Sociedad, Gobierno y Administración Pública: "Reconstruyendo la estatalidad: transición, instituciones y gobernabilidad", organizado por la Asociación Argentina de Estudios de Administración Pública (AAEAP), la Asociación de Administradores Gubernamentales (AAG), el Instituto de Investigación y Formación en Administración Pública (IIFAP - Universidad Nacional de Córdoba) y la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales (Universidad Católica de Córdoba), realizado en la Ciudad de Córdoba, República Argentina, en noviembre de 2003.

(27) Sin perjuicio de las buenas intenciones que haya tenido el legislador al tomar esta decisión de prohibir a futuro que existieran leyes secretas –decisión que compartimos– no puede negarse el hecho de que, desde la técnica legislativa ese tipo de decisiones resultan irrelevantes. Si una nueva composición del Congreso quiere dar marcha atrás en esa decisión y dictar alguna ley a la que se le dé el carácter de secreta no habría ningún impedimento jurídico para hacerlo. *Lex posterior derogat priori*: "La ley posterior deroga a la anterior".

(28) Ese artículo del "Estatuto" preveía también la viabilidad de "leyes de urgente tratamiento" con la posibilidad de sanción ficta. Este tema no fue recogido en la reforma de 1994.

(29) El Estatuto Fundamental, en su artículo 4, preveía que: "Este Estatuto regirá hasta el 24 de mayo de 1977. Si una Convención Constituyente no decidiera acerca de la incorporación definitiva al texto constitucional, o su derogación total o parcial, antes del 25 de agosto de 1976, su vigencia quedará prorrogada hasta el 24 de mayo de 1981". En consecuencia, cuando ocurrió la recuperación de la democracia, en 1983, las modificaciones incorporadas por el Estatuto habían ya caducado.

(30) Respecto de la ubicación de este artículo volveremos más adelante al tratar el actual artículo 82.

Si consideramos que la decisión política es la tarea de tomar decisiones de gobierno y la técnica legislativa es la tarea de plasmar esa decisión en un texto escrito, ¿cómo se relaciona esto de contenido y continente –o, si se prefiere, decisión y técnica– con lo antes visto de tema y modo?

Ambos conceptos están vinculados, pero no en un par de relaciones biunívocas en el que la decisión está en el tema y la técnica está en el modo.

Es cierto que la técnica tiene poco y nada que ver con el tema y sí es central en el modo, en el articulado. Pero ello no significa que no haya también decisión política, y mucha, en ese articulado.

En “La fundamentación de los proyectos normativos - Preceptiva para su elaboración” –trabajo en el que se recoge, en buena medida, lo que había sido elaborado por Alejandra Svetaz⁽³³⁾ sobre los contenidos que deben tener los fundamentos de un proyecto normativo– puede verse en un apartado referido al “Análisis y glosa del dispositivo normativo”, lo siguiente: “Este análisis constituye el sustento de la discusión en particular del texto legal; en efecto, más allá de la fundamentación integral, cada una de las prescripciones particulares del proyecto debe estar adecuadamente fundamentada. Por ejemplo, si se establece un plazo de cuatro meses, se debe explicar los motivos de esa elección: por qué son cuatro y no seis o tres; o si se le atribuye determinado derecho a un grupo de personas, deben exponerse las razones de tal atribución”⁽³⁴⁾.

La discusión y votación en particular, entonces, no es solo una cuestión de redacción; en la discusión de cada artículo hay también decisión política. Ese empoderamiento a un grupo reducido de legisladores para decidir en nombre de todos es cercenar el derecho del legislador que no integra la comisión de participar de la toma de esa decisión política.

Ello parece ir a contramano de lo que son, precisamente, los cuerpos parlamentarios; por algo se exige que las decisiones se tomen con *quorum* para que, justamente, sea un número amplio el que decide. Acá se restringe ese número a un grupo relativamente reducido, transformando a las comisiones, que son esencialmente órganos de asesoramiento, en órganos decisorios.

IV. Promulgación tácita - Promulgación parcial

Texto constitucional: *Artículo 80.- Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles. Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia.*

Origen y cambios

La primera oración fue incluida en la Constitución Nacional de 1853/60 (con una alteración durante la breve vigencia de la Constitución de 1949 en que se llamó “veinte días hábiles” a los “diez días útiles” del texto original). El resto del artículo fue agregado en la reforma constitucional de 1994.

Promulgación tácita

Inicialmente, el artículo regula (tal como precisa la primera frase de la norma en estudio que, como dijimos, no fue objeto de cambios en 1994) una de las formas que tiene el Poder Ejecutivo para promulgar las leyes, la tácita (además de la promulgación expresa, prevista por el art.

(33) Svetaz, M. Alejandra y otros. (1998). *Técnica Legislativa*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 1998.

El tema está tratado en el capítulo de su autoría “Estructura y redacción de los fundamentos de un proyecto de ley”. Como allí señala la autora, la estructura de los fundamentos responde a una propuesta de Alberto Castells presentada en el Primer Seminario de Técnica Legislativa, Secretaría Técnica del Bloque Justicialista, Cámara de Diputados de la Nación, 1989.

(34) Casajús, Andrea y Pérez Bourbon, Héctor. *La fundamentación de los proyectos normativos - Preceptiva para su elaboración*. Ponencia presentada en el Séptimo Congreso de Administración Pública - Sociedad, Gobierno y Administración: “Liderazgo, Equidad y Sustentabilidad”, organizado por la Asociación Argentina de Estudios de Administración Pública (AAEAP), la Asociación de Administradores Gubernamentales (AAG), la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación y el Gobierno de la Provincia de Mendoza. Llevado a cabo en la ciudad de Mendoza del 18 al 20 de septiembre de 2013.

78 constitucional). Para ello, se cuentan diez días *útiles* –o hábiles administrativos– plazo que se inicia con la recepción oficial, a nivel del Ejecutivo, de la comunicación efectuada por las Cámaras del Congreso, con relación a la sanción de un proyecto de ley⁽³⁵⁾.

Si pasa ese lapso sin que el presidente de la Nación tome alguna decisión, sea por la vía afirmativa a través de la promulgación expresa, o por la negativa a través del veto total o parcial, el proyecto de ley se tendrá como promulgado con el ulterior compromiso del Ejecutivo de concretar su publicación⁽³⁶⁾.

Promulgación parcial

Con excepción de esa primera oración del artículo –de larga data, como acabamos de mencionar– los siguientes puntos del artículo fueron añadidos en la Convención Constituyente (con la previa mención de su existencia, contenida en la ley 24.309, de declaración de la necesidad de la reforma).

A diferencia del sistema institucional de Estados Unidos, que no admite el veto parcial por parte del Poder Ejecutivo, en nuestro país, desde los orígenes de la Constitución y hasta antes de la reforma de 1994, se preveía la legitimidad del veto parcial de los proyectos aprobado por el Congreso por parte del presidente de la Nación, pero nada decía acerca de la posibilidad de publicar la parte no vetada⁽³⁷⁾.

A fin de no abundar en repeticiones de lo que han escrito otros autores sobre el tema, sintetizamos a continuación los puntos más relevantes desarrollados por Alfonso Santiago (h)⁽³⁸⁾ y Eugenio Palazzo⁽³⁹⁾.

Las condiciones que la Constitución establece para el ejercicio de esa excepcional atribución del Poder Ejecutivo para la promulgación parcial de leyes, son las siguientes: a) las partes no vetadas deben tener autonomía normativa y b) la aprobación parcial no debe alterar el espíritu y la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. Por remisión que el texto constitucional hace al “procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia”, aparecen otros dos requisitos: c) el decreto de promulgación parcial debe ser refrendado por el jefe de Gabinete y la totalidad de los ministros⁽⁴⁰⁾ y d) ese acto

(35) Los adelantos tecnológicos han producido que ahora esa comunicación oficial del Legislativo al Ejecutivo no se lleve más a cabo mediante el traslado de expedientes y documentos en papel sino que se efectúa por vía electrónica. No se ha modificado la regla sino solo su instrumentación.

(36) En la Ciudad de Buenos Aires, en caso de promulgación tácita la Secretaría Legal y Técnica publica en el Boletín Oficial una providencia del siguiente tenor: “Por medio de la presente, certifico que la Ley N° <XXX>, en trámite por expediente electrónico N° <XXXXXXX>, sancionada por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su sesión del día XX de XXXX de 20XX, ha quedado automáticamente promulgada el día XX de XXXX de 20XX en virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

Publíquese en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires, gírese copia a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por intermedio de la Dirección General Coordinación y Consolidación Normativa, comuníquese al Ministerio de <NOMBRE DE MINISTERIOS INTERVINIENTES>. Cumplido, archívese.”

Esto permite conocer con certeza cuál es la fecha de comienzo de la existencia de la ley. Lamentablemente, en el orden nacional no se toma un recaudo equivalente.

(37) Según una publicación obrante en la página web **chequeado.com** de mayo de 2016, durante los 24 años que van desde el comienzo del gobierno de Alfonsín hasta el final del gobierno de Néstor Kirchner hubo 3.299 proyectos de ley sancionados por el Congreso que sufrieron, en total, 181 vetos parciales y 184 vetos totales. Como vemos, el veto parcial era y siguió siendo moneda corriente desde la recuperación de la democracia.

A estar a lo que dice la publicación los datos fueron brindados por el Programa de Estudios Electorales y Legislativos (PEEL) de la Universidad Torcuato Di Tella y por la Dirección de Información Parlamentaria de la H. Cámara de Diputados de la Nación.

(38) Alfonso Santiago (h). “La formación tácita y parcial de las leyes por el Poder Ejecutivo”, publicado a partir de la página 932 y ss., en “Constitución de la Nación Argentina”, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010. Tomo 3, bajo la dirección y coordinación de los Dres. Daniel Sabsay y Pablo Manili.

(39) Eugenio Luis Palazzo. “Las fuentes del derecho en el desconcierto de juristas y ciudadanos”, publicación de la Fundación para la Educación, la Ciencia y la Cultura, p. 397 y ss.

El recientemente fallecido jurista Dr. Eugenio Luis Palazzo fue autor, además de la obra mencionada, de una gran cantidad de textos y artículos. Desde la Fundación para la Educación, la Ciencia y la Cultura, que dirigía, como también desde la dirección de la Revista El Derecho - Constitucional, bregó incesantemente por la investigación y la difusión del derecho constitucional y del derecho parlamentario.

Lo que aquí estamos resumiendo fue y es pensado en su homenaje. (40) En rigor, el artículo 99, inciso 3) dice que los decretos de necesidad y urgencia deben ser “decididos en acuerdo general de ministros”. ¿Significa esto que debe existir alguna reunión formal entre

final del Poder Ejecutivo debe ser remitido por el jefe de Gabinete dentro de los días hábiles a la Comisión Bicameral Permanente, que a su vez deberá elevar, en otros diez días, su dictamen. para que ambas Cámaras consideren la validez del decreto de promulgación parcial.

Con anterioridad a la reforma no había una doctrina uniforme en relación con el veto parcial y la promulgación parcial, pues si bien esta es consecuencia de aquel, no necesariamente le sigue, ya que al emitir un veto parcial, el Poder Ejecutivo podría optar por no promulgar.

La misma jurisprudencia de la Corte había sido un tanto oscilante. Se había pronunciado sobre el veto parcial en el caso *Giulitta* (de 1941), sin resolver acerca de la validez de la promulgación parcial; luego, en *Colella c/S.A. Fevre y Basset* (de 1967) resolvió en contra de la validez de la promulgación parcial⁽⁴¹⁾.

Con posterioridad a la reforma la Corte Suprema de Justicia convalidó otros vetos: en “*Servicio Nacional de Parques Nacionales c/Franzini, Carlos*” (en 1994) convalidó la promulgación parcial de la ley 23.982 y en *Guillén c/Estrella de mar y otros s/Laboral*” (en 1996) de conformidad a lo dictaminado por el Procurador General de la Nación, convalidó la promulgación parcial de la ley 24.522. En cambio, rechazó un veto parcial a la ley 25.063 en el caso “*Famyl S.A. c/Estado Nacional s/ acción de amparo*” (en 2000) por considerar inescindibles la supresión de una exención y la imposición de una tasa reducida al mismo servicio⁽⁴²⁾.

Resumiendo, antes de 1994 el veto parcial seguido de promulgación parcial no estaba contemplado por la Constitución, pero era una costumbre institucional admitida por la jurisprudencia, aunque siempre que el Presidente vetó en forma parcial promulgó el resto y ello estaba sujeto a control judicial en cuanto a la unidad del texto. Desde la reforma de 1994, en cambio, el Poder Ejecutivo tiene la facultad expresa de vetar parcialmente y promulgar o no el resto; solo será controlado judicialmente en la primera de esas alternativas.

No debe olvidarse, sin embargo, que tanto en este caso, como para la legislación delegada y los decretos de necesidad y urgencia, la Constitución ha previsto expresamente un procedimiento insoslayable de control por parte del Congreso, con intervención de la Comisión Bicameral Permanente⁽⁴³⁾.

Resta aún alguna arista para analizar por cuanto daría la impresión de que nos encontramos ante una modificación que parece no haber sido analizada en profundidad.

Por lo pronto, también en este caso el texto constitucional opta por establecer un principio general de prohibición pero, acto seguido, abre la puerta a excepciones.

Bueno es puntualizar que la prohibición no es al veto parcial en sí, sino a la promulgación de la parte no vetada. En este caso la excepción a esa prohibición es, como ya hemos visto, que “las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso”.

Ahora bien, ¿quién define si tiene autonomía normativa y no altera el espíritu ni la unidad de la ley? El sistema

cerraría correctamente si el modo de sancionar los proyectos de ley fuera análogo a cómo se trata el tema en el derecho internacional en relación con las reservas que cada país puede hacer al tratado: el mismo tratado establece que la reserva hecha a determinados artículos implica la no aceptación del tratado. Si el Congreso, al sancionar el proyecto, estableciera también que el veto parcial a determinados artículos implica veto total el problema quedaría resuelto; pero al no haberse previsto esa solución el tema de la promulgación parcial de las leyes sigue siendo un tema con aristas sin resolver. Veamos.

En primer lugar, el trámite posterior al veto parcial con la consiguiente promulgación parcial se bifurca ya que, por un lado, se devuelve el proyecto con sus observaciones a la Cámara de origen para que se inicie el trámite de análisis del veto parcial, por parte del Congreso, que podría insistir dejando sin efecto el veto, pero paralelamente lo tratará la ya mencionada Comisión Bicameral Permanente, que analizará la procedencia o no de la promulgación de la parte no vetada. Es decir, el veto parcial y la correspondiente promulgación parcial se tratan por separado, aunque sea el mismo órgano el que, en definitiva, revisa ambos.

En segundo lugar, podría suceder que algún tribunal considere que esa promulgación parcial no tiene autonomía normativa y altera el espíritu o la unidad del proyecto; en tal caso deberá declarar que la ley fue inconstitucionalmente promulgada, pero esa declaración de inconstitucionalidad deberá ser *erga omnes* y no interpartes como es nuestro sistema. El juez no podrá decir “la ley existe pero no la aplico porque en este caso resulta contraria a la Constitución”, sino que deberá decir “no aplico esa ley porque fue inválidamente promulgada” en este y en todos los casos⁽⁴⁴⁾.

Como vemos, la ley por la que se pretendió regular el tema ha resultado, en la práctica, insuficiente.

V. Desacuerdos entre las Cámaras

Texto constitucional: *Artículo 81 - Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año. Ninguna de las Cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiera tenido origen en ella y luego hubiese sido adicionado o enmendado por la Cámara revisora. Si el proyecto fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria, a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes. En este último caso, el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, salvo que la Cámara de origen insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora.*

Origen y cambios

Con excepción de la primera oración –que conserva el texto original de la Constitución de 1853/60– todo lo siguiente de este artículo fue en gran medida reformado en 1994, oportunidad en la que se concretaron varios nuevos agregados.

El rechazo total del proyecto

Aunque, como dijimos, esta primera oración del artículo es un texto no novedoso, pues repite lo decidido en 1853, y siguió estando vigente agregamos algunos comentarios⁽⁴⁵⁾.

Al analizar el artículo 79 mencionamos que en un proyecto legislativo coexisten una propuesta sobre el tema y una propuesta sobre el modo que, de alguna manera, se reflejan en las dos discusiones y las correspondientes dos votaciones que se darán en el recinto: la discusión y votación en general y la discusión y votación en particular.

(44) Como mencionamos en la nota preanterior, una cosa es declarar la inconstitucionalidad del veto parcial, como hizo la Corte en el caso allí tratado, y otra es declarar la invalidez de la promulgación parcial.

(45) Al respecto pueden verse otras consideraciones que efectuó Guillermo Schinelli en las obras de su autoría indicadas en nota 18.

los ministros? ¿o es suficiente con que todos los ministros suscriban el decreto, aunque sea en momentos diferentes? No es unánime la doctrina en este aspecto.

(41) El caso se trataba de la validez de la ley 16.881, de la que el Ejecutivo había promulgado solo cuatro de sus 62 artículos –el último de forma– vetando el resto.

(42) En este último caso aparece un nuevo tema cuyo desarrollo excede por completo los límites de este trabajo. En efecto, el fallo de la Corte, firmado por los ministros Julio S. Nazareno (según su voto), Eduardo Moliné O'Connor, Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Gustavo A. Bossert Julio S. Nazareno y Enrique Santiago Petracchi (estos dos últimos según su voto), con la disidencia de Adolfo Roberto Vázquez confirma la sentencia de la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de La Plata la que, a su vez, había confirmado la sentencia del Juzgado Federal de Primera Instancia de la ciudad de Junín que declaró la “inconstitucionalidad de los arts. 1, inc. f, y 7 del decreto 1517/98”.

El citado decreto es el que promulga la ley 25.063 con una considerable cantidad de vetos parciales, entre otros el del artículo 1, inciso f) declarado inconstitucional; el artículo 7 del decreto, por su parte, es el que dispone la promulgación de la parte no vetada.

La duda que surge de este pronunciamiento de la Corte es la siguiente: ¿tiene facultades el Poder Judicial para declarar la inconstitucionalidad de un veto? ¿o debe limitarse solamente a declarar inválida, por inconstitucional, la promulgación parcial?

Dejamos la duda planteada.

(43) Es de notar que esa Comisión Bicameral Permanente recién se creó recién en el año 2006, mediante la ley 26.122. La concreción de su labor no ha sido hasta ahora motivo de resultados importantes.

Cuando la Cámara de origen aprueba un proyecto lo manda (tema y modo) a la Cámara revisora. Lo primero que hace esta es discutir y decidir sobre si está o no de acuerdo con tratar el tema: esto es la votación en general.

Si esa votación resulta negativa significa que la Cámara revisora no está de acuerdo con tratar el tema y, en ese caso, se acabó la discusión: el proyecto se archiva y no puede volver tratarse por un tiempo. En este caso la Cámara de origen no tiene ninguna prerrogativa especial: ambas Cámaras deben estar expresamente de acuerdo en tratarlo.

Imposibilidad de arrepentirse

De la mano de la regla anterior viene esta, contenida en la segunda oración del artículo 81: la prohibición de la Cámara iniciadora de desechar totalmente un proyecto de ley originado en la misma, y luego adicionado o enmendado por la revisora. Esta previsión evidentemente busca mantener la viabilidad de un proyecto, fomentando el diálogo entre los dos sectores parlamentarios, y buscando su perfeccionamiento, pero evitando eliminarlo⁽⁴⁶⁾.

Muchas preguntas pueden surgir con relación a la utilidad y en su caso, justicia, de esta norma. No vamos a ahondar en las hipotéticas reacciones que se pueden originar en los casos concretos que se presenten. Nos quedamos, por lo menos, pensando en que la otra Cámara interviniente podrá seguir reaccionando como muchas veces ocurre en los ámbitos parlamentarios, esto es, dejando caducar por el paso del tiempo el proyecto no realmente aceptado; o en su caso, sancionando primero la ley que *no guste realmente*, aunque se acepte por razones políticas, pero agregando a continuación la sanción de una ley *correctiva o modificatoria* de la anterior, procedimiento que a veces suele ocurrir.

Constancia clara de los votos

La tercera oración del artículo que estamos analizando incorporó una importante novedad, la de que si el proyecto fuera objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación, para permitir establecer si las adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de presentes o por dos terceras partes de presentes, lo que resulta esencial para saber cómo aplicar la Constitución en los pasos siguientes de las sanciones parlamentarias, en las que debería prevalecer quien posea dos terceras partes de los votos de los presentes. Esto fue luego reglamentado por la cláusula 2ª de un acta firmada por los presidentes de ambas Cámaras, el 26 de octubre de 1995, la que prevé que *“las comunicaciones de las sanciones de la revisora cuando el proyecto de ley vuelve a la de origen, deberán indicar el resultado de la votación que correspondió en particular a cada artículo, a fin de establecer si las adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes”*.

Otras varias posibilidades que contempla el artículo 81 constitucional

Las dos oraciones que siguen en este artículo ajustan con mayor precisión que en el texto anterior las mayorías que hacen falta en cada Cámara en caso de desacuerdo. Particularmente, aclara que en todos los casos las mayorías deben computarse sobre los miembros presentes. El texto anterior dejaba algunas dudas a este respecto.

Las posibles situaciones son:

1. Si las adiciones o correcciones de la Cámara revisora fueran aprobadas por mayoría absoluta y la Cámara de origen las aceptara por mayoría absoluta, el proyecto quedará sancionado con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, que pasarán al Poder Ejecutivo.

2. Si la revisora aprobara las adiciones o correcciones por mayoría de dos tercios y la otra Cámara no alcanzara a rechazarlas por igual mayoría, se tendrá por sancionado el proyecto con las enmiendas de la Cámara revisora, siguiéndose luego el procedimiento ante la Presidencia de la Nación.

3. Si la Cámara revisora aprobara las enmiendas con mayoría de dos tercios y la de origen insistiera en su rechazo con similar mayoría, el proyecto quedará sancio-

nado tal como resuelva la Cámara de origen, sin tenerse en consideración a las enmiendas, y será girado al Poder Ejecutivo. Como ya mencionáramos, se trata del llamado concretamente *privilegio de la Cámara de origen*. Se estaría, entonces, ante no una prerrogativa de la que goce una de las dos Cámaras en particular, sino de una atribución de aquella a la que le corresponda en el caso actuar como originaria.

4. Finalmente, es de destacar que existe otra situación no regulada especialmente por la norma y consiste en si la Cámara revisora aprobara con mayoría absoluta las adiciones o correcciones, y la de origen las desechara por mayoría absoluta, se considerará que el proyecto de la última, sin las adiciones o correcciones, y esto debería ser sancionado y remitido al Poder Ejecutivo. Esto se puede deducir del mismo artículo 81 constitucional, por considerarse que, de no darse la excepción que el mismo contempla *“a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes...”*— debería prevalecer la insistencia de la Cámara de origen.

Las tres lecturas

Una modificación sustancial que aparece en este artículo 81 es la reducción de cinco a tres el total de las posibles *lecturas* que puede tener un proyecto de ley —con excepción de las insistencias ante vetos— posibilitando la reducción de tiempos y plazos, y aceptando así lo previamente decidido por el llamado “Pacto de Olivos”, acuerdo partidario inmediatamente anterior a la reforma de 1994⁽⁴⁷⁾.

No obstante, no se terminó de cumplir totalmente con lo sugerido por la ley 24.309 —de declaración de la necesidad de la reforma y aceptado como procedimiento en el Reglamento de la Convención— dado que, si se hace una comparación literal del proyecto y de su resultado, se podrá deducir que existen diferencias sustanciales respecto de los *quorums* y las mayorías exigidos para las sanciones legislativas. Lo que la ley recién indicada buscaba era más exigente, otorgándole el privilegio final a la Cámara iniciadora en caso de que su propuesta obtuviera dos terceras partes de los votos de sus miembros, y no solo de los presentes, como finalmente se decidió.

A ello se le agrega que la capacidad decisoria final, en un procedimiento que desde 1994 no se extiende más allá de tres lecturas o pasos por cada sala parlamentaria, la tiene la Cámara de origen si (para los casos generales, no excepcionales) esta obtiene las dos terceras partes de los votos de los legisladores presentes⁽⁴⁸⁾.

En el tratamiento de este tema en la Convención Constituyente se hizo hincapié en lo que ello contribuiría a la mejora y al incremento de la eficiencia del Congreso. Así, en palabras del convencional Raúl Alfonsín: *“Uno de los problemas que presenta el Congreso es la lentitud del procedimiento de sanción de leyes”*.

Pero a ello contrapuso el convencional Alberto Natale otras apreciaciones. Dijo: *“Me tomé el trabajo de comprobar cuántas veces entre 1983 y 1993 se habían cumplido los cinco pasos que prevé la Constitución para la sanción de las leyes: una sola vez. En diez oportunidades se cumplieron cuatro pasos, y el resto fue sancionado con dos pasos —Cámara de origen y Cámara revisora— o a lo sumo tres pasos”*. Y agregó: *“Las leyes no se demoran en el Congreso porque la Constitución establezca cinco pasos para su sanción. Se demoran cuando no hay voluntad política para sancionarlas y se aprueban rápidamente cuando hay voluntad política de hacerlo”*.

Pero más allá de si esta modificación aceleraría o no los tiempos parlamentarios, valdría la pena preguntarse si esa aceleración del trámite es deseable, es útil, es conveniente para la buena marcha del país.

A lo largo del tiempo y desde distintos puntos del planeta podemos encontrar opiniones contrarias a esta deseseración por la premura legislativa.

Así, Paul Rundquist, funcionario del Servicio de Investigaciones de la Biblioteca del Congreso de EE. UU., expresó en el Primer Congreso Internacional de Modernización Parlamentaria, realizado en Buenos Aires en 1990: *“La rapidez no es un atributo esencial de una legislatura*

(46) Si se nos permite la analogía: en un partido de truco si uno de los jugadores canta, por ejemplo, el envido, el contrincante puede decir “no quiero” —y, en ese caso, el desafío desaparece— o bien aceptar y, en consecuencia, cada uno deberá “cantar” los tantos que tiene. El que comenzó el lance ya no puede arrepentirse, aunque sepa que saldrá derrotado.

(47) A pesar de la reducción de pases entre Cámaras se mantuvo el llamado “privilegio de la Cámara de origen” que hemos comentado más arriba.

(48) Una completa enumeración de esta y de otras situaciones en que los constituyentes de 1994 se apartaron de los límites que intentó poner la ley 24.309 pueden analizarse a fondo en el libro del Dr. Eugenio Palazzo, que ya mencionáramos.

y, en la mayoría de los casos, acelerar el proceso legislativo no es un propósito deseable. La acción rápida puede ser acción irreflexiva”.

Casi un siglo antes, en 1908, en la Cámara de Diputados de la Nación, el diputado por Entre Ríos Alejandro Carbó sostuvo que: “*¡Las Cámaras no son simples mecanismos de hacer leyes y tienen, por sobre todas sus funciones, la función política!*”.

Tres siglos más atrás, en Gran Bretaña, encontramos al prestigioso abogado y juez Matthew Hale quien decía: “*Es una razón para mí preferir una Ley por la que el Reino ha sido felizmente gobernado durante cuatrocientos o quinientos años que aventurar la felicidad y la paz de un Reino con alguna teoría inventada por mí*”.

Y llegando ya al fondo de la era cristiana, en el siglo I, el historiador, cónsul, senador y gobernador del Imperio Romano Publio Cornelio Tácito, con esa extraordinaria capacidad que tenían los romanos de encerrar enormes conceptos en frases breves, tiene dicho: “*Cuanto más corrupto es el Estado más leyes tiene*”.

Sin embargo, son varias las medidas que se toman orientadas a esa presunta eficiencia de cantidad y velocidad. No solo las ya transcritas que trae la Constitución, sino también otras que deciden los propios cuerpos legislativos: por ejemplo, la disminución de los tiempos en el uso de la palabra.

Parece olvidarse que en la sesión el legislador no le habla al resto de los legisladores sino a la población. Es al pueblo, que sigue queriendo, como en los días de mayo de 1810, “saber de qué se trata”, a quien se le cercena el derecho de enterarse directamente de boca del diputado o del senador el porqué de la decisión que toma votando a favor o en contra del proyecto que esté tratándose.

Preclusión parlamentaria

Por último, al final del artículo 81 constitucional figura esta frase, nueva en 1994 y que define una vieja situación en el ámbito parlamentario, al disponer que “*la Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora*”. En otras palabras, se concluye que la oportunidad de las Cámaras de verter sus opiniones culmina con una especie de *traba de la litis*, que se perfecciona al terminar la segunda lectura, y a partir de allí las Cámaras aceptarán o insistirán, o no, sus posiciones originarias, decidiendo en los hechos sobre las adiciones o correcciones, pero desde entonces se terminaría la posibilidad de agregar nuevos contenidos. Con anterioridad habían existido precedentes parlamentarios en ese sentido, y también en sentido contrario, admitiendo agregar nuevos contenidos al proyecto después de la segunda lectura. El nuevo texto constitucional optó por uno de esos procedimientos, lo que necesariamente debería cumplirse.

Persistía la duda, no obstante, si esa cristalización de tener que optar por un texto u otro se refería al documento como un todo o si debía interpretarse para cada una de las modificaciones.

Frente a ello, el 26 de octubre de 1995 ambas Cámaras decidieron suscribir el acta ya mencionada más arriba, firmada por sus presidentes que “*Cuando un proyecto de ley vuelve a la Cámara de origen con adiciones o correcciones introducidas por la Cámara revisora, podrá aquella aprobar o desechar la totalidad de dichas adiciones o correcciones, o aprobar algunas y desechar otras*—el subrayado es nuestro— *no pudiendo en ningún caso introducir otras modificaciones que las realizadas por la Cámara revisora*”. Con ello, la conducta seguida toma partido por una de las dos posiciones, más allá de lo previsto en la norma original. En concordancia con esta interpretación, el Senado reformó el artículo 177 de su Reglamento en una forma idéntica a la que recién mencionáramos, aceptándose allí prácticas que algunos consideran contrarias a la letra de la norma suprema, y que fueron aceptándose en algunos casos, inclusive judiciales⁽⁴⁹⁾.

La clave parece estar en una palabra que aparentemente pasa relativamente desapercibida en el texto constitucional; el texto dice: “*La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora*” (el subrayado es nuestro). Si se

suprime o se ignora la palabra “nuevas” cambia sensiblemente el significado del precepto. Una cosa es la prohibición de introducir adiciones o correcciones en general y otra cosa es la prohibición de que esas adiciones y correcciones a introducir sean nuevas; o sea, distintas de las originales y de las propuestas por la Cámara revisora⁽⁵⁰⁾.

VI. Prohibición de sanción tácita o ficta - Decisiones expresas del Congreso

Texto constitucional: “*Artículo 82 - La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye en todos los casos, la sanción tácita o ficta*”.

Origen y cambios

Esta norma no es el resultado de una modificación a un texto anterior, sino que el artículo completo fue incorporado en la reforma constitucional de 1994.

Precedentes

Estamos ante una norma bastante enigmática, que hasta se la ha considerado inútil. Su contenido parecía primariamente querer indicar un rechazo al único precedente existente al respecto constitucional, la reforma al artículo entonces numerado como 69, de la norma suprema, decidida por el Estatuto, *de facto*, del 24 de agosto de 1972. Esta previsión tuvo una vigencia formal muy corta, como lo contemplaba la misma reforma del año 1972. Aun durante el período constitucional en que tuvo posibilidad de ser emitida (del 25 de mayo de 1973 al 23 de marzo de 1976), su aplicación fue evitada, o desconocida, tanto por el Poder Ejecutivo como por el Poder Legislativo. Y si bien varias de las prescripciones de 1972 fueron asumidas por la Convención Constituyente de 1994, el concepto desarrollado en los precedentes fue expresamente repelido⁽⁵¹⁾.

La ley 24.309 incluyó, en el punto G.f) del “Núcleo de Coincidencias Básicas” de 1994, lo siguiente: “*De común acuerdo se ha resuelto excluir reformas tendientes a introducir la sanción tácita tanto en proyectos de leyes de necesidad y urgente tratamiento, como en casos de proyectos aprobados por una de las Cámaras*”⁽⁵²⁾.

Es menester introducir aquí otra acotación referida a la ubicación de este artículo y la del actual artículo 79, como ya adelantáramos.

El punto G.f) del “Núcleo” trataba conjuntamente tres temas: a) la posibilidad de aprobación de leyes en general en plenario y en particular en comisiones; b) la compatibilización de las posiciones de las Cámaras por comisiones de enlace bicameral, y c) la exclusión de la sanción ficta de proyectos legislativos.

Asimismo, ese mismo punto proponía “habilitar el artículo 69 de la Constitución Nacional a los efectos de introducir reformas con el sentido y reservas indicados, cuya redacción quedará librada a la Convención Constituyente” dando finalmente como resultado el artículo que venimos comentando⁽⁵³⁾.

Sin embargo, de esas tres cuestiones ninguna fue incorporada en el entonces artículo 69, hoy 78, que quedó sin modificarse. La primera dio origen al nuevo artículo 79, la segunda no fue tenida en cuenta y la tercera se plasmó en este artículo 82 que analizamos.

Esto genera ciertos inconvenientes interpretativos, como veremos continuación.

Interpretaciones

El artículo 82 constitucional parece ser claro y no ofrecer dudas. El silencio de las Cámaras del Congreso no puede ser interpretado como expresión de su voluntad.

(50) Al respecto puede verse Pérez Bourbon, Héctor. La interpretación del artículo 81 CN, publicado en El Derecho - Constitucional. Junio 2022. Número 6. Cita Digital: ED-MMMCCVI-297.

(51) Sobre el particular puede verse Schinelli, Guillermo. “Vigencia y olvido del Estatuto Constitucional del 24 de agosto de 1972”, ED, 56-853. Y del mismo autor “Treinta años de una no tan olvidada reforma constitucional de facto”, ED, 199-616.

(52) Este énfasis en impedir las sanciones fictas de las Cámaras fue seguramente provocado por lo que había dispuesto la ya mencionada enmienda constitucional de facto de 1972 que establecía, entre otras cosas, que el Poder Ejecutivo podía “*enviar al Congreso proyectos con pedido de urgente tratamiento, que deberán ser considerados dentro de los treinta días corridos de la recepción por la Cámara de origen y en igual plazo por la revisora. [...] Se tendrá por aprobado aquel que dentro de los plazos establecidos no sea expresamente desechado*” (el subrayado es nuestro).

(53) Son de interés, al respecto las manifestaciones producidas—entre el 27 de julio y el 1 de agosto de 1994— por los convencionales Alberto M. García Lema, Alberto A. Natale, Miguel Á. Ortiz Pellegrini y otros.

(49) También puede verse una opinión crítica a este respecto en la obra de Guillermo Schinelli citada, “La Cámara de Diputados de la Nación y su Reglamento, comentado”, p. 549.

También fue lo aceptado por la Corte Suprema de Justicia en “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/Estado Nacional”, del 4/6/19, Fallos 342:917, aunque no hace un análisis claro de la cuestión.

Repasemos su texto: “*La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta*” (el subrayado es nuestro).

Sin embargo, el artículo 79 de algún modo admite una voluntad no expresa de la Cámara, en la medida en que permite que las comisiones, en determinados casos, aprueben un proyecto de ley.

Esto daría lugar a pensar que el artículo 82, tan categórico, solo fue introducido como aclaratorio del 81. Por otra parte, al ser agregado en ese lugar, antes del 83 que también se refiere al trámite parlamentario entre las Cámaras, daría la misma sensación. Si hubiera querido ser una norma general se lo habría agregado al final del capítulo.

Sin embargo, si solo es aclaratorio del 81, ¿por qué se lo introdujo como un artículo separado? Si las modificaciones introducidas en la Constitución hubiesen sido sumamente cuidadosas en redactarse solo artículos uninormativos, podríamos pensar que se redactó un artículo separado por razones de técnica legislativa. Pero ello no es así. El mismo artículo 81, redactado por la Convención, dista mucho de ser uninormativo. Si esta norma del artículo 82 fuera solo complementaria del 81, su inclusión en el mismo habría sido mucho más clara y más segura⁽⁵⁴⁾.

La duda es: ¿en qué casos debe aplicarse esta norma? ¿Es solo aclaratoria o complementaria del artículo 81, o debe aplicarse también en el supuesto del 78?

Lo concreto es que ateniéndonos estrictamente a la letra del artículo 82 el texto constitucional no concede efectos al silencio exclusivamente con relación a la voluntad de cada Cámara del Congreso. Empero, los efectos del silencio de otros órganos de la Constitución han sido considerados también en otras normas y precedentes, en los que el mero transcurso del tiempo ocasiona algunos resultados concretos, algunos de ellos vinculados con la actividad o inactividad del Congreso en alguna de sus ramas. Casos al respecto, atinentes al Poder Ejecutivo y expresamente admitidos por la Constitución, están mencionados en los artículos 76, 80, 99, inciso 19, 115, párrafo 3º, y en la Disposición Transitoria 8ª.

A pesar de estas legítimas dudas interpretativas pensamos que el artículo 82 en análisis prohíbe otorgar cualquier valor decisorio a la inacción o silencio de las Cámaras del Congreso. Ello parece ser lo más coherente –y, tal vez, lo único coherente– con el espíritu de lo plasmado en el texto del Núcleo de Coincidencias Básicas, sustento jurídico y político de la reforma constitucional.

Posibilitar las sanciones fictas implicaría, al decir del reconocido jurista mendocino Alejandro Pérez Hualde, colocar en manos del Ejecutivo, y del partido político gobernante, un arma formidable para la eliminación del control parlamentario y de la participación política de los otros partidos y de las provincias aunque el mismo autor, pese a los juicios antes indicados, concluyó, por otras razones y refiriéndose a la norma constitucional, que “desde el punto de vista jurídico es defectuosa y absolutamente innecesaria”, salvo en lo relativo a cierto aspecto atinente a los DNU, como enseguida veremos⁽⁵⁵⁾.

El artículo 82, CN, y los decretos de necesidad y urgencia

Aunque el tema de los decretos de necesidad y urgencia ya fue tratado en la primera parte de este trabajo, queremos recalcar aquí –a la luz de lo que acabamos de comentar en relación con el artículo 82– la dudosa constitucionalidad de la ley 26.122 que asigna, en definitiva, consecuencias decisorias a la inacción del Congreso.

Como ya mencionáramos, en el debate constituyente de 1994 el problema de los DNU se mezcló con la temática de lo que posteriormente sería el artículo 82. A pesar de que la voluntad de los convencionales parece haber sido excluir cualquier tipo de efecto al silencio de las Cámaras los vaivenes de la política provocaron que esa voluntad derivara finalmente en la ley 26.122 –recién sancionada doce años después– según la cual los DNU siguen vigentes mientras no los repelan expresamente las dos Cámaras del

(54) Desde la técnica legislativa apreciamos aquí un claro ejemplo de como una misma norma, exactamente con el mismo texto, puede dar lugar a interpretaciones diferentes de acuerdo a cuál sea su ubicación en el dispositivo normativo. Es lo que llamamos “lagunas de reconocimiento provenientes de la estructura”.

(55) Estos pensamientos de Pérez Hualde –entre otras muy interesantes consideraciones contenidas en “El silencio del Congreso”– son recogidos por Dardo Pérez Guilhou y otros en “Derecho Constitucional de la reforma de 1994”, ed. 1995, t. I, p. 509.

Congreso, lo que implicaría una flagrante violación a la prohibición tan claramente prevista en el artículo 82.

VII. Insistencia ante el veto

Texto constitucional: “*Artículo 83 - Desechado en el todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo, vuelve con sus objeciones a la Cámara de su origen; esta lo discute de nuevo, y si lo confirma por mayoría de dos tercios de votos, pasa otra vez a la Cámara de revisión. Si ambas Cámaras lo sancionan por igual mayoría, el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación. Las votaciones de ambas Cámaras serán en este caso nominales, por sí o por no; y tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones del Poder Ejecutivo se publicarán inmediatamente por la prensa. Si las Cámaras difieren sobre las objeciones, el proyecto no podrá repetirse en las sesiones de aquel año*”.

No vamos a pronunciarnos sobre lo anterior, puesto que en dicho artículo no se incluyeron cambios respecto de lo dispuesto por la Constitución de 1853/60 (aunque en la reforma de 1949 se le habían insertado algunos cambios, no insistidos con posterioridad a 1957). El único comentario que hacemos es que la previsión de que ciertas cuestiones mencionadas en este artículo “*se publicarán inmediatamente por la prensa*” en la realidad, no viene aplicándose tal como está redactado⁽⁵⁶⁾.

VIII. La fórmula legal o fórmula de sanción

Texto constitucional: “*Artículo 84 - En la sanción de las leyes se usará de esta fórmula El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, [...] decretan o sancionan con fuerza de ley*”.

Origen y cambios

En la Constitución de 1853/60 este artículo llevaba el nº 73. Fue enmendado en la reforma de 1949, se reestableció en 1957, y fue nuevamente enmendado en 1994.

Análisis lingüístico

Nunca fue del todo correcta la redacción de este artículo, y en 1994 se perdió la oportunidad de mejorarlo. Parte de la base de que las leyes las emiten las dos Cámaras, lo cual es cierto, pero es innegable que no lo hacen ambos cuerpos “reunidos en Congreso”, puesto que cada Cámara produce sanciones legislativas *por separado*, y los pocos casos en que ambas salas emiten decisiones en asambleas legislativas (que sería el caso de comprensión más literal respecto de la frase “reunidos en Congreso”) lo hacen con relación a determinaciones de contenido político o formal, instrumentadas a través de documentos que no llevan forma de leyes. A continuación figura una coma, seguida por tres puntos suspensivos, que no tienen razón de ser. En la vieja redacción, en lugar de esos puntos suspensivos se incluía la palabra “etcétera”, texto que –desde ya– no era bueno ni preciso, aunque el remedio actual, los tres puntos suspensivos, parece ser peor. Reiteramos algo que hemos dicho en otra oportunidad, ante esta curiosidad o error gramatical... si la enfermedad era mala, el remedio puede ser peor⁽⁵⁷⁾.

Además, el texto afirma que las Cámaras “decretan o sancionan”. Si pudo haber alguna duda al respecto allá por 1853, la costumbre constitucional reiterada indica que, respecto de las normas más importantes que emiten, las Cámaras legislativas *sancionan* y el presidente de la República *decreta*. El texto actual, con “decretan o sancionan” parece querer dejar vigente una duda, también *suprema* (por la índole de la norma en la que está inserta) que en la realidad no existe.

(56) Aunque no forma parte estrictamente del tema que estamos analizando traemos a colación un verdadero hallazgo que nos hiciera llegar Javier Krentz referente al veto del Poder Ejecutivo, en este caso, el de la Provincia de Buenos Aires.

Se trata del Decreto: DECTO-2017-617-E-GDEBA-GPBA del 24/10/2017, cuya parte dispositiva dice: “la Gobernadora de la Provincia de Buenos Aires decreta:

Artículo 1º. Dejar sin efecto el Decreto N° 519/17 E de fecha 28 de septiembre de 2017, por el cual se vetó el proyecto de Ley sancionado por la Honorable Legislatura en fecha 31 de agosto de 2017.”

Un mes después de haber vetado un proyecto de ley, se deja sin efecto ese veto.

Indudablemente, resta mucho por estudiar e investigar en materia de derecho parlamentario y legislativo.

(57) Resulta curioso que a la fecha, tres décadas después de haberse aprobado esta modificación, en la fórmula de sanción, sigue usándose el “etc.” tal como consta en las publicaciones actuales del Boletín Oficial de la Nación.

Últimos comentarios a modo de conclusión

Si repasamos nuestra historia constitucional veremos que se tardó cuarenta años en lograr una carta magna suficientemente estable.

Desde el primer intento de redactar y aprobar una constitución, en la Asamblea General Constituyente de 1813 –usualmente conocida como la “Asamblea del año XIII”– hubo, al menos, dos intentos más, en 1819 y en 1826. Ninguno prosperó: la Constitución de 1819 se topó de inmediato con la diáspora que provocó la secesión de 1820 y la consecuente desaparición de la Nación como tal; la de 1826, por su parte, nunca llegó a existir realmente por el inmediato y unánime rechazo de todas las provincias, rechazo hasta en algunos casos oprobioso, como al emisario comisionado para llevar el pliego a Entre Ríos a quien le negaron el acceso a la provincia, o al de Santiago del Estero a quien Felipe Ibarra le dio veinticuatro horas de plazo para abandonarla.

Como decimos, recién en 1853 se logra un acuerdo relativamente firme que permita el dictado de una constitución duradera. El proceso se consolida en 1860 cuando la provincia de Buenos Aires se incorpora a la Nación.⁽⁵⁸⁾

A partir de allí la Constitución quedó prácticamente cristalizada por décadas.

En efecto, la reforma de 1866 fue para dejar las cosas como estaban, suprimiendo la prohibición de cobrar derechos de exportación que contenía el texto original de 1860.

La reforma de 1898 solo adecua el número base para el cálculo de diputados nacionales y aumenta el número de ministerios de cinco a ocho. En ambos casos deriva al parlamento algunas disposiciones complementarias: la adecuación del número base después de cada censo y la facultad de establecer por ley las competencias de los distintos ministerios.

Recién en 1949 se realiza una reforma integral, aunque de efímera duración: una proclama revolucionaria de 1956 la dejó sin efecto.

En la convención constituyente de 1957 solo se incorporó un breve artículo conteniendo unos pocos principios de constitucionalismo social y se incluyó entre los códigos a dictar por el Congreso, el de trabajo y seguridad social⁽⁵⁹⁾.

(58) A pesar de los acuerdos no todo fueron rosas. Siguió habiendo fuertes focos de oposición, tanto del lado de la población como de las autoridades. Merece destacarse, en ese aspecto, el fuerte y decidido apoyo que le brindó a la nueva Constitución el sacerdote franciscano Fray Mamerto Esquiú, en vías de canonización. Desde su primer discurso el 9 de julio de 1853, fue extendiéndose su prédica por todo el país, a punto tal que el Gobierno Federal dictó un decreto por el que se disponía la impresión de dos de sus sermones patrios y su envío en número suficiente a todas las autoridades civiles y eclesiásticas de la Confederación. Con justicia ha sido llamado “El orador de la Constitución”.

(59) Obviamos aquí el “Estatuto Fundamental del 24 de agosto de 1972” en razón de su manifiesta ilegitimidad y de que prácticamente no tuvo un uso real. Ya hemos hablado de él al analizar el artículo 79.

Llegamos así a 1994, cuando se encara una reforma profunda de la Constitución Nacional, tanto en las cuestiones atinentes a la parte orgánica –principal objeto de este trabajo– como en la actualización de la parte dogmática que ya llevaba casi un siglo y medio de anquilosamiento.

Si vemos lo que ha sucedido en otros países a ese respecto vemos que, por ejemplo, Francia tuvo diez constituciones desde la revolución de 1789 hasta 1852 (o sea, la época de nuestra Constitución) y otras tres más desde allí que corresponden respectivamente a la Tercera, Cuarta y Quinta Repúblicas; serían cuatro si tomamos en cuenta la de Vichy, durante la ocupación alemana en 1940. Y Francia no es, ni con mucho, el único caso de modificaciones constitucionales relativamente frecuentes.

Brasil tuvo siete constituciones en el último siglo. Uruguay, luego de su primera Constitución de 1830 que duró hasta 1918 tuvo otras cinco: la última de 1967 con enmiendas plebiscitadas en 1989, 1994, 1996 y 2004. Estado Unidos –que modifica su Constitución mediante el sistema de enmiendas– adecuó su ley fundamental de la época de su independencia a través de 27 enmiendas, la última de las cuales entró a regir en 1992.

Podemos apreciar, entonces, que en otros países, a diferencia del nuestro, no existe esa especie de temor reverencial a modificar la Constitución como si fuera un ícono sagrado. Muy saludable, en consecuencia, la reforma de 1994.

Debemos resaltar, por ejemplo, que con esta reforma la Argentina se puso a tono con los tiempos en muchas cosas: la incorporación de derechos como la participación ciudadana más directa, el reconocimiento de los partidos políticos como pilares del sistema democrático, los derechos relativos al ambiente sano, las cláusulas relativas a la defensa de las instituciones y los derechos de consumidores y usuarios, entre otras. Un comentario especial merece el haber incorporado a la Constitución los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Algunas modificaciones habrán sido mejores, otras peores; algunas habrán sido acabadamente analizadas y otras habrán tenido una inconveniente cuota de apresuramiento; otras, en fin, habrán tenido un consenso pacífico y en otras la discusión habrá sido más ríspida.

Pero, en términos generales y poniendo en la balanza lo bueno y lo malo, consideramos que la reforma fue un gran paso adelante no solo por haber producido algunas reformas importantes sino porque –y casi diríamos, en primer lugar– los argentinos nos animamos a hacerla nuestra y adecuarla, con sus más y sus menos, a nuestras necesidades e idiosincrasia reales.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - PODER LEGISLATIVO - CONGRESO NACIONAL - ESTADO - DIVISIÓN DE PODERES - LEY - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER EJECUTIVO - PODER JUDICIAL - HISTORIA DEL DERECHO - DEMOCRACIA - DERECHO POLÍTICO - TRÁMITE PARLAMENTARIO

La utilización de la delegación legislativa en la instrumentación de los distintos programas de gobierno tras la Reforma Constitucional de 1994

por ALFONSO SANTIAGO

Sumario: PRESENTACIÓN. – I. EL EMPLEO DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN LA INSTRUMENTACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE GOBIERNO DE LOS PRESIDENTES ARGENTINOS TRAS LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. – II. LAS DISTINTAS CLASES DE DELEGACIONES LEGISLATIVAS. – III. EL ENCUADRE DE LAS DELEGACIONES LEGISLATIVAS EN EL MARCO DE LAS FUNCIONES DE GOBIERNO. – CONCLUSIONES.

Presentación

El objetivo de este trabajo es dar cuenta de la utilización del instrumento de la delegación legislativa prevista en el art. 76 como modo de implementar buena parte de los planes de gobierno de los distintos presidentes que se sucedieron durante los últimos treinta años en nuestro país, tras la Reforma Constitucional de 1994.

Para ello, detallaremos las principales leyes a través de las cuales el Congreso realizó importantes delegaciones legislativas para que el Presidente instrumentara su plan de gobierno (Apartado I), para luego examinar ante qué clase de delegación legislativa nos situamos (Apartado II) y proponer el encuadre de dicha práctica en el marco de las dos principales funciones que se distinguen en el gobierno de nuestros días: la función gubernamental y la función control (Apartado III). Finalmente, extraeremos algunas conclusiones finales⁽¹⁾.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Cuestiones de la delegación legislativa*, por MARÍA ANGÉLICA GELLI, ED, 182-1277; *Los límites de la delegación legislativa (El caso del decreto 677/01)*, por JAIME LUIS ANAYA, ED, 196-775; *Antecedentes jurisprudenciales de la CS sobre el derecho de emergencia. El principio de razonabilidad utilizado como límite*, por DANIEL E. MAIJAR, ED, 197-799; *Los decretos de necesidad y urgencia ante ciertos precedentes parlamentarios*, por GUILLERMO C. SCHINELLI, ED, 198-1030; *Jefatura de gabinete y ley de acefalía, experiencias recientes*, por NORBERTO PADILLA, EDCO, 1/2-622; *El lugar del jefe de gabinete en el sistema constitucional argentino*, por PABLO LISTE, EDCO, 2003-390; *De la promesa de la atenuación a la realidad de la concentración. El Jefe de Gabinete de Ministros a diez años de la reforma constitucional*, por VALENTÍN THURY CORNEJO, EDCO, 2004-680; *Derechos y emergencias a los ciento cincuenta años de la sanción de nuestra Constitución*, por EUGENIO L. PALAZZO, EDCO, 2003-286; *Una nueva ratificación genérica en materia de delegación legislativa*, por ENRIQUE VALENTÍN VERAMENDI, EDCO, 2004-724; *Emergencia como remedio constitucional ¿o viceversa?*, por PABLO RIBERI, EDCO, 2005-664; *Una reflexión sobre los decretos de necesidad y urgencia en las emergencias generales y de tracto sucesivo (El caso "Redrado")*, por ALBERTO B. BIANCHI, ED, 236-845; *La aplicación de la normativa de emergencia económica*, por JAVIER J. SALERNO, ED, 242-511; *Delegación de facultades legislativas*, por GREGORIO BADENI, EDA, 2009-410; *Algunas reflexiones sobre la delegación legislativa en materia de presupuesto público. ¿Una cuestión fuera del control judicial?*, por JULIA MICHELINI, EDA, 2012-556; *El régimen de delegación legislativa en la nueva ley de abastecimiento*, por SANTIAGO MARÍA CASTRO VIDELA y SANTIAGO MAQUEDA FOURCADE, EDLA, 8/2015-7; *Democracia, decretos autónomos y emergencia en seguridad*, por JUAN RODRIGO ZELAYA, EDCO, 2016-395; *Primeras impresiones acerca de la operatividad del decreto 34/19 e implicancias de la emergencia ocupacional que declara*, por Esteban Carcavallo, ED, 285-846; *La potestad del Estado para intervenir en las relaciones del trabajo en momentos de emergencia económica y social: consideraciones acerca de la Ley 27.541 y del Decreto 14/2020*, por ESTEBAN CARCAVALLO, ED, 286-377; *La Constitución en tiempos de pandemia*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, El Derecho Constitucional, n° 4, abril de 2020; *La pandemia y el retroceso del federalismo. Un avance centralista de la mano de las decisiones administrativas*, por MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, ED, 287-768; *El decreto de necesidad y urgencia 690/20: una oportunidad para pensar sobre los decretos de necesidad y urgencia, su control parlamentario, los servicios públicos y los principios de subsidiariedad y razonabilidad*, por JUAN CRUZ AZZARRI, Revista de Derecho Administrativo, n° 8, agosto de 2020; *Reglamentos del Poder Ejecutivo, opciones ante la dilación u omisión de reglamentar*, por LEANDRO NICOLÁS MAZZA, El Derecho Constitucional, n° 12, diciembre de 2020. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Hemos estudiado el régimen constitucional de la delegación legislativa en otras dos obras: SANTIAGO, Alfonso, *Tratado de la Delegación Legislativa*, Ábaco, 2002; SANTIAGO, Alfonso; CASTRO VIDELA, Santiago y VERAMENDI, Enrique, en *El control del congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*, La Ley, Bs. As., 2019, donde remitimos para un estudio aún más amplio de lo que aquí se expone.

I. El empleo de la delegación legislativa en la instrumentación de los programas de gobierno de los presidentes argentinos tras la Reforma Constitucional de 1994

Varios de los puntos principales de los programas de gobierno de los distintos presidentes argentinos que se sucedieron tras la Reforma Constitucional de 1994 se instrumentaron mediante leyes que contenían importantes delegaciones legislativas⁽²⁾.

- En diciembre de 1995, cuando Menem inicia su segundo período presidencial⁽³⁾, obtiene del Congreso la sanción de las leyes 24.629 (sobre la reforma del Estado II) y 24.631 (sobre reforma tributaria). Dichas leyes establecen importantes delegaciones legislativas en el Presidente para llevar a cabo los objetivos fijados para su segundo período presidencial⁽⁴⁾. También, en agosto de 1999, se dictó la ley 25.148 que prorrogó todas las delegaciones legislativas preexistentes a la Reforma Constitucional de 1994, antes de que estas caducaran de acuerdo a lo previsto en la cláusula transitoria octava.

- En marzo del año 2001, cuando el presidente de la Rúa intenta relanzar su alicaído gobierno, el Congreso sanciona la ley 25.414 de competitividad con amplias delegaciones legislativa⁽⁵⁾. Meses después, se sanciona la ley 25.453 de déficit cero, que otorga amplias facultades al Presidente en el manejo presupuestario⁽⁶⁾.

- Tras la crisis del 2001, pocos días después de la asunción del presidente Duhalde, en enero de 2002, se sanciona la ley 25.561 de emergencia pública y reforma del régimen cambiario, que contiene importantísimas delegaciones legislativas para el manejo de la salida de la convertibilidad, pilar de su política económica⁽⁷⁾.

(2) Un elenco aún más completo de todas las leyes que contienen delegaciones legislativas dictadas con posterioridad a la Reforma Constitucional de 1994, puede verse en SANTIAGO, Alfonso; CASTRO VIDELA, Santiago y VERAMENDI, Enrique, *El control del congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*, Cap. V, La Ley, Bs. As., 2019.

(3) Ya en 1989, en el inicio del primer período del presidente Menem y antes de la Reforma Constitucional de 1994, el Congreso sancionó las leyes 23.696, sobre reforma administrativa y privatización, y 23.697, sobre emergencia y reforma económica, que contenían importantes delegaciones legislativas y fueron la base del programa económico que caracterizó a su gobierno.

(4) La ley 24.629 tenía como objeto "mejorar el funcionamiento y la calidad de los servicios prestados por las distintas jurisdicciones de la Administración Pública Nacional, así como su financiamiento, en las condiciones que se establecen en la presente ley y hasta el 31 de diciembre de 1996" (art. 6°). Por su parte, la ley 24.631, contenía algunas delegaciones para llevar a cabo una acotada reforma tributaria.

(5) La ley 25.414 de competitividad contenía una amplia delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, principalmente invocando la existencia de una situación de emergencia de carácter económico. Se trata de un supuesto en donde se pudo ver, por primera vez, las amplias posibilidades latentes en el art. 76 en materia de delegación legislativa. En ejercicio de estas facultades delegadas, el Poder Ejecutivo dictó al menos 95 reglamentos delegados en menos de nueve meses, algunos de los cuales fueron declarados inconstitucionales por los tribunales por entender que excedían los límites establecidos en la ley delegante. Antes de que venciera el plazo establecido inicialmente en la ley 25.414, el Congreso la derogó anticipadamente, en diciembre del 2001, por medio de la ley 25.556. Un pormenorizado análisis del funcionamiento de las delegaciones legislativas contenidas en esta ley, puede verse en el Cap. VI de nuestro *Tratado sobre la delegación legislativa*, ob. cit.

(6) La ley 25.453 de déficit cero, sancionada en julio del 2001, contenía una posible delegación de facultades legislativas para la determinación mensual de los montos de las remuneraciones y jubilaciones que debe pagar la Administración Pública.

(7) Esta ley contemplaba una importantísima delegación de facultades legislativas en cabeza del Presidente para reglar los distintos aspectos relativos a la salida de la convertibilidad cambiaria y para enfrentar la gravísima crisis económica y social reinante en ese momento. En ejercicio de estas facultades se dictaron los reglamentos y demás actos normativos relativos a la reprogramación y posterior pesificación de los depósitos bancarios, que provocaron una ola de acciones de amparo sin precedentes en nuestra práctica jurídica. Por medio del artículo 1° de la ley 25.820, dictada en diciembre del 2003, se prorrogó por un año más el plazo de las delegaciones legislativas de la ley 25.561 y se habilitó al Poder Ejecutivo a "dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la doctrina del artículo 1198 y el principio del esfuerzo compartido". Luego, la ley 25.790, promulgada en octubre del 2003, prorrogó

- Durante la presidencia de Néstor Kirchner se sanciona la ley 25.790 sobre renegociación de los contratos de obras y servicios públicos⁽⁸⁾; se dictan sucesivas prórrogas de la ley de emergencia 25.561⁽⁹⁾; por medio de la ley 25.917, se autoriza de modo permanente al Jefe de Gabinete para reasignar las partidas presupuestarias⁽¹⁰⁾ y a través de la ley 26.095, se autorizó la creación de cargos específicos para el desarrollo de obras de infraestructura⁽¹¹⁾. Como es sabido, el manejo discrecional de los abundantes ingresos públicos se transformó en una de las herramientas políticas y económicas de este período.

- Durante la primera y segunda presidencia de Cristina Kirchner, el Congreso prorrogó las leyes 25.561, 25.790 y 25.917 del período anterior, que permitieron la continuidad de las políticas fijadas en la etapa anterior. También cabe mencionar que, en ejercicio de facultades delegadas por otras leyes, la presidenta dictó la famosa resolución 125 sobre retenciones a la exportación de granos y estableció, a comienzo de su segundo período, el cepo cambiario.

- Durante la presidencia de Mauricio Macri no se establecieron nuevas y específicas delegaciones legislativas, si bien se mantuvo buena parte de las ya existentes.

- En el comienzo de la presidencia de Alberto Fernández, el Congreso dicta la ley 27.541 de solidaridad social y reactivación productiva, conteniendo una amplia delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo⁽¹²⁾.

hasta el 31 de diciembre del 2004 la facultad delegada para la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos establecida en el artículo 9° de la ley 25.561 y reguló otras condiciones y procedimientos a los que la misma estará sujeta. Sin embargo, la emergencia pública declarada por la ley 25.561 continuó siendo prorrogada con modificaciones por el Congreso mediante sucesivas leyes posteriores, hasta la actualidad. Según lo establecido en la ley 26.896, en efecto, la emergencia pública se mantendrá declarada hasta diciembre del año 2015.

(8) La ley 25.790, promulgada en octubre del 2003, que prorroga hasta el 31 de diciembre del 2004 la facultad delegada para la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos establecida en el art. 9° de la ley 25.561 y regula otras condiciones y procedimientos a la que la misma estará sujeta.

(9) Por medio del art. 1° de la ley 25.820, dictada en diciembre del 2003, se prorrogó por un año más el plazo de las delegaciones legislativas de la ley 25.561 y se habilitó al Poder Ejecutivo a "dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la doctrina del artículo 1198 y el principio del esfuerzo compartido".

(10) Junto a ello, surgió la práctica de subestimar en la ley de presupuesto los ingresos públicos para luego poder asignar el superávit mediante un decreto de necesidad y urgencia. En el año 2005, el 20% de los ingresos públicos había sido asignado por DNU. En el año 2008, por ese procedimiento se asignaron 41.500 millones.

(11) La ley N° 26.095 estableció "cargos específicos" con la finalidad de costear el desarrollo obras de infraestructura para la expansión del sistema de generación, transporte y/o distribución de los servicios de gas natural, gas licuado y/o electricidad.

Su artículo 1 dispuso lo siguiente: "El desarrollo de obras de infraestructura energética que atiendan a la expansión del sistema de generación, transporte y/o distribución de los servicios de gas natural, gas licuado y/o electricidad, constituye un objetivo prioritario y de interés del Estado nacional".

Si bien tales cargos fueron creados por la ley, su artículo 4 delegó en el Poder Ejecutivo la determinación de sus elementos sustanciales. En efecto, esta norma dispuso lo siguiente: "Facúltase al Poder Ejecutivo nacional a fijar el valor de los cargos específicos y a ajustarlos, en la medida que resulte necesario, a fin de atender el repago de las inversiones y cualquier otra erogación que se devengue con motivo de la ejecución de las obras aludidas en el artículo 1° de la presente ley". Como puede advertirse, la referida norma efectúa una delegación sumamente amplia en el Poder Ejecutivo para la determinación de ciertos elementos esenciales de los "cargos específicos" para el desarrollo de obras de infraestructura.

(12) Artículo 1° - Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y deléganse en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el artículo 2°, hasta el 31 de diciembre de 2020.

Artículo 2° - Establécense las siguientes bases de delegación:

a) Crear condiciones para asegurar la sostenibilidad de la deuda pública, la que deberá ser compatible con la recuperación de la economía productiva y con la mejora de los indicadores sociales básicos;

b) Reglar la reestructuración tarifaria del sistema energético con criterios de equidad distributiva y sustentabilidad productiva y reordenar el funcionamiento de los entes reguladores del sistema para asegurar una gestión eficiente de los mismos;

c) Promover la reactivación productiva, poniendo el acento en la generación de incentivos focalizados y en la implementación de planes de regularización de deudas tributarias, aduaneras y de los recursos de la seguridad social para las micro, pequeñas y medianas empresas;

d) Crear condiciones para alcanzar la sostenibilidad fiscal;

e) Fortalecer el carácter redistributivo y solidario de los haberes previsionales considerando los distintos regímenes que lo integran como un sistema único, con la finalidad de mejorar el poder adquisitivo de aquellos que perciben los menores ingresos;

- Seis meses después del inicio de la presidencia de Javier Milei y luego de numerosos debates y negociaciones, el Congreso sancionó la llamada Ley Bases, con importantes delegaciones en el Presidente recientemente elegido para el reordenamiento administrativo y puesta en marcha de un plan de privatizaciones de empresas públicas⁽¹³⁾. En dicha ley, se condensa una parte importante de las reformas que quiere llevar a cabo el actual gobierno.

f) Procurar el suministro de medicamentos esenciales para tratamientos ambulatorios a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad social, el acceso a medicamentos e insumos esenciales para la prevención y el tratamiento de enfermedades infecciosas y crónicas no transmisibles; atender al efectivo cumplimiento de la ley 27.491 de control de enfermedades prevenibles por vacunación y asegurar a los beneficiarios del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y del Sistema Nacional del Seguro de Salud, el acceso a las prestaciones médicas esenciales;

g) Impulsar la recuperación de los salarios atendiendo a los sectores más vulnerados y generar mecanismos para facilitar la obtención de acuerdos salariales.

(13) Entre otras disposiciones de esta ley, pueden mencionarse las siguientes:

Artículo 1° - Declárase la emergencia pública en materia administrativa, económica, financiera y energética por el plazo de un (1) año. Deléganse en el Poder Ejecutivo nacional las facultades dispuestas por la presente ley, vinculadas a materias determinadas de administración y de emergencia, en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases aquí establecidas y por el plazo dispuesto en el párrafo precedente. El Poder Ejecutivo nacional informará mensualmente y en forma detallada al Honorable Congreso de la Nación acerca del ejercicio de las facultades delegadas y los resultados obtenidos.

Artículo 4° - Facúltase al Poder Ejecutivo nacional a disponer, en relación con las empresas y sociedades contempladas en el inciso b) del artículo 8° de la ley 24.156, además de lo previsto en el artículo 7° de la presente ley:

a) La modificación o transformación de su estructura jurídica; y

b) Su fusión, escisión, reorganización, reconfiguración o transferencia a las provincias o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, previo acuerdo que garantice la debida asignación de recursos.

Artículo 5° - Autorízase al Poder Ejecutivo nacional a modificar, transformar, unificar, disolver o liquidar los fondos fiduciarios públicos de conformidad con las siguientes reglas, y las que surjan de sus normas de creación, instrumentos constitutivos u otra disposición aplicable.

En el caso de que, por decisión fundada de la autoridad competente, se resolviera liquidar y disolver un fondo fiduciario público y discontinuar con el programa o finalidad para la cual fue creado:

a) Si el fondo fuera financiado por una asignación específica de un impuesto coparticipable, aquella se considerará eliminada y el tributo volverá a ser distribuido de conformidad con el régimen establecido por la ley 23.548 y sus normas complementarias y modificatorias;

b) Si el fondo fuera financiado por una asignación específica de un tributo no coparticipable, aquella se considerará eliminada y el tributo volverá a ser destinado al Tesoro Nacional; y

c) Si el fondo fuera financiado por una asignación específica de aportes o recargos obligatorios creados a tal fin, tanto la asignación como los aportes o recargos obligatorios se considerarán eliminados.

Queda excluido de las facultades de este artículo: el Fondo Fiduciario para Subsidios de Consumos Residenciales de Gas, creado por la ley 25.565 y ampliado y modificado por ley 27.637.

Artículo 6° - Autorízase al Poder Ejecutivo nacional a intervenir, por el plazo previsto en el artículo 1° de la presente ley, los organismos descentralizados, empresas y sociedades mencionadas en los incisos a) y b) del artículo 8° de la ley 24.156, con exclusión de las universidades nacionales, los órganos u organismos del Poder Judicial, Poder Legislativo, Ministerio Público y todos los entes que de ellos dependan; la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT); el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET); el Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA); la Administración Nacional de Laboratorios e Institutos de Salud "Dr. Carlos G. Malbrán" (ANLIS); la Comisión Nacional de Evaluación Acreditación Universitaria (CONEAU); la Unidad de Información Financiera (UIF); el Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI); el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG); el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA); la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA) y las instituciones de la seguridad social.

El interventor ejercerá las competencias del órgano de administración y dirección y actuará: (i) conforme a lo ordenado en el acto de intervención dictado por el Poder Ejecutivo nacional; y (ii) bajo la supervisión y control de tutela del ministro bajo cuya jurisdicción el ente actúa.

En caso de intervención en sustitución de las facultades de las asambleas societarias, los síndicos en representación del sector público nacional serán designados por el Poder Ejecutivo, según la propuesta del ministro referido en el párrafo anterior, cuando así corresponda.

Deberá realizarse, al inicio y al final de toda intervención, una auditoría de gestión del organismo respectivo.

Artículo 20 - Establécense, como bases de las delegaciones legislativas dispuestas en el presente capítulo las siguientes:

a) Mejorar el funcionamiento del Estado para lograr una gestión pública transparente, ágil, eficiente, eficaz y de calidad en la atención del bien común;

b) Reducir el sobredimensionamiento de la estructura estatal a fin de disminuir el déficit, transparentar el gasto y equilibrar las cuentas públicas; y

c) Asegurar el efectivo control interno de la administración pública nacional con el objeto de garantizar la transparencia en la administración de las finanzas públicas.

Como puede observarse, casi todos los presidentes, pertenecientes a distintos partidos políticos y con agendas bien diferenciadas, solicitaron y obtuvieron por parte del Congreso delegaciones legislativas amplias para instrumentar sus planes de gobierno. Esto además de la frecuente utilización de los decretos de necesidad y urgencia como modo de instrumentar sus decisiones sobre políticas públicas, sin contar con la previa aprobación del Congreso⁽¹⁴⁾.

II. Las distintas clases de delegaciones legislativas

En nuestro *Tratado sobre la delegación legislativa*⁽¹⁵⁾, distinguimos cuatro clases distintas de delegaciones legislativas:

- política o gubernamental;
- administrativa;
- técnica-normativa;

- internacional. Las cuatro realidades tienen muchos puntos en común. Todas ellas significan que el Poder Ejecutivo ejerce, en la práctica, facultades que la constitución formal otorga en principio al Poder Legislativo. En todos estos casos, el titular de la atribución sigue siendo el Congreso, pero a través de habilitaciones —muchas veces amplias y hasta implícitas—, su ejercicio lo realiza el Poder Ejecutivo. El Congreso mantiene la posibilidad de controlarlas, aunque la práctica demuestra que solo en contados casos ejercita ese control. Todas estas clases de delegaciones responden a la necesidad de atender a una demanda normativa cada vez más numerosa, compleja y

Artículo 30 - Facúltase al Poder Ejecutivo nacional a disponer, en relación con los órganos u organismos de la administración central o descentralizada contemplados en el inciso a) del artículo 8° de la ley 24.156 que hayan sido creados por ley o norma con rango equivalente:

a) La modificación o eliminación de las competencias, funciones o responsabilidades dispuestas legalmente cuyo mantenimiento resulte innecesario; y

b) La reorganización, modificación o transformación de su estructura jurídica, centralización, fusión, escisión, disolución total o parcial, o transferencia a las provincias o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, previo acuerdo que garantice la debida asignación de recursos.

Quedan excluidos de las facultades del presente artículo las universidades nacionales, los órganos u organismos del Poder Judicial, Poder Legislativo, Ministerio Público y todos los entes que de ellos dependan.

El Poder Ejecutivo nacional no podrá disponer la disolución de los siguientes organismos: el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET); Administración Nacional de Laboratorios e Institutos de Salud "Dr. Carlos G. Malbrán" (ANLIS); la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT); el Instituto de la Propiedad Industrial (INPI); el Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA); el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM); la Autoridad Regulatoria Nuclear (ARN); la Comisión Nacional de Actividades Espaciales (CONAE); la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA); la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU); la Comisión Nacional de Valores (CNV); el Instituto Nacional Centro Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI); la Unidad de Información Financiera (UIF); el Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA); el Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI); el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG); la Administración de Parques Nacionales (APN); el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA); el Instituto Antártico Argentino (IAA); el Instituto de Investigaciones Científicas y Técnicas para la Defensa (CITEDEF); el Centro de Investigación Tecnológica de las Fuerzas Armadas (CITEFA); el Instituto Geográfico Nacional (IGN); el Instituto Nacional de Prevención Sísmica (INPRES); el Servicio de Hidrografía Naval (SHN); el Servicio Meteorológico Nacional (SMN); el Instituto Nacional del Agua (INA); el Servicio Geológico-Minero Argentino (SEGEMAR); el Instituto Nacional de Investigación y Desarrollo Pesquero (INIDEP); el Centro Nacional de Alto Rendimiento Deportivo (CENARD); la Superintendencia de Seguros de la Nación; la Superintendencia de Riesgos del Trabajo; y la Agencia Nacional de Promoción de la Investigación, el Desarrollo Tecnológico y la Innovación, y aquellos organismos vinculados a la cultura.

En los casos de reorganización, modificación o transformación de la estructura jurídica, centralización, fusión o escisión de los organismos relacionados con la ciencia, la tecnología y la innovación, se garantizará el financiamiento para la continuidad de las funciones de dichos organismos en el marco del Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación 2030.

Artículo 70 - Decláranse "sujeta a privatización", en los términos y con los efectos de los capítulos II y III de la ley 23.696, las empresas y sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado nacional enumeradas en el anexo 1 que forman parte de la presente ley.

Para proceder a la privatización de tales empresas y sociedades, se podrá considerar la transferencia a las provincias de contratos que se encuentren en ejecución.

(14) Para analizar la práctica patológica de los DNU en la vida institucional argentina, remitimos a nuestro reciente trabajo: "La práctica de los DNU y su control legislativo y jurisprudencial (1983-2023)", en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho Público y Decretos de Necesidad y Urgencia, a propósito del decreto de necesidad y urgencia 70/2023*, Rubinzal Culzoni, 2024.

(15) Ob. cit., apartado de Conclusiones.

rápida que se experimenta de modo creciente en el gobierno moderno.

La delegación política o gubernamental significa la habilitación transitoria para que, en momentos de crisis o de lanzamiento de un determinado programa de gobierno, sea el Presidente y no el Congreso quien, en base a las directivas que fije el Poder Legislativo, dicte las normas legislativas que instrumentan esas políticas públicas⁽¹⁶⁾. Es una delegación de carácter amplio, transitoria, establecida en cabeza del titular del Poder Ejecutivo y sujeta a un control inmediato por parte del Poder Legislativo.

La delegación administrativa hace referencia a la necesidad de que las distintas reparticiones y entidades que integran la Administración Centralizada y Descentralizada cuenten de modo ordinario y permanente con las facultades legislativas necesarias para llevar a cabo sus cometidos. Esta clase de delegación se relaciona con el concepto de la descentralización normativa de carácter permanente, a través de las facultades reconocidas a las varias decenas de entes administrativos (por ej. Banco Central, universidades, entes reguladores, etc.) para ejercer sus funciones ordinarias.

La delegación técnico-normativa se vincula con la problemática de la sanción de leyes de cierta complejidad técnica cuya redacción conviene encargar a determinados expertos, con los textos ordenados de las leyes, con los Digestos Jurídicos, etc. Aquí se trata de aprovechar las mejores condiciones de técnica legislativa que pueden ofrecer las dependencias administrativas para el dictado de este tipo de normas. Tiene un carácter acotado y circunstancial. Dentro de este supuesto, cabe encuadrar la delegación legislativa en los supuestos contemplados en la ley 20.004 (sobre textos legislativos ordenados) y la ley 24.967 (sobre el Digesto Jurídico Argentino).

Por último, cabe mencionar la delegación en materia de normas internacionales. Aquí el Poder Ejecutivo celebra, con sus pares de otros países o con organismos internacionales, importantes convenios que complementan Tratados marco ya celebrados a través de un acto complejo federal. Se trata de una realidad en constante expansión que acompaña al creciente proceso de regionalización y globalización de las relaciones internacionales.

En mi opinión, las delegaciones legislativas reseñadas en el Apartado I pertenecen claramente a la primera clase de delegaciones: las que hemos denominado delegaciones políticas o gubernamentales.

III. El encuadre de las delegaciones legislativas en el marco de las funciones de gobierno

Las delegaciones políticas o gubernamentales se entienden, justifican y alcanzan su sentido más pleno en el marco de las dinámicas e interrelaciones de los distintos órganos que conforman un gobierno.

Cabe preguntarse: la práctica de las delegaciones legislativas políticas o gubernamentales, las que se otorgan para instrumentar programas de gobierno que hemos descrito anteriormente, ¿son una patología de nuestra vida institucional o cabe considerarlas como un procedimiento normal y natural del gobierno moderno, siempre que se desarrollen dentro de los márgenes que habilita nuestra Constitución Nacional?

Considero que las delegaciones legislativas gubernamentales no son necesariamente una patología de nuestro sistema institucional, sino un instrumento posible y necesario al que se puede recurrir en el gobierno en nuestros días⁽¹⁷⁾.

(16) Es el supuesto de la delegación legislativa por causa de emergencia pública contemplada en nuestro artículo 76 o la establecida, p. ej. en el art. 38 de la constitución francesa para la ejecución de un determinado programa de gobierno, que señala: "El Gobierno podrá, para la ejecución de su programa, solicitar autorización del Parlamento con objeto de aprobar, por ordenanza, durante un plazo limitado, medidas normalmente pertenecientes al ámbito de la ley. Las ordenanzas se aprobarán en Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado. Entrarán en vigor en el momento de su publicación pero caducarán si el proyecto de ley de ratificación no se presenta ante el Parlamento antes de la fecha fijada por la ley de habilitación. Sólo podrán ratificarse de manera expresa. Al expirar el plazo referido en el primer apartado del presente artículo, las ordenanzas ya no podrán ser modificadas sino por ley en materias pertenecientes al ámbito de la ley".

(17) "La aceptación de una delegación amplia dota de una eficacia mayor al aparato gubernamental en su conjunto, con beneficio para toda la sociedad y sin que a causa de ello se vean necesariamente menoscabados los derechos de los habitantes de la Nación", voto del Dr. Antonio Boggiano, en el caso *Cocchia*, Fallos: 316:2631 (1993).

Para profundizar el análisis de esta problemática, considero necesario desarrollar brevemente algunos conceptos relativos a la dinámica del gobierno y de los distintos roles que le corresponden en ella a los diferentes poderes.

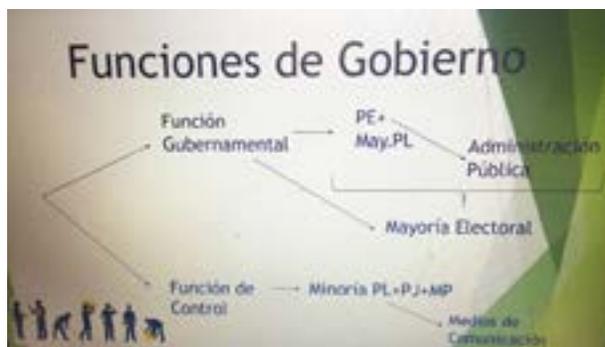
Si bien el principio de separación de poderes hoy guarda vigencia en lo que hace a la organización estática del gobierno, nos parece que no explica adecuadamente el dinamismo del funcionamiento del gobierno, tanto se trate de un régimen parlamentario como presidencialista. La necesaria relación y colaboración que debe existir entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, ha tornado obsoleta la doctrina de Montesquieu para explicar acabadamente la acción de los órganos de gobierno en la actualidad⁽¹⁸⁾. Junto a la “anatomía constitucional” (descripción de la organización y atribuciones de los órganos de gobierno), hay que considerar la “fisiología constitucional” (análisis de su funcionamiento e interacciones recíprocas).

Karl Loewenstein afirma con toda lucidez: “es sabido que la doctrina de la separación de poderes se encuentra en la base del constitucionalismo clásico (...). Pero también es sabido que en el siglo XX ha sido objeto de críticas variadas que, en última instancia, en cuanto ellas han demostrado tener algún fundamento, han llevado a su reformulación”. Así, Loewenstein expuso una nueva división: “la decisión política conformadora y fundamental (policy determination); la ejecución de la decisión (policy execution) y el control político (policy control)”⁽¹⁹⁾.

Se han intentado diversas clasificaciones de las funciones de gobierno que se dan en todo sistema político democrático. Personalmente, nos inclinamos por distinguir dos funciones básicas que asumen los órganos de gobierno en una democracia constitucional: la función gubernamental y la función de control. Seguiremos en esto el sencillo pero valioso esquema desarrollado por Julio Oyhanarte⁽²⁰⁾. Según este autor, la función gubernamental, que está a cargo del Poder Ejecutivo y, ordinariamente, la mayoría legislativa, “consiste primordialmente en el trazado de la política global y en la adopción de las medidas fundamentales destinadas a realizarla”. Por su parte, la función de control pretende asegurar la limitación del poder “en favor de los valores y principios condicionantes de la acción estatal” y está confiada a los jueces, al Ministerio Público y a la minoría legislativa⁽²¹⁾.

La función de control político encomendada en nuestros días al Poder Judicial representa en cierta medida un contrapoder frente a la función gubernamental. Ella es la encargada de establecer los límites a la obediencia mediante la protección de los derechos de los ciudadanos y grupos sociales, en base a los principios establecidos en una constitución jurídica. Todo cuestionamiento de la constitucionalidad de un acto estatal supone, en definitiva, una indagación sobre su legitimidad política, es decir, si ha sido o no legítimo el ejercicio del poder por parte de la autoridad pública.

Lo hasta aquí dicho puede quedar expresado en el siguiente gráfico:



La función gubernamental tiene a su cargo la definición de la dirección política que se imprimirá y la adopción de las medidas destinadas a realizar esa decisión

fundamental. En nuestro sistema constitucional presidencialista, la función gubernamental corresponde –principalmente– tanto al Poder Ejecutivo como a la mayoría legislativa que lo acompaña ordinariamente en el Congreso. El presidente y la mayoría legislativa del partido gobernante⁽²²⁾ son quienes asumen la iniciativa política a fin de desarrollar el programa de gobierno para el que han sido elegidos por el electorado. Estos órganos han de tener a su alcance los medios legítimos que le permitan cumplir aquello para lo que han sido elegidos. Como bien señala el autor a quien seguimos en este punto, “los elegidos han de poder gobernar”.

En el seno de la función gubernamental y en relación a un programa de gobierno que se desea instrumentar a través de delegaciones legislativas, cabe distinguir distintos roles a los dos poderes que están principalmente involucrados en ella. El presidente es quien fija el rumbo y propone al Poder Legislativo las medidas que estima convenientes para alcanzar esos objetivos⁽²³⁾; el Congreso es quien debate y decide si acepta o no las medidas propuestas y luego controla su implementación por parte del Poder Ejecutivo; el presidente es el responsable de la ejecución activa, fiel e inteligente de la política decidida y fijada en el ámbito legislativo.

Es necesario remarcar el rol imprescindible que tiene el Congreso de la Nación como ámbito de debate y decisión de las políticas públicas. En ese escenario pueden converger para debatir los distintos actores involucrados en una política pública y allí pueden encontrarse la mejor evidencia científica y tecnológica disponible con los consensos mayoritarios necesarios para impulsar toda política pública. Remarcando la trascendencia de la misión institucional del Congreso en nuestro sistema institucional, la Corte Suprema ha señalado que “en todo estado soberano el Poder Legislativo es el depositario de la mayor suma de poder y es, a la vez, el representante más inmediato de la soberanía...” (“Fallos”, 180:384) y que “la Constitución establece para la Nación un gobierno representativo, republicano, federal. El Poder Legislativo que ella crea es el genuino representante del pueblo y su carácter de cuerpo colegiado la garantía fundamental para la fiel interpretación de la voluntad general...” (“Fallos”, 201:249). Bien se señala esta necesidad de que el Congreso reasuma plenamente su rol institucional en materia de políticas públicas, en un voto del ministro Maqueda, cuando afirma: “en la complejidad de la sociedad moderna es comprensible que la tarea ejecutiva, por sus propias características, tienda a convertirse en el centro de la toma de decisión política. Es por eso que debe revitalizarse y redimensionarse al Congreso como ámbito del debate y diseño de políticas públicas y de proyectos institucionales, y a tales fines rescatar y dinamizar las funciones de control propias de un Congreso republicano”⁽²⁴⁾.

Por eso, si se acude a la delegación legislativa para instrumentar una determinada política pública, es necesario que la política legislativa, “las bases de la delegación” a las que alude el art. 76 de nuestra Constitución, hayan sido suficientemente debatidas y establecidas en el ámbito del Congreso de la Nación.

La vitalidad y capacidad transformadora de la función gubernamental depende de cuatro factores fundamentales:

- a) la lucidez y capacidad de liderazgo presidencial;
- b) el logro de una mayoría legislativa propia o acordada que acompañe al presidente;
- c) la capacidad operativa de los organismos administrativos;
- d) el respaldo electoral y de la opinión pública a lo largo de la gestión presidencial.

También ejercen y realizan la función gubernamental el electorado y, bajo cierto aspecto, el Poder Judicial. El electorado ya que, a través de su expresión en las urnas, decide la composición del Congreso, designa al presiden-

(18) Puede verse, LOEWENSTEIN, K, ob. cit. pág. 54 y ss. Vermeule, Law's Abnegation.

(19) BARRANCOS y VEDIA, F., “La separación de los poderes y el veto legislativo en el derecho constitucional de los Estados Unidos”, ED, diario del 22-X-85.

(20) OYHANARTE, Julio, *Poder Político y cambio estructural en la Argentina. Un estudio sobre el estado de desarrollo*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1969, pág. 58 y ss.

(21) El derecho constitucional pretende un ejercicio eficaz y controlado del poder político. La función gubernamental se relaciona más directamente con el principio de eficacia en el logro de los objetivos estatales, mientras que la función de control pretende asegurar el respeto a las previsiones constitucionales y legales de modo de evitar el uso arbitrario o despótico del poder público.

(22) “La acción concertada del Ejecutivo y de la mayoría legislativa, base de la función gubernamental, es un hecho ineludible dentro del Estado de partidos”. OYHANARTE, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, pág. 69.

(23) Alguna referencia a ese liderazgo presidencial, puede verse reflejado en el inc. 8 del art. 99 de la CN, cuando allí se establece que el presidente: “Hace anualmente la apertura de las sesiones del Congreso, reunidas al efecto ambas Cámaras, dando cuenta en esta ocasión del estado de la Nación, de las reformas prometidas por la Constitución, y recomendando a su consideración las medidas que juzgue necesarias y convenientes”.

(24) Caso “Colombes”, CS, 21-VIII-2020, disidencia del juez Maqueda, consid. 7.

te y expresa su apoyo y aprobación a un programa de gobierno determinado. En los regímenes democráticos, reside en el electorado la fuerza última de la decisión política y la energía necesaria para su ejecución. A su vez, las formas de democracia semidirecta (iniciativa popular, consulta vinculante y no vinculante), incorporadas en la Reforma Constitucional de 1994 (arts. 39 y 40), aumentan la participación del electorado en esta función gubernamental.

Por su parte, el Poder Judicial participa en la función gubernamental al ejercer su actividad jurisdiccional de acuerdo con la legislación que instrumenta la decisión política mayoritaria, en un determinado momento histórico. Sin una convalidación tácita de los tribunales, en especial de la Corte Suprema, ningún programa político podrá ser llevado eficazmente a la práctica. No obstante ello, la principal misión institucional del Poder Judicial no estará en el ejercicio de este rol dentro de la función gubernamental, sino en el desempeño de la función de control que constitucionalmente tiene asignada.

La función de control tiende a asegurar el carácter limitado del poder estatal y a remediar sus posibles arbitrariedades. El accionar gubernamental se ha de desarrollar dentro de los amplios, pero no ilimitados, marcos constitucionales y legales.

Dicha función busca asegurar que el poder eficaz, imprescindible para todo accionar estatal, no devenga en poder arbitrario, absoluto ni omnicompreensivo. De acuerdo con este sentido, no se pretende frenar o trabar el ejercicio de la función gubernamental, sino corregir posibles abusos o desviaciones que puedan darse. Como bien lo advierte Loewenstein, un exceso de control bloquearía y paralizaría el proceso del poder político.

Nuestro sistema constitucional asigna esta función de control a la minoría legislativa, al Ministerio Público y al Poder Judicial. Más allá de la estructura de gobierno, también la realizan el electorado y la opinión pública.

La minoría legislativa ejerce esta función a través de su participación en la labor parlamentaria que le asigna la Constitución. Numerosas disposiciones constitucionales hacen referencia tácita o explícita a la minoría: mayorías especiales para el *quorum* o la votación de leyes sobre determinados temas o para el nombramiento de ciertos funcionarios, etc. La Reforma Constitucional de 1994, mediante la incorporación del tercer senador de cada provincia, la creación de la Auditoría de la Nación presidida por un funcionario propuesto por la primera minoría, la ampliación de los temas en los cuales se requiere mayoría absoluta o aún más agravada, los periódicos informes del jefe de Gabinete a cada una de las Cámaras, la supervisión de la actividad legislativa del Poder Ejecutivo (reglamentos delegados, de necesidad urgencia, voto y promulgación parcial) a través de la Comisión Bicameral Permanente, ha tendido a reforzar la función de control encomendada al Congreso y a la minoría legislativa.

Por su parte, el Poder Judicial realiza esta función a través del control de constitucionalidad y de legalidad de la actuación estatal, al resolver los casos sometidos a su jurisdicción. Como acertadamente señala Oteiza: "El Poder Judicial posee una posición clave en el sistema de equilibrio dinámico que impone la constitución (...) La atribución de declarar la inconstitucionalidad del accionar de los otros poderes, determina que la Corte Suprema, como cabeza del Poder Judicial, participe en el terreno de la política de Estado al constituirse en la pieza de control más importante del sistema institucional"⁽²⁵⁾.

Afirma Oyhanarte que "a diferencia de lo que acontece en otros países, entre nosotros, la Corte Suprema tiene sobre sí graves responsabilidades de carácter extra o suprajudicial. Una de ellas, tal vez la de mayor relevancia, es el control de constitucionalidad de las leyes, de los actos administrativos y de las sentencias (...) Está claro, por tanto, que la Corte Suprema coparticipa en el ejercicio del

poder estatal y tiene a su cargo funciones políticas, en el más elevado sentido del vocablo"⁽²⁶⁾.

Un cierto y limitado activismo judicial es compatible con el diseño de las funciones de gobierno que venimos desarrollando. Él está llamado a poner de manifiesto y dar visibilidad a omisiones o insuficiencias constitucionales en la actuación de los otros poderes. No está llamado a reemplazarlos, pero sí a despertar su accionar ante situaciones que sin duda lo reclaman.

Ese excepcional activismo por parte de la Corte Suprema ha de ser respetuoso de las competencias y facultades de los otros órganos de gobierno. Luego de la sentencia del caso "Dred Scott" de la Corte Suprema norteamericana en el que se declaró la inconstitucionalidad del Compromiso de Missouri sobre el régimen de esclavitud, declaró el presidente Lincoln: "la sentencia de la Corte Suprema es obligatoria para las partes en el proceso, y resuelve el punto en litigio: merece también llamar la atención de todos los depositarios del poder público en casos semejantes. Pero los ciudadanos imparciales serán de acuerdo en que, si la política del gobierno sobre las cuestiones vitales que interesan a la Nación entera, fuese fijada irrevocablemente por la Corte Suprema, el pueblo abdicaría su soberanía en provecho del augusto tribunal"⁽²⁷⁾.

Las funciones gubernamental y de control han de considerarse complementarias y no antagónicas. El armónico funcionamiento de ambas es imprescindible para el fin de todo Estado democrático de Derecho: la existencia de un poder eficaz y limitado que evite, tanto los males de la anarquía y la frustración colectiva, como el poder arbitrario, ilimitado o totalitario.

Conclusiones

A la luz de los conceptos desarrollados en los anteriores apartados, podemos concluir que la delegación legislativa gubernamental es un instrumento previsto en nuestra Constitución tras la Reforma Constitucional 1994 a la que han acudido con los distintos gobiernos que se sucedieron en los últimos treinta años.

Su utilización es preferible y mucho más legítima y adecuada en una democracia constitucional que la práctica de los decretos de necesidad y urgencia.

Para su adecuada utilización, es necesario recordar el rol que ella corresponde a cada uno de los poderes en su desarrollo: el Presidente debe proponer al Congreso, con claridad, su programa de gobierno y plantearle los instrumentos que requiere para su adecuada ejecución; el Congreso debe debatir amplia y abiertamente qué facultades propias le quiere habilitar, fijando con claridad la política legislativa y bases de la delegación y ejerciendo debidamente las funciones de control que le corresponden; finalmente, el Poder Judicial, en el ámbito de sus funciones, puede y debe ejercer el control constitucional para que el procedimiento de la delegación legislativa se adecúe a los parámetros constitucionales.

VOCES: PODER JUDICIAL - PODER EJECUTIVO - ECONOMÍA - EMERGENCIA ECONÓMICA - ESTADO - DERECHO COMPARADO - DERECHO ADMINISTRATIVO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DERECHO CONSTITUCIONAL - PODER LEGISLATIVO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - DEMOCRACIA - MINISTERIOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA - DERECHO POLÍTICO - DIVISIÓN DE PODERES - PARTIDOS POLÍTICOS

(26) OYHANARTE, Julio, "Historia del Poder Judicial", *Revista Todo es Historia* 61 (mayo 1972): 90. Por eso, sostenía este autor en este trabajo, en una afirmación que no ha dejado de suscitar polémicas, que "los ministros de la Corte Suprema, aparte de su capacidad estrictamente profesional, deben tener sensibilidad política, mentalidad de estadistas y pensamiento afín con el de los que gobiernan. Afín, no sumiso".

(27) LINCOLN, Abraham, "First Inaugural Speech", Washington D.C., discurso del 4 de marzo de 1861. Disponible en: <https://file.loc.gov/storage-services/service/mss/mal/077/0773800/0773800.pdf>

(25) OTEIZA, Eduardo, ob. cit, pág. 1.

La vacancia del Defensor del Pueblo de la Nación

por PABLO LUIS MANILI^(*)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. ANTECEDENTES EN LA ARGENTINA. A) A NIVEL NACIONAL. B) A NIVEL LOCAL. – III. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO. A) AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA. B) FUNCIONES. C) REQUISITOS Y DESIGNACIÓN. D) DURACIÓN Y CESE. E) INMUNIDADES. F) ORGANIZACIÓN. – IV. RELACIONES CON EL CONGRESO. – V. LA VERGONZOSA VACANCIA DE ESTE ÓRGANO.

I. Introducción

Como es sabido, la reforma de 1994 persiguió como objetivos principales los siguientes: la atenuación del presidencialismo, el fortalecimiento de los controles sobre el Poder Ejecutivo, el enriquecimiento del sistema de derechos y garantías y el reforzamiento del federalismo. Hubo otros objetivos secundarios: evitar la constitucionalización del liberalismo económico⁽¹⁾, la modernización y el fortalecimiento del Congreso, la profundización de la independencia del Poder Judicial y el afianzamiento del proceso de integración –tanto nacional como supranacional–.

El órgano al que dedicamos este artículo fue incorporado en la Reforma Constitucional de 1994 con el propósito de cumplir con los dos primeros objetivos señalados más arriba.

El Defensor del Pueblo de la Nación (en adelante “DP”) no integraba el núcleo de coincidencias básicas, sino que aparecía en la ley n° 24.309 como uno de los temas habilitados para ser incluidos en la Constitución pero sin directiva alguna en cuanto a su perfil.

El DP u “Ombudsman” puede ser definido como un órgano de control independiente, unipersonal o colegiado, dedicado a recibir e investigar reclamos de los administrados fundados en omisiones, demoras o injusticias de la administración pública. Ese sería el núcleo duro de la definición del instituto porque el resto de su caracterización dependerá de cómo esté regulado en cada sistema jurídico, dado que hay elementos que son variables: (i) la mayoría son designados por el Poder Legislativo (en adelante “PL”) pero en algunos países lo hace el PE en conjunto con el PL; (ii) hay algunos que solo pueden proponer a la administración una solución del caso, pero sin efecto obligatorio, mientras que otros tienen legitimación procesal para actuar en juicio, en defensa del administrado; (iii) algunos tienen competencia para la defensa de los derechos humanos en general y otros solo la tienen en la relación administrado-Estado.

Según Quiroga Lavié, un “defensor social” es un tramitador de los asuntos públicos: carece de jurisdicción, pero investiga, critica, hace públicas sus opiniones, recibe denuncias y las traslada al Congreso y a la opinión pública. No revoca ningún acto administrativo, pero con su tarea

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El defensor del pueblo*, por ALBERTO ANTONIO SPOTA, ED, 170-987; *Potestades de control y de amparo público del Defensor del Pueblo en la Constitución Nacional*, por MARCELO BAZÁN LAZCANO, ED, 178-1036; *La interpretación judicial sobre la legitimación del Defensor del Pueblo*, por GERÓNIMO ROCHA PEREYRA, EDA, 2004-404; *La Corte Suprema de Justicia de la Nación camino al reconocimiento pleno de la legitimación procesal del Defensor del Pueblo de la Nación, a la luz del fallo “D. P. N. c. E. N. - P. E. N. - M° E. - Dto. 1738/92 y otro s/proceso de conocimiento”*, por MARIANA GARCÍA TORRES y LAURA YUSSEN, EDA, 2005-236; *Necesidad y conveniencia de una reglamentación que garantice los fines constitucionales de la función que ha de ejercer el defensor del pueblo. Las reformas incompletas y la importancia de salvar los defectos de las leyes vigentes 24.284 y 24.379. Reconocimiento de la competencia y legitimación ampliada que surgen de dicha constitucionalización*, por PABLO KAUFER BARBE y ROBERTO ANTONIO PUNTE, EDCO, 2014-483; *Limitar los “superpoderes”: una buena iniciativa para una mejor democracia*, por FRANCISCO JAVIER FUNES y FERNANDO RIVAS, EDCO, 2017-344; *¡La emergencia de la emergencia! Al rescate del Defensor del Pueblo y de la Comisión Bicameral Permanente*, por ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, EDCO, febrero de 2020, n° 1/2; *La legitimación procesal del Defensor del Pueblo de la Nación*, por PABLO LUIS MANILI, *El Derecho Constitucional*, abril de 2021, n° 4; *Acerca de la legitimación procesal del Defensor del Pueblo*, por MIRIAM M. IVANECA, ED, 297. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctor y posdoctor en Derecho. Profesor titular de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la UBA. www.pablomanili.com.ar

(1) Puede verse el desarrollo de este tema en nuestro *Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, La Ley, Buenos Aires, 2021, Tomo I, pág. 466.

es un eficaz supervisor de la administración pública, colaborando en que esta cumpla con su cometido. Es un eficaz poder de control informativo⁽²⁾.

Hay autores que lo han definido como el abogado de la sociedad⁽³⁾. La International Bar Association lo caracteriza como “una institución incluida en la constitución creada a través de un acto de la legislatura o parlamento, y encabezada por un alto funcionario público, independiente, responsable ante la legislatura o la administración pública, sus funcionarios y empleados, que actúa de acuerdo a su propia decisión y que tiene el poder de investigar, recomendar acciones correctivas y emitir informes”. El Simposio Latinoamericano del Ombudsman lo definió como “una magistratura de persuasión, compatible con los organismos y formas tradicionales de control del poder público”⁽⁴⁾.

En la página web oficial de la Defensoría del Pueblo de la Nación⁽⁵⁾, la institución, con criterio docente, se define a sí misma de este modo: “no es un órgano del gobierno de turno, apéndice de algún partido político ni amortiguador de disputas políticas; es, sin lugar a duda, una institución de la República; no es una figura cosmética o estética sino, por el contrario, una figura seria y objetiva; no se arroga la pretensión de sustituir a los órganos y procedimientos de control existentes, sino que los complementa; su perfil es el de colaborador crítico de la administración; no su contradictor efectista; a esos fines, y siempre que las circunstancias lo permitan, agota sus esfuerzos para perseverar en una gestión mediadora entre la Administración y el ciudadano; ayuda a la solución de los problemas particulares planteados por los quejosos, sin olvidar, en ningún momento, que esos problemas son síntoma u efecto de causas, seguramente más profundas, las cuales tiende a superar; es un instrumento de diálogo, honda comunicación y profunda solidaridad entre los hombres; se caracteriza por su prudencia, lo cual no ha de ser entendido como sinónimo de complacencia con el poder”.

II. Antecedentes en la Argentina

a) A nivel nacional

Hubo varios proyectos de ley, el primero de ellos en 1975⁽⁶⁾, y luego varios a partir de la recuperación de la democracia en 1983⁽⁷⁾.

En enero de 1984, apenas recuperada la democracia, la Secretaría de la Función Pública preparó un anteproyecto para la creación de una oficina del Ombudsman, delineado sobre el modelo español, dándole el nombre de Defensor del Pueblo.

Por decreto n° 1786/93 (BO: 30/8/93), se creó la figura del Defensor del Pueblo en el ámbito del PE, que tenía por función proteger los derechos e intereses de los individuos contra actos u omisiones de la Administración Pública Nacional.

Finalmente, cuando ya estaba en ciernes la reforma constitucional, se sancionó la ley n° 24.284 (con fecha 1 de diciembre de 1993) y pocos días más tarde se sancionaba la ley n° 24.309, que habilitó la reforma constitucional y su inclusión en la Constitución, como ya adelantamos.

b) A nivel local

En la Capital Federal existía un ombudsman creado por la ordenanza n° 40831 de 1985, con el título de “Controladuría General Comunal”⁽⁸⁾. La mayoría de las cons-

(2) Quiroga Lavié, Humberto, “Nuevos órganos de control en la Constitución: El defensor del pueblo y el Ministerio Público”, en AA. VV., *La Reforma de la Constitución*, Rubinzal Culzoni, 1995, pág. 79 y ss.

(3) Dromi, Roberto y Menem, Eduardo, *La Constitución reformada (comentada, interpretada y concordada)*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, pág. 300 y ss.

(4) Conf. Plenario del II Simposio Latinoamericano del Ombudsman reunido en la ciudad de Curitiba, durante los días 9 al 12 de agosto de 1987.

(5) Disponible en www.dpn.gob.ar

(6) Presentado por el Dip. Carlos Auyero.

(7) Senadores Eduardo Menem y Libardo Sánchez, diputados Jorge R. Vanossi y Ricardo Cornaglia, etc.

(8) Cartañá, Antonio, *El Defensor del Pueblo: La experiencia en la Ciudad de Buenos Aires*, Fundación Friedrich Ebert, Buenos Aires, 1989, pág. 10 y ss., citado por Barraza, J., cit.

tuciones provinciales que fueron reformadas a partir de 1983 incorporaron este instituto. Las que antecedieron a la reforma nacional de 1994 fueron las siguientes: Córdoba (reformada en 1987, art. 124), La Rioja (en 1986, art. 144), San Luis (modificada en 1987, art. 235), Salta (reformada en 1986, art. 124), San Juan (en 1986, art. 150), Santiago del Estero (modificada en 1986, art. 155).

III. El régimen constitucional y legal del Defensor del Pueblo

Al igual que con la AGN, la Constitución delegó la organización y el funcionamiento de esta institución en una ley especial. En este caso, no se previeron mayorías especiales para su dictado, sino que se trata de una ley común.

Como ya mencionamos, poco antes de la reforma constitucional ya se había sancionado la ley n° 24.284, creadora de este órgano; la misma fue modificada poco después de la reforma por la ley n° 24.379, con el fin de adaptarla a las previsiones constitucionales.

a) Autonomía e independencia

Según el art. 86 de la CN, al igual que la AGN, se trata de un órgano **“independiente** instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena **autonomía funcional**, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad” (énfasis agregado). Estas premisas de independencia y autonomía son fundamentales porque el verdadero control es el que se realiza desde fuera del poder controlado; es decir, el control *interpoderes* y no el intrapoder.

Podría interpretarse que hay una contradicción entre esas dos premisas (independencia y autonomía), por un lado y el hecho de que esté instituido en el ámbito del Congreso, por el otro. Pero no hay tal contradicción. El Congreso solo debe intervenir en la etapa de regulación legal del instituto (para la sanción de la ley que lo organiza) y en el momento del nombramiento del funcionario que desempeñará el cargo, pero no en el ejercicio de su función cotidiana, para lo cual no recibe instrucciones de nadie.

b) Funciones

La norma constitucional establece que “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”. Ello genera la inconstitucionalidad sobreviniente de la ley sancionada antes de la reforma, que en su art. 1 limitaba las funciones del DP a “proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública nacional”. Es decir que, frente a la visión “administrativista” de la ley n° 24.284, la Constitución confirió a este órgano una función mucho más amplia: defender todos los derechos humanos.

Como afirmamos anteriormente, el DP es el abogado del pueblo y, por lo tanto, tutela los derechos fundamentales de las personas. En la norma falta mencionar a los derechos tutelados por los instrumentos internacionales de derechos humanos, pero también deben considerarse incluidos a esos derechos por ser parte del bloque de constitucionalidad argentino.

La Corte ha sostenido “... Cuando el Defensor del Pueblo actúa ante los tribunales de justicia cumple una función social que le ha sido encomendada por expreso mandato constitucional y tal intervención no encuentra sustento en un poder individual otorgado por los integrantes de un grupo determinado sino que tiene su origen en la Constitución Nacional que le impone el deber de accionar judicialmente en defensa de los derechos de incidencia colectiva en ella consagrados y, en definitiva, en beneficio de la comunidad en su conjunto...”⁽⁹⁾.

En la causa ambiental “Mendoza, Beatriz”⁽¹⁰⁾ –referida al derecho al medioambiente sano–, dado lo atípico del proceso, la multiplicidad de partes y la necesidad de coordinación de la participación popular en la causa, la Corte le asignó una importante tarea: “...Es relevante fortalecer la participación ciudadana en el control del cumplimiento del plan integral para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo, mediante la indicación de un coordinador capaz de recibir sugerencias de la ciudadanía y darles el

trámite adecuado, debiendo recaer tal designación en el Defensor del Pueblo, en orden a la plena autonomía funcional que se le reconoce al no recibir instrucciones de ningún otro poder del Estado...”. En general, en las causas ambientales, la Corte siempre fue proclive a aceptar la participación de este órgano⁽¹¹⁾.

c) Requisitos y designación

Si bien el DP cuenta con una estructura de colaboradores, el cargo es unipersonal. Según el art. 86 de la CN, ese funcionario será “designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras”. La ley n° 24.284 establecía los siguientes requisitos para acceder al cargo: (i) Ser argentino nativo o por opción; (ii) Tener 30 años de edad como mínimo (art. 4). La misma ley creaba el siguiente mecanismo de designación en su art. 2: “a) Ambas Cámaras del Congreso deben elegir una comisión bicameral permanente, integrada por siete senadores y siete diputados cuya composición debe mantener la proporción de la representación del cuerpo; b) En un plazo no mayor de treinta días a contar desde la promulgación de la presente ley, la comisión bicameral reunida bajo la Presidencia del presidente del Senado, debe proponer a las Cámaras de uno a tres candidatos para ocupar el cargo de defensor del pueblo. Las decisiones de la comisión bicameral se adoptan por mayoría simple; c) Dentro de los treinta días siguientes al pronunciamiento de la comisión bicameral, ambas Cámaras eligen por el voto de dos tercios de sus miembros presentes a uno de los candidatos propuestos; d) Si en la primera votación ningún candidato obtiene la mayoría requerida en el inciso anterior debe repetirse la votación hasta alcanzarse; e) Si los candidatos propuestos para la primera votación son tres y se diera el supuesto del inciso d) las nuevas votaciones se deben hacer sobre los dos candidatos más votados en ella”.

En cuanto a su nombramiento, una vez elegido, el art. 5 establece que “se instrumenta en resolución conjunta suscrita por los presidentes de las Cámaras de Senadores y de Diputados, la que debe publicarse en el Boletín Oficial y en el Diario de Sesiones de ambas Cámaras. El Defensor del Pueblo toma posesión de su cargo ante las autoridades de ambas Cámaras prestando juramento de desempeñar debidamente el cargo”.

El cargo es rentado (art. 6) y pesan sobre él las siguientes incompatibilidades: “desempeño de cualquier otra actividad pública, comercial o profesional, a excepción de la docencia, estándole vedada asimismo la actividad política partidaria. Son de aplicación al Defensor del Pueblo, en lo pertinente, las normas en materia de recusación y excusación previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación” (art. 7).

d) Duración y cese

La norma constitucional establece que el funcionario “Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez”. Los arts. 10 y 11 de la ley regulan las causales y el mecanismo a seguir para su cese: a) por renuncia; b) por vencimiento del plazo de su mandato; c) por incapacidad sobreviniente; d) por haber sido condenado mediante sentencia firme por delito doloso; e) por notoria negligencia en el cumplimiento de los deberes del cargo o por haber incurrido en la situación de incompatibilidad prevista por esta ley, y f) por muerte. En los supuestos previstos por los incisos a), c) y d) del artículo 10, el cese será dispuesto por los presidentes de ambas cámaras. En el caso del inciso c), la incapacidad sobreviniente deberá acreditarse de modo fehaciente. En los supuestos previstos por el inciso e) del mismo artículo, el cese se decidirá por el voto de los dos tercios de los miembros presentes de ambas cámaras, previo debate y audiencia del interesado. En caso de muerte del DP, se procederá a su reemplazo, promoviendo en el más breve plazo la designación del titular en la forma prevista en el artículo 2°.

e) Inmunidades

El art. 86 de la CN también establece que, para el desempeño de su función, el DP “goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores”. Esta es una previsión

(9) Fallos: 339:464.

(10) Fallos: 331:1622.

(11) “Asociación de Superficiales de la Patagonia c/ Y.P.F. S.A. y otros s/daño ambiental” de 2004, Fallos: 327:2967.

importante que facilita su tarea. El art. 12 de la ley agrega que “No podrá ser arrestado desde el día de su designación hasta el de su cese o suspensión, excepto en el caso de ser sorprendido in fraganti en la ejecución de un delito doloso, de lo que se deberá dar cuenta a los Presidentes de ambas cámaras con la información sumaria del hecho. Cuando se dicte auto de procesamiento por la justicia competente contra el Defensor del Pueblo por delito doloso, podrá ser suspendido en sus funciones por ambas cámaras hasta que se dicte sobreseimiento definitivo a su favor”.

f) Organización

La ley reglamentaria prevé el nombramiento de dos defensores adjuntos, para lo cual el DP debe proponerlos a la Comisión Bicameral (art. 13). Su función es la de auxiliar a aquel en su tarea, pudiendo reemplazarlo provisoriamente en los supuestos de cese, muerte, suspensión o imposibilidad temporal, en el orden que la Comisión determine al designarlos.

Los requisitos son los mismos que para ser DP, pero se agregan dos: (i) ser abogado con ocho años en el ejercicio de la profesión –como mínimo– o tener una antigüedad computable –como mínimo– en cargos del Poder Judicial, Poder Legislativo, de la Administración pública o de la docencia universitaria; (ii) tener acreditada reconocida versación en derecho público. Con estos requisitos, la ley persigue que el perfil de los adjuntos sea más técnico que el del DP.

A propuesta del DP, la Comisión Bicameral designará a uno de los adjuntos como Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores, que tendrá por misión exclusiva la defensa de los intereses de los consumidores y las empresas frente a conductas anticompetitivas o decisiones administrativas que puedan lesionar sus derechos y bienestar.

Además de los adjuntos, la oficina del DP está organizada por grupos de trabajo de acuerdo al tipo de derechos que cada uno defiende: grupos vulnerables, seguridad social, salud y educación, medioambiente, servicios públicos, etc.

IV. Relaciones con el Congreso

Siendo un órgano independiente y autónomo, pero que funciona en la órbita del PL, sus relaciones con este son estrechas, a fin de colaborar con el Congreso en la importante tarea de control que ambos deben ejercer. La ley reglamentaria prevé los siguientes vínculos entre ambos entes:

a) El DP debe poner en conocimiento de la AGN los resultados de sus investigaciones en los organismos cometidos a su control (art. 29). Este vínculo es importante puesto que: (i) ambos son órganos de control; (ii) ambos funcionan en la órbita del PL; (iii) ambos dirigen sus actos hacia el PE para mejorar la gestión de este, y (iv) porque los actos y omisiones de la administración que perjudican derechos del administrado o del pueblo pueden estar precedidos o sucedidos por situaciones que caigan en la órbita de competencia de la AGN en su carácter de ente controlante de posibles hechos de corrupción o malversación de fondos públicos.

b) El DP puede sugerir cambios normativos, tanto de leyes como de reglamentos generales, dado que según el art. 27 de la ley n° 24.284: “Si como consecuencia de sus investigaciones llega al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de una norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, puede proponer al Poder Legislativo o a la administración pública la modificación de la misma”.

c) Las relaciones con el Congreso se articulan a través de la Comisión Bicameral (art. 30), a la cual el DP dará cuenta anualmente a las Cámaras de la labor realizada en un informe que les presentará antes del 31 de mayo de cada año. Esos informes anuales serán publicados en el Boletín Oficial y en los Diarios de Sesiones de ambas cámaras, y la copia de los informes mencionados será enviada para su conocimiento al PE (art. 31). En ese informe, el DP dará cuenta del número y tipo de quejas presentadas, de aquellas que hubiesen sido rechazadas y sus causas, así como de las que fueron objeto de investigación y su resultado (art. 32).

V. La vergonzosa vacancia de este órgano

Lamentablemente, desde el año 2009 hasta el 2023, el Congreso no ha cumplido con su obligación de censurar la designación de un DP y el cargo se encuentra vacante. En 2009, venció el mandato del último DP designado y, en 2013, el de su adjunto, por lo cual el órgano se halla acéfalo. Ello se debe a la falta de acuerdo entre los distintos bloques del Congreso, que no consiguen los dos tercios requeridos, y a una falta de compromiso republicano de sus integrantes y de los oficialismos de turno desde 2009 en adelante.

La Corte Suprema llamó la atención del Congreso respecto de esta omisión inconstitucional y dictó una sentencia exhortativa en autos “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad”⁽¹²⁾ de 2016, donde sostuvo: “... El cargo de Defensor del Pueblo de la Nación, institución creada por la Constitución Nacional como órgano específicamente legitimado en la tutela de los derechos de incidencia colectiva en los términos de sus arts. 86 y 43, se encuentra vacante, circunstancia que repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios, por lo que, habida cuenta de las relaciones que deben existir entre los departamentos del Estado, corresponde exhortar al Congreso de la Nación para que proceda a su designación de acuerdo a lo establecido en el art. 86 citado...”. Incluso varias ONG han hecho peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, orientadas a que esta exhorte al Estado Argentino a sanear esta falencia. El tiempo sigue transcurriendo y el cargo sigue vacante.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - LEGITIMACIÓN PROCESAL - SERVICIOS PÚBLICOS - RECURSO EXTRAORDINARIO - SENTENCIA - ARBITRIEDAD - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER EJECUTIVO - PODER LEGISLATIVO - DIVISIÓN DE PODERES - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - PODER JUDICIAL - DEFENSOR DEL PUEBLO

(12) Fallos: 339:1077.

El ethos presidencialista argentino, ¿mito o realidad?

por MARIELA UBERTI

“¿Qué importa que las leyes sean brillantes si no han de ser respetadas?”

Lo que interesa es que se ejecuten, buenas o malas; pero ¿cómo se obtendrá su ejecución si no hay un poder serio y eficaz que las haga ejecutar?”

(J. B. ALBERDI)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. EL CASO ARGENTINO. A) LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA DE 1853. B) REFORMAS POSTERIORES. C) REFORMA DE 1994. 1. Aspectos positivos de la reforma de 1994. 1.1. Defensa del sistema democrático. 1.2. Reconocimiento constitucional a los partidos políticos. 1.3. Mecanismos de participación ciudadana. 1.4. Los nuevos derechos y garantías constitucionales. 1.5. Órganos de control. 1.6. Elección directa de la fórmula presidencial. 1.7. Elección directa de senadores y representación de las minorías. 1.8. Equiparación de potestades provinciales, consagración de la autonomía municipal (arts. 123, 124 y 125). 1.9. Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. 2. Aspectos negativos: extraña técnica legislativa: se enuncia una regla y múltiples excepciones. 2.1. Delegación legislativa (arts. 76 y 99 inc. 2°). 2.2. Veto y promulgación parcial (arts. 80 y 83). 2.3. Decretos de Necesidad y Urgencia (art. 99 inc. 3°). – III. ¿SE CONSAGRÓ LA ATENUACIÓN DEL PRESIDENCIALISMO? – IV. JEFE DE GABINETE DE MINISTROS. – V. CONCLUSIONES.

I. Introducción

Este trabajo no pretende ser original en el desarrollo del particular modelo de presidencialismo argentino sino brindar un aporte que sirva de nexo entre una mejor forma de gobierno y el federalismo de concertación que, como ideario, fuera propiciado por el maestro Pedro J. Frías, considerando que la arquitectura constitucional de un Estado moderno debe tener anclaje en el equilibrio de sus funciones y en la armónica relación entre la forma de gobierno y la de Estado.

La reforma de 1994, que tuvo amplia participación de todo el arco político del país⁽¹⁾, se sustentó en dos pilares: el fortalecimiento del federalismo y la atenuación del presidencialismo.

Estos objetivos fundacionales, a 30 años de aquella gesta constitucional, aparecen como incumplidos, por múltiples y variadas razones de índole política, económica y social.

El objeto del presente es analizar los aspectos más vulnerables que hacen del “caso argentino” un tipo especial de presidencialismo, con notas del parlamentarismo pero que, a simple vista, no logra consolidarse como un modelo.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: *¿Atenuación o flexibilización del presidencialismo? La jefatura de gabinete ante nuevos escenarios políticos, comparada con la propuesta de Sartori*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA y ANTONIO MARTINO, ED, 180-927; *El sistema de elección presidencial en la Constitución de 1994*, por VÍCTOR E. IBÁÑEZ ROSAZ, EDCO, 2005-777; *Reforma constitucional y consolidación democrática*, por ALBERTO R. DALLA VÍA, EDCO, 2006-586; *El autoritarismo en Latinoamérica*, por JORGE HORACIO GENTILE, EDCO, 2008-62; *El número de las opciones políticas*, por EUGENIO L. PALAZZO, EDCO, 2009-305; *Obstáculos para la vigencia de la atenuación del presidencialismo argentino veinte años después. Rol del Poder Judicial*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA, EDCO, 2013-544; *La atenuación del presidencialismo en la reforma constitucional de 1994*, por PABLO LUIS MANILI, EDCO, 2015-255; *Apuntes sobre los orígenes y causas del presidencialismo “fuerte” en la Argentina*, por SANTIAGO J. MARTÍN, ED, 268-593; *Populismo y Estado Populista. Discurso Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, Revista de Derecho Administrativo, Abril 2024 - Número 4. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Fueron 305 convencionales electos, juraron la Constitución Nacional en la Ciudad de Concepción del Uruguay, Pcia., de Entre Ríos, 303 (renunció Jaime de Nevares, del MPN - Provincia de Neuquén y Evangelina Salazar nunca asumió). La representación política estaba conformada por: PJ, UCR, Frente Grande, Socialismo, MODIN, UCD, Fuerza Republicana y Partidos Provinciales (Cruzada Renovadora de San Juan, Frente Cívico y Social de Catamarca, Mov. Popular Fueguino, Bloquismo de San Juan, PDP, Pacto Autonomista Liberal, Mov. Pop. Jujeño, Acción Chaqueña, Renovador de Salta y Demócrata de Mendoza).

II. El caso argentino

a) La Constitución argentina de 1853

La Constitución argentina es considerada una de las más antiguas⁽²⁾ y si bien la fuente primigenia es, sin dudas, *Bases y Puntos de Partida para la Organización Nacional*, de Juan Bautista Alberdi, que, a su vez, toma como antecedente a la Constitución de Filadelfia, no es menos cierto que en la materia que nos ocupa Alberdi se aparta de la carta norteamericana para condensar ideas más próximas a nuestra idiosincrasia⁽³⁾, al sostener que hay dos sistemas que han tratado de consagrar la soberanía que la revolución arrebatara a los reyes para dársela a los pueblos: “(...) Buenos Aires colocó la omnipotencia del poder en las manos de un solo hombre erigiéndose en hombre-ley, en hombre-código. Chile empleó una constitución en vez de la voluntad discrecional de un hombre y por esta constitución dio al Poder Ejecutivo los medios de hacer respetar con la eficacia de que es capaz la dictadura misma (...) Dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible, pero dádselo por medio de una constitución”⁽⁴⁾.

Es así que se estructuraba en la Segunda Parte: Autoridades de la Nación, Título Primero: El Gobierno Federal, Sección Primera: del Poder Legislativo, Sección Segunda: del Poder Ejecutivo⁽⁵⁾ y Sección Tercera: del Poder Judicial, condensando las ideas imperantes en la época provenientes de la división de poderes⁽⁶⁾ pergeñada por Montesquieu en su obra *Espíritu de las Leyes* (1748) y referida en *El Federalista* (publicado por primera vez en 1780).

El Poder Ejecutivo es ejercido por un ciudadano con el título de “Presidente de la Nación Argentina” (art. 87), duraba seis años en el cargo⁽⁷⁾, se prohibía la reelección inmediata, era elegido por el sistema de Colegio Electoral (indirecto), detentaba la Jefatura de Estado, de Gobierno, de las Fuerzas Armadas, era el titular inmediato y local de la Capital Federal.

b) Reformas posteriores

Las sucesivas reformas constitucionales no inciden demasiado en la cantidad o calidad de las funciones atribuidas al presidente, entre otras, la modificación introducida por la *convención del año 1949*⁽⁸⁾ en el art. 78, al consagrar la reelección presidencial; se modifica la interpelación ministerial⁽⁹⁾; se adicionan como facultades del PE declarar el estado de prevención y alarma en uno o varios puntos del país en caso de alteración del orden público por tiempo limitado y dando cuentas al PL, no se indica el número de ministros.

(2) Su texto actual conserva la estructura pergeñada por los convencionales de 1853, contiene una parte dogmática donde se consagran las declaraciones, derechos (también deberes) y garantías, a diferencia de la Constitución norteamericana que los incorporó por el procedimiento de enmiendas durante el primer periodo de sesiones del Congreso y ratificadas (las diez primeras) el 15/12/1791.

(3) Recuérdese que J. B. Alberdi redacta “Bases” en Valparaíso, de allí que su visión del Poder Ejecutivo fuerte sea tomada de la Constitución chilena de 1833 (cap. XXV “Papel y misión del Poder Ejecutivo en la América del Sur. Ejemplo de Chile”, Edít. Ciudad Argentina, Bs. As., 1988, pág. 133).

(4) Alberdi, ob. cit., pág. 136.

(5) En la sesión del 29 de abril de 1853 se aprobaron los artículos 65 a 72 sin observaciones de importancia, discutiendo la moción del diputado Lavaisse para que se agregara a las condiciones requeridas en el art. 73 para presidente y vice la de pertenecer a la comunión católica.

(6) Se prefiere designar a las mismas como *funciones* pues el Estado divide sus funciones para su mejor organización no siendo el poder un elemento constitutivo del mismo.

(7) En este tópico también se aparta de la Constitución norteamericana que, en principio, no contenía (hasta 1951) disposición escrita alguna que limitara la reelección a un solo mandato. Se trataba de una convención que solo fue alterada cuando F. D. Roosevelt es electo por tercera vez.

(8) Esta reforma fue dejada sin efecto por el gobierno provisional en 1955 restaurando el texto de 1853 con las reformas de 1860, 1866 y 1898, lo que es convalidado por la Convención Reformadora reunida en Santa Fe en 1957.

(9) Se suprime la presencia de los secretarios de Estado ante las Cámaras, quedando solo la solicitud de informes al ejecutivo que podrían ser contestados por escrito o enviar a uno de sus ministros para que informe verbalmente.

Durante el gobierno de facto del General Lanusse se dicta el Estatuto Fundamental (1972)⁽¹⁰⁾, se establece por primera vez el mandato de cuatro años con reelección inmediata por un periodo⁽¹¹⁾, disposición que fue respetada por el conjunto de las fuerzas políticas hasta la finalización del gobierno constitucional del año 1976.

Es importante señalar que en 1975 se sanciona la ley de acefalía 20.972 que fuera aplicada por primera vez el 13/9/75⁽¹²⁾.

c) Reforma de 1994

Como todo acuerdo político (y social), la reforma fue el resultado del consenso de los Dres. Raúl R. Alfonsín y Carlos S. Menem, líderes de los dos partidos mayoritarios reunidos en Olivos en 1993 y que luego, en cumplimiento del procedimiento constitucional, se plasmaron en la ley 24.309. Sus fundamentos son claramente explicados por los miembros de la Comisión de Redacción⁽¹³⁾, el presidencialismo originario incorpora elementos no tradicionales con la intención de mitigar la práctica de concentración creciente de atribuciones para su titular; la incidencia del jefe de gabinete de ministros, la nueva estructura del federalismo (propiciando pasar del dual al de concertación), la consagración de la autonomía municipal, el nuevo estatus de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la posibilidad de las provincias de conformar regiones para el desarrollo económico y social y el marcado rol participativo del Estado en materia de progreso social⁽¹⁴⁾.

Si bien la reforma comentada abarca diversos tópicos de sumo interés, por una cuestión de estricto orden metodológico que da sustento a las conclusiones a las que se arribará, se resaltarán inicialmente los aspectos genéricos considerados positivos, luego el esquema normativo que modifica el sistema presidencialista local para, finalmente, puntualizar las connotaciones negativas.

1. Aspectos positivos de la reforma de 1994

La reforma comentada ha contribuido en gran medida a la actualización del texto constitucional, a las exigencias crecientes de la sociedad argentina que impone insertar al país en el concierto de las naciones modernas.

Sintéticamente se señalan algunos aspectos que se consideran de mayor relevancia, sin desmerecer la encomiable labor de los convencionales y sus asesores, en especial, la enjundiosa labor que le cupo de la Comisión de Redacción.

1.1. Defensa del sistema democrático

En el art. 36 se declara que la constitución mantendrá su imperio –recuérdese que en los últimos golpes de estado se sujetaba su cumplimiento a estatutos o reglamentos pergeñados por los usurpadores– aun cuando se interrumpiera su observancia, sancionando a sus autores con la inhabilitación a perpetuidad para ocupar cargos públicos, la exclusión de los beneficios del indulto y la conmutación de penas, consagra el derecho de resistencia, califica como doloso el delito de enriquecimiento en perjuicio del Estado e impone al Congreso la sanción de la ley sobre ética pública⁽¹⁵⁾.

1.2. Reconocimiento constitucional a los partidos políticos

Se consagra el pleno ejercicio de los derechos políticos, las características del sufragio y la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios⁽¹⁶⁾ mediante acciones positivas, la

(10) Invocando el poder constituyente asumido por la Junta de Comandantes, se reformaron los arts. 42, 45, 46, 48, 55, 56, 67 incs. 7°, 8°, 77, 86 incs. 11 y 12 y 87.

(11) Se modifica así la redacción originaria del art. 77.

(12) La Sra. María Estela Martínez delega temporalmente el PEN al presidente provisional del Senado, Dr. I. A. Luder, hasta el 16/10/75.

(13) Integrada por los Dres. Horacio D. Rosatti, Rodolfo C. Barra, Alberto M. García Lema, Héctor Masnatta, Enrique Paixao y Humberto Quiroga Lavié, elaboraron la obra colectiva "La reforma de la Constitución", Edit. Rubinzal y Culzoni Editores, Santa Fe, 1994, Cap. IV, La reducción del mandato presidencial y la posibilidad de una reelección inmediata por Alberto M. García Lema, pág. 331 y ss.

(14) Al incorporarse la cláusula del desarrollo humano y progreso económico con justicia social, los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal, la autonomía y autarquía de las universidades nacionales (art. 75 inc. 19), las acciones positivas que garantizan la igualdad real de oportunidades y de trato (art. 75 inc. 23).

(15) Ley 25.188, publicada en B.O. en 1/11/99.

(16) Con relación a este tema puede verse el caso "Merciadri": la Dra. Merciadri de Morini efectúa una presentación ante el Juzgado Federal de la ciudad de Córdoba para que se modifique la lista de

calidad de instituciones fundamentales del sistema democrático; el sostenimiento económico del Estado de sus actividades y capacitación de dirigentes, la obligatoriedad de dar publicidad de origen y destino de fondos y patrimonio.

1.3. Mecanismos de participación ciudadana

Se consagra la iniciativa popular que tendrá como cámara de origen Diputados y la consulta popular no vinculante convocada por el presidente, permitiendo la oxigenación del sistema con mayor participación del electorado en la vida política institucional.

Resulta paradójico que ambos institutos no hayan tenido relevancia o aplicación práctica en todos estos años de vigencia, han sido muy pocas las leyes promulgadas por el procedimiento de la iniciativa popular, lo que hace considerar que no siempre las herramientas de oxigenación del sistema que conducen a pensar en un proceso de deliberación entre iguales o de mecanismos de democracia deliberativa encuentren recepción en la sociedad argentina.

1.4. Los nuevos derechos y garantías constitucionales

En este acápite se incluyen los denominados derechos de tercera generación (medio ambiente y consumidores y usuarios)⁽¹⁷⁾ y las respectivas garantías⁽¹⁸⁾ que, a través de procedimientos específicos, posibilitan el ejercicio y defensa de los datos considerados sensibles (hábeas data), de los derechos básicos (amparo) y de libertad ambulatoria (hábeas corpus⁽¹⁹⁾).

Solo he de referirme a la situación de los partidos políticos que no han podido fortalecerse, adecuarse y generar mecanismos de formación y capacitación que –como en otros institutos– permitan una deliberación profunda de sus integrantes sobre los temas acuciantes por los que atraviesa el país, por solo mencionar dos de ellos que –desde mi perspectiva– inciden, determinan y son la consecuencia de las decisiones de políticas públicas inadecuadas: el elevado nivel de pobreza estructural y la abrupta caída en las mediciones sobre la comprensión de lectoescritura de las infancias y adolescencias.

1.5. Órganos de control

La clásica teoría de la división tripartita del Poder ha sido superada, haciendo visible la presencia de otras dos funciones que, sin perjuicio de las tradicionales, existen por encima del esquema de Montesquieu: la función gubernamental y la de control. La función gubernamental consiste primordialmente en el trazado de la política global y en la adopción de las decisiones fundamentales destinadas a realizarla. La función de control, que no debe ser vista como una función de achicamiento, tiene por objetivo asegurar, en el grado que los factores sociales y humanos hagan posible, la limitación del poder. Su ejercicio corresponde a los jueces, a las minorías legislativas y, después de la reforma de 1994, también al Ministerio Público⁽²⁰⁾.

Puede sostenerse que los "poderes" que resultan del proceso gubernamental se proyectan en las siguientes fases: asesoramiento (un verdadero "poder de consulta" para Duverger); decisión - ejecución - control y responsabilidad (que emerge de aquél). Esta división funcional se corresponde más exactamente con la dinámica del Estado contemporáneo.

Claro que hay otros controles que anidan en el seno de la sociedad antes que en los mecanismos del aparato estatal: básicamente el control que nace del pluralismo, que se ejerce a través de la crítica. La posibilidad real y legal de "crítica" es un elemento que hace a la supervivencia misma del sistema democrático⁽²¹⁾.

diputados nacionales de la UCR colocando el 5 puesto a una mujer. En el 22/6/93, en 1° Instancia, se rechaza su presentación, se eleva a la Cámara Nacional Electoral, quien confirma la resolución (el voto en disidencia del Dr. Roca dispone que para la elección del 3/10/93 entre los 5 primeros puestos de la lista de la UCR para diputados nacionales, 2 deben ser ocupados por mujeres), se habilita la vía internacional (la actora presenta su petición ante la Comisión Interamericana de DH) revolviéndose mediante Acuerdo de solución amistosa ya que durante la presidencia del Dr. De la Rúa se reglamenta la ley 24.012 (decreto 1246) derogando el decreto reglamentario 379/93.

(17) Arts. 41 y 42.

(18) Art. 43.

(19) Ley 23.098.

(20) Art. 120: "(...) tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad (...)"

(21) La Convención Nacional Reformadora de 1994 incorpora como órganos de control del Parlamento sobre la Administración y el Poder Ejecutivo, la Auditoría General de la Nación (art. 85) y el Defen-

Sin embargo, la falta de nombramiento (deliberada) de las personas que deben ocupar los cargos de la Procuración General y de la Defensoría del Pueblo desde hace tantos años, permite inferir que la responsabilidad es compartida entre el Poder Ejecutivo y el Senado de la Nación. La circulación de nuevos aires que se le atribuyó a la reducción del mandato y la incorporación del senador/a por la minoría aún no se perciben en este análisis.

1.6. Elección directa de la fórmula presidencial

Es en este aspecto donde se demuestra la clara voluntad de los convencionales reformadores de actualizar la Carta Fundamental a la realidad social, dando el lugar y la importancia que los partidos políticos merecen en el proceso electoral⁽²²⁾, teniendo como antecedente inmediato la evolución del proceso reformador provincial hacia la implementación de procedimientos directos para elección de gobernadores.

1.7. Elección directa de senadores y representación de las minorías

Siempre teniendo en miras el funcionamiento del sistema norteamericano, se propusieron varios proyectos con la intención de modificar el sistema anterior por la elección directa; entre sus ventajas, Alberto García Lema señala que este mecanismo propicia la elección de personas relacionadas con el medio provincial, impide maniobras políticas, favorece la selección de personas destacadas en su medio en beneficio de la tarea legislativa y parlamentaria del órgano⁽²³⁾.

En este ámbito también se destaca la incorporación del tercer senador en representación de la primera minoría, favoreciendo la representación plural de los intereses de las provincias.

1.8. Equiparación de potestades provinciales, consagración de la autonomía municipal (arts. 123, 124 y 125)

Estos artículos tienen concordancia con los artículos 1º, 5º, 6º, 31, 42, 75 inc. 30 y 129. En especial, debe mencionarse que el art. 123, al consagrar la autonomía municipal, cierra definitivamente la interpretación que del art. 5º se hacía respecto del carácter autonómico o autárquico de los municipios argentinos⁽²⁴⁾.

No se puede dejar de mencionar que las provincias de Mendoza y Santa Fe aún no han reformado sus constituciones para dar cabida a este instituto que tanta vitalidad otorgaría a los gobiernos locales. Como tampoco el paradigmático caso de Buenos Aires que, ejerciendo su poder constituyente reformador al mes siguiente de la finalización de la convención nacional, no incorporó este instituto generando diversos procedimientos judiciales, debates académicos y de organizaciones de la sociedad civil (COLPROBA, en otros), que advierten sobre la inconstitucionalidad de disposiciones locales que no reconocen la autonomía plena de los municipios.

Por su parte, la potestad de crear regiones es el resultado de una decisión política en el que se unen voluntades institucionales y objetivos que trascienden la territorialidad en pos de solucionar problemas comunes en materia económica y social. A lo que debe sumarse el reconocimiento de la titularidad del dominio originario de los recursos naturales⁽²⁵⁾. En síntesis, en estos artículos se ratifican las potestades propias, compartidas y concurrentes de las provincias respecto del Estado Federal.

1.9. Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires

Además de la disposición contenida en el art. 129 se dictaron las leyes 24.588 y 24.620 y se sancionó el Estatuto constitutivo en 1996, consagrando un estatus especial

sor General del Pueblo (art. 86) que, sumados a los controles políticos clásicos, buscan el equilibrio en los frenos y contrapesos (*checks and balances*).

(22) La elección indirecta había sido concebida en el s. XVIII como una característica de las repúblicas representativas, donde la voluntad de la ciudadanía quedaba sometida a las negociaciones y compromisos de los electores.

(23) "La Reforma de la Constitución", ob. cit., pág. 344 y ss.

(24) Recuérdese que hasta 1989 la Corte se pronunciaba acerca de los mismos como entes autárquicos territoriales de las provincias, delegaciones de los mismos poderes provinciales, circunscriptos a fines y límites administrativos, que la Constitución ha previsto como entidades del régimen provincial y sujetas a su propia legislación (conf.: F.: 114:282 "Municipalidad de La Plata c/ Ferrocarril Sud"), criterio que se modifica a partir de "Rivademar" (F.: 312:326).

(25) Voto en disidencia del Dr. Pedro J. Frías en "YPF c/ Pcia. de Mendoza" (F.: 301:357).

(que la doctrina reconoce como superior a un municipio pero inferior a una provincia).

2. Aspectos negativos: extraña técnica legislativa: se enuncia una regla y múltiples excepciones

Al rol de colegislador que le fuera conferido al Poder Ejecutivo, por tener iniciativa legislativa (exclusiva en materia de presupuesto y ministerios, art. 100), en la etapa de la eficacia la promulgar y publicar, la posibilidad de vetar total o parcialmente las leyes (art. 83), ahora se le suma la de la promulgación parcial (art. 80).

2.1. Delegación legislativa (arts. 76 y 99 inc. 2º)

La potestad excepcional para determinados casos de administración o de emergencia pública abrió —como la caja de Pandora— la potestad legislativa del Ejecutivo. Tan es así que, por estos días, nuestros legisladores discuten la continuación de la prórroga de la caducidad dispuesta por la cláusula transitoria octava para la legislación preexistente⁽²⁶⁾. Su mayor cuestionamiento radica en la violación a la división de funciones que caracteriza a los gobiernos presidencialistas.

2.2. Veto y promulgación parcial (arts. 80 y 83)

La práctica inconstitucional hasta 1994⁽²⁷⁾ transformó la atribución presidencial de suspender o impedir la ley en desmedro de la capacidad del Legislativo. Sin embargo, se propicia una correcta interpretación que propugna que la promulgación parcial de leyes es una potestad de excepción.

2.3. Decretos de Necesidad y Urgencia (art. 99 inc. 3º)

Esta potestad ya era ejercida, de hecho, por el Poder Ejecutivo con antelación a la reforma, acrecentando su uso durante la presidencia del Dr. Menem. Aunque se establece una limitación en materias penal, tributaria (reforzando el principio de legalidad) de partidos políticos y electoral y se dispone que deben concurrir circunstancias excepcionales que impidan el trámite ordinario de formación y sanción de leyes y que requieren de una decisión del Poder Ejecutivo en acuerdo general de ministros, su uso y abuso ha sido generalizado.

Claramente no se entiende cómo podría controlar mejor el Poder Legislativo el complejo procedimiento previsto (el Jefe de Gabinete de Ministros tiene 10 días para llevarlo personalmente al Congreso y someterlo a consideración de la Comisión Bicameral, que elevará su despacho en similar plazo a cada Cámara para su tratamiento) si puede realizar el análisis de la norma antes de cualquier promulgación. Basten de ejemplos recientes los dictados durante la pandemia COVID⁽²⁸⁾ y el 70/24.

III. ¿Se consagró la atenuación del presidencialismo?

Siempre se ha pensado⁽²⁹⁾ que más que de sistema presidencialista, en nuestro país —y en la mayoría de los americanos— debería hablarse de presidencialismo⁽³⁰⁾. Ya Löewenstein, observando la preponderancia del presidente, contraponía al sistema presidencialista el "presidencialismo" sudamericano⁽³¹⁾.

Aun antes de la reforma de 1994, el Poder Ejecutivo tenía en la Constitución facultades colegislativas vinculadas en sustancia a la iniciativa y al veto. Dispone de un gran aparato burocrático cuya jefatura ejerce, siendo ostensible

(26) El mandato constitucional prorrogó por cinco años el plazo, el que luego fue ampliado por sucesivas legislaciones (v. gr., 25.148/99, 25.645/04, 25.918/05, etc.) hasta su vencimiento en el año en curso. Dados los antecedentes es probable que se prorrogue nuevamente, cediendo una vez más el Congreso sus potestades más básicas.

(27) En especial, durante la presidencia del Dr. Menem.

(28) Se dictaron más de 100 DNU en materia de salud, alterando las potestades de las 24 jurisdicciones, sus competencias en materia de salud y también en educación (ver numerosos artículos publicados con motivo del caso "Ciudad Autónoma de Bs. As. c/ PEN" (4 de mayo de 2021 Id SAJ: NV29411).

(29) Benvenuti, José Manuel; Uberti, Mariela, "Problemas de la democracia contemporánea", ponencia Congreso de Sistemas y Culturas Jurídicas Contemporáneas, México, febrero 2004.

(30) Alberdi, en su discusión con Sarmiento —comparando la Constitución norteamericana con la argentina—, sostuvo que la nuestra hacía al presidente jefe supremo de la Nación, de la administración general del país, de las fuerzas de mar y tierra y de la Capital Federal. Se observa la influencia de la Constitución chilena de 1833. Tanto Alberdi como Egaña proponían, en los hechos, un cuasi monarca denominado "presidente".

(31) Löewenstein, Karl, "Teoría de la Constitución", pág. 140, Edit. Ariel.

el liderazgo de su titular con tendencia a personalizar el poder, máxime a partir de la intervención del poder público en la política económica-social y su gestión.

Como Jefe del Estado, corresponde al Presidente de la República la conducción real de las relaciones exteriores, menoscabando, en la práctica, los roles que en la materia la Constitución atribuye al Congreso Federal.

Podría sostenerse, sin exagerar, que un sistema de tales características simplemente republicanizó al monarca pues, si en los albores del constitucionalismo, la función legislativa fue la herramienta imprescindible para la toma de decisiones democráticas en el Estado, tal realidad giró –con el esquema norteamericano, según lo destaca Löewenstein– del estado legislativo al estado administrativo, correspondiendo al Poder Ejecutivo, por excelencia, hacer efectiva la ejecución de la decisión política⁽³²⁾.

El constituyente de 1994 modificó el esquema clásico, robusteciendo aún más la actividad legislativa del Poder Ejecutivo, al diferir la regulación del procedimiento de control, contradiciendo el declamado propósito de sus impulsores, tendiente a lograr la atenuación del presidencialismo; fortaleciendo el Congreso y la independencia del Poder Judicial.

La enfática prohibición contenida en el segundo párrafo del art. 99.3: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable emitir disposiciones de carácter legislativo” (similar en cuanto a deficiencia técnica, quebrantamiento y falta de claridad en las reglas del lenguaje a la contenida en los arts. 76, legislación delegada y 80, promulgación parcial) no es tal, siendo rebasada por los supuestos excepcionales que facultan al PE a dictar decretos por razones de necesidad y urgencia. Resulta un contrasentido –desde el punto de vista lógico– que se revierta el principio tan categóricamente enunciado. Que, en definitiva, la excepción devenga en regla.

No se trata –claro está– de inmovilizar al PE, sino de adecuar su accionar (que debe ser ágil y efectivo acorde a los tiempos que corren y debidamente controlado) a la Constitución. Es imprescindible el dictado de las denominadas leyes de desarrollo constitucional, teniendo en cuenta que respecto de dichos institutos el constituyente del 94 no resolvió cuál es el efecto jurídico del silencio del Congreso.

Así, el Poder Ejecutivo puede legislar a través de tres vías, dos de carácter excepcional (que se han tornado habituales): los decretos de necesidad y urgencia –artículo 99.3– (con las limitaciones en la materia que prescribe la propia CN)⁽³³⁾ y los decretos delegados por “emergencia pública” –artículo 76–, a las que cabe agregar las importantes modificaciones introducidas en los casos de promulgación parcial de las leyes –artículo 80.

La determinación de la “emergencia” y “necesidad”, en la doctrina invariable de nuestra Corte Suprema de Justicia, es una cuestión política de mérito, oportunidad y conveniencia ajena –al menos en principio– al control constitucional.

El uso y abuso que –antes y después de 1994– se ha hecho de tales “facultades” resulta peligroso para el armónico desenvolvimiento de las instituciones de la República, la libertad e igualdad de sus ciudadanos. Esa modalidad, por la que se sancionan normas sin la intervención del órgano legislativo, no parece una solución prudente, sobre todo cuando se ha dejado sistemáticamente de lado el procedimiento que prevé la Constitución⁽³⁴⁾.

La reforma ha legitimado –aun cuando no haya sido el propósito– una práctica que desnaturaliza el esquema clásico de división de funciones. Pero no lo es menos que el contralor parlamentario, que es en el derecho europeo firme, aquí, no ha funcionado, lo que permite concluir que –a diferencia de lo que acaece en EE. UU. (donde el Congreso ejerce propiamente la función legislativa y de control)– en nuestro país el Poder Legislativo funciona como si fuera un parlamento, convalidando en buena medida las iniciativas del PE en un número importante de períodos legislativos.

(32) Löewenstein, Karl, ob. cit., pág. 137 y ss.

(33) A la fecha se han dictado, desde el restablecimiento de la democracia en diciembre de 1983, más de 1000 DNU, en las más diversas materias, la mayoría, de dudosa constitucionalidad.

(34) La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en sus arts. 103 y 91, ha mejorado el diseño del art. 99.3 de la CN, se reguló el trámite y alcance de la intervención del Congreso respecto de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo: a) de necesidad y urgencia, b) delegación legislativa y c) promulgación parcial de leyes (art. 1°).

Con el ropaje de la eficacia se ha maximizado su poder y en la misma medida debilitado al Legislativo. El control posterior del Congreso –implementado el funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente⁽³⁵⁾– no ha sido tal, no habiendo asumido, tampoco, el pleno de ambas Cámaras dicha función.

IV. Jefe de Gabinete de Ministros

Con su incorporación se pretendió cambiar nuestra forma de gobierno presidencialista, por un sistema de tipo mixto o semiparlamentario; el convencional radical Enrique Paixao explica que los objetivos tenidos en miras con la instauración de esta nueva institución fueron: brindar un mayor dinamismo y elasticidad al sistema para enfrentar los problemas de crisis, proporcionar mayor eficacia a la función pública y lograr una atenuación o limitación de las facultades del presidente.

También buscó fortalecer la relación con el Congreso, asignándole un rol de comunicación y una vía de control, ya que el Jefe de Gabinete tiene responsabilidad política ante el Congreso⁽³⁶⁾. Esto así, porque las Cámaras pueden interpelar a los fines de su remoción o voto de censura y con la obligación de éste de brindarle informes.

En el artículo 100 se enumeran las competencias del Jefe de Gabinete de Ministros, al mismo tiempo que se mencionan las obligaciones de éste para con el Congreso. En este sentido, el inciso 9° establece que debe concurrir a las sesiones del mismo y participar en sus debates (aunque carezca de voto); debe presentar, junto a los demás ministros, una memoria detallada del estado de la Nación al inicio de las sesiones ordinarias (inc. 10) y el inc. 11 predica que debe producir los informes verbales o escritos que le sean solicitados por cualquiera de las Cámaras.

Por su parte, el artículo 101 consagra el deber de este funcionario de concurrir al menos una vez al mes al Congreso para informar sobre la marcha del gobierno, y debe hacerlo de manera alternativa a cada una de las Cámaras. Sin embargo, esto no obsta a lo dispuesto en el artículo 71, que les brinda a las Cámaras la atribución de convocar a los ministros del Poder Ejecutivo a dar las explicaciones e informes que consideren convenientes. La obligación del informe mensual se trata de una especie de control de gestión que el Congreso está habilitado a realizar sobre la marcha del gobierno, a fin de contar con un importante grado de detalle acerca del mismo, dada la periodicidad de los informes a rendir, aunque, en los hechos, esto no suceda.

Finalmente, el artículo 101 concede a cada Cámara (por separado) la facultad de interpelar al funcionario a los efectos de tratar una moción de censura por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros, y para removerlo con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de ellas (facultad que ejercen en conjunto)⁽³⁷⁾.

Si bien analizando la letra de la Constitución pareciera a simple vista que se ha logrado el pretendido control interorgánico, basta analizar lo que sucede en la realidad para percibir que no se ha cumplido este objetivo.

En primer lugar, y haciendo referencia a la concurrencia mensual que el Jefe de Gabinete *debería* realizar a cada una de las Cámaras, se puede ver que si bien cada una de ellas ha establecido en sus reglamentos los pla-

(35) Por ley 26.122/06 se dispone en el “Artículo 2° - La Comisión Bicameral Permanente prevista en los artículos 99, inciso 3°, y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional se rige por esta ley y las disposiciones de su reglamento interno; y tiene competencia para pronunciarse respecto de los decretos: a) de necesidad y urgencia; b) por delegación legislativa; y c) de promulgación parcial de leyes, dictados por el Poder Ejecutivo nacional en los términos de los artículos 99, inciso 3°, 76; 80 y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional”. Atrás ha quedado el debate de doctrina especializada en cuanto al valor de los numerosos decretos dictados desde 1994 hasta 2006. También se agrava por el modo en que se toman las decisiones, “Artículo 7° - La Comisión Bicameral Permanente sesiona cuando cuenta con la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros. Dictámenes Artículo 8° - Los dictámenes de la Comisión Bicameral Permanente se conforman con la firma de la mayoría absoluta de sus miembros y en caso de que haya más de un dictamen con igual número de firmas, el dictamen de mayoría es el que lleva la firma del presidente”.

(36) Paixao destacaba en su informe en el plenario que esta figura se constituye “en el punto de contacto –o ‘puente’– permanente entre el órgano ejecutivo y el Congreso de la Nación, y en ella se asienta la totalidad de las relaciones entre ambos, tanto de ida como de vuelta (...)”.

(37) Bidart Campos, Germán, “Manual de la Constitución Reformada”, Tomo III, 2° reimpression, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora, 2004, págs. 287 a 292.

zos, duración y organización de las sesiones informativas, éste sencillamente no concurre al Congreso⁽³⁸⁾. En este sentido, ambas cámaras modificaron sus reglamentos para asegurar que cada bloque pueda formular preguntas al funcionario, las que deberían ser respondidas e incluidas en el informe a rendir en los plazos establecidos (los que se consideran exiguos)⁽³⁹⁾. Entonces, en teoría, antes de la sesión informativa todos los protagonistas conocen los temas que se van a tratar. El inconveniente es que el Jefe de Gabinete cuenta tan solo con cuarenta y ocho horas para recibir las preguntas de los bloques (quienes le presentan gran cantidad de preguntas cada vez que anuncia o solicita una fecha para su informe) y contestarlas, lo cual es prácticamente imposible. Esto representa, evidentemente, una gran dificultad para la fluida comunicación que se pretende en el art. 101.

En cambio, en relación a la interpelación que da lugar al voto de censura, los reglamentos de las Cámaras no han sido modificados aún para establecer las condiciones bajo las cuales deberá ejercerse esta facultad. Ésta, además, resulta de difícil ejercicio debido a la mayoría absoluta que se requiere para su procedencia, a los requisitos y pasos a seguir (interpelación, censura por la primera cámara y censura por la segunda). Y más aún, ninguna interpelación o voto de censura ha emanado de nuestro Poder Legislativo desde que la misma se instauró con la reforma en 1994. Súmese a ello que no hay respuesta constitucional al supuesto de remoción efectiva por este procedimiento y la eventual “re-designación” en el cargo por el Ejecutivo.

V. Conclusiones

A lo largo de estos 30 años se ha podido comprobar que la intención de los convencionales de atenuar el presidencialismo no ha logrado consolidarse en la práctica institucional.

Corresponderá a otras disciplinas de las ciencias sociales analizar las razones del desajuste producido en la cultura de la política institucional entre aquellos consensos logrados en 1994 –de los que dan cuenta los debates y la votación de sus artículos, así como la unanimidad lograda para su aprobación final– con el devenir de los 30 años sucesivos.

Las probables fisuras del sistema se ubican, sin duda, en los denominados “aspectos negativos” y fundamentalmente en la ineficaz limitación de “poder” pretendida con la incorporación del Jefe de Gabinete de Ministros. En tal sentido, el maestro Ricardo Haro ha dicho que “la decisiva y cardinal función de interpelación y de la moción de censura del Congreso a los fines de la remoción del Jefe de Gabinete (art. 101 CN), más allá de las mayorías oficialistas de turno, ha pasado inadvertida en la vida institucional de los distintos gobiernos (...) Quizás esta omisión sea una consecuencia tanto de la pobre relevancia institucional que invistieron los diversos Jefes de Gabinete, como de la recordada convicción de que lo determinante en el PE pasa siempre por el Presidente de la República”⁽⁴⁰⁾.

En el mismo orden de ideas, el profesor Jorge Gentile⁽⁴¹⁾ ha sostenido que el “(...) Jefe de Gabinete de Ministros fue otro de los fracasos de la reforma (...) Alberto Fernández no siempre asistió a informar mensualmente

a las cámaras como jefe de gabinete, habiendo suplido dicha ausencia, en algún caso, con un mensaje escrito. El voto de censura no solo nunca fue usado sino que tampoco se estableció el procedimiento para su tramitación en los reglamentos internos de las dos cámaras”. La estadística de la frecuencia constitucionalmente pactada no se ha cumplido en estos años salvo en honrosa excepción.

A ello se adiciona la forma en la que el sistema centralizador conspira contra el federalismo de coordinación, de cooperación o concertado por influencia del hiperpresidencialismo con mayor protagonismo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su rol de garante de los principios federales, la promoción y empoderamiento de las provincias y de las autonomías municipales que logren disminuir los efectos de la concentración de las fuerzas políticas –como en los orígenes mismos de la Nación Argentina– con centro en el puerto y un amplio abanico que se expande en los cinturones del conurbano que acumulan población, recursos económicos, desigualdades sociales y poder político.

Es cierto que las constituciones clásicas no se adecuan a las demandas de la sociedad actual, que requiere respuestas efectivas y rápidas; que debía y debe cambiar su fisonomía, pero también lo es que no resulta suficiente otorgar las “herramientas” adecuadas sino, y primordialmente, modificar los comportamientos políticos de quienes deben operar las mismas⁽⁴²⁾. Deben restablecerse los equilibrios que tornen operativo al Sistema.

Frente a una realidad cada vez más exigente y compleja en el nuevo milenio –alumbrado en el cuadro de un avasallante desarrollo científico y tecnológico que viabilizara el proceso político y económico de globalización, la inmediata difusión de las ideas (sean verdad o falsedad)–, la sociedad toda reclama solidaridad, equidad, justicia pero, sobre todo, claros comportamientos éticos.

Una actividad como la política orientada al bien común es una de las facetas más excelsas del ser humano y en la Argentina ha tenido un altísimo costo el apartamiento de la Constitución Nacional, un capítulo de frustraciones, desencuentros y visiones ideológicas que propiciaban el uso de la fuerza que la sociedad cerró en 1983 con el retorno a la democracia.

El respeto a la ley y la seguridad jurídica afirmarán la plena vigencia del Estado social, constitucional y democrático de derecho consolidando una República democrática, previsible, seria y con seguridad jurídica⁽⁴³⁾.

Somos tributarios de una cultura constitucional, mentores de cambios en las estructuras de poder para evitar los desatinos de su concentración, siempre con un fuerte apego a la Constitución Nacional que es nuestro faro, nuestra carta de navegación, sin perder de vista que es nuestro deber –como operadores jurídicos– revertir la anomia que magistralmente describiera en un país al margen de la ley Carlos S. Nino y exigir a los legisladores nacionales todo el esfuerzo posible para cumplir el mandato constitucional garantizando que aquellos consensos logrados en 1994 puedan verse reflejados en el siglo XXI en el cumplimiento de sus mandatos.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - HISTORIA DEL DERECHO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DEMOCRACIA - DERECHO POLÍTICO - ESTADO - ECONOMÍA - PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - LEY - JUECES - DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA - JUICIO POLÍTICO - PODER EJECUTIVO - PODER LEGISLATIVO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - PODER JUDICIAL - DERECHO - ESTADO NACIONAL - DIVISIÓN DE PODERES

(38) Por citar solo un ejemplo, el ex Jefe de Gabinete, Sr. Sergio Tomás Massa, que desempeñó este cargo entre el 23 de julio de 2008 y el 7 de julio de 2009, solo concurrió al Congreso en una sola oportunidad, el 1° de octubre de 2008, fecha en la que se desarrolló una sesión informativa en la Cámara de Diputados.

(39) Arts. 198 a 202 del Reglamento de la H. Cámara de Diputados, y el art. 215 del Reglamento del H. Senado.

(40) Haro, Ricardo, “El jefe de gabinete de ministros: ¿control o mero ‘gerenciamiento’ en el presidencialismo argentino?”, en “A diez años de la reforma de la Constitución Nacional”, 1° edición, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2005, pág. 197.

(41) Gentile, Jorge, “Presidencialismo en la reforma de 1994”, en “A diez años de la reforma de la Constitución Nacional”, ob. cit., pág. 174.

(42) Hernández, Antonio M., A 30 años de la reforma constitucional de 1994, La Ley, 6/6/2024.

(43) Benvenuti, José Manuel y Uberti, Mariela, “Honrar la palabra”, diario El Litoral, 22 de marzo de 1999.

Argentina federal^(*) en tiempos de regulación y desregulación de la economía en emergencia

por ALEJANDRO PÉREZ HUALDE

“La armonía no es el promedio, ni la suma, ni nada, es otra cosa. La armonía es algo que va más allá de la suma de las partes.”

FRANCISCO

Sumario: I. CRISIS DE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS. – II. EL COMPROMISO SOCIAL Y FEDERAL. – III. LA CONSTRUCCIÓN NORMATIVA FEDERAL. – IV. LA EVALUACIÓN DE IMPACTO. – V. LOS COSTOS DETERMINADOS Y DETERMINABLES. – VI. LOS VALORES EN JUEGO. EL “NUEVO” POPULISMO. – VII. REFLEXIONES PROVISORIAS.

Constituye un gran desafío el análisis de los mecanismos de construcción y distribución de competencias, como también de recursos, entre las provincias integrantes autónomas del Estado y el Gobierno Federal que ellas están comprometidas a mantener, como prenda de unión. Exige una visualización comprensiva del panorama económico coyuntural y de las señales, pocas, de tipo estructural que se pueden percibir en estos tiempos inciertos.

Estamos convencidos de que la economía, y el federalismo con ella, necesita de una recomposición de las actuales pautas, que no solo son antiguas⁽¹⁾ sino que, además, son erráticas, coyunturales, discrecionales y arbitrarias, que han sido fijadas con carácter provisorio por esas mismas autoridades de ese Gobierno Federal en el año 1988.

Con motivo de la Reforma Constitucional de 1994 se modificó el sistema y se previó una forma de distribución

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Cuestiones de la delegación legislativa*, por MARÍA ANGÉLICA GELLI, ED, 182-1277; *Los límites de la delegación legislativa (El caso del decreto 677/01)*, por JAIME LUIS ANAYA, ED, 196-775; *Antecedentes jurisprudenciales de la CS sobre el derecho de emergencia. El principio de razonabilidad utilizado como límite*, por DANIEL E. MAIJAR, ED, 197-799; *Los decretos de necesidad y urgencia ante ciertos precedentes parlamentarios*, por GUILLERMO C. SCHINELLI, ED, 198-1030; *Jefatura de gabinete y ley de acefalía, experiencias recientes*, por NORBERTO PADILLA, EDCO, 01/02-622; *El lugar del jefe de gabinete en el sistema constitucional argentino*, por PABLO LISTE, EDCO, 2003-390; *De la promesa de la atenuación a la realidad de la concentración. El Jefe de Gabinete de Ministros a diez años de la reforma constitucional*, por VALENTÍN THURY CORNEJO, EDCO, 2004-680; *Derechos y emergencias a los ciento cincuenta años de la sanción de nuestra Constitución*, por EUGENIO L. PALAZZO, EDCO, 2003-286; *Una nueva ratificación genérica en materia de delegación legislativa*, por ENRIQUE VALENTÍN VERAMENDI, EDCO, 2004-724; *Emergencia como remedio constitucional ¿o viceversa?*, por PABLO RIBERI, EDCO, 2005-664; *Una reflexión sobre los decretos de necesidad y urgencia en las emergencias generales y de tracto sucesivo (El caso “Redrado”)*, por ALBERTO B. BIANCHI, ED, 236-845; *La aplicación de la normativa de emergencia económica*, por JAVIER J. SALERNO, ED, 242-511; *Delegación de facultades legislativas*, por GREGORIO BADENI, EDA, 2009-410; *Algunas reflexiones sobre la delegación legislativa en materia de presupuesto público. ¿Una cuestión fuera del control judicial?*, por JULIA MICHELINI, EDA, 2012-556; *El régimen de delegación legislativa en la nueva ley de abastecimiento*, por SANTIAGO MARÍA CASTRO VIDELA y SANTIAGO MAQUEDA FOURCADE, EDLA, 8/2015-7; *Democracia, decretos autónomos y emergencia en seguridad*, por JUAN RODRIGO ZELAYA, EDCO, 2016-395; *Primeras impresiones acerca de la operatividad del decreto 34/19 e implicancias de la emergencia ocupacional que declara*, por ESTEBAN CARCAVALLO, ED, 285-846; *La potestad del Estado para intervenir en las relaciones del trabajo en momentos de emergencia económica y social: consideraciones acerca de la Ley 27.541 y del Decreto 14/2020*, por ESTEBAN CARCAVALLO, ED, 286-377; *La Constitución en tiempos de pandemia*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, El Derecho Constitucional, n° 4, abril de 2020; *La pandemia y el retroceso del federalismo. Un avance centralista de la mano de las decisiones administrativas*, por MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, ED, 287-768; *El decreto de necesidad y urgencia 690/20: una oportunidad para pensar sobre los decretos de necesidad y urgencia, su control parlamentario, los servicios públicos y los principios de subsidiariedad y razonabilidad*, por JUAN CRUZ AZZARRI, Revista de Derecho Administrativo, agosto 2020, n° 8; *Reglamentos del Poder Ejecutivo, opciones ante la dilación u omisión de reglamentar*, por LEANDRO NICOLÁS MAZZA, El Derecho Constitucional, Diciembre 2020 - Número 12. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Este ensayo con el que nos queremos sumar al balance de treinta años de la Reforma Constitucional de 1994, ha sido elaborado sobre la base de la ponencia que hemos enviado al XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional a realizarse en Ciudad de México organizado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en el mes de octubre de 2024 titulada *“Federalismo argentino: fórmula de distribución de competencias en debate”*.

(1) La Ley 23548, dictada el 7 de enero de 1988, establece su vigencia a partir del 1 de enero de 1988, en carácter de *“Régimen Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales entre la nación y las provincias”*.

sobre la base de los servicios prestados por cada una, por aplicación de criterios objetivos de reparto y poniendo como guía la solidaridad, la equidad y la prevalencia de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

Sostenemos que es necesario ajustarse a esos criterios objetivos de reparto conforme a los nuevos instrumentos de regulación económica atento a sus procedimientos de construcción y a la evaluación de su impacto en los órdenes económicos, sociales, culturales y al margen de decisión local de cada provincia y región (art. 75.2, CN).

Mientras nos empeñamos en alentar un Derecho Constitucional que sigue buscando la formulación de nuevos derechos y persiguiendo el esfuerzo de cómo hacerlos razonablemente accesibles a la generalidad de nuestros pueblos, dentro de una sistematización del poder de carácter *“intrafederal”*, vemos que se encuentra acosado por los principios hoy en boga que lo invaden desde la filosofía del Derecho y desde las teorías de la argumentación.

Nuestra imprescindible integración en el mundo nos hace conscientes también de la realidad evidente e incontrastable que nos demuestra que *“El derecho del comercio internacional de bienes y servicios privilegia también en modo neto los imperativos económicos en detrimento de los intereses públicos, valores sociales y derechos humanos: es un evidente desequilibrio, cuyo soporte es el ‘fundamentalismo del mercado’”*⁽²⁾, lo que no ayuda a la hora de una regulación adecuada a *“las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática”* (art. 32.2, CADH).

En procura de explicar el federalismo argentino, expresa Alberdi que lo que propone es *“una fusión parlamentaria en el seno de un sistema mixto, que abraza y concilie las libertades de cada Provincia y las prerrogativas de toda la Nación: solución inevitable y única, que resulta de la aplicación a los dos grandes términos del problema argentino –la Nación y la Provincia–, de la fórmula llamada hoy a presidir la política moderna, que consiste en la combinación armónica de la individualidad con la generalidad, del localismo con la nación, o bien de la libertad con la asociación”*⁽³⁾. Y la lista podría continuar, pues no existe federalismo que no suponga la presencia y convergencia de unidades distintas, unas pobres y otras ricas, unas grandes y otras chicas, unas extensas y otras minúsculas, unas poderosas y otras débiles, unas viejas otras nuevas, unas cercanas y otras alejadas.

No solo no existe federalismo sin una clara percepción de las autonomías⁽⁴⁾ provinciales, sino que tampoco existe donde la unión no sea conveniente para unos y otros; nadie concurre a la unión para perder o para estar peor. Por ello supone la búsqueda de una relación de equilibrio entre esas partes autónomas, aunque desiguales e incompletas –algunas de dudosa autosuficiencia⁽⁵⁾–; equilibrio que no solo es complejo sino que es también dinámico y –a la vez– inestable siempre debido a las tensiones naturales que comprende; de ahí que es un requerimiento esencial del sistema federal que la unidad del poder central se apoye sobre la *“pluralidad y autonomía”* de los poderes provinciales⁽⁶⁾.

Nada más lejos del discurso de la unanimidad o de la imposición, en que suelen desembocar las propuestas populistas que destruyen la representación. Se trata de una relación que nuestra Constitución describe como

(2) D’ALBERTI, Marco, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino, Universale Papers, Bologna, 2008, p. 144.

(3) ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, cap. XVII; el subrayado es del autor.

(4) ÁBALOS, María Gabriela, *La autonomía y el federalismo en la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994. Especial referencia a la autonomía municipal*, en revista *“La Ley Gran Cuyo”*, año 2000, Buenos Aires, p. 417.

(5) Alguna vez desde el Gobierno Federal se llamó la atención sobre la existencia de provincias *“inviabiles”*; una buena demostración de la falta de comprensión de lo que es un conjunto federal y de ignorancia de nuestra construcción histórica.

(6) GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, tomo I, 4ta. edición ampliada y actualizada*, 5ta. reimpresión, Buenos Aires, 2012, p. 31.

de “concertación”, aludiendo así a la obra artística que implica un concierto, y que en nuestro encabezamiento hemos mencionado como “armonía”, en la misma línea cultural en tanto y en cuanto tanto el concierto, como la armonía que implica, son superadoras a la mera suma de los instrumentos que la interpretan y producen un resultado cualitativamente superior al conjunto mismo o a su promedio.

I. Crisis de la distribución de competencias

La construcción de consensos sobre los cuales asentar una distribución de las competencias federales ha sido un instrumento jurídico político esencial para lograr el equilibrio federal que cuarenta años de guerra civil impidieron objetivamente. En 1853, completada luego en 1860, la Constitución Nacional fue, y es hoy, el resultado de una construcción negociada de la salida y del comienzo de nuestra vida constitucional. Como lo advierte Leiras “*las instituciones políticas y fiscales del federalismo argentino fueron negociadas, redactadas y aprobadas, consciente e intencionalmente, por representantes de intereses territoriales, partidarios y sociales*”, y por ello son “*el resultado de propósitos deliberados y objetivos alcanzados por actores estratégicos con intereses diversos*”⁽⁷⁾.

Diego Valadés sostiene que “*el poder genera resistencias que compensan su inercia expansiva. La expresión más clara de esa relación poder-resistencia al poder está signficada por el contraste entre los conceptos de soberanía popular y de representación popular*”. Y, agrega, en que “*de alguna manera los conceptos de soberanía y de representación contienen una antinomia, que solo es superable merced al entendimiento convencional que de ambos se suele hacer, y que ha obligado a uno de los mayores esfuerzos de la inteligencia: el constitucionalismo*”⁽⁸⁾.

La Corte Suprema argentina en “*Bressani*”, en el año 1937, afirmó que la Constitución “*ha querido hacer un solo país para un solo pueblo, pero no se ha propuesto hacer una nación centralizada; ha fundado una unión indestructible de estados indestructibles*”⁽⁹⁾; ambas indestructibilidades son de muy difícil conciliación, como señala con acierto Manili, confirmando así sus apreciaciones sobre las tensiones existentes entre los poderes central y federal⁽¹⁰⁾, entre la unidad y la diversidad.

Las guerras civiles que enfrentó en la hoy Argentina, entre los años 1820 y 1860 –que para algunos llega a 1880–, a “*unitarios*” y “*federales*” se caracterizó por presentar una situación bien descrita por Enrique Barba cuando sostiene que “*ha llegado el momento de preguntarnos en qué consistían las diferencias entre federales y unitarios. Hemos observado, hasta ahora, que las grandes diferencias políticas que agitan al país giran en torno a la rivalidad entre porteños y provincianos*”⁽¹¹⁾.

De ahí lo difícil de la salida federal y también de sus más que numerosas notas unitarias, permitieron construir así una respuesta propia de los argentinos de unión de las doctrinas enfrentadas, federal y unitaria, desembocando en la “*unidad federativa*”, en un todo de acuerdo a la intención expresada por el mismo Alberdi⁽¹²⁾, y que encuentra sus raíces en el “*Reglamento Provisorio de 1821*” de la provincia de Córdoba⁽¹³⁾ y que constituye una respuesta

propia y original, que se ha visto sometida a situaciones de emergencia en reiteradas oportunidades.

Por ello consideramos un acierto la afirmación de Diego Valadés⁽¹⁴⁾: “*Pasada la hora de emergencia los ciudadanos regresan a sus tareas habituales y son indispensables las acciones institucionales. Lo normal es que la sociedad vuelva la mirada hacia sus dirigentes, esperando orientación. Nuestra situación es diferente. Aquí se produjo una mezcla de solidaridad con el afectado y de repulsa hacia la política y el poder. Los estragos súbitos del sismo potenciaron los daños acumulados de la corrupción y la incompetencia*”.

La evidente ineficiencia demostrada por las distintas y sucesivas administraciones, en diversos –aunque no pocos– países de nuestra región iberoamericana, y los resultados catastróficos en el campo económico y social nos han llevado al surgimiento de reacciones explicables, aunque no siempre justificables, de rechazo total a toda organización que pueda producir la política, sobre todo en lo que respecta a la distribución de competencias federales efectivas para la prevención y solución de conflictos y cobertura de necesidades básicas insatisfechas.

Quizás aparezca con mayor evidencia una fuerte desorientación hacia la organización de las competencias por causa de los actos, planes y promesas de contenido político; una pérdida sensible de confianza hacia los contenidos políticos propuestos y una sustitución de ellos por verdaderos actos de fe, de adhesión intuitiva, de apego emotivo y simpático, con protagonismo y gran preponderancia de los “*likes*” en las redes sociales.

Pareciera que desde ambos extremos aparentes de la discusión política tradicionalmente calificados como derecha e izquierda, se han desdibujado los procedimientos y ahora son compartidos por ambos bandos mediante el empleo de idénticas actitudes, agresiones, intolerancias, voluntarismos, “*bajadas de líneas*”, ideologismos, etc. Y todo ello desde un centralismo, fundamentalmente informativo y guionado sesgadamente según intereses concentrados, que influye y se transmite a la totalidad del país con ignorancia de las realidades locales.

Hoy prepondera el insulto, el desprecio, la descalificación y el contraataque a la crítica, aun a la más pacífica y respetuosa; pareciera que cuanto más espontánea y rápida, será más apreciada y difundida. Sin duda, estamos frente a la falta de respuestas sobre el “*qué*” y con abundancia irrazonable acerca de los “*cómo*” hacemos lo que se nos exige desde un pueblo, en el sentido más comprensivo y amplio y desideologizado del concepto (tan vapuleado y decrépito que ha producido su propio exceso llegando a formularse como el “*populismo*”).

Pero las lesiones más graves al sistema concertado de distribución federal provienen del cuestionamiento permanente de parte del “*populismo*” sobre la representación política, la recurrencia a políticas demagógicas hacia los sectores más concentrados de población, y el discurso de la unanimidad, que no tolera divergencias –ni siquiera matices– frente al interés del “*Pueblo*”, que nunca nos comprende a todos –como hace notar Villacañas⁽¹⁵⁾–, y el desprecio por la institucionalidad⁽¹⁶⁾, que fueron minando las defensas del sistema federal construido precisamente sobre esos pilares fundamentales de la república y de la representación política y de sus instrumentos de elaboración y legitimación⁽¹⁷⁾.

Si bien no ha escapado al fragor de los tiempos políticos y sociales que le toca enfrentar, las administraciones públicas, nacional y provinciales –y aun municipales–, no se han podido liberar de su compromiso esencial con aquellos principios de la “*Buena Administración*” propuestos por la Constitución Europea, o la Carta Iberoamericana de hace unos pocos años en esta región. Quizás porque ya es evidente que no se concibe una Adminis-

(7) LEIRAS, Marcelo, Las contradicciones aparentes del federalismo argentino y sus consecuencias políticas y sociales, en ACUNA, Carlos H., ¿Cuánto importan las instituciones? Gobierno, Estado y actores en la política argentina, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2013, p. 214.

(8) VALADÉS, Diego, El control del poder, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, tercera edición, México, 2006, p. 24-25.

(9) Corte Suprema de Argentina, Fallos, 178:22.

(10) MANILI, Pablo L., Tensiones en el derecho constitucional, en revista “*La Ley*”, tomo 2011-B, p. 667.

(11) BARBA, Enrique M., *Unitarismo, Federalismo, Rosismo*, Biblioteca Básica Argentina, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1994, p. 40. Esta situación quedó expresada en la misma Convención de 1853 por el convencional por Mendoza, Martín Zapata, en la sesión del 22 de abril, quien expresó: “*Todas nuestras guerras civiles de cuarenta años, no son más que la expresión de estos dos hechos: dominación o influencias unas veces justas, y otras injustas del poder de Buenos Aires sobre las provincias, y resistencia, unas veces justa y otras injusta por parte de estas*” (PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Las provincias y la organización nacional 1852-1853*, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 2003, p. 12).

(12) LEVAGGI, Abelardo, *Confederación y federación en la génesis del Estado argentino*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2007, p. 148.

(13) SEGRETÍ, Carlos S. A., *Federalismo rioplatense y federalismo argentino [El federalismo de Córdoba en los comienzos de la época independiente, 1810-1829]*, palabras previas de Dardo Pérez Guilhou, Centro de Estudios Córdoba, Córdoba, 1995, p. 3.

(14) VALADÉS, Diego, *La norma y la normalidad. Vicisitudes constitucionales en México*, Editorial Porrúa, CDMX, 2018, p. 85/86. El autor hace referencia al trágico terremoto vivido en 2008 en esa ciudad.

(15) VILLACAÑAS, José Luis, *Populismo*, La Huerta Grande Editorial, 2015, p. 65.

(16) LACLAU, Ernesto, *El constitucionalismo busca mantener el poder conservador*, en diario “*Perfil*”, del 14 de octubre de 2012, p. 14. Esta argumentación fue contestada en términos destacables por GARGARELLA, Roberto, en *Ante el constitucionalismo conservador. El equívoco presidencialista “que apela directamente a las masas”*, en diario “*Perfil*” del 21 de octubre de 2012.

(17) PÉREZ HUALDE, Alejandro, *El censo y la representación política federal*, en revista “*El Derecho Constitucional*” EDCO, junio 2022, no. 6, Buenos Aires, cita digital: ED-MMMCCVI-290.

tración que no sea precisamente “buena” y atenta a las exigencias desesperadas (a veces desesperanzadas) de una sociedad con altísimos grados de exclusión en la distribución inequitativa de los bienes esenciales para la vida digna que le corresponde por derecho⁽¹⁸⁾.

Nos animamos a decir que la Administración Pública en general se ha visto arrastrada hacia nuevas formas de actuación, de operación y de construcción de sus actos y procedimientos, y ello debería comprobarse también en la distribución de las competencias federales. No solo ha cambiado la realidad que debe tratar cotidianamente por definición sino que también lo ha hecho su marco normativo soporte dentro del cual se desempeñan y desarrollan todos sus métodos e instrumentos de operación y búsqueda de la prevención y solución de los conflictos que, en grado creciente, presenta esa compleja y dinámica realidad que se expresa de muy diferentes formas en cada una de las unidades autónomas de nuestro federalismo.

Y todo ello se nos aparece con algún grado de orfandad desde ese marco normativo que debía brindarle un espacio regulatorio legal caído hoy en reyertas y enfrentamientos teóricos e ideológicos y desorientados en cuanto a su apartamiento más o menos distante de aquellos principios fundamentales que guían su accionar y que –al menos– deberían orientar su actuación y desempeño dentro del bien llamado “*Derecho Constitucional concretizado*” por la escuela alemana de Schmidt-Assmann en estrecha vinculación con la Constitución⁽¹⁹⁾.

Porque, como decimos, no solo ha cambiado en modo esencial la realidad que debe enfrentar, cada vez más dinámica⁽²⁰⁾, cambiante (“*líquida*” –según Zygmunt Bauman⁽²¹⁾–), compleja, plural y también desorientada, en algún grado, exhibiendo así su “*descontento*” con la realidad en general y aun con la democracia en particular (como lo observa agudamente en estos días Michael Sandel⁽²²⁾), sino también lo ha hecho el viejo marco normativo de referencia sobre el que se apoyaba y le brindaba la seguridad formal de sus procedimientos “*correctos*”. Las provincias no son lo que eran hace 170 años cuando se dictó la Constitución, ni hace casi 40, cuando se pactó la coparticipación “*transitoria*” de los recursos⁽²³⁾, ni como hace 30, en que se reformó la Constitución, ni como hace 20, cuando veníamos saliendo de otra inmensa crisis política y económica.

Caracterizan estos tiempos de negociación un total desprecio a los espacios reclamados por las provincias protagonistas de nuestro sistema de unidad federativa, como la calificó Alberdi en su origen, a quienes se les presenta como un conjunto de famélicos empobrecidos tironeando de los recursos que administra el Gobierno Federal, quien responde cual si fuera propietario de esos fondos, cuyo origen proviene de ese mismo grupo de provincias empobrecidas, estrujadas por la apetencias de una concentración urbana insoportable y cada vez menos posible de satisfacer. Las pretensiones provinciales son presentadas como extorsiones⁽²⁴⁾, sus propuestas de negociación razonable se exhiben como aspiraciones egoístas cuando no delictivas con finalidades de enriquecimiento de “*casta*” local⁽²⁵⁾

gracias a algún ejemplo lamentable que siempre existe al alcance de la argumentación central carente de autocrítica.

Aunque no cabe dudar de la necesaria sujeción de la Administración al Derecho, aludido antes como “*principio de legalidad*”, desarrollado luego con amplitud como apego a algo más amplio y comprensivo como es la “*juridicidad*”, entendida como unidad del sistema jurídico como nos propone Julio Comadira⁽²⁶⁾, el que está en cuestión es ese último aspecto esencial por cuanto la crisis ha llegado a los componentes mismos de los que tradicionalmente estaban a cargo de su construcción, pues podemos afirmar con Pinelli⁽²⁷⁾ que la que está cuestionada precisamente es esa representación política desde sus bases.

Los representantes provinciales hoy no representan, o lo hacen mal y en modo provisorio, coyuntural, sometidos al escrutinio permanente de las redes y de las encuestas (de difícil comprobación en su veracidad), de las disciplinas partidarias nacionales, y de un farrago de información y de consignas –muchas de ellas irracionales– acerca de la cual se ha perdido la exigencia de veracidad que antes la prestigiaba y la hacía confiable. Hoy la información solo nos conduce a la necesidad de más información llevándonos lentamente, pero en modo inexorable, hacia esa temida “*Infocracia*” sobre la que nos alerta Byung Chul Han⁽²⁸⁾ en sus reflexiones filosóficas.

Estamos frente a una nueva era del Derecho, como nos lo demuestra claramente Alfonso Santiago desde sus pensamientos constitucionales que arrancan desde el fracaso del positivismo⁽²⁹⁾. No necesitamos más reglas, ni protocolos, ni reglamentos “*unilaterales*” emanados de laboratorios inspirados. Necesitamos normas que expresen principios comprensibles, métodos transparentes y así federalmente consensuados y compartidos por las provincias y regiones.

Fruto necesario de este panorama es que el Derecho Administrativo y el Derecho Municipal en especial, que son los más requeridos y exigidos por proximidad física y vivencial con los urgentes reclamos sociales y humanitarios, por las personas afectadas en esta nueva realidad que solo ofrece más consumo, a un mercado llevado al endiosamiento ante esas demandas crecientes⁽³⁰⁾, pero impotente para satisfacer las necesidades acuciantes, queda entrampado sin salida que no sea la de transformar en profundidad sus paradigmas y, sobre todo, sus instrumentos de acción y de procedimiento.

Se trata del fenómeno, destacado por Cianciardo, de deterioro del significado global del “*estado de Derecho*” en el sentido de que no son ya las leyes las que gobiernan y sí lo hacen las autoridades detentando un poder con normas de efectos retroactivos “*que regulan e incluso prohíben iniciativas privadas*”⁽³¹⁾. Señala Sabino Cassese que “*la soberanía de los Estados se diluye. Y el poder público se reorganiza a través de nuevas formas y estructuras plurales y policéntricas. Los ordenamientos jurídicos nacionales se enfrentan a problemas que sobrepasan su propia capacidad de resolución. Y sobre los sistemas nacionales se superponen numerosos ordenamientos a distintos niveles*”⁽³²⁾; complicado el horizonte para las respuestas federales y municipales.

(18) RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Derecho Administrativo, dignidad humana y derechos sociales fundamentales*, en “*Revista Jurídica Austral*”, Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Vol. 3, nro. 1, junio 2022, Buenos Aires, 2022, p. 183 y sgs.

(19) SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos*, en BARNES, Javier, ed., “*Innovación y reforma del Derecho Administrativo*”, Global Law Press, INAP, Instituto Nacional de Administración Pública, 2da. ed., 2012, Sevilla, p. 78-79.

(20) PAREJO ALFONSO, Luciano, *Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España*, INAP, Global Law Press, Sevilla, 2012, p. 37; el autor se refiere a la “*creciente dinámica social*”.

(21) BAUMAN, Zygmunt, *Vida líquida*, 10ma. reimp., Austral Paidós, Barcelona, 2017.

(22) SANDEL, Michael J., *El descontento democrático. En busca de una filosofía pública*, trad. Albino Santos Mosquera, Penguin Random House, Barcelona, 2023, p. 27. Dice el autor que “*la confianza de nuestros ciudadanos está en caída libre*”.

(23) Ley 23548 del 7 de enero de 1988.

(24) El denominado “*Pacto de Mayo*”, celebrado finalmente el 9 de julio de 2024, hace expresa mención con alto grado de imprecisión acerca del origen: “*La rediscusión de la coparticipación federal de impuestos para terminar para siempre con el modelo extorsivo actual*”.

(25) Esta afirmación no desconoce la importante cantidad de abusos por parte de líderes políticos locales, arraigados en el poder desde hace años y que se apoderan de los fondos que corresponden a sus provincias para dilapidarlos en modo ostensible, provocando la réplica del centralismo que busca generalizar injustamente a todas las provincias.

(26) COMADIRA, Julio Rodolfo, Héctor Jorge ESCOLA y Julio Pablo COMADIRA (coord., colab. y actual.), *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 99; capítulo escrito por el primero de los nombrados.

(27) PINELLI, Cesare, *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*, en PINELLI, Cesare y Miguel PRESNO, *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, p. 25 y sgs.

(28) HAN, Byung-Chul, *Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia*, trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Taurus, Buenos Aires, 2022, p. 42; afirma el autor que “*La información tiene su propia lógica, su propia temporalidad, su propia dignidad, más allá de la verdad y la mentira... El intento de combatir la infodemia con la verdad está, pues, condenada al fracaso. Es resistente a la verdad*” (el subrayado es del autor).

(29) SANTIAGO (h), Alfonso, *Una nueva era del derecho, 1945-2017*, en revista *El Derecho Constitucional*, EDCO 2017, Fundación Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2018, p. 529 y sgs.

(30) TRIMARCHI BANFI, Francesca, *Lezioni di Diritto Pubblico dell'economia*, g. Giappichelli Editore, Torino, 2007, p. 5; afirma acertadamente la autora: “*el mercado satisface demandas, no necesidades*”.

(31) CIANCIARDO, Juan, *El debate español sobre el proyecto Worldcoin*, en revista informática “*Tribuna de El Confidencial*” (11/04/2024); https://blogs.elconfidencial.com/juridico/tribuna/2024-04-11/el-debate-espanol-sobre-el-proyecto-worldcoin_3859969/.

(32) CASSESE, Sabino, *Los tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global*, Global Law Press, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2010, p. 15.

Los intentos regulatorios autoritarios del Gobierno Federal argentino, en estos días complejos, se estrellan contra nuevas formas de fuga del Derecho local mediante instrumentos como el nuevo rumbo de contractualización impregnadas de tramos globalizados sujetos a legislaciones y jurisdicciones internacionales –generalmente externas– que encubren una privatización de las respuestas públicas donde el interés público y el bien común, desaparecen y quedan subordinadas a las fuerzas preponderantes de los más poderosos, adueñados de un sistema global que no reconoce autoridades ni regulaciones eficaces en ninguno de sus terrenos comerciales. No se aceptan en ese ámbito las “justas exigencias del bien común”.

Resulta evidente que “*las situaciones objetivas, las instituciones comunitarias, las instituciones, en suma, no se articulan y se desenvuelven en torno al contrato sino en torno a la ley y otras reglas objetivas, generales; por el contrario, las posiciones subjetivas, tienen al contrato como instrumento fundamental en su relación recíproca y en el despliegue de su actividad. Por ello el avance de lo subjetivo, de la individualización, de la manera que está comportando la deconstrucción de lo objetivo, de lo comunitario, puede considerarse como una de las causas de la expansión del contrato en las últimas décadas*”⁽³³⁾.

Resulta paradójico que este vuelco hacia el contrato como piedra angular del interés individual sublimado generador de crecimientos y de hipotéticos desparramos de riqueza al conjunto social, provincial y municipal, es el mismo acerca del cual nuestros economistas más encumbrados están poniéndolo en severo trance de incerteza respecto de sus pilares de sostenimiento como lo son la confianza y la convicción sobre el futuro cumplimiento de los pactos celebrados en forma racional y consciente.

Hoy se afirma que no es posible suscribir la afirmación de la total racionalidad de lo que contratamos, lo que nos lleva necesariamente a firmar “*contratos incompletos*”⁽³⁴⁾ por cuanto la movilidad del escenario de su celebración está sujeta a cambios imprevisibles y también muy previsibles⁽³⁵⁾ pero inconmensurables por anticipado de un modo razonable cuando estos son de prolongada duración⁽³⁶⁾. Esta circunstancia hace necesario un marco normativo que conduzca a la concurrencia obligada del beneficiado hacia la recomposición del equilibrio quebrado en su beneficio saliendo así del estrecho margen individual de las partes.

Esas incertezas e incógnitas lógicas y previsibles, están en proceso inmediato de traslado en sus respuestas a arbitrajes y jurisdicciones extranjeras y sujetas a normativas de esa misma naturaleza en todos los contratos públicos más significativos como son los vinculados a la prestación de los servicios públicos fundamentales de nuestro país gracias a las previsiones incluidas en la denominada “*Ley de Bases*” 27547 en su art. 66 y ctes. Tampoco deben sorprendernos las consecuencias de tantas desprolijidades en materia tan crucial como es la de los contratos públicos; tan solo debemos optimizar nuestra capacidad de anticipación y de agudeza en la defensa de las posiciones objetivas que nuestras posibilidades y riquezas atraen a la inversión genuina, que debe ser bien distinguida de aquella usuraria siempre lista para el aprovechamiento de las rendijas importantes que deja abierta nuestra alta corrupción política expresada en el mundo de las contrataciones con especial dedicación.

Estamos obligados a superar aquel exceso estéril de reconocimiento de derechos que todavía no sabemos cómo satisfacer, que no hemos sabido distribuir con justicia en el conjunto federal y municipal y que hemos relegado al

rol de cláusulas “*programáticas*” carentes de operatividad; sin sujeto pasible de reclamo eficaz por su omisión y carencia. Pende todavía la definición de la Convención Americana de DD. HH., cuya distribución no necesariamente debe ser entre organismos estatales; la justicia social, que es pública, no debe ser obligadamente “*estatizada*” ni mucho menos responsabilidad única y exclusiva del Gobierno Federal, pero la pandemia ha desnudado su insuficiencia a la hora de atender situaciones trágicas. También puso en evidencia las carencias culturales y sociales de varias de las provincias argentinas; aunque la corrupción de los niveles de conducción nacional no pudo ser superada por las provincias.

En estas reflexiones procuramos buscar una rampa que abra un nuevo horizonte a la distribución de competencias en el federalismo, distinto al meramente formal, normativo y procedimental sobre el que trabajamos infructuosamente y con escasos resultados, sobre todo en los terrenos de la salud y de los servicios públicos. Pero tampoco queremos caer en el reduccionismo contractual individual de satisfacciones determinadas a una expectativa de exitosa sumatoria ilimitada o de “*derrame*” que nos consta que no existe ni existirá espontáneamente; tampoco entre las provincias y municipios.

La Reforma de 1994, en estos aspectos, aunque se los propuso expresamente, fue estéril; ni atemperó el “*presidencialismo*” ni fortaleció el federalismo. Todo lo contrario: la reforma potenció al primero y debilitó al segundo, que estaba ya bastante exhausto en aquella fecha; y esto fue advertido tempranamente por la doctrina calificando a la Reforma de “*unitaria*”⁽³⁷⁾.

Insistimos con el maestro Pedro José Frías: “*No es cuestión de ser primero ricos, para después ser justos, la solidaridad nunca está después del desarrollo, está en su ser mismo*”⁽³⁸⁾, es la base conceptual para el “*desarrollo equilibrado de provincias y regiones*” establecido en la Constitución Nacional.

II. El compromiso social y federal

Esas necesidades cuya cobertura nuestro Estado, a través del Gobierno Federal, ha procurado infructuosamente comprometer en el sistema convencional de DD. HH. en seis Convenciones Internacionales⁽³⁹⁾ para asegurar un “*nivel adecuado de vida*” de sus habitantes, se han convertido en prioridad meramente formal, lejos de las enseñanzas de la doctrina italiana cuando afirma que “*La Agenda propone un nexo inescindible entre mercado y política social*”⁽⁴⁰⁾. Tampoco las provincias, a pesar de su margen de apreciación local, muy posibilitado por la expansión del control de convencionalidad, han podido hacer realidad el compromiso institucional claramente abierto en su favor por la doctrina convencional en vigencia.

Después de los paradigmas de “*libertad*” y de “*igualdad*” pregonados por la Revolución Francesa, aparece con fuerza inusitada, la ponderación obligada de la “*dignidad*” que otorga sentido y es fundante de otros valores, y aprovecha la oportunidad para poner de relieve la omisión histórica incurrida por quienes dejaron de lado al tercero de los soportes revolucionarios de 1789, que fue la “*fraternidad*”.

“*Fraternidad*” que constituye un valor que resulta mucho más comprensivo a la hora de percibir los compromisos sociales y culturales frente a ese “*otro*” que se nos vincula en calidad de hermano con todas sus implicancias y contenidos específicos y que nos requiere de atención preponderante, en especial desde nuestras provincias y municipios hoy postergados por el gran conglomerado central que reúne el 45% del padrón electoral del país⁽⁴¹⁾.

(33) ESTEVE PARDO, José, *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Marcial Pons, Madrid, 2023, p. 98. Podemos comprobar cómo en la provincia de Mendoza, a través de una denominada “*Acta transaccional*” el gobierno y la principal distribuidora de electricidad ha construido un sistema contractualizado de soporte a una verdadera renegociación con nueva concesión del servicio público que es su objeto, en el Decreto 70/2023 del 31 de enero de 2023 de esa provincia.

(34) HART, Oliver and John MOORE, *Incomplete contracts and renegotiation*, Working Paper Department of Economics, nr 367, January 1985, Massachusetts Institute of Technology, <http://www.archive.org/details/incompletecontra00hart>.

(35) RIVERO YSERN, Enrique, *El equilibrio económico financiero en las concesiones de servicios públicos*, en Juan Carlos CASSAGNE, director, Servicio público y policía, El Derecho, Buenos Aires, 2006.

(36) OPPO, Giorgio, *I contratti di durata*, in Rivista del diritto commerciale, 1943-I y 1944-I; también en *Obbligazioni e negozio giuridico. Scritti giuridici*, t. III, Cedam, Padova, 1992, p. 200 y sgs. MES-SINEO Francesco, *Doctrina general del contrato*, Notas de Derecho Argentino por Vittorio Neppi, trad. de Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, tomo I.

(37) SEGOVIA, Juan Fernando, *El federalismo y la nueva constitución. La reforma “unitaria” de 1994*, en revista “*El Derecho*”, t. 164, p. 831, Buenos Aires.

(38) FRÍAS, Pedro José, *Cuestiones del poder, “Colección en defensa de la constitución”*, Virtudes editorial Universitaria, Salta, 2005, p. 22.

(39) Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25 inc. 1); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5 inc. f); Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (art. 14 inc h); Convención sobre los derechos del niño (art. 27).

(40) CASSETTI, Luisa y Silvia RICCI, *L’Agenda digitale europea e la riorganizzazione dei sistema di Welfare nazionale: le nuove frontiere dei diritti socialinella Knowledge Based Society*, en “*eGovernment e Stato sociale*”, Guerra Edizioni, Perugia, 2011, p. 5.

(41) Entre la provincia de Buenos Aires (padrón de 13.120.058 electores) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (total de

Esa “dignidad” reconocida en los más vulnerados de nuestros hermanos, por estar excluidos del sistema económico social, impone una agenda cuyos procedimientos no tratan ya de buscar perfectas elaboraciones reglamentarias aptas para aplicarse a las más diversas necesidades y requerimientos de la realidad, montadas sobre la base de un accionar desde un grupo de autoridad en ejercicio de privilegios y de instrumentos exorbitantes tendientes a su imposición iluminada para la obtención de un resultado milagroso. Y que tampoco justifican la desvinculación de los bienes y derechos sociales para entregarlos al tráfico meramente comercial⁽⁴²⁾ guiado por pautas de preferencias vinculadas a la aglomeración humana del centralismo que, por su propio peso específico, marca y define las preferencias del mercado.

El compromiso de los “Estados parte” miembros del sistema americano, suscriptores del Protocolo de San Salvador⁽⁴³⁾, debería llegar hasta el “máximo de sus recursos disponibles” a fin de lograr la efectiva vigencia de los derechos fundamentales entre los cuales se menciona expresamente al “acceso a una vivienda digna” y a los “servicios públicos básicos”⁽⁴⁴⁾; y todo ello sin olvidar que esos “recursos disponibles” no se refieren únicamente a los económicos sino también a los culturales, educativos, sociales, etc.

El fundamento, que hace pie en la doctrina social de la Iglesia Católica desde fines del siglo XIX, ha sido reformulado e insistido por quienes sostienen con John Rawls que “las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo las desigualdades de riqueza y autoridad, solo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad”⁽⁴⁵⁾; igual principio se hace aplicable a la distribución de competencias en nuestro federalismo respecto de sus unidades más empobrecidas que, al igual que el Gobierno Federal, deben aceptar el control recíproco de destino de los recursos.

Asimismo, en similar sentido, la Corte Suprema⁽⁴⁶⁾ argentina, como antes lo hiciera el art. 14 bis, CN⁽⁴⁷⁾, ha receptado jurisprudencialmente el concepto formulado por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas: “El derecho a una vivienda adecuada”. Allí se garantiza el “acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado (...) los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de la vivienda sean, en general, commensurados con los niveles de ingreso (...)”.

Estas respuestas provenientes del contexto jurídico formal convencional tienen su fiel reflejo activo en conceptos constitucionales expresados entre las facultades que el Congreso de la Nación Argentina debe ejercer tal como propender al “desarrollo humano, progreso económico con justicia social... políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones” (art. 75, inc. 19, CN) y a “promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato” (art. 75, inc. 23, CN).

Pero comprobamos hoy que, lamentablemente, se trata de meras intenciones y formulaciones de principios que

no se realizan en la práctica. Tan solo, y muy de vez en cuando, nuestros tribunales (generalmente de primera instancia de amparo o de hábeas corpus –alguna vez la Corte Suprema–) aportan una respuesta individual, para un caso aislado, otra vez un poco más amplio por la legitimación procesal más difusa, pero que de ningún modo solucionan la realidad que queda a cargo de las administraciones provinciales y locales con sus instrumentos desactualizados y medios muchas veces insuficientes.

Consecuentemente, nuestro Estado, lejos de ausentarse de sus deberes intrínsecos que justifican su existencia misma, a través de su Administración Pública eficiente, debería encarar la situación acuciante con los instrumentos que le brinda una nueva visualización de la regulación económica y social consistente en la “intervención que pretende alcanzar el equilibrio entre las actuaciones de diversos sujetos que intervienen en sectores de relevante interés social, por su importancia económica o por afectar al ejercicio de derechos fundamentales” mediante el empleo de instrumentos que “no impone(n) un criterio previamente definido en la ley o norma previa. Trata de buscar el equilibrio entre intereses enfrentados” ...que “no suele acudir a mecanismos coactivos, primando el informe, el consejo, la mediación”⁽⁴⁸⁾. Se trata de construir respuestas eficaces.

III. La construcción normativa federal

Pero nos encontramos con que no existen ya las leyes y los reglamentos que podían prever desde un excelente laboratorio todas las respuestas; nadie confía en esas soluciones porque se ha convertido en absolutamente necesario conocer la receta, ver cómo se elabora el producto, acceder a la participación de su elaboración, a ser escuchado en la exposición de sus intereses concretos de las provincias y regiones. Hoy es muy importante el “cómo” antes de llegar al “qué”; es decir, no da lo mismo una respuesta conocida, consensuada, explicada, compartida, plural, transparente, participada, que una consigna acompañada del apoyo interesado de todas las redes y medios de información.

La construcción normativa ya no se contenta con una distribución asimétrica de la representación política en el Congreso de la Nación, que fue pactada a cambio de la entrega de grandes facultades al Gobierno Federal. La representación igualitaria en el Senado de la Nación y con piso mínimo de diputados en la Cámara respectiva⁽⁴⁹⁾ ya no es suficiente para equilibrar la balanza ni asegurar los resultados de contenidos.

Ese método originario constitucional ha sido burlado a través de distintos instrumentos como la unificación de elecciones nacionales con provinciales, la división de la representación provincial en el Senado y su elección simultánea y directa –con su traspaso monopólico a los partidos políticos–, los DNU y las delegaciones de facultades legislativas promovidas y aseguradas por los partidos políticos nacionales, han licuado la fortaleza que permitía una participación razonable a las provincias.

La concentración en el centro del poder y el crecimiento de los índices de corrupción también concentrados en esa misma región en modo decisivo, exigen una nueva distribución de competencias acorde a las necesidades nacionales. No se concibe ya un Gobierno Federal que “da” a las provincias lo que a ellas pertenece, abusando de su condición de administrador y recaudador de los fondos que ellas generan. Así como también es necesario estar convencidos de que “el dinero no es el único medio de intercambio que circula en las mesas de negociación entre los líderes nacionales y los líderes provinciales en la Argentina”⁽⁵⁰⁾.

No incursionaremos en el tema de la corrupción, ya estructural de nuestro país, porque no es nuestro objetivo

2.526.676), suman el (45% del padrón total de electores de la Nación (35.193.985 electores). Sumando las provincias que les siguen en tamaño poblacional, que son Córdoba (3.060.943 de electores), Santa Fe (2.828.754), Mendoza (1.494.888) más Tucumán (1.319.493), arribamos a un total de 8.701.000 de electores que significan solo el 25% del total Nacional.

(42) ESTEVE PARDO, ob. cit., p. 99.

(43) “Los Estados parte en el presente Protocolo Adicional a la CADH se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.

(44) Art. 11 del Protocolo aprobado e incorporado al sistema normativo argentino mediante la Ley 24658.

(45) RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, 2da. ed. 1ra. reimpr., México, 1997, p. 27.

(46) “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y ot. c/ Ministerio de Energía y Minería s/amp. colect.” - FLP 8399/2016/CS1 del 18-08-2016 “CEPIS” (cons. 33). En Corte Suprema, Fallos, 339:1077.

(47) La Constitución argentina asegura el “acceso a una vivienda digna”.

(48) TORNOS MÁS, Joaquín, *La actividad de regulación*, en “El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI”, Homenaje al profesor Dr. Ramón Martín Mateo, tomo I, coord. Francisco SOSA WAGNER, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1329 y sgs.

(49) La distribución actual de bancas de diputados por provincia es igual a un mínimo de 5 y el total se corresponde con la población sin guardar relación con las provincias que poseen aquella representación no obstante su total; Mendoza con 2 millones de habitantes posee 10 bancas y Tierra del Fuego con 170 mil tiene cinco. La relación es asimétrica, sobrerrepresentada en el segundo caso, pero responde a un diseño que busca equilibrar posibilidades de participación. De ahí la frecuencia con que las decisiones “nacionales” saltan al Congreso donde el número no es lo más importante para los intereses que se sienten mayoritarios en los centros más poblados del país, como lo es el central de Buenos Aires y alrededores.

(50) LEIRAS, ob. cit., p. 243.

en este ensayo⁽⁵¹⁾; aunque sin duda es el problema más grave que impacta en las posibilidades de realización de nuestras políticas públicas.

La imposible realización efectiva, también vinculada al fenómeno de la corrupción, ha llevado a nuestra política práctica a encontrar distintos instrumentos de distracción y de disipación de los objetivos mediante propuestas más irrealizables aún. Ejemplo de ello es la inundación de normas y reglas, con mayor y menor –o ningún– valor jurídico formal para producir una verdadera “*cortina de humo*” normativo que coloque un manto imposible de descifrar en respuestas concretas y realizables en el terreno fáctico jurídico.

Refiriéndonos a nuestro país, Argentina 2024, en estos tiempos coyunturales, se nos hace necesario reflexionar si es posible, viable, consensuar seriamente con el conjunto de provincias que integramos el sistema federal un conjunto normativo de cientos de normas jurídicas, llenas de aciertos y de errores, llámese “*DNU*”⁽⁵²⁾ o “*ley de bases y puntos de partida*”⁽⁵³⁾, carentes de estricta vinculación lógica efectiva y –por ello– de explicación suficiente y pormenorizada de cada uno de sus contenidos y de los negocios que esconden tanto por su presencia como por su ausencia regulatoria según las distintas áreas.

Resulta un especial estorbo institucional la habilitación del dictado de “*leyes*” por el Poder Ejecutivo del Gobierno Federal; lo que no hace más que confirmar que “*la autoridad presidencial para legislar es probablemente una de las principales características de la ‘supremacía del Ejecutivo’ en América Latina*”⁽⁵⁴⁾ y que la “*ordinarización*” de esa facultad de dictar leyes “*implica un cambio sustancial en la distribución del poder político, que no puede ser dejado de lado*”⁽⁵⁵⁾. El “*trasplante*” efectivo de instrumentos empleados en sistemas parlamentarios como Italia, Francia, España, a nuestro presidencialismo ha implicado trágicas consecuencias institucionales.

Y a ello se suma una escasa vocación federal⁽⁵⁶⁾ en las provincias que se ha consolidado debido a una profunda insatisfacción con los resultados que no se han acercado siquiera a las expectativas que la institucionalidad podría generarles⁽⁵⁷⁾. Contrariamente a lo que ocurre con los municipios, se ha dejado de lado una docencia respecto de las ventajas objetivas que podría brindar el régimen federal en cuanto tal. Se ha distanciado a la provincia de sus municipios y de sus ciudadanos.

Recuerda Pérez Guilhou que “*la sociedad política no se siente expresada solamente por los partidos sino que en su afán participativo exige lograr una mayor proximidad entre el gobernante y el gobernado, recurriendo a la movilización de los más variados adelantos técnicos en las comunicaciones y a las múltiples formas de asociaciones, a veces, insólitas, que pugnan por hacerse escuchar en nuestro sistema que por ser republicano no puede desoír las minorías genuinas*”⁽⁵⁸⁾.

Se busca respaldar decisiones que son basadas en el presunto consenso aportado únicamente por la mayoría coyuntural sostenida en un cómputo que solo toma los votos válidos emitidos para un solo caso excepcional, y

con ese solo efecto, tal como ocurrió en el último ballottage presidencial argentino⁽⁵⁹⁾. Olvidan que esos números no representan esa misma mayoría respecto de ese mismo padrón electoral, aplicado a todos los tramos de cómputos anteriores para la elección de legisladores y de presidente en primera vuelta.

No podemos dejar de lado este análisis por cuanto en la “*primera vuelta*” presidencial se decide la composición del Poder Legislativo, que consiste en la cobertura de la mitad de la Cámara de Diputados y un tercio de la Cámara de Senadores; con lo que se obtiene como resultado que el partido de oposición ha ganado las legislativas para después perder en las presidenciales. Conflicto inevitable que se ha puesto en clara evidencia al momento del dictado de leyes ambiciosas en su alcance como la “*Ley de Bases*” (27547) que debió aceptar numerosas modificaciones para lograr su promulgación; o en el rechazo por mayoría absoluta del Senado de la Nación del DNU 70/2023.

El paquete normativo que analizamos contiene Decretos de Necesidad y Urgencia, Decretos delegados (“*autodelegados*” por necesidad y urgencia), derogación de leyes, y partes de ellas, formales votadas en el Parlamento en otros tiempos anteriores –pero válidas y vigentes–, creación de nuevas “*leyes*” bajo forma de DNU dentro de aquellas mismas leyes, etc. Dejando en estas decisiones graves y profundas al Congreso de lado y, sobre todo, al Senado de la Nación que es donde se expresan las provincias⁽⁶⁰⁾.

IV. La evaluación de impacto

¿Se ha llevado a cabo una nueva y desapasionada evaluación de impacto regulatorio y desregulatorio de todo ese conjunto heterogéneo que se modifica y deroga? ¿O se presenta el caso de que toda esa regulación que se pretende demoler drásticamente careció de evaluación adecuada en su momento? ¿Acaso no existieron los oportunos consensos, acertados o errados, que los produjeron? El método hoy pretendido establece un antecedente nefasto que será utilizado por los “*los otros*” cuando ellos lleguen a ser los “*nosotros*” en un escenario donde los “*nosotros*” de hoy pasen a ser los “*otros*” de mañana, tal como recurrentemente ocurre en nuestro querido país.

Hemos tomado en consideración la afirmación de Rodolfo Barra⁽⁶¹⁾, quien sostiene que “*Si toda regulación fuese mala, toda desregulación sería buena. Claro que la realidad no siempre es tan simple, ya que no todas las regulaciones imperativas son malas*”, y, agrega luego, “*Las regulaciones no siempre son inocentes*”.

La “*desregulación*” pretendida consiste técnicamente en la eliminación de las “*restricciones que distorsionen los precios de mercado evitando la interacción espontánea de la oferta y de la demanda*”⁽⁶²⁾, se refiere a lo que en economía son denominadas como “*externalidades*”, que son merecedoras de su rechazo técnico aun cuando no solo eviten sino también cuando dificultan esa interacción espontánea. Se trata de la defensa efectiva del “*fundamentalismo del mercado*”⁽⁶³⁾ sobre el que nos advierte Marco D’Alberti, al que ya referimos.

Coincidamos en que aun esa espontaneidad solo es apreciable y valiosa si los sujetos cuentan con libertad de acción de ofrecer o de demandar; y ello requiere necesariamente de una celosa construcción de reglas de sana competencia y de vigilancia de las fuerzas que naturalmente tienden al monopolio, a los acuerdos de ese carácter y al ejercicio despiadado de posiciones dominantes, tanto en la oferta como en la demanda, toda vez que esa regulación se descuide.

(59) Los resultados del ballottage arrojaron un 55,7% para el ganador, Presidente Javier Milei, y un 41,3% para el contrincante Sergio Massa, porque se toman únicamente los votos válidos positivos emitidos; si se tomara el padrón electoral general, del cual –por otra parte– votó solo el 76% de los habilitados, Milei registra un 41% y Massa un 32,7%. Con lo dicho, corresponde tener en cuenta que en el ballottage Milei no “*trepó*” desde un 29% a un 55,7%, sino solo poco más de un 10% alcanzando un 41% total; solo si tomáramos sus resultados de la primera vuelta electoral encontramos que Milei obtuvo el 29,9% y Massa el 36,7%.

(60) La única posibilidad de intervención útil del Senado es juntando su mayoría absoluta –cosa que ya hizo en rechazo del DNU 70/2023– y buscar igual mayoría en la Cámara de Diputados... aún pendiente de decisión.

(61) BARRA, Rodolfo Carlos, *Regulación y desregulación. La relación entre el derecho y la economía. Justicia general y principio de subsidiariedad* (Buenos Aires, *Revista de Derecho Administrativo*, Número 5 del 31-05-2024. Cita Digital, ED-V-DCLXX-645).

(62) Así lo definió en su art. 1.º el Decreto 2284/1991 con oportunidad de la “*desregulación de la economía*” intentada en aquel año.

(63) D’ALBERTI, ob. cit., p. 144.

(51) Ver nuestro *Avances culturales en la lucha contra la corrupción*, en “*Rivista di Diritto Pubblico Italiano, comparato e europeo*”, Focus America Latina, 22 de diciembre de 2017, www.federalismi.it, nro. 1, Roma, 2017.

(52) Decretos 55 y 70 de diciembre de 2023.

(53) Ley 27547 promulgada el 7/07/2024.

(54) PORTUGAL GOUVÊA, Carlos, *Presidencialismo y corrupción en América Latina: un cuento de premisas equivocadas y percepciones disruptivas*, en Roberto SABA, editor, *Poder ejecutivo*, SELA 2006, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 257.

(55) MOLINELLI, Guillermo N., *Presidentes y congresos en Argentina: mitos y realidades*, Grupo Editor Latinoamericano, Colección Estudios Políticos y Sociales, Buenos Aires, 1991, p. 13. Se ha destacado también cómo el desarrollo de esta actividad legislativa por el Poder Ejecutivo provoca el retroceso del Congreso, en WHEARE, K.C., *El caso del legislativo*, en J. BLONDEL, M. DUVERGER, S.E. FINER, S.M. LIPSET y otros, *El Gobierno: estudios comparados*, Alianza Editorial, Madrid, 1981.

(56) Ver nuestro *La reforma constitucional de 1994 y la falta de vocación federal de las provincias*, en “*Rivista di Diritto Pubblico Italiano, comunitario e comparato*”, 29 de diciembre 2010, www.federalismi.it, nro. 24/2010.

(57) Hemos seguido la metodología propuesta por MORENO MORALES, Daniel y ARANIBAR ARZE, Antonio, *El malestar ciudadano con la política. Marco conceptual y metodológico*, en ARANIBAR ARZE, Antonio y VÁZQUEZ CALERO, Federico, coordinadores, *Crisis global y democracia en América Latina. Cuaderno de prospectiva política 2*, Organización de los Estados Americanos, PNUD y Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012, p. 189.

(58) PÉREZ GUILHOU, ob. cit., p. 18.

La evaluación del impacto regulatorio suele ser realizada única y exclusivamente sobre las consecuencias en el campo económico persiguiendo el objetivo de someter las políticas públicas a los mandatos imperativos de las leyes de los mercados por fuera de toda consideración humanista, olvidando que el humanismo también alcanza a la economía como ciencia social.

Así como consideramos racional exigir rigurosamente la ponderación de las consecuencias económicas de las medidas sociales, muchas veces livianas y demagógicas o irresponsables, corresponde la cuidadosa revisión de las consecuencias culturales y sociales que pueden acarrear las medidas económicas por más acertadas que nos parezcan desde el punto de vista técnico económico coyuntural. Las exigencias de sectores interesados de la economía siempre son urgentes y muy pocas veces apuntan a respuestas estructurales; muchas veces oportunistas y, como dice Barra, “no son inocentes”.

Del mismo modo, también es necesario presentar con claridad en los medios de acceso a la información pública la evaluación motivada del impacto a producir con decisiones de desregulación económica. Con mayor razón cuando atravesamos tiempos de gravísima crisis no solo económica sino también social, ambas en el marco de un país muy dotado de riquezas que convierten a aquellas indigencias en inexplicables y, por ello, en injustificables. Sobre todo, cuando la situación de crisis social no puede ser atribuida a la falta de regulación puesto que lo que sobrepasa es la expansión de la actividad regulatoria injustificada y de protección de intereses sectoriales y mezquinos; podemos afirmar que, desde ese punto de vista, esa regulación ha fracasado.

No obstante, nos animamos a sostener que una medida desregulatoria requiere –tal vez– más atención que una de tipo dispositivo, porque en su momento, cuando ella se puso en vigencia, tuvo un grado de legitimidad, sobre todo cuando lo fue por ley del Congreso, y protegió un valor en forma debida o –al menos– aparentemente consensuada en ese momento histórico.

Si al momento de desregular los criterios han cambiado, o esos valores han variado, o han perdido su legitimación social, o –tal vez– nunca la tuvieron, o se han convertido en cueva de protección a intereses mezquinos o de sector, en perjuicio del conjunto social, debe quedar claramente establecido, en forma expresa, en su motivación. Y jamás por vía de DNU que excluye, por definición, la participación de las provincias desde el Senado de la Nación.

Y también deberá prever, en su caso, la necesaria indemnización de los daños producidos; ejemplo grosero de esto es la abolición de la esclavitud en el art. 15 de la Constitución Argentina en 1853, donde se ordenaron las “indemnizaciones a que dé lugar esta declaración”.

Si bien nadie tiene un derecho adquirido al sostenimiento de un régimen jurídico que no le alcanza todavía –por no haber comenzado a ejercerlo–, o que espera razonablemente, o que fue establecido en modo provisorio, no debemos olvidar que uno de los pilares fundamentales de la economía y de las políticas de Estado es la confianza legítima que se ve severamente alterada por la irrupción de nuevas reglas o por su supresión intempestiva. Es un principio que juega tanto de un lado como del otro de las expectativas económicas que operan en nuestros mercados.

V. Los costos determinados y determinables

Determinadas las consecuencias esperables con algún grado de precisión, tanto en la regulación como en la desregulación, las autoridades deben ponderar con extrema precaución los costos sociales que, sabiendo que ocurrirán necesariamente, serán asumidos con clara conciencia como si fueran inevitables; así serán formalmente calificados como necesarios sacrificios para el beneficio del conjunto social. Nuestro país pasa por momentos en que reina una comprensión muy alta acerca de la necesidad de los sacrificios que imponen las nuevas políticas del gobierno asumido hace pocos meses. Pero no es posible dejar de ponderar las distintas provincias y regiones que la Constitución sabe que tienen grados de desarrollo desequilibrado; lugares donde el impacto es distinto y debe ser atendido adecuadamente.

Entonces deben ser fundadas las razones por las que se trata de una “justa exigencia del bien común en una sociedad democrática” (art. 32.2, CADH). Esto es así por cuanto los perjuicios previsibles ocasionados, que no fueran justificados debidamente, constituyen una especie de verdade-

ro dolo eventual político social, pues se representa y conoce perfectamente, y hasta se calcula y mensura en su alcance el costo humanitario y se lo asume con toda conciencia por considerárselo aceptable en aras de una política de progreso, sea que fuere coyuntural o estructural, de negocios, muchas veces con la esperanza injustificada o –al menos– escasamente motivada, de un posible, frecuentemente ilusorio, “derrame” de las riquezas así construidas⁽⁶⁴⁾.

Sin perder de vista que solo será justo el mecanismo adoptado si es también conveniente y aceptable para aquellos que están en la situación más postergada del sistema de distribución, los “excluidos” que hoy pueden medirse y verificarse en los índices oficiales de “pobreza” e “indigencia” que informa el propio Gobierno Federal a través del INDEC. Y siempre teniendo en cuenta muy especialmente que merece dos reflexiones: una primera es que la pobreza, como la indigencia, no son únicamente un concepto económico sino integral y otra, segunda, es que comprobamos que podría haber grados de desigualdad⁽⁶⁵⁾, más o menos solucionables, pero que no implican necesariamente la pobreza escandalosa por la que atravesamos hoy en nuestra región; esto más allá de la insatisfacción y la sensación de indignidad que provocan las inequidades aun en las sociedades más desarrolladas⁽⁶⁶⁾.

VI. Los valores en juego. El “nuevo” populismo

Resultan imprescindibles los valores económicos que nos informa la economía como ciencia humana, como la eficiencia y la eficacia, pero también lo son los valores sociales que no podemos esperar razonablemente que surjan espontáneamente de ella (Todorov⁽⁶⁷⁾ prevé la necesidad de una impronta que supere a las fuerzas de mercado) pero que sí exigen respuesta, aunque sea provisorio, de su conducción política racional y eficiente. Cabe recordar que la irracionalidad económica es corrupción, según afirma Agustín Gordillo.

También nos animamos a sostener que el Derecho Constitucional debe reorientar su tarea –sin abandonarla, por cierto– del reconocimiento incesante de derechos (aunque hoy ya son “más de los que podemos satisfacer” como lo reconoce Gargarella⁽⁶⁸⁾) y prestar atención al equilibrio y juego de los poderes y de los institutos efectivos y operativos, económicos y sociales, de la Constitución.

Afirma Cuadros⁽⁶⁹⁾ que es con base en esa CN donde “el espacio del mercado y el espacio de la sociedad civil se solapan con la acción de la agencia estadual en el marco de un entramado de normas obligatorias para todos los sujetos; reglas que se estructuran de acuerdo con el principio de legalidad, aplicable al Estado, y con el principio de libertad inherente a los individuos”; y estos percibidos en sus realidades sociales y culturales que definen la composición real de la comunidad destinataria; sobre todo en sus diferencias relativas de desarrollo desequilibrado de provincias y regiones.

Finalmente, en este orden, no debemos olvidar que se persigue regular o desregular actividades que, muchas veces, se desarrollan sobre los carriles de bienes del dominio público (infraestructuras de redes viales y fluviales, de carriles, de vías férreas, de grandes obras públicas, de líneas

(64) FRANCISCO, Papa, Encíclica “*Laudatio tibi*”, n. 189; más crítica aún a la teoría del “derrame” es la Exhortación Apostólica “*Evangelii Gaudium*” (24/11/2013), donde el mismo Papa afirma que “algunos todavía defienden las teorías del ‘derrame’, que suponen que todo crecimiento económico, favorecido por la libertad de mercado, logra provocar por sí mismo mayor equidad e inclusión social en el mundo. Esta opinión, que jamás ha sido confirmada por los hechos, expresa una confianza burda e ingenua en la bondad de quienes detentan el poder económico y en los mecanismos sacralizados del sistema económico imperante. Mientras tanto, los excluidos siguen esperando” (p. 29, punto 54).

(65) PÉREZ HUALDE, Alejandro, *La necesaria determinación de la desigualdad para el tratamiento equitativo de los derechos fundamentales*, XII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano, Pazo de Mariñán, Universidad de A Coruña, 8 y 12/04/2019 en La Coruña, España; publicada en “*Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*”, RAP, año XLI, nro. 486, marzo de 2019, Buenos Aires, 2019, p. 7-18.

(66) RECALDE, María Cecilia, *Pobreza e indigencia: una mirada en clave constitucional*, en revista “*El Derecho Constitucional*”, EDCO, t. 2017, Buenos Aires, p. 394 y sgs.

(67) TODOROV, Tzvetan, *Los enemigos íntimos de la democracia*, Galaxia Gutenberg, Buenos Aires, 2012, p. 96.

(68) GARGARELLA, Roberto, *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin– al diálogo ciudadano*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012.

(69) CUADROS, Oscar Álvaro, *Administración y constitución. Contenido y aplicaciones de la división del derecho público y privado*, Buenos Aires, Astrea, 2014.

de alta tensión, de gasoductos, de canales navegables, de infraestructuras con acceso al espectro radioeléctrico, etc.) y que son sostenidas en la explotación comercial con el ejercicio de privilegios públicos (monopolios, exclusividades, exenciones, subsidios estatales, capacidades de regulación privada sobre las actividades desarrolladas, etc.). Es por esta razón que pone especial acento Esteve Pardo⁽⁷⁰⁾ en lo que denomina “*refugio*” que queda disponible al sector público para ejercer sus pretensiones de regulación “*tipo tradicional*”; mientras nos advierte sobre la creciente “*titulación*” de derechos de naturaleza pública para proceder de hecho a su enajenación y privatización completa.

Sea como fuere la desregulación, como regulación suprimida, nunca la Administración puede desentenderse de esos bienes y privilegios de los que es titular y responsable de su empleo directo o indirecto. Ello es así porque la presencia de esos bienes y privilegios de naturaleza pública imponen necesariamente una vigilancia y un control estricto sobre la permanencia de sus caracteres específicos como su inalienabilidad y su compromiso con el uso para el bienestar general que motivó su colocación bajo el régimen público al margen de su explotación y comercialización privada en el caso concreto gracias a alguna de las figuras excepcionales que le sirven de instrumento y cauce.

Frente a estas concretas propuestas legislativas y reglamentarias, cabe preguntarnos si no nos encontramos con una nueva fórmula de “*populismo*” con otros contenidos no menos autoritarios. Este nuevo “*populismo*”, que también nos ofrece un replanteo de la representatividad, una nueva fórmula de vínculo entre el pueblo y su gobernante –el “*líder*”–, en virtud del cual pasa a ser este quien establece los contenidos y las metas de esa representación política gracias a una poderosa inspiración, que solo se encarna en los poseedores del carisma, en “*los hombres de bien*”, a los que se considera hoy muy necesarios, sobre todo, para definir aquel “*discurso nuevo*”⁽⁷¹⁾, aquel –ahora “*no-rumbo*”– que no es otro que la verdadera “*voluntad popular*” así modificada y transformada, y ahora políticamente expresada, por parte del “*líder*”. Este que es quien formula y –a la vez– pretendidamente interpreta legítimamente los términos de la representación que él mismo ejerce apoyado por “*las fuerzas del cielo*”...

Los argentinos nos encontramos frente a un reciente resultado electoral complejo en la composición de sus factores, como la intempestiva y relevante convicción liberal económica, claro que fruto del fracaso de anteriores políticas intervencionistas demagógicas, alto grado de corrupción y su consecuente rechazo masivo por la población provocado como consecuencia de la desaparición de la paciencia y de la voluntad de espera frente al funcionamiento de los mecanismos propios del orden institucional. Es más, se nos propone “*la destrucción del Estado*” como solución frente al fracaso de este y el “*anarcocapitalismo*”⁽⁷²⁾ como ideología fundante⁽⁷³⁾.

Se suma a este cuadro la comprobación efectiva del otro fracaso que también ha demostrado que la “*dimensión cuantitativa de la solidaridad, en crecimiento exponencial a través de subvenciones, ayudas y auxilios a los vulnerables, no ha incidido favorablemente, desde una perspectiva cualitativa, en una mejora real de las condiciones de vida de los ciudadanos*”⁽⁷⁴⁾.

(70) ESTEVE PARDO, ob. cit., p. 98.

(71) LACLAU, Ernesto, *El constitucionalismo busca mantener el poder conservador*, en diario “*Perfil*”, del 14 de octubre de 2012, p. 14. Esta argumentación fue contestada en términos destacables por GARGARELLA, Roberto, en *Ante el constitucionalismo conservador*. El equívoco presidencialista “*que apela directamente a las masas*”, en diario “*Perfil*” del 21 de octubre de 2012.

(72) GAUS, Gerald F. y Chandran KUKATHAS, *Handbook of Political Theory*, Sage Publications. También ROTHBARD, Murray, *Hacia una nueva libertad. El manifiesto libertario*, Unión Editorial, 2021.

(73) Las frases entre comillas en estos dos párrafos son expresiones textuales del Presidente de la Nación Argentina en sus mensajes y discursos antes y después de su elección.

(74) RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Derecho administrativo, dignidad humana y derechos sociales fundamentales*, en “*Revista Jurídica Austral*”, Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, vol. 2, n.º 2, diciembre de 2021, p. 186 y sgs. Cabe hacer notar cómo desde posiciones políticas adversarias al plan del actual gobierno se sostiene que “*El deterioro socioeconómico y la desigualdad, la hipocresía elitista del progresismo negador, la violencia y la crueldad incultivada vienen avanzando desde antes que ‘la libertad’*. Por el contrario, creo que ‘*la libertad avanza*’ porque ‘*la comunidad retrocede*. Retrocede en su cohesión interna y sus valores colectivos. Retrocede en el cumplimiento de sus normas positivas (leyes) y consuetudinarias (pautas culturales). Retrocede en la aplicación efectiva de los derechos consagrados en la Constitución que, para los excluidos y un sector importante de la clase media empobrecida, se han converti-

Esta compleja situación impide el abordaje sólido basado en la homogeneización y en la conciliación de los requerimientos y dificulta la necesidad de analizar pormenorizadamente los fenómenos y sus matices en toda su dimensión y complejidad y la necesaria construcción de algunos –aunque mínimos– consensos.

Es entonces donde corremos el riesgo, al igual que en las deplorables prácticas políticas desarrolladas en los estos últimos tiempos inmediatos, de ser nuevamente rechazados por una mayoría indudable. Así ocurre que en donde se hace imprescindible la motivada respuesta interdisciplinaria, se nos obliga a aceptar las respuestas simples a los problemas complejos, a las consignas, al eslogan, tan apreciados por nuestra politiquería actual⁽⁷⁵⁾; reina el apuro y la impaciencia hasta en los juristas más destacados⁽⁷⁶⁾, a pesar de que se insiste desde una nueva filosofía en que “*todo lo que estabiliza la vida humana requiere tiempo*” y la impronta actual nos lleva a un estadio en que “*lo que cuenta es el efecto a corto plazo. La eficacia sustituye a la verdad*”⁽⁷⁷⁾.

Estamos, sin darnos cuenta, otra vez ante un tipo de mandato donde el propio representante, sin condicionamiento, ni promesa, ni programa preciso alguno que lo sujete, elabora el contenido político móvil de la representación y se la atribuye a la voluntad de su mandante de quien se presenta como único intérprete legítimo del pueblo. Es evidente la grave dificultad presentada en estos días para arribar a acuerdos razonables y ello se pone en evidencia el enredado complejo de los mecanismos ordinarios de elaboración y sanción de las leyes. Necesariamente se impone la necesidad de ir hacia otros instrumentos de creación normativa, que pueden ser elaborados en su marco de referencia, porque tampoco son útiles los viejos artefactos administrativos que empleamos en años anteriores. Los aparentes triunfos legislativos de amplio espectro se enfrenarán en lo concreto con las realidades expresadas dentro del margen de apreciación local que el federalismo asegura a las provincias y estas a sus municipios.

Porque incluso aquellos tampoco pueden ser puestos en práctica de igual modo; la gran tarea de la nueva construcción de la coparticipación de las provincias es exigida por los requerimientos que atienden sustancialmente a sus procedimientos de construcción que al resultado arribado, como enseña Javier Barnes, donde el producto resultante ha dejado de ser el protagonista absoluto y donde no es posible invocar viejos instrumentos tales como la exorbitancia, los privilegios, la autotutela, la presunción de legitimidad, las modificaciones unilaterales...⁽⁷⁸⁾.

La autoridad de aplicación que debemos construir de acuerdo con la Constitución, como el Organismo Fiscal Federal⁽⁷⁹⁾, se vería fortalecida con su reformulación y con

do en expresiones ajenas, meramente nominales... Avanza el egoísmo rampante que puede ser individual o colectivo, virtual o presencial. Se ve en la sociedad y se ve en la política: yo y los míos contra todos. Eso es la desintegración social y la disolución nacional. Eso es la deshumanización. No la trajo Milei, Milei la expresa”, GRABOIS, Juan, Tomás, *Isaías y la deshumanización*, en <https://www.bairesparatodos.com.ar/tomasisaías-y-la-deshumanización/> [bajada del 12/06/2024].

(75) “*Viva la libertad, carajo...*”, “*no hay plata...*”, “*¡vengo a destruir el Estado desde adentro!*” (frases textuales del Presidente argentino).

(76) BIANCHI, Alberto, *El mega decreto de Milei frente al espejo de la Constitución*, en diario “*La Nación*” del 23/12/2023, <https://www.lanacion.com.ar/opinion/el-megadecreto-de-milei-frente-al-espejo-de-la-constitucion-nid23122023/>; afirma el autor que estamos ante “*una solución razonable y proporcional a la crisis que, si bien puede hacer crujir el andamiaje institucional, no lo rompe*”. También CASAGNE, Juan Carlos, en trabajo más reciente, concomitante con las normas que analizamos en este ensayo, *Sobre la constitucionalidad del DNU 70/2023*, en revista “*La Ley*” del 10/01/2024, p. 1, aporta una afirmación un tanto moderada: “*aunque el principio de la separación de poderes haya sido recogido en la Constitución (escrita o no, rígida o flexible) de todos los Estados, sus dos consecuencias primordiales, que son la independencia orgánica y la especialización, nunca se han interpretado y aplicado en forma absoluta*”.

(77) HAN, Byung-Chul, *No-cosas. Quiebres del mundo de hoy*, Taurus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, p. 19.

(78) BARNES, Javier, *Algunas respuestas del Derecho Administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el derecho privado, procedimientos de tercera generación*, en Javier BARNES (editor), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, INAP, Global Law Press, p. 361.

(79) El Organismo Fiscal Federal es el creado por la Constitución para fiscalización y control de la coparticipación federal en la Reforma de 1994, el cual no ha sido posible poner en funcionamiento en los treinta años pasados. Intenta hacer sus veces, y con muy escasos resultados, de un modo prácticamente estéril, una Comisión Federal creada por una ley anterior provisoria a la que ya referimos. Tratamos el tema en nuestro *Los “organismos” federales de control en la constitución: de servicios públicos y fiscal*, prólogo de Enrique Bulit Goñi, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2014.

ese accionar transparente, a la vista de los interesados, debe ser ejercida de modo legitimado y motivado con amplia explicación de sus medidas en un contexto complejo.

Existe el peligro de verlos totalmente deformados por otros instrumentos que coadyuvan a complicar su funcionamiento: los contratos “público-privados” cuando son más privados que públicos, los acuerdos globalizados, la habilitación de las inevitablemente oscuras “actas transaccionales”, los laudos arbitrales (internos y externos), los acuerdos regionales de las provincias, sus relaciones internacionales posibilitadas por la Constitución con conocimiento del Congreso, etc., un importante número de vías de sustracción de las competencias provinciales e interprovinciales en favor de las federales.

Las profundas crisis pasadas por Europa (2008 y 2020), los caóticos acontecimientos de mercados financieros y pandemia, han llevado a sostener⁽⁸⁰⁾ que “han dado lugar también a la creación de un derecho público caracterizado por una preeminencia de la urgencia, la provisionalidad y la inestabilidad; un derecho también menos democrático, menos garantista y más centralizado, en el que prima la incertidumbre. Es por ello que, superado este período se hace necesario reivindicar, más que nunca, el protagonismo del principio de legalidad administrativa”.

Pero esa tarea requiere de asistencia y regulación pensados en otra frecuencia y con otros objetivos a cubrir; no es posible seguir planificando estrategias, si es que las hay, basándonos en el siglo pasado y con ideas ya perimidas, fracasadas y en desuso. La riqueza necesaria para el sostenimiento de los derechos esenciales se ha desprendido de consideraciones territoriales y geográficas, ha perdido asidero físico tangible y se ha convertido en inasible para las viejas concepciones de la regulación y de las pretensiones tradicionales de tributación de los estados soberanos. La reconstrucción del acuerdo del federalismo de concertación no debe olvidar este aspecto esencial de la nueva política.

Tampoco ayudan los nuevos conceptos de “evaluación de impacto regulatorio” porque deben ser tomados con cuidado de no pretender encubrir un retroceso tendiente a medir solo consecuencias posibles en el campo económico (ahora globalizado) –sin ponderación regional, provincial y social– y regresar a las normas imperativas de laboratorio ahora reforzadas por esa medición si ella es realizada en forma unilateral y sin participación de aquellos destinatarios individuales, federativos, autónomos y sociales de la normativa en construcción.

La Administración Pública y el mercado necesitan del Derecho, entendido como “juridicidad”, para su accionar y para su subsistencia misma. Una Administración Pública sin normas que la guíen es, con seguridad, autoritaria y arbitraria a corto plazo; así como un mercado sin reglas que lo ordenen aun en su propia defensa, será muy pronto la ley de la selva. Ambas inadmisibles; ambas imposibles sin un rol adecuado del Estado ajustado a los principios constitucionales; y los derechos Administrativo y Constitucional ¡ausentes en ambas desviaciones!

En nuestra región, como en no pocos países, hemos declarado estados “de emergencia”, también en Argentina⁽⁸¹⁾, sin tener del todo presente que es, precisamente, en esos estados de alteración donde es más exigible la vigencia plena de la Constitución⁽⁸²⁾ y se transforma, por ello, en imprescindible la “buena administración” como sostuvo Jaime Rodríguez-Arana Muñoz en el Seminario de Doctorado realizado en Mendoza, Argentina, el día 1 de marzo de 2024.

Se verifica más preocupación por los avances coyunturales de aprovechamiento de las debilidades provinciales, y del aflojamiento de las defensas y de las organizaciones sociales, caídas en profundo desprestigio por su papel pasivo frente a notables abusos populistas pretendidamente de izquierda, inermes ahora frente al –también pretendido– populismo de derecha, ha tapado y esterilizado toda defensa frente al irrefrenable avance del ya referido y autodenominado “anarco-capitalismo”.

(80) HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco L., *Las mutaciones del principio de legalidad administrativa (Bases constitucionales y doctrinas del Derecho Administrativo)*, Iustel, Portal Derecho S.A., Madrid, 2023, p. 20.

(81) Ver Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 de diciembre de 2023; y antes, la Ley 23696, la Ley 23544, la Ley 25561 (y sus reiteradas prórrogas durante quince años), la Ley 27604, la actual 27742.

(82) Ver fallo “Hamdan v. Rumsfeld, secretary of defense”, et al. certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia (circuit No. 05-184; argued March 28, 2006 - Decided June 29, 2006).

Pareciera que solo es posible aproximarse al fenómeno que describimos desde conceptos globalizados, desde valores consensuados, comprensivos del horizonte en que se desenvuelve. No es posible pensar ya en normativas exclusivamente oficiales públicas estatales centrales ni solo provinciales y municipales sino que deben converger construcciones también vinculadas a los sectores no estatales, incluyendo a los de carácter transnacional que puedan aunar fuerzas de tal modo de compensar hoy poderes privados ya globalizados que exceden en mucho a los recursos económicos y posibilidades de muchos estados nacionales.

Se trataría de avanzar hacia formas de “colegislación” privada y pública, estatal y no estatal, nacional y transnacional, provincial y municipal, regional, acordes al carácter y naturaleza de los problemas que aquejan a los sujetos a los que se dirigen y que le reclaman las respuestas⁽⁸³⁾.

VII. Reflexiones provisorias

El panorama que hoy exhibimos muestra el desencanto con las autoridades y la política en general que hace explicable el surgimiento de instancias solo sostenidas en consignas demagógicas canalizadas por vínculos informáticos y sus operadores eficaces de redes sociales. El federalismo no escapa a esa disconformidad; no es eficiente en demostrar con evidencia sus ventajas y virtudes y que estas sean percibidas por los habitantes de sus provincias; no convencen frente a las promesas y a los cantos de sirena que provienen desde el centralismo. Cabe preguntarnos: ¿quién se levantaría en armas en defensa del federalismo en estos tiempos?

Por esa razón es que observamos cómo se avanza en normativas sobre la base de consentimientos completos sostenidos en informaciones incompletas y sesgadas, sobre medias verdades que contienen –necesariamente– mentiras enteras. Sobre negocios, explícitos e implícitos, basados en contratos públicos bajo la bandera de la privatización (p. ej., concesiones de explotación de servicios públicos, de medios radioeléctricos y cibernéticos, de recursos naturales del dominio público, etc.).

Y es para esta maniobra de amplio espectro que se pretende ausentar necesariamente al Estado, sobre todo al Estado controlador, garante y custodio del patrimonio público de los usuarios en riesgo de ser capturados por los sistemas descontrolados⁽⁸⁴⁾. Por esta causa se ordena el desmantelamiento de controles previstos por la Constitución, como los organismos de control de servicios públicos⁽⁸⁵⁾ o se esteriliza aquellos que funcionan, como lo es la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación destinada a controlar los decretos de necesidad y urgencia y los delegados; o se los deja vacantes, como es el caso del Defensor del Pueblo de la Nación desde 2009 en adelante⁽⁸⁶⁾; o se sostiene una acusación en trámite evidentemente inviable contra la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Estamos ante un Estado que es “Estado-parte” y sujeto pasible de demandas nacionales e internacionales por sus responsabilidades públicas asumidas en tal carácter en el ámbito de tratados y convenciones sobre DD. HH. y sometido a estrados de organismos internacionales. Un Estado que será quien deberá pagar todos los desarreglos que se produzcan en ese ámbito pretendidamente privatizado no obstante la presencia e involucramiento de bienes y servicios del dominio público. Sea que fuera la actuación de la Nación, de una provincia o de un municipio.

Es por ello que esas posiciones ideológicas hoy oficialistas en Argentina, ya referidas, autodenominadas “anarco-capitalistas”, que buscan la supresión del Estado, por constituir una “asociación ilícita”, por ser un “enemigo”, de quien solo emanarían normas destinadas a delinquir en perjuicio de los ciudadanos contribuyentes de ese Estado ineficiente, expresan en realidad lo único que con claridad son: solo anarquistas; algo inadmisibles en la conducción responsable del Gobierno del Estado y que constituye un oxímoron con el concepto mismo de Estado.

El enemigo del Estado es también enemigo del mercado. Como dijimos, y reiteramos, hasta la protección del

(83) D'ALBERTI, ob. cit., p. 116; el autor titula ese capítulo: “Equilibrio e desequilibrio del diritto globale dell'economia”.

(84) Primer DNU del Gobierno Federal asumido el 10 de diciembre, es el 55/2023, mediante el cual se intervienen los controles sobre los servicios públicos de distribución de electricidad y gas domiciliario.

(85) Ver Decreto 55/2023 de diciembre de 2023 de intervención administrativa sobre ENRE y ENARGAS por parte del Gobierno Federal que está sometido constitucionalmente a su control.

(86) Ha sido imposible reunir la mayoría exigida por el art. 86, CN, para su designación.

mismo mercado y de sus reglas requiere de un marco normativo y de una autoridad que las haga cumplir; de igual modo, el federalismo de concertación precisa de ese concierto⁽⁸⁷⁾ de voluntades de sus unidades “*intrafederales*”. Necesita controles recíprocos.

La completa ausencia de actividad normativa, de concordancia y de control de parte del Estado es abiertamente inconstitucional, incompatible con el capitalismo, porque solo beneficia al más fuerte, es –precisamente– la ley de la selva, todo lo contrario al Estado que es parte del espacio humano y constitucional⁽⁸⁸⁾.

Aunque el horizonte está complicado, pensamos que sí es posible, y bregamos por ello, no solo la transformación de ese Estado corrupto actual para sacarlo de su ineficiencia, de esa concentración en el ámbito del área urbana centralista, sino que también urge un desarrollo más amplio de nuestros organismos públicos no estatales; la organización de la sociedad con fines públicos en defensa de sus intereses colectivos. En ese rumbo nuestra constitución ha dotado a esas organizaciones de legitimación procesal activa para la defensa de sus fines e “*intereses de incidencia colectiva*” (art. 43, CN) mediante el empleo de la acción rápida y expedita del amparo.

Tal vez en nuestros días nos encontremos con la multiplicación de fuentes normativas que derivan de la emergencia económica y social que nos afecta, pero en ese caso, será el Estado el único con posibilidades⁽⁸⁹⁾ de afrontar ese problema que tiende a la ilusión del comité y de la asamblea desordenada en el centro y a la disgregación en el conjunto federal.

Sin duda la situación tiene sus explicaciones en la realidad de quienes cuentan con experiencia y que nos muestran, por un lado, un Estado (equiparado conceptualmente a “*gobiernos*”) que fue “*degradándose desde la categoría de motor más poderoso del bienestar universal a la de obstáculo más detestable, péfido y molesto para el progreso económico*”, pero también, por el otro, se ha señalado que “*tras la pérdida de la confianza pública en la sapiencia y potencia del Estado, le ha llegado el turno a la presunta efectividad de la ‘mano invisible del mercado’ de perder su credibilidad*”, pues “*sin control alguno, los mercados que se guían únicamente por el criterio de la rentabilidad conducen a catástrofes económicas y sociales*”⁽⁹⁰⁾.

Entonces tenemos el difícil deber de construir la Concertación Federal, esa Administración Pública Moderna y ese Nuevo Derecho, que hoy se encuentran con un estado de divorcio, entre el poder y la política, que los ha llevado a un “*doble aprieto*” en el que los gobiernos deben estar atentos a un electorado frente al que no puede cumplir las promesas de campaña, a provincias necesitadas de atención especial y las fuerzas globalizadas que “*no deben lealtad alguna a los electores y no están obligadas a escuchar sus agravios, como tampoco están de humor para sacrificar sus propios intereses para acallar quejas*”⁽⁹¹⁾.

Esta situación objetiva, innegable debido a la presencia de sus efectos indiscutibles de decadencia y de pobreza, ha desafiado a la Administración que ya no puede ser “*mal gobierno*” o una “*mala administración*” sino que se encuentra frente a la amenaza de lo que Nieto ha denominado el “*desgobierno de lo público*”, describiéndolo certeramente por su nota de “*intencionalidad y no la mera ignorancia o incapacidad que provocan un mal gobierno o una mala administración*”⁽⁹²⁾ y que Gordillo⁽⁹³⁾ ha mencionado como “*emergencias autoinfligi-*

das”, que imponen la necesidad de un punto final y el recomienzo.

Por ello los mercados, como la política, están constreñidos a encontrar instrumentos eficaces que colaboren a sostener la esencia última de su existencia que es la atención de todos los requerimientos –demandas en el caso mercantil– lo más rápido posible, sosteniendo y protegiendo el máximo de libertad personal en ese marco de igualdad y de fraternidad. Porque es en esa misma libertad bien concebida donde se juega la existencia del mercado en términos humanos y culturales, apartados de la ley del más fuerte y sin reglas, es decir, del “*bellum omnium contra omnes*”⁽⁹⁴⁾ donde el libre mercado es imposible. Estamos obligados a generar espacio para la “*economía de mercado socialmente responsable*” de Küng⁽⁹⁵⁾.

Consecuentemente, quienes bregamos por la construcción de las normas básicas orientadas a la construcción del federalismo de concertación, las de coparticipación federal entre ellas, y por adecuadas evaluaciones de impacto tanto regulatorio como desregulatorio, a fin de tomar decisiones racionales desde la autoridad, no podemos perder de vista los nuevos paradigmas de una sociedad para la que ya no es cuestión de asegurar su libertad, ni siquiera su propiedad, sino tan solo –y nada menos– que su dignidad construida sobre la base de un trato equitativo y digno y en igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional. Se puede ser propietario y libre pero no carente de dignidad que otorgue sentido humano cualitativo a esa posición relativa en nuestra comunidad.

Finalmente, no es posible el cambio sin violencia con el consenso solo numérico y volátil que se obtiene en el conurbano y en el Área Metropolitana de Buenos Aires (denominada AMBA). Es imprescindible el apoyo cualitativo del conjunto interior, provincias (que incluyen la casi totalidad territorial de la provincia de Buenos Aires), que son los sujetos del federalismo argentino; que son el origen de la riqueza nacional. Sin ellos no será posible; ellos no podrán por sí solos imponer su voluntad, pero pueden dificultar severamente (y hasta demoler) cualquier intento que pretenda dejarlos de lado en el diseño del porvenir nacional.

Considero conveniente recordar con Michael J. Sandel que la vieja discusión acerca de “*qué alcance debe tener el estado de bienestar en nuestro país, hasta dónde deben extenderse nuestros derechos y garantías, cuál es el grado adecuado de regulación pública de nuestras vidas, son herencia de debates de tiempos pretéritos*”⁽⁹⁶⁾, y que nos encontramos desarrollando un debate esencialmente humanista, cultural, social y político cuyas definiciones tendrán consecuencias económicas concretas pero que no deben ser estas y sus impulsores quienes tengan la última palabra, pues sería tan efímera como esos intereses en general coyunturales y subordinados a otros nuevos inmediatos que obligarán a nuevas crisis.

Quienes apostamos a construir y fortalecer y recuperar las instituciones constitucionales interestatales, estatales y no estatales en su faena por la persecución del bien común y el reinado de la justicia social, sostenida en la dignidad de nuestros hermanos, no tenemos otra salida que continuar en nuestro empeño docente y también en el plano participativo que nos toque desempeñar con responsabilidad y convicción de que la tarea vale la pena y que son muchos los que esperan de nosotros las contribuciones y las respuestas, mensajes y orientación que estemos en condiciones, humildemente, de aportar.

Mendoza, Chacras de Coria, 25 de julio de 2024.

VOCES: PODER JUDICIAL - PODER EJECUTIVO - ECONOMÍA - EMERGENCIA ECONÓMICA - ESTADO - DERECHO COMPARADO - DERECHO ADMINISTRATIVO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DERECHO CONSTITUCIONAL - PODER LEGISLATIVO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - DEMOCRACIA - MINISTERIOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA - DERECHO POLÍTICO - DIVISIÓN DE PODERES - PARTIDOS POLÍTICOS

(87) PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Federalismo desconcertado. La coparticipación federal “provisoria” bajo “precautoria”,* en revista “*El Derecho Constitucional*”, EDCO, febrero de 2023, nro. 1-2, p. 5.

(88) HÄBERLE, Peter, *Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo*, en César LANDA, coordinador, *Constitución económica del Perú [Foro Económico Asia-Pacífico APEC]*, Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina, año III, nro. 6, edición especial, Palestra Editores, Lima, 1991, p. 37. También TODOROV, Tzvetan, *Los enemigos íntimos de la democracia*, Galaxia Gutenberg, Buenos Aires, 2012, p. 116, donde manifiesta que “*para que la sociedad funcione, todos deben creer que alguien garantiza las reglas con las que vivimos*”.

(89) CASSESSE, Sabino, *La democracia y sus límites*, Global Law Press, INAP, Sevilla, 2018, p. 73.

(90) BORDONI, Carlo, *Una definición de crisis*, en BAUMAN, Zygmunt y Carlo BORDONI, “*Estado de Crisis*”, Barcelona, 2016, p. 22-23.

(91) BAUMAN, Zygmunt, en BAUMAN y BORDONI, “*Estado de crisis*”, ob. cit., p. 32.

(92) NIETO, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, Ariel, Barcelona, 2008, p. 31.

(93) GORDILLO, Agustín A., Prólogo, al libro de MAIRAL, Héctor A., *Las raíces legales de la corrupción. O de cómo el Derecho Público*

fomenta la corrupción en lugar de combatirla, Cuadernos Res Pública Argentina, Ediciones RAP S.A., Buenos Aires, 2007.

(94) HÄBERLE, ob. cit., p. 105. El subrayado pertenece al autor.

(95) KÜNG, Hans, *Una economía decente en la era de la globalización*, Editorial Trotta, Madrid, 2019, p. 29.

(96) SANDEL, ob. cit., p. 27.

Los límites interprovinciales en la Constitución Nacional. Aspectos jurídicos, políticos y técnicos en torno a su fijación

por LEOPOLDO M. A. GODIO^(*)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. — II. LA LUCHA POR EL ESTADO FEDERAL Y EL ESTABLECIMIENTO DE LOS TERRITORIOS NACIONALES. — III. LA NATURALEZA DEL DISEÑO CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE LÍMITES INTERPROVINCIALES. ANTECEDENTES Y MARCO JURÍDICO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LÍMITES INTERPROVINCIALES: UN DELICADO EQUILIBRIO EN EL ORGANIGRAMA LEGISLATIVO-EJECUTIVO. — IV. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LOS LÍMITES INTERPROVINCIALES. — V. CRITERIOS DEL INSTITUTO GEOGRÁFICO MILITAR (ACTUAL INSTITUTO GEOGRÁFICO NACIONAL) FRENTE A CONTROVERSIAS LÍMITROFES INTERPROVINCIALES. LA TENDENCIA HACIA LA ESTABILIDAD DEL LÍMITE. V.a) LOS LÍMITES FLUVIALES. V.a.1) Corrientes y Santa Fe. V.a.2) Chaco y Corrientes. V.a.3) Neuquén y Río Negro. V.b) LOS LÍMITES TERRESTRES. V.b.1) Córdoba y La Pampa. V.b.2) Chaco y Salta. V.b.3) Salta y Formosa-Chaco. V.c) OTROS CRITERIOS ADOPTADOS EN TORNO A LA ESTABILIDAD DEL LÍMITE INTERPROVINCIAL. — VI. LA POSIBILIDAD DE DOTAR UNA PRECISIÓN DE LA LÍNEA DE FRONTERA PROVINCIAL. — VII. EL ROL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN COMO ESCLARECEDOR DE LA REDACCIÓN CONSTITUCIONAL. JURISPRUDENCIA NACIONAL. — VIII. REFLEXIONES FINALES. — IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

La actual conformación y regulación limítrofe de la República Argentina posee dos ámbitos relacionales: el exterior y el interior. El primero se caracteriza por los límites internacionales del Estado argentino, mientras que la segunda categoría se refiere a los límites interprovinciales y los correspondientes a los departamentales, en el supuesto dentro de cada una de las distintas jurisdicciones provinciales.

Con la sanción de la Constitución Nacional de 1853 no existían aún los denominados “Territorios Nacionales”, aunque el artículo 64 inciso 14 dispuso que correspondía al Congreso el arreglo definitivo de los límites del territorio de la Confederación y fijar los de las provincias, sin perjuicio de la organización, administración y gobierno de los propios Territorios Nacionales, que representaban casi la mitad del territorio nacional continental⁽¹⁾. El ar-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *La Reforma Constitucional de 1994 y el federalismo argentino*, por ALBERTO R. ZARZA MENSAQUE, EDCO, 2004-667; *Federalismo y declaraciones de derechos. Primera Parte: Aproximaciones desde el derecho constitucional comparado*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2012-473; *Federalismo y declaraciones de derechos. Segunda Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1819-1853*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2012-589; *Federalismo y declaraciones de derechos. Tercera Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1853-1860*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2013-313; *El federalismo ante la responsabilidad patrimonial de los jueces*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2013-151; *Fortalecimiento del federalismo y los principios de cooperación leal y subsidiariedad*, por ROBERTO ANTONIO PUNTE, EDCO, 2013-591; *Federalismo y declaraciones de derechos. Cuarta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1862-1916*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2014-585; *La necesidad del federalismo*, por JULIO CONTE-GRAND, ED, 264-699; *El federalismo, la justicia y el bien común*, por JUAN C. CASSAGNE, EDA, 2015-671; *Federalismo y declaraciones de derechos. Quinta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1916-1949*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2015-613; *Federalismo y declaraciones de derechos. Sexta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1949-1955*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2016-330; *Federalismo y declaraciones de derechos. Séptima Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1955-1983*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2016-594; *Federalismo y declaraciones de derechos. Octava Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1983-1994*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2017-310. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Abogado, Magister en Relaciones Internacionales y Doctor (tesis sobresaliente, *summa cum laude*, en área historia del derecho, con recomendación al Premio Facultad y publicación, Universidad de Buenos Aires). Doctor en Ciencias Jurídicas (tesis sobresaliente, *summa cum laude*, en área derecho internacional, con recomendación de publicación, Pontificia Universidad Católica Argentina). Profesor de Derecho Internacional Público de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Las opiniones expresadas por el autor solo revisten carácter a título personal y no comprometen a institución u organización alguna.

Nota adicional: el autor desea agradecer especialmente a Carlos J. Laplace, por facilitar una copia de su extraordinaria tesis doctoral, debidamente referenciada.

(1) Estas extensiones cubrían el 43 % de la superficie continental argentina y estaban bajo el control del gobierno central. Su fundamento

título en cuestión no fue objeto de cambio sustancial en la incorporación bonaerense en 1860, ya que tan solo se alteró la numeración del artículo 64 al 67 y se modificó la expresión “Confederación”, que dejó lugar a “Nación”, manteniéndose el resto inalterado también en la actual redacción del artículo 75 inciso 15.

Sin embargo, a pesar de su aparente sencillez, este inciso contiene aspectos muy sensibles referidos a la conformación y el diseño del Estado argentino —que tienen su fundamento, incluso, desde el propio Preámbulo de la Constitución en lo referido a la constitución de la unión nacional y la consolidación de la paz interior— a la que se adicionan interpretaciones posteriores que, al momento de su aplicación, se han nutrido de doctrina y práctica proveniente del derecho internacional.

Es por esta razón que juzgamos necesario analizar esta disposición en particular, en la creencia de que tiene aún bastante por decir en la reflexión de los constitucionalistas al cumplirse el trigésimo aniversario de la reforma constitucional argentina de 1994.

II. La lucha por el Estado federal y el establecimiento de los Territorios Nacionales

Los sucesivos intentos de establecer, definitivamente, la base jurídica nacional a través de una organización constitucional es una cuestión mucho más profunda que las diferencias políticas e ideológicas entre los unitarios, por una parte, que buscaban un poder centralizado en Buenos Aires; y los federales, por la otra, que no se conformaban con un precario ordenamiento de pactos interprovinciales.

El desarrollo del combate en Caseros y al año siguiente en la boca del río Salado tuvo como vencedor a los federales y marcó el desarrollo de los acontecimientos de 1853, en particular, la labor de la Comisión Redactora que no podía escapar a la experiencia vivida, por cuanto “(...) se adaptaba a las necesidades del país, a la vez que servía de corrección al estado inorgánico que cesaba, en su doble función de reflejar los hechos y normar los usos”⁽²⁾.

Promulgada la Constitución Nacional, el 25 de mayo de 1853, se logró una organización institucional pero la negativa de Buenos Aires obligó a la clausura de la asamblea por parte de Urquiza. No fue hasta la batalla de Cepeda y el ulterior pacto celebrado en San José de Flores de 1859 —las condiciones allí previstas— que se logró la reincorporación de la provincia faltante, aunque la victoria de los bonaerenses en la batalla de Pavón de 1861 terminó de definir el sistema federal, al menos en lo formal.

En esa época, la ley 80 de organización y distribución de ministerios nacionales (1856) le asignaba al Poder Ejecutivo aquellos asuntos referidos a los límites provinciales, la creación de nuevas provincias, su unión o división, como también las cuestiones referidas a la división en departamentos, distritos, creación de municipalidades, ciudades, villas y designación de capitales a cargo del Ministerio del Interior.

La descripción de todo lo anterior es un reflejo de las tensiones que se proyectan en el devenir —aún hoy en día— de nuestra vida constitucional. En efecto, la aclaración de la posesión del territorio por parte de la Argentina en el ámbito externo —tal como ocurrió, por ejemplo, con un sector disputado con Paraguay⁽³⁾— y en el ámbito interno —con el inicio de la campaña del desierto, en la región pampeana y la Patagonia— que coincide, en esen-

jurídico era la ley 28, que atribuía “[...] todos los territorios fuera de los límites o posesiones de las provincias son nacionales”.

(2) Ruiz Moreno, Isidoro J., *La lucha por la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 1976, pp. 369-374.

(3) A través del Tratado Irigoyen-Machain de 1876, que acordó señalar al río Paraná como límite, al tiempo que Paraguay renunció al sector entre los ríos Pilcomayo y Bermejo, progresos posibles una vez finalizada la Guerra de la Triple Alianza y el sometimiento de un sector de la frontera a arbitraje, cuyo laudo fue emitido por Hayes, Presidente de los Estados Unidos, en 1878. Cfr. Godio, Leopoldo M. A., “Cuestiones limítrofes de la República Argentina”, en Luis F. Castillo Argañarás (dir.), *Tratado de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Errepar, 2024, p. 416.

cia, con el periodo conocido de la Organización Nacional (1852-1880).

En el caso de la Patagonia, el sector dirigente nacional empleó la estructura político-administrativa de los Territorios Nacionales a todo espacio sometido o por someter a la autoridad de la Nación y no a la de ninguna de las provincias existentes, cuestión que luego daría inicio a unidades administrativas *sui generis* no exenta de transacciones entre provincias y Nación hasta 1884⁽⁴⁾.

En otras palabras, a medida que el Estado comenzaba a ejercer la posesión sin cuestionamiento, aparecieron los primeros territorios federales y las consecuentes disposiciones sobre su organización y límites provisorios. Por caso, mediante las leyes 947 y 954, en 1875 se dividen los Territorios Nacionales en secciones a ambas márgenes del río Chubut y en 1878 se fija el límite de las tierras nacionales al exterior de las fronteras provinciales de Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba y San Luis. En ese mismo periodo se establece la gobernación en el territorio de la Patagonia, con asiento en Mercedes de Patagones, bajo dependencia del Ministerio de Guerra y Marina⁽⁵⁾.

Casi simultáneamente, la región del Chaco fue objeto de varias disposiciones, ya que la ley 686 (1874) había dispuesto su territorio sobre la derecha del río Paraná – entre el río Bermejo y Arroyo el Rey– hasta la sanción de la ley 1262 (1882), que crea formalmente el territorio El Chaco –integrado por los entonces Territorios Nacionales de Formosa y Chaco–, cuyos límites subsistieron hasta su provincialización. Por esos años, también se fijan los límites de Corrientes a través de la ley 1149 (1881), al tiempo que se crea y organiza el territorio nacional de Misiones⁽⁶⁾.

En otras palabras, no es sino hasta la sanción de la ley 1532 (1884) que estableció los límites de los Territorios Nacionales –segregando algunos de los sectores que hemos referido– y puso fin al dictado de normas provisorias aisladas destinadas a la creación, administración y límites de los territorios existentes a medida que se creaban.

Esta ley fue la primera en su tipo con carácter general y sirvió para fijar los límites de los Territorios Nacionales con las provincias colindantes de Salta, Santiago del Estero, Santa Fe, San Luis y Córdoba, concibiendo a las más recientes posesiones –con fundamento en la percepción generalizada de que solo la Nación contaba con los recursos para incorporar estos espacios– como:

“(…) dependencias centralizadas del Ejecutivo Nacional, mediante una transacción con las provincias limítrofes con la frontera sur y en razón de la potencialidad exclusiva del Estado federal para operar en ellos la nacionalización... de los nuevos espacios [y sus medios para lograrlo...] una pronta provincialización, una presencia preeminente y activa del Estado nacional en ellos, la vinculación entre los Territorios y el Congreso de la Nación mediante delegados sin voto... y el nombramiento, con acuerdo senatorial, de gobernadores con amplios poderes... según el modelo de la *Ordinance of the Government of the United States' Territory of the Northwest of the Ohio River* de 1784... Sin embargo, esa iniciativa basada en la experiencia estadounidense y en el derecho constitucional de representación que amparaba a los ciudadanos de los Territorios fue rechazada por inconstitucional, híbrida e innecesaria a los ojos de la mayoría de los legisladores nacionales”⁽⁷⁾.

En las décadas siguientes, el régimen se mantuvo firme en su intención aunque sus resultados eran lentos en cuanto a los objetivos parciales de institucionalización y eficacia, tal como se advierte en los mensajes presidenciales de Roca y Juárez Celman. Posteriormente, Sáenz Peña advirtió la necesidad de una reforma estructural de los Territorios Nacionales y su diversidad para, cuanto antes, aumentar el número de nuestras provincias; aunque fue Roca –en su segundo gobierno, y que explica los leves cambios en la ley 3727 de organización ministerial– quien observó las deficiencias para que estos territorios puedan completar cuanto antes su evolución con auxilio nacional y alcanzar carácter de entidad política independientes conforme la Constitución⁽⁸⁾.

Lo anterior se tradujo en la implementación de reformas menores que no buscaban modificar el fondo de la cuestión hasta inicios del siglo XX, en que se buscó centralizar el poder político en el Poder Ejecutivo. Su resultado fue “(...) la parálisis institucional de los Territorios y su cristalización como espacios coloniales internos”⁽⁹⁾.

Ello explica que, posteriormente, en 1904 –y no exento de polémica–, el Poder Ejecutivo Nacional decretó la división administrativa de los Territorios Nacionales que determinó, explícita e implícitamente, futuros tramos limítrofes⁽¹⁰⁾.

Durante ese periodo, el 9 de enero de 1900, el Congreso sancionó la ley 3006, que estableció al denominado “Territorio de los Andes”, como consecuencia del acuerdo preliminar con Bolivia respecto de la Puna de Atacama también pretendida –y ocupada de facto en ese momento– por Chile. Esta extensión fue cedida, en 1943, a las provincias colindantes de Salta, Jujuy y Catamarca⁽¹¹⁾.

Las últimas etapas se corresponden con la ley 17.324, restablecida por la ley 21.583, que creó la Comisión Nacional de Límites Interprovinciales. Ramella agrega que a su gestión se sancionaron las leyes 22.184 y 22.200 que fijan, respectivamente, por un lado, los límites entre La Rioja y San Luis; y entre Mendoza y San Juan, por el otro⁽¹²⁾.

Actualmente, todo el territorio argentino está formado por provincias y no quedan territorios o gobernaciones nacionales. El último fue Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (hasta 1991); mientras que la Ciudad de Buenos Aires –sede de la Capital Federal– posee un gobierno autónomo y constituye un nuevo sujeto distinto al Estado federal, aunque equiparable a las provincias. De este modo es que se puede conceptualizar al territorio nacional, tal como afirma Badeni, como la suma de los territorios federalizados, los Territorios Nacionales y el espacio físico correspondiente a la Ciudad de Buenos Aires “(...) en su calidad de ente constitucional dotado de autonomía derivada”⁽¹³⁾. Este razonamiento es coincidente con Gelli, para quien:

“Los Territorios Nacionales constituían parcelas administrativas de la Nación, bajo la jurisdicción del Estado federal que las organizaba... esos Territorios Nacionales se fueron provincializando e integraron en un pie de igualdad con las provincias históricas, a la federación argentina... [aunque] el proceso político-institucional de provincialización acabó con los Territorios Nacionales en la República Argentina, quedan bajo jurisdicción federal la denominada por nuestro país Antártida Argentina... y, por lo menos en la declaración formal y la reivindicación histórica y jurídica, el territorio de las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur...”⁽¹⁴⁾.

Respecto al comentario anterior y en lo referido al sector antártico argentino, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la ley 23.775, razón por la cual en nuestra legislación interna el territorio se encontraría bajo jurisdicción provincial. Sin embargo, es correcto que el artículo 2º de la ley referida subordina esas cuestiones a los tratados que efectivamente se concluyan –y entren en vigor– y las actividades del Estado argentino en la Antártida caen bajo jurisdicción federal. En otras palabras, son las actividades y no el territorio lo que reviste carácter federal, más allá del régimen del Tratado Antártico de 1959 y el posterior desarrollo de su Sistema⁽¹⁵⁾.

En definitiva, pueden ensayarse diferentes teorías y críticas al camino recorrido, pero en nuestra opinión la creación de los Territorios Nacionales puede ser entendida como un esquema jurídico general apto para un ejercicio de dominio soberano y transitorio en estos espacios en general, sin desconocer el contexto político de su gestación y seguimiento, ni la existencia de defectos políticos en su implementación al ignorar las particularidades regionales.

(9) *Ibidem*, p. 86.

(10) También presenta polémica la ley 18.501, de 1969, que fija el límite entre las provincias de Neuquén y Río Negro, quedando pendiente su demarcación.

(11) D'Andrea, Ramón, *supra* nota 5, p. 27.

(12) Ramella, Pablo A., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 722.

(13) Badeni, Gregorio, *Derecho Constitucional*, 2da. ed., Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 362.

(14) Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 4ta. ed., Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 188.

(15) Godio, Leopoldo M. A., “Las actividades mineras en la Antártida: régimen actual y potenciales desafíos”, *Cuadernos de Derecho Internacional*, N° XIV, 2021, pp. 137-139.

(4) Navarro Floria, Pedro L., “La nacionalización fallida de la Patagonia Norte, 1862-1904”, *Quinto Sol*, N° 7, 2003, pp. 63-64.

(5) D'Andrea, Ramón, *Cuestiones de límites interprovinciales, antecedentes históricos. Línea Barilari: fijación y demarcación*, Salta, Comisión Bicameral Examinadora de Obras de Autores Salteños, 1996, p. 25.

(6) *Ibidem*, pp. 25-26.

(7) Navarro Floria, Pedro L., *supra* nota 4, pp. 65-67.

(8) *Ibidem*, pp. 68-69 y 85-86.

III. La naturaleza del diseño constitucional en materia de límites interprovinciales. Antecedentes y marco jurídico de la Comisión Nacional de Límites Interprovinciales: un delicado equilibrio en el organigrama legislativo-ejecutivo

El punto anterior es el antecedente y el contexto necesario para explicar un desarrollo paralelo y aproximarnos a esclarecer el funcionamiento del artículo en examen. En lo que nos interesa, la norma constitucional refiere una competencia que parece clara a cargo del Congreso: fijar los límites de las provincias y crear otras nuevas en los eventuales Territorios Nacionales y aprobar las decisiones que adopten las provincias al dividirse o fusionarse⁽¹⁶⁾.

Lo anterior se traduce en una estrategia de solución cuya claridad se advierte cuando, al sancionarse la Constitución de 1853, existían catorce provincias con cuestiones de límites interprovinciales pendientes que solo podía concluir el Congreso.

La inmediata sanción de la ley 28 en 1862, en concordancia con el entonces artículo 67 inciso 14, estableció que todos los territorios existentes más allá de los límites o posesiones provinciales revestían carácter nacional desde el 1º de mayo de 1853, y que el Poder Ejecutivo solicitaría a las provincias la información necesaria para fijar los límites de sus respectivas provincias.

Ello hizo creer que esta labor se iniciaría sin demoras, más cuando las provincias se abocaron a elaborar los respectivos informes de situación de necesaria remisión al legislativo, “(...) para lo cual se designan en cada caso, y en cada provincia, comisiones encargadas de estudiar todos los antecedentes sobre límites, cuestiones aún pendientes, zonas territoriales que les pertenecen pero sin ejercitar en ellas la posesión que les corresponde (...) los títulos que en su mayoría constituyen las actas de fundación (...)”⁽¹⁷⁾.

Sin embargo, el Congreso no inició con la resolución de estas cuestiones y se especula que ello pudo obedecer a “(...) la falta o contradicción de antecedentes, la obscuridad o deficiencia de las actas (...)” hasta 1882, año en que se sanciona la ley 1168 que habilitó el arreglo interprovincial a través del arbitraje, la mediación, la transacción o cualquier otro medio pacífico conveniente que, una vez concretado, debía elevarse con todos los antecedentes para su aprobación por el parlamento nacional⁽¹⁸⁾.

Fue así que las provincias comenzaron a arreglar sus respectivas cuestiones –en el plazo de dos años previsto por la ley 1168 y su prórroga, por otros dos años, por la ley 1447– a través del arbitraje de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), al arbitraje del Poder Ejecutivo, a la decisión del Ministerio del Interior⁽¹⁹⁾.

En ese tiempo, durante 1884 se inicia el trámite parlamentario del proyecto de Territorios Nacionales elaborado por el Poder Ejecutivo. Allí se realizó un examen de los innumerables antecedentes y experiencias comparadas que permitiesen abordar las discrepancias, ya que los límites que figuraban para el territorio de Formosa, El Chaco y La Pampa se superponían con los pretendidos derechos –fundados en argumentos históricos, actas de fundación, ocupación anterior o cuestiones geográficas– de provincias colindantes como Santa Fe, Santiago del Estero, Mendoza, San Luis y Córdoba. En efecto:

“(...) Los límites del territorio de El Chaco fueron impugnados por la provincia de Santa Fe, y Santiago del Estero... En tanto que Mendoza, San Luis y Córdoba exigían que el límite con el territorio de La Pampa debía modificarse... hacia el Sud... Y los límites asignados al territorio de Formosa afectaban a la provincia de Salta, al establecer el proyecto que el límite en el Sud era el río Bermejo hasta su desembocadura... La Pampa tenía en el proyecto, como límite, al Norte del paralelo... que divide el territorio nacional de las provincias de Mendoza, San Luis, Córdoba y Santa Fe”⁽²⁰⁾.

En la discusión parlamentaria se solucionaron algunas de estas peticiones a través de concesiones entre las provincias referidas y se modificó, de manera aceptable para ellas, el inciso 9º del proyecto del Poder Ejecutivo y se aprobaron las enmiendas.

(16) Gelli, María Angélica, *supra* nota 14, p. 187.

(17) D’Andrea, Ramón, *supra* nota 5, p. 43.

(18) *Ibidem*, p. 44.

(19) En ese período se sancionaron las primeras leyes sobre límites interprovinciales, que fijaron los límites que involucraron a Corrientes, Santa Fe y Santiago del Estero.

(20) *Ibidem*, pp. 31-32.

Sin embargo, parte del límite entre El Chaco y Santiago del Estero fue modificada poco tiempo después con la sanción de la ley 4141 (1902) y ha sido objeto de posteriores interpretaciones controversiales, ya que es considerada como aplicable a los límites de Salta- Santiago del Estero; y a los de Chaco-Salta:

“(...) teniendo en cuenta la redacción no muy clara de la misma... El error lo cometió la Comisión Bicameral de la ley 12.251, año 1935, al emitir dictamen en el caso Salta-Santiago del Estero... con lo que se priva a Salta de un importante sector territorial. Y volvió a cometer ese error la provincia de El Chaco, cuando promovió demanda por límites contra la provincia de Salta... Quien advirtió el error fue la Comisión Nacional de Límites, que... analizó con detenimiento el origen de la ley 4147, y fue favorable a la provincia de Salta”⁽²¹⁾.

Esta situación coincidió con una etapa en la que el Congreso Nacional se encargó de estas cuestiones –ya que era donde las provincias debían acudir– pero las críticas e interpretaciones controversiales no cesaron con la creación de una Comisión Técnica Especial (CTE), con el objeto de dictaminar respecto de su fijación en aquellos asuntos pendientes entre sí o con los Territorios Nacionales. Los estudios y conclusiones elaborados por la CTE contenían agregados técnicos y debían ser remitidos al parlamento nacional para su aprobación. En julio de 1943, el decreto 3301 dio por finalizadas las funciones de la CTE⁽²²⁾.

El artículo 3º del último decreto autorizó su reemplazo técnico por parte del Instituto Geográfico Militar (IGM), quien en lo sucesivo realizará estas labores y así comenzará a colaborar en la definición de las líneas limítrofes interprovinciales en disputa⁽²³⁾. Es en ese tiempo que se firma el decreto 10.652 (1946), que facultaba la gestión de acuerdos entre los gobiernos provinciales y autorizaba al IGM a emitir dictámenes.

Posteriormente, el artículo 14 de la Ley de Ministerios 16.956 (1966) estableció la competencia del Ministerio del Interior para estos asuntos; y al año siguiente, durante la administración de la Revolución Argentina, la sanción de la ley 17.324 creó la Comisión Nacional de Límites Interprovinciales (CNLI), con el objeto de asesorar en la determinación de las cuestiones limítrofes pendientes entre las provincias interesadas. En una de sus primeras sesiones, la CNLI oficializa las cincuenta cuestiones que iban a ser materia de análisis y aprobado su reglamento de funcionamiento notificó a las provincias para concurrir a una audiencia conciliatoria que, en caso de fracasar, emplazaba a las provincias a establecer sus pretensiones y ofrecer prueba de que, una vez producida y luego de los respectivos alegatos, se elaboraba un dictamen que incluye el trazado del límite, tanto en lo jurídico como en lo cartográfico⁽²⁴⁾.

En otras palabras, en cada caso particular, la CNLI convocaba a los representantes de las entidades provinciales para intentar conciliar, fijar o demarcar de forma común sus respectivos límites⁽²⁵⁾. De no llegar a un acuerdo, analizaba la documentación y pruebas aportadas por las partes –o requeridas también de oficio por la CNLI– y procedía a elaborar un dictamen, posteriormente puesto a consideración del Ministerio del Interior y elevado al Poder Ejecutivo para su aprobación⁽²⁶⁾.

Al concluir la etapa de la Revolución Argentina (1966-1973) que había establecido un Estatuto de pretendido rango constitucional –con la supresión de la división de poderes prevista en la Constitución Nacional de 1853-1860 y su concentración en el Jefe de Estado designado por la Junta Revolucionaria–, el restablecimiento de la actividad parlamentaria en 1973 ocasionó la disolución

(21) *Ibidem*, p. 34.

(22) La comisión había recibido sucesivas prórrogas mediante leyes 12.545 (1938), 12.633 (1940) y 12.744 (1942).

(23) Durante este período el IGM emite dictámenes en gran parte de asuntos conflictivos como Salta-Formosa, Salta-Chaco, Salta-Tucumán y Salta-Catamarca, entre otros.

(24) D’Andrea, Ramón, *supra* nota 5, pp. 49-56.

(25) En estos supuestos se incluyen, por ejemplo, los casos de Salta-Santiago del Estero y Salta-Catamarca en el tramo Vicuñaorco y Cerro Cajón. *Ibidem*, p. 57.

(26) El IGM y la Dirección General de Provincias de la Secretaría de Estado de Gobierno podían brindar apoyo administrativo y técnico. La labor de la CNLI colaboró en la determinación de los límites interprovinciales de Catamarca y La Rioja (ley 18.533, de 1969), Catamarca y Salta (ley 18.500, de 1969), Mendoza y San Luis (ley 18.498, de 1969), Neuquén y Río Negro (ley 18.501, de 1969), Formosa y Salta (ley 18.372, de 1969), Buenos Aires y Río Negro (ley 18.331, de 1969), La Pampa y Córdoba (ley 18.288, de 1969) y Chaco y Salta (ley 18.229, de 1969).

de facto, sin norma derogatoria, de la CNLI. No obstante, con el golpe militar de 1976 se sancionó la ley 21.583 que rehabilitó la labor de la CNLI dentro del organigrama del Ministerio del Interior, aunque con un nuevo funcionamiento interno⁽²⁷⁾ y que estuvo en funciones hasta el 10 de diciembre de 1983⁽²⁸⁾, año en que la actividad de fijación retorna al Congreso de la Nación.

Lo anterior no implica que la CNLI desconociese la Constitución ni su importancia, ya que incluso llegó a aclarar –en uno de sus dictámenes– que correspondía al Congreso Nacional esta atribución, por cuanto:

“(…) deberá necesariamente sujetarse a derecho respetando las legítimas pretensiones de las provincias. En aquellos casos en que preexiste una indefinición o imprecisión objetivamente insalvable en una delimitación interprovincial, la facultad del Congreso no podrá interpretarse como una actividad discrecional de éste, ante esta situación particular no sería válido apartarse del derecho a los efectos de evaluar las actividades estadales tendientes a consolidar una mejor titularidad”⁽²⁹⁾.

Sin embargo, ello no significa que el parlamento nacional intervenga como árbitro o decisor, sino que reviste carácter de circuito oficial a través de la composición de una cámara bicameral *ad hoc* –conformada por legisladores de ambas cámaras y representando los distintos bloques políticos– para la elaboración de un dictamen (luego de recabar todos los antecedentes históricos y legales pertinentes) que se constituya en proyecto de ley dedicado a fijar un límite interprovincial en concreto por parte del Congreso, tal como lo establece la Constitución.

De este modo es posible comprender, con una interpretación cuidadosa, que lo anterior no es más que una consecuencia de una clara y correcta observancia del actual artículo 75 inciso 15 de la Constitución Nacional. En efecto, Badeni aclara que los “límites interprovinciales” son “fijados” exclusivamente por el Congreso y que su redacción responde a los antecedentes históricos y la situación preexistente a la Constitución de 1853-1860, toda vez que esta potestad:

“(…) ya fue ejercida respecto de las provincias existentes, de modo que no puede ser aplicada nuevamente sin la conformidad de las legislaturas de las provincias afectadas. Asimismo, y aunque las provincias decidan acordar la modificación de sus límites territoriales, tal decisión no es válida sin la expresa aprobación de una ley del Congreso Nacional”⁽³⁰⁾.

Lo anterior es coherente con la atribución del Congreso Nacional en el artículo 13 de la Constitución Nacional, aunque ello no constituye de modo alguno un incremento del espacio geográfico del Estado federal. No obstante, Badeni afirma que existe una insinuación, en el artículo 121 (luego de la reforma de 1994), ante el supuesto de Estados soberanos que decidan incorporarse a la República Argentina como provincia. Ello ocasionaría un incremento territorial e institucional de la federación, que solo podría asimilarse al supuesto del antiguo artículo 104 y la incorporación de la provincia de Buenos Aires en 1860, por cuanto “(…) la creación de una provincia importa asignar todo o parte del territorio correspondiente a otra u otras provincias, es indispensable el consentimiento previo de la legislatura provincial (...)”⁽³¹⁾.

Finalmente, resta aclarar que la reforma constitucional de 1994 no alteró la redacción de 1860, aunque se ha advertido que “La atribución *histórica* del Congreso de la Nación enderezada a fijar los límites de las provincias (...) debe armonizarse con el párrafo final del art. 124 (...) en tanto esta norma reconoce que ‘corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio’ (...)”⁽³²⁾.

IV. La situación actual de los límites interprovinciales

El IGM fue transferido, en 2009, al sector civil y pasó a denominarse Instituto Geográfico Nacional (IGN)⁽³³⁾.

(27) Decreto 3497/77 (1977).

(28) En este período, la CNLI determinó los límites interprovinciales de La Rioja-San Juan (ley 22.184, de 1980), Catamarca-Santiago del Estero (ley 22.742, de 1983) y Córdoba-Santiago del Estero (ley 22.789, de 1983).

(29) D’Andrea, Ramón, *supra* nota 5, p. 58.

(30) Badeni, Gregorio, *Derecho Constitucional*, 2da. ed., Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 320.

(31) Ídem.

(32) Gelli, María Angélica, *supra* nota 14, p. 188.

(33) Decreto 554/2009.

Entre sus objetivos, funciones y áreas de trabajo, nos interesa destacar que se encarga de la representación de los límites, atento su responsabilidad en la confección de la cartografía oficial de la República Argentina a partir de la información provista por distintas áreas de la administración pública⁽³⁴⁾.

En efecto, el vínculo entre esta labor del IGN y nuestro tema de análisis es que la representación de los límites provinciales requiere, como punto de partida, el fundamento de una ley aprobada por el Congreso Nacional.

Según el IGN –ente autorizado oficialmente para la publicación de cartas y mapas concernientes a todo el territorio de la República Argentina–, existen límites que, si bien están publicados en la cartografía de manera gráfica, no están validados por la institución, tal como ocurre, por ejemplo, con tramos circundantes a la provincia de Neuquén⁽³⁵⁾.

En la actualidad, existen alrededor de cuarenta cuestiones pendientes entre provincias argentinas que dificultan la representación cartográfica de los límites interprovinciales, obediendo ellas a tres motivos: 1) la ausencia de legislación nacional específica; 2) legislación sin cartografía anexa o de imposible acceso a ella; y 3) imprecisiones en la cartografía (geodésica, georreferencial o de otro tipo) o en la normativa o entre texto y cartografía.

Asimismo, puede ocurrir que se presenten inconvenientes para la validación de criterios, por ausencia de definición o por aplicación de criterios heterogéneos no normalizados, que afectan a su precisión, en otras, que se traducen en distintas condiciones: 1) límite interprovincial con marco legal validado; 2) límite interprovincial con marco legal no validado; o 3) límite interprovincial carente de marco legal⁽³⁶⁾.

En definitiva, el problema de la atribución exacta del territorio a través de las tareas de demarcación necesarias para el establecimiento de los límites interprovinciales requiere, previsiblemente, de un adecuado conocimiento del terreno para el caso en particular y ello significa que, en ocasiones, la controversia no se resume a cuestiones pendientes como puramente jurídicas o de derecho.

V. Criterios del Instituto Geográfico Militar (actual Instituto Geográfico Nacional) frente a controversias limítrofes interprovinciales. La tendencia hacia la estabilidad del límite

El problema de la atribución exacta del territorio a través de las tareas de demarcación necesarias para el establecimiento de los límites interprovinciales requiere, previsiblemente, de un adecuado conocimiento del terreno para el caso en particular.

Aunque se trata de una labor imposible de referir en cada caso, es posible sintetizar –con algún grado de generalidad– los principales criterios de solución basados en criterios técnicos y el derecho aplicable en concreto.

V.a) Los límites fluviales

En general, han existido casos en que la delimitación jurídica sobre espacios fluviales menciona, simplemente, al límite constituido por un río sin aclarar cuál línea es la aplicable (ej.: de la ribera, del medio o del thalweg), omitiéndose incluso la situación de islas en el cauce del río⁽³⁷⁾.

Esta indeterminación hizo necesario precisar algún criterio objetivo de atribución, sin dejar de considerar la situación de islas en que distintas provincias realizaban actos demostrativos de posesión ininterrumpida y soberanía⁽³⁸⁾.

El IGM consideró que, de conformidad con las normas generalmente aceptadas para límites fluviales navegables, era conveniente adoptar la línea del thalweg (la serie ininterrumpida de sondeos más profundos), por cuyo eje debe

(34) Ley 22.963. La información atinente a la representación de los límites internacionales es transmitida por la Comisión Nacional de Límites Internacionales del Ministerio de Relaciones, Comercio Internacional y Culto de la Nación (CONALI).

(35) Decreto-ley 18.501/69.

(36) Cimbaro, Sergio; Vescovo, Adriana & Zambrand, Pablo, “Límites interprovinciales: Su representación gráfica en la cartografía oficial”, *El ojo del cóndor*, N° 8, 2017, pp. 62-63.

(37) Ver leyes 1149 (1881) y 1532 (1884).

(38) Por caso, en la atribución de secciones e islas del río Paraná entre Corrientes, por un lado, y de Chaco y Santa Fe, por el otro, se dividió el recorrido del río en trece tramos y luego de las presentaciones de posición provinciales se advirtió que solo seis de ellos eran controvertidos.

correr la divisoria⁽³⁹⁾. De este modo, se evitó la utilización del sistema de la línea del medio del río (o línea media) que obligaba a dividir las islas de su lecho en varias fracciones e incluso en pequeñas parcelas⁽⁴⁰⁾.

V.a.1) Corrientes y Santa Fe

Sobre la base de un informe del IGM de 1956, se afirma que la línea demarcada por el thalweg es, en general, la misma que sigue el canal principal de navegación, aunque advierten que su recorrido puede variar –un fenómeno que no resulta extraño en el río Paraná– y originar islotes y bancos a través de aluvión. Por esta razón, se presentaron casos en que el thalweg pasaba inicialmente por un costado de una isla y que, posteriormente, cambió al lado opuesto⁽⁴¹⁾.

Esta situación ocasionará, probablemente, problemas territoriales ante la reiteración de hechos semejantes. Sin embargo, conforme a “(...) las reglas preexistentes que rigen estas cuestiones, cuando un río límite cambia de curso ‘subsiste la línea divisoria por el lecho abandonado’, salvo expreso acuerdo contrario entre las partes”⁽⁴²⁾.

El IGM siempre ha opinado con un criterio práctico y estable, incluso hasta tanto no quede establecida en forma jurídica, clara y general la línea de las jurisdicciones provinciales, en vista de los defectos en algunas leyes y decretos. En razón de ello ha considerado que los gobiernos de las provincias procedan a concertar acuerdos entre sí, con el fin de normalizar (aunque sea transitoriamente) las situaciones de esta naturaleza, entendiendo a estos límites resultantes como estables ante una modificación ocasional del thalweg, considerándolos prácticamente “definitivos”, faltando para serlo la ulterior aprobación del Congreso.

Asimismo, el IGM destaca que “(...) de acuerdo con los principios consagrados en derecho público (...) cuando se establece como límite entre dos Estados un río navegable (...) [de utilizarse el thalweg] es la regla universalmente aceptada. Después de observar que el ‘thalweg’ del río Paraná ‘es susceptible de sufrir cambio’ (...) la cuestión de límites puede resolverse ‘tomando como línea definitiva el thalweg existente actualmente, no debiendo en consecuencia sufrir cambio alguno los límites si aquel llegara a cambiar circunstancialmente’”⁽⁴³⁾.

En el caso puntual de Corrientes-Santa Fe, ambas provincias invocaron la tesis del thalweg o canal principal de navegación como principio de solución, aunque admitiéndose las siguientes excepciones: 1) acuerdo en contrario; 2) posesión consentida aunque la isla se encuentre fuera del sector del canal de navegación; o 3) posesión de hecho permanente y de larga data⁽⁴⁴⁾.

Respecto de las islas de difícil determinación y atribución, debe optarse por la solución más práctica e indicada para que ella no origine inconvenientes posteriores en cuanto a venta, arrendamiento o parcelamiento, con el consiguiente perjuicio para su explotación. En estos casos, debe tenerse en consideración la posesión de larga data, la ausencia de protestas y la inscripción en los registros inmobiliarios⁽⁴⁵⁾.

V.a.2) Chaco y Corrientes

En la demarcación entre ambas provincias a través del río Paraná se advirtió que la legislación contenía referencias de delimitación defectuosas al expresarse, simplemente, que el límite era el mencionado río sin aclarar el tipo de línea aplicable⁽⁴⁶⁾. En esencia, aplicó el mismo temperamento exacto que el empleado entre Corrientes-Santa Fe.

V.a.3) Neuquén y Río Negro

En los tramos pertenecientes al río Limay, se atraviesan islas y embalses artificiales (Arroyito, El Chocón, Pichi Picún Leufú y Alicurá). Allí el IGN informó ausencia

(39) Citan, en apoyo, doctrina internacionalista como Antokoletz, Daniel, *Tratado de derecho internacional público en tiempo de paz y en tiempo de guerra*, Tomo 2, 3ra. ed., Buenos Aires, Librería la Facultad, 1938, p. 668; y Díaz Cisneros, César, *Estudios de Derecho Internacional Público. Problemas europeos y americanos*, La Plata, Est. Tip. Alberdi, 1926, p. 132.

(40) Precisamente, esta solución fue la adoptada entre Argentina y Paraguay en el tratado de 1876, cuyos artículos 1º y 2º estipulan que el límite debía pasar por la mitad de la corriente del canal principal.

(41) Corrientes-Santa Fe, informe del IGM 1956, para. 1 y 3.

(42) Corrientes-Santa Fe, informe del IGM 1956, para. 12.

(43) Corrientes-Santa Fe, informe del IGM 1956, para. 14.

(44) Corrientes-Santa Fe, informe del IGM 1956, para. 16.

(45) Corrientes-Santa Fe, informe del IGM 1956, para. 26 y ss.

(46) Chaco-Corrientes, informe del IGM 1956, para. 1 y 3.

de información para identificación de islas y los casos que involucran a embalses no previstos al momento del decreto-ley 18.501/69.

Para estos supuestos, el IGN adoptó criterios de graficación prolongando la línea límite de las islas y, respecto de los embalses artificiales, se recurrió a cartografía anterior de cada zona, siguiendo la línea que el río tenía en aquellas épocas⁽⁴⁷⁾. La fijación de la línea aún está pendiente.

V.b) Los límites terrestres

En esta categoría de territorio se presentan conflictos límites provinciales relevantes, ya que en muchos vértices o lados que delimitan los permisos o concesiones del negocio de hidrocarburos sitúan esos límites interprovinciales (Colonna & Álvarez, 2015: 78)⁽⁴⁸⁾.

V.b.1) Córdoba y La Pampa

Sus límites debieron ser aclarados en cuanto al establecimiento de la línea, atento algunas omisiones sin que ello implique una modificación, sino tan solo “(...) salvar a los efectos de poder establecer en debida forma los actuales límites del mencionado territorio”⁽⁴⁹⁾. Esta definición “(...) no tiende a introducir cambios materiales en las líneas divisorias establecidas, sino que ella se concreta a determinarlas de conformidad con la realidad de los hechos derivados de su trazado y amojonamiento por las distintas comisiones que intervinieron en las respectivas tareas de deslinde”⁽⁵⁰⁾.

V.b.2) Chaco y Salta

Estas provincias están divididas por una línea trazada en 1911 y posteriormente se comprobaron diferencias con el “Mojón Límite Palmarcito”, una marca material en el terreno que representa un punto del límite entre ambas. Al respecto, el IGM consideró que “(...) no cabe duda que se debe colocar el mojón en las cartas de acuerdo con esa longitud indicada. La longitud diferente que le fue atribuida (...) ya no puede ser base para trazar el límite, dado que este límite está materializado en el terreno en una manera que no fue impugnada hasta ahora (...) si no se observara ese temperamento (...) habría que cambiar continuamente los mojones límites basados en operaciones geodésicas y no habría nunca un límite fijo, pues siempre es posible mejorar esas operaciones por determinaciones más precisas”⁽⁵¹⁾.

V.b.3) Salta y Formosa-Chaco

Entre estos territorios, la línea al oeste de las últimas provincias pasa por la línea meridiana del fuerte Belgrano establecida mediante ley 1532 (1884), la que fue ratificada, tal como mencionamos anteriormente, por un decreto del Poder Ejecutivo Nacional en 1904.

V.c) Otros criterios adoptados en torno a la estabilidad del límite interprovincial

Aunque entre algunas provincias argentinas no existen incertidumbres en cuanto al recorrido de los límites interprovinciales, establecidos oportunamente por leyes nacionales o constituidos por arcos de meridiano o paralelos, límites por lo demás trazados, amojonados y reconocidos por las partes interesadas desde hace largos años, persisten algunas inexactitudes comprobadas en “(...) cálculos o métodos empleados para la determinación de los valores geográficos relativos a las longitudes y latitudes de las líneas respectivas –errores explicables dados los medios rudimentarios utilizados en el país en la época en que estas operaciones se realizaron– han inducido (...) el propósito (...) de definirnos de una manera precisa y categórica, con arreglo a las verificaciones que (...) surgieron después de su demarcación en el terreno”⁽⁵²⁾.

Este supuesto ocurrió, por ejemplo, entre Córdoba y La Pampa respecto de la línea amojonada como paralelo 35º en 1881 que, posteriormente, se advirtió que beneficiaba a Córdoba en 30.315 hectáreas. El mismo año, respecto

(47) Colonna, Sylvia & Álvarez, Gabriel, “Integración de litigios límites entre provincias. Contribuciones para la delimitación de áreas de exploración y explotación de hidrocarburos”, *Petrotecnia*, 2015, pp. 84-85.

(48) *Ibidem*, p. 78.

(49) Córdoba-La Pampa, informe del IGM 1957, para. 22.

(50) Córdoba-La Pampa, informe del IGM 1957, para. 23.

(51) Chaco-Salta, informe del IGM, 1929, para. 1 y 3.

(52) Córdoba-La Pampa, informe del IGM 1957, para. 1. Ver, también, La Pampa-Río Negro, informe del IGM 1957, para. 1.

del meridiano 5°, las operaciones de deslinde advirtieron un establecimiento a 418,35 metros de diferencia respecto del emplazamiento correcto⁽⁵³⁾.

En otras palabras, el IGM (actual IGN) sugirió mantener la materialidad del límite en este caso, ya que eso no sería recomendable –atento el tiempo transcurrido–, aunque:

“No hay que olvidar que aún en las determinaciones más esmeradas no es posible evitar ciertos errores relativamente pequeños, pero existentes, los que podrían ser revelados más tarde por observaciones todavía más precisas. Dos operadores que tuvieran que fijar independientemente un mismo meridiano en el terreno, siempre tendrían alguna diferencia en su ubicación... De esto se desprende que no es posible buscar la absoluta precisión en la ubicación de un meridiano o paralelo preestablecido por un número de grados de longitud o de latitud. Cuando se trata de un tal problema, es a un profesional o a una entidad de reconocida competencia que se encarga de materializar en el terreno la línea deseada, por medio de un mojón que, generalmente, en adelante debe ser aceptado como límite definitivo, aún en el caso que más tarde se llegue a demostrar que el mojón hubiera podido ser ubicada con mayor precisión”⁽⁵⁴⁾.

VI. La posibilidad de dotar una precisión de la línea de frontera provincial

En alguna ocasión, se advirtió la ubicación errónea de un límite geodésico en el terreno, tal como ocurrió en el límite oeste de la provincia de La Pampa. En este caso, el origen se encuentra en la ley 947 (1878) que autorizó al Poder Ejecutivo Nacional el “sometimiento o desalojo” de los indios presentes entre los ríos Quinto, Diamante, Negro y Neuquén y declaró “límites de las tierras nacionales” el exterior de las provincias de Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba, San Luis y Mendoza, tomando por base el plano oficial de la entonces reciente línea de fronteras sobre La Pampa, de 1877, cuyo límite occidental era la intersección del grado 35° de latitud hasta su intersección con el grado 10° de longitud occidental de Buenos Aires⁽⁵⁵⁾.

Posteriormente, en 1944, se advirtió que el meridiano que se ubicó en la suposición de 10° se encontraba, en realidad, 9090 metros más hacia el Este. Por consiguiente, procedieron a precisar la ubicación en el meridiano 9° 51' 48" 84 Oeste de Buenos Aires⁽⁵⁶⁾.

VII. El rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como esclarecedor de la redacción constitucional. Jurisprudencia nacional

En caso de encontrarse una controversia entre límites territoriales de las provincias ya fijados –es decir, con previo establecimiento del Poder Legislativo y jamás antes–, se ha afirmado que corresponde la competencia dirimente de la CSJN, conforme los artículos 117 y 127 de la Constitución Nacional⁽⁵⁷⁾.

Según Badeni, el artículo 127 prohíbe a las provincias declarar o llevar adelante la guerra entre sí y ordena que estas controversias sean sometidas y dirimidas ante la CSJN en competencia originaria y exclusiva, prevista en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional. No obstante, el propio jurista luego considera que “A falta de acuerdo entre las provincias para decidir sobre los conflictos, la solución de los mismos corresponde al Gobierno nacional. Ya sea a través del Congreso o de la Corte Suprema de Justicia”⁽⁵⁸⁾.

Sin embargo, las controversias sobre “fijación” de límites son ajenas a esta competencia porque no son justiciables *per se*, al tener establecida su solución constitucional a cargo del Congreso, quien posee la facultad de fijarlos. No obstante, si la disputa se refiere a una cuestión de límites que no requiere fijar o modificar éstos, la competencia

de la CSJN es plena, tal como ocurrió entre La Pampa y Mendoza sobre la interprovincialidad del río Atuel, su posesión y regulación de uso, decidido en 1987⁽⁵⁹⁾.

Badeni afirma que, en caso de resolverse una cuestión mediante arbitraje voluntario entre las provincias, el laudo tendrá validez aunque podrá ser recurrible por arbitrariedad ante la CSJN. Sin embargo, luego advierte que la intervención del Congreso es obligatoria⁽⁶⁰⁾.

Distinto es el supuesto de una decisión arbitraria del Congreso en cuanto a su fundamentación o tratamiento, razón que habilitaría la revisión judicial de la exteriorización parlamentaria por parte de la CSJN, aunque ella se limitará a la invalidez de la ley sin poder determinar el contenido de una atribución propia que la Constitución le confiere al Congreso Nacional⁽⁶¹⁾.

Hasta la fecha, el Máximo Tribunal de la Nación ha rechazado, por completo, la posibilidad de resolver los conflictos de límites provinciales, por entender que se trata de una cuestión que la Constitución Nacional atribuye al Congreso como mecanismo de solución preestablecido. Esta solución es la que surge, claramente, de la redacción del referido artículo 75 inciso 15 y “(...) la existencia de competencias jurisdiccionales en cabeza del órgano legislativo no constituiría una novedad”⁽⁶²⁾.

Lo anterior no ha impedido que, desde la constitución del tribunal, se presentasen planteos ante la CSJN, con el objeto de examinar cuestiones atinentes a conflictos limítrofes interprovinciales y que sirven a nuestro análisis.

El primero de ellos es –en rigor y siguiendo un orden cronológico acorde al contexto y momento que hemos señalado a lo largo de nuestro trabajo– un laudo en que el tribunal actuó como árbitro. El caso data de 1882 –antes de la entrada en vigor de la ley 1168– e involucró a las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe. Este asunto estableció los límites pretendidos por cada parte a partir de los títulos, documentos, posesiones consentidas y del compromiso arbitral de 1881 de los interesados, que buscaban la solución definitiva de la Corte como “árbitro arbitrador”⁽⁶³⁾.

Luego sucedieron una serie de casos en que se solicitó a la CSJN que resolviese controversias en torno a un límite separativo aún no establecido, en 1899 (Fallos: 81:389) o respecto de un pedido de mensura y amojonamiento respecto de títulos entre particulares vecinos de dos provincias, que la Corte resolvió por mayoría sin necesidad de fijar el límite provincial en 1903⁽⁶⁴⁾. Idéntico criterio se advierte en el caso “Dufau”, de 1937⁽⁶⁵⁾.

En 1911, vuelve a la CSJN la cuestión sometida al arbitraje de 1882 atento que las provincias de Córdoba y Santa Fe no podían acordar la línea y realizar el trazado sobre el terreno. El tribunal, compartiendo los fundamentos del dictamen del procurador general y con arreglo a la cláusula octava del compromiso arbitral, no aceptó la competencia pretendida y afirmó que correspondía al Congreso fijar los límites de las provincias “(...) porque en esa fijación de carácter político, están interesadas no solamente las provincias colindantes sino también la Nación (...) en garantía del sistema federativo de gobierno que las rige (...)” y rechazó, en consecuencia, ejecutar judicialmente el laudo de 1882 toda vez que este no había sido aún aprobado por el Congreso⁽⁶⁶⁾.

Sin embargo, resulta de interés el asunto “Pereyra Iraola c/ Provincia de Buenos Aires” (1921), referido al pago de tributos como consecuencia de una variación en el cauce del río Riachuelo. Allí la Corte consideró que el hecho de una alteración del recorrido fluvial no alteraba el límite jurídico oportunamente fijado por el Congreso, el que subsiste “(...) mientras una nueva ley no lo modifique”⁽⁶⁷⁾.

También se presentaron controversias con posterioridad a la ley 1532 y la necesidad de emprender las tareas de demarcación posterior de los límites que se respetaron con la provincialización de los territorios, tal como ocu-

(53) Posteriormente, en 1905 el presidente Quintana remitió un proyecto al Congreso que alentaba la rectificación de la línea divisoria entre La Pampa y Mendoza y recordaba que las leyes 947 y 1532 habían tenido consecuencias en intereses públicos y privados y que las labores demostraron que la línea demarcada –según los peritos– corría más al este. La iniciativa fue considerada y aprobada sin observaciones por ambas cámaras del Congreso mediante ley 5217 (1907). Cfr. Córdoba-La Pampa, informe del IGM 1957, para. 18.

(54) Córdoba-La Pampa, informe del IGM 1957, para. 25.

(55) Ley 947, artículo 3°.

(56) Expediente M (N° 880) y C (III) (N° 2190), informe del IGM, 1944, para. 5.

(57) Gelli, María Angélica, *supra* nota 14, p. 187.

(58) Badeni, Gregorio, *supra* nota 13, pp. 384-385.

(59) Fallos: 310:2478

(60) Badeni, Gregorio, *supra* nota 13, pp. 384-385.

(61) Sagüés, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo 1, Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 292.

(62) Laplacette, Carlos J., “El Tribunal de la Federación. Los conflictos subnacionales y la competencia originaria de la Corte Suprema”, Tesis de Doctorado – Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2023, pp. 156-157 y 160.

(63) Fallos: 24:62.

(64) Fallos: 98:107.

(65) Fallos: 173:150.

(66) Fallos: 114:425.

(67) Fallos: 133:372

rrió entre Río Negro y Neuquén respecto del meridiano 10, en el sector comprendido entre los ríos Neuquén y Colorado, en 1967⁽⁶⁸⁾. En este caso, la Corte entendió que el límite interprovincial ya había sido fijado por el Congreso en el meridiano referido y que la controversia trata sobre la discrepancia entre el límite topográfico y el real, correspondiendo que aquella se resuelva a través de una ley del Congreso. En consecuencia, se declaró incompetente⁽⁶⁹⁾.

Por último, idéntico caso se presentó entre Catamarca y Salta; y entre Santiago del Estero y Catamarca, en 2009⁽⁷⁰⁾ y 2015, respectivamente⁽⁷¹⁾. En este último asunto, la CSJN se refirió a sus propias facultades y las características de su intervención –conforme los artículos 116, 117 y 127 de la Constitución Nacional–, atento el pedido de definición del límite y la necesidad de que este sea previamente fijado por el Congreso. Al respecto, la Corte fue concluyente al considerar que:

“(…) se comprenden las razones por las que la Constitución Nacional no ha dejado a las provincias la facultad de resolver entre sí directamente sus cuestiones de límites y las ha diferido a una autoridad imparcial y superior. Tales cuestiones son, por lo general, difíciles y despiertan sentimientos encontrados... En consecuencia, el Congreso de la Nación ejerce en esos casos la función que le atribuye de manera exclusiva la Constitución Nacional para resolver estas cuestiones. En estos supuestos, el órgano legislativo debe encarar su función como un juez que debe conducir un *debido proceso* en que las partes tengan la oportunidad de realizar una amplia defensa de sus pretensiones... los conflictos de límites –cuando se trata de ‘fijar’ esos límites– resultan ajenos a la competencia de la Corte, porque no son en sí mismos justiciables, al tener establecida en la Constitución Nacional su vía de solución a cargo del Congreso Nacional, que inviste la facultad para fijarlos. Pero, si la causa entre dos o más provincias, a pesar de referirse a una cuestión de límites, no requiere fijarlos o modificarlos, sino solamente juzgar relaciones derivadas de límites ya establecidos, la competencia de la Corte es plena...”⁽⁷²⁾.

VIII. Reflexiones finales

Como consecuencia del análisis realizado, hemos advertido la particular sensibilidad del actual artículo 75 inciso 15 de la Constitución Nacional y su vínculo con las atribuciones del Congreso en cuanto a la organización del territorio de la República Argentina, de manera que asegure los intereses y el futuro del país, asentando sus condiciones institucionales –tanto civiles como administrativas– necesarias para el efectivo acceso a los derechos y garantías elementales.

A pesar de la aparente sencillez de la disposición, su observancia y aplicación útil no ha estado ajena al devenir de la situación política del país y era comprensible que así lo fuese, más aún si se advierte su germen previo a la promulgación de la Constitución de 1853, la posterior sanción de la ley 28, el rol inicial del Congreso en observancia directa a la norma, la aparición, auge y fin de los llamados Territorios Nacionales, la necesidad de contar con labores técnicas, la ruptura del orden democrático y su consecuencia en el normal funcionamiento del recinto parlamentario, la creación y posterior reactivación de la CNLI y su cese definitivo en 1983, a los que deben adicionarse una multiplicidad de leyes, decretos, decretos-leyes, dictámenes y otras labores que resultan en una gran cantidad de cuestiones limítrofes interprovinciales resueltas, pero otras muchas aún pendientes.

Lo que sí resulta claro –luego de nuestra labor y a la luz de una experiencia que se aproxima a los ciento setenta y un años– es el rol exclusivo que le corresponde al Congreso para fijar los límites provinciales y establecer su solución en caso de controversia; razón por la cual tam-

bién se precisa la función que posee la CSJN en este tipo de asuntos que resultan ajenos a su competencia por carecer de carácter justiciable. Quedan algunas dudas puntuales, como las acciones del Poder Ejecutivo en 1904 y 1970 que, confío, resulten de interés –y detenido examen– para los constitucionalistas avezados.

Asimismo, es posible confirmar que el derecho aplicable a las controversias limítrofes interprovinciales corresponde: en primer lugar, al derecho constitucional; y en segundo orden, subsidiariamente, al derecho internacional en la medida que sus criterios resulten compatibles con la Constitución de la Nación Argentina y su derecho público doméstico, comprendiendo en esta interpretación a los principios generales de derecho.

Aunque algunas situaciones concernientes a la precisión de la línea limítrofe interprovincial no insinúan urgencias o reclamos formales de solución inmediata, la prudencia siempre aconseja aprovechar los momentos de buena relación o, al menos, adelantarse para prevenir los escenarios de tensiones que pueden perjudicar el encuentro de una solución consensuada.

IX. Bibliografía

- Antokoletz, Daniel, *Tratado de derecho internacional público en tiempo de paz y en tiempo de guerra*, Tomo 2, 3ra. ed., Buenos Aires, Librería la Facultad, 1938.
- Badeni, Gregorio, *Derecho Constitucional*, 2da. ed., Buenos Aires, La Ley, 2006.
- Cimbaro, Sergio; Vescovo, Adriana & Zambrand, Pablo, “Límites interprovinciales: Su representación gráfica en la cartografía oficial”, *El ojo del cóndor*, N° 8, 2017, pp. 62-64.
- Colonna, Sylvia & Álvarez, Gabriel, “Integración de litigios limítrofes entre provincias. Contribuciones para la delimitación de áreas de exploración y explotación de hidrocarburos”, *Petrotecnia*, 2015, pp. 78-90.
- D’Andrea, Ramón, *Cuestiones de límites interprovinciales, antecedentes históricos. Línea Barilari: fijación y demarcación*, Salta, Comisión Bicameral Examinadora de Obras de Autores Salteños, 1996.
- Díaz Cisneros, César, *Estudios de Derecho Internacional Público. Problemas europeos y americanos*, La Plata, Est. Tip. Alberdi, 1926.
- Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 4ta. ed., Buenos Aires, La Ley, 2013.
- Godio, Leopoldo M. A., “Cuestiones limítrofes de la República Argentina”, en Luis F. Castillo Argañarás (dir.), *Tratado de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Errepar, 2024, pp. 400-422.
- “Las actividades mineras en la Antártida: régimen actual y potenciales desafíos”, *Cuadernos de Derecho Internacional*, N° XIV, 2021, pp. 137-157.
- Laplacette, Carlos J., “El Tribunal de la Federación. Los conflictos subnacionales y la competencia originaria de la Corte Suprema”, Tesis de Doctorado – Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2023.
- Navarro Floria, Pedro L., “La nacionalización fallida de la Patagonia Norte, 1862-1904”, *Quinto Sol*, N° 7, 2003, pp. 61-91.
- Ramella, Pablo A., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1982.
- Ruiz Moreno, Isidoro J., *La lucha por la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 1976.
- Sagüés, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo 1, Buenos Aires, Astrea, 2003.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - DIVISIÓN DE PODERES - PODER EJECUTIVO - DEMOCRACIA - CONSTITUCIÓN NACIONAL - LEY PROVINCIAL - DERECHO POLÍTICO - HISTORIA DEL DERECHO - PROVINCIAS - ESTADO - CONSTITUCIONES PROVINCIALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - PODER LEGISLATIVO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - MUNICIPALIDADES - JURISDICCIÓN - PODER JUDICIAL - JURISPRUDENCIA

(68) Fallos: 267:352

(69) Fallos: 267:352.

(70) Fallos: 332:985.

(71) Fallos: 338:748.

(72) Fallos: 338:748.

El federalismo en la Argentina A 30 años de la reforma constitucional de 1994^(*)

por CARLOS D. LUQUE^(**)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. CAUSAS ORIGINARIAS DEL SISTEMA FEDERAL. – III. EL PENSAMIENTO DE JUAN BAUTISTA ALBERDI. – IV. EL SISTEMA FEDERAL ARGENTINO. – V. EL FEDERALISMO EN LA LETRA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1853. – VI. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. – VII. NOCIONES ARGUMENTALES PARA EL FEDERALISMO ARGENTINO. VII. 1. “LA (INSUFICIENTE POR NO CUMPLIDA) DOCTRINA HERNÁNDEZ”. Cumplir los principios del sistema republicano y federal de la Constitución Nacional. Terminar con el hiperpresidencialismo. Fortalecer el rol federal del Congreso y del Senado de la Nación, en particular. Reafirmar el rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como garante del federalismo. Sancionar la Ley Convenio de Coparticipación Impositiva, de conformidad a los principios constitucionales. Fortalecer las autonomías provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los Municipios. – VIII. CONCLUSIONES.

I. Introducción

El itinerario propuesto claramente dista de ser novedoso, por lo menos en esta versión básica, teórica y, en esta oportunidad, conmemorativa sobre el federalismo argentino que aquí presentamos.

Buscaremos descubrir las causas que originan un sistema federal y aquí nos adelantamos diciendo que en la Argentina dichos motivos fueron muy poderosos, casi insalvables al momento de la sanción de la Constitución Nacional llevada a cabo el primer día de mayo de 1853, pero también buscaremos poder demostrar por qué aque-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: *¿Atenuación o flexibilización del presidencialismo? La jefatura de gabinete ante nuevos escenarios políticos, comparada con la propuesta de Sartori*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA y ANTONIO MARTINO, ED, 180-927; *La Reforma Constitucional de 1994 y el federalismo argentino*, por ALBERTO R. ZARZA MENSAQUE, EDCO, 2004-667; *La Reforma Constitucional de 1994, los Convenios Internacionales y las provincias*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2004-625; *El sistema de elección presidencial en la Constitución de 1994*, por VÍCTOR E. IBÁÑEZ ROSAZ, EDCO, 2005-777; *Reforma constitucional y consolidación democrática*, por ALBERTO R. DALLA VÍA, EDCO, 2006-586; *Entre Ríos y el desafío de una reforma constitucional*, por MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, EDCO, 2008-592; *El número de las opciones políticas*, por EUGENIO L. PALAZZO, EDCO, 2009-305; *La coparticipación federal*, por JORGE HORACIO GENTILE, EDCO, 2009-461; *Federalismo y declaraciones de derechos. Segunda Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1819-1853*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2012-589; *Federalismo y declaraciones de derechos. Tercera Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1853-1860*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2013-313; *El federalismo ante la responsabilidad patrimonial de los jueces*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2013-151; *Fortalecimiento del federalismo y los principios de cooperación leal y subsidiariedad*, por ROBERTO ANTONIO PUNTE, EDCO, 2013-591; *Obstáculos para la vigencia de la atenuación del presidencialismo argentino veinte años después. Rol del Poder Judicial*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA, EDCO, 2013-544; *Federalismo y declaraciones de derechos. Cuarta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1862-1916*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2014-585; *A 20 años de una reforma innecesaria: el Referéndum Constitucional*, por ALBERTO J. EGUES, EDCO, 2014-652; *Veinte años después de la reforma constitucional de 1994. Su balance*, por NÉSTOR P. SAGÜÉS, ED, 259-81; *La necesidad del federalismo*, por Julio Conte-Grand, ED, 264-699; *El federalismo, la justicia y el bien común*, por JUAN C. CASSAGNE, EDA, 2015-671; *Hace 150 años, se sancionaba la reforma constitucional de 1866. Mitre, su conducta y su entorno*, por JUAN MANUEL PEIRE, EDCO, 2016-509; *Federalismo y declaraciones de derechos. Quinta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1916-1949*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2015-613; *Federalismo y declaraciones de derechos. Sexta Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1949-1955*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2016-330; *Federalismo y declaraciones de derechos. Séptima Parte: Derecho constitucional provincial argentino 1955-1983*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2016-594; *Federalismo y declaraciones de derechos. Octava Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1983-1994*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2017-310; *A 150 años de la reforma constitucional de 1866 –y de la Guerra de la Triple Alianza–*, por JUAN JOSÉ HERRERO DUCLOUX, EDCO, 2016-509; *La Reforma Constitucional de 1898 y la Argentina de aquel tiempo*, por JUAN JOSÉ HERRERO DUCLOUX, *El Derecho - Constitucional*, Octubre 2022 - Número 10. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) N. del A.: Las bastardillas en el texto son propias en todos los casos.

(**) Abogado de la Universidad Nacional del Nordeste. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina.

llas no fueron ni son suficientes, casi dos siglos después, para realizarlo exitosamente.

Para ello trataremos de mostrar el verdadero pensamiento de Juan Bautista Alberdi, y el de sus principales críticos, en aquel momento fundacional para pasar a ver también con la brevedad que las formas imponen cómo está compuesto desde aquel origen constitucional el sistema federal argentino y cómo trató a dicha forma de Estado la reforma constitucional de 1994 que hoy nos convoca al conmemorarse 30 años de su sanción.

Finalmente, y antes de dar algunas opiniones conclusivas, siempre convenientes para cerrar un hilo conductor responsable, veremos las que creemos, son las nociones mínimas argumentales para el posible renacimiento del federalismo argentino.

Federalismo en el que, como bien anota Castorina de Tarquini⁽¹⁾, “se trata de conciliar teoría y realidad. Poniéndonos de acuerdo respecto de ciertas pautas teóricas y tomando las relaciones variables del federalismo, podemos alcanzar la punta del ovillo que debemos desenredar a lo largo de nuestra exposición”.

“En esta tarea, fundamentalmente, debemos tener en cuenta que el federalismo es un hecho social que tiene, como iremos viendo, versiones jurídicas y nociones teóricas distintas”⁽²⁾.

II. Causas originarias del sistema federal

Debemos comenzar diciendo que no hay dos federalismos iguales, el argentino no es el de los Estados Unidos, y tampoco en Brasil existe la misma federación que en México.

Sabemos, y así muy bien lo describe Antonio María Hernández, que “han sido las experiencias de los Estados Unidos, principalmente, y de Suiza las que dieron origen al federalismo como forma de Estado que establece una especial división del poder en relación con el territorio y en contraposición al unitarismo”⁽³⁾.

Con respecto al país del norte, ha expresado Loewenstein que “junto a la constitución escrita y el establecimiento de la forma republicana de gobierno (esto es, no monárquica o contraria a regímenes similares a la monarquía absoluta) en Estados con un territorio extenso, el federalismo es la aportación americana a la teoría y práctica del Estado moderno”⁽⁴⁾.

Podemos decir que el caso de Suiza es distinto a otros porque este país europeo, a pesar de tener una larga tradición autonómica, recién se federaliza a mediados del siglo XIX, y justamente por influencia del constitucionalismo norteamericano, antes de eso, prácticamente desde el siglo XIII, había sido un conglomerado confederal.

Aporta, además, el publicista alemán que “los anteriores modelos de este tipo que habían existido, denominados ligas, alianzas o uniones, eran federaciones, pero imperfectas o no eran un auténtico estado federal, ya sea por la falta de órganos comunes con jurisdicción directa sobre los estados asociados o, en parte, también por la preponderancia de uno de sus miembros”⁽⁵⁾.

Al referirnos a una confederación de estados estamos recurriendo al sistema en el que aquellos estados miembros tienen el carácter de soberanos y se unen bajo un pacto del derecho internacional para asegurarse, entre otras cosas, la defensa común y ventajas y beneficios comunes.

Midón⁽⁶⁾ caracteriza, con gran didáctica, a la confederación de Estados, y traza las diferencias básicas de esta con el federalismo.

(1) CASTORINA DE TARQUINI, María Celia. “El Federalismo”. Ábalos, María Gabriela (actualizadora). En: *Derecho Público Provincial y Municipal*. Volumen I. 2ª edición actualizada. Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 113.

(2) CASTORINA DE TARQUINI, María Celia. Ídem.

(3) HERNÁNDEZ, Antonio María. *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 2009, p. 3.

(4) LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1982, p. 354.

(5) LOEWENSTEIN, Karl. Ídem.

(6) MIDÓN, Mario A. R. *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. 3ª edición. Buenos Aires: La Ley, 2013, p. 531.

“* La confederación –modalidad de escaso predicamento para los tiempos actuales– es la figura que se identifica asociando a varios Estados soberanos a través de un pacto del derecho internacional. En cambio, el instrumento jurídico propio de la federación es la Constitución.

* En la confederación, su órgano de gobierno llamado Dieta, carece de imperium sobre los Estados que la constituyen; a diferencia de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial que en cuanto gobierno del Estado federal se les reconoce pleno imperio.

* Por eso la confederación, como unión de Estados independientes, carece de poder directo sobre los individuos que componen la población de los Estados confederados; al tiempo que el Estado federal tiene un gobierno directo sobre los individuos que componen su población.

* Otra diferencia la da el hecho de que cada uno de los Estados confederados son soberanos; en tanto los Estados que integran la federación (en el caso argentino, las provincias) son autónomos.

* Finalmente, los Estados confederados tienen los derechos de secesión y nulificación. Por el primero pueden dejar de pertenecer en cualquier momento a la confederación. Valiéndose del segundo tienen la facultad de negarse a aplicar disposiciones emanadas del órgano de gobierno de la confederación.

Ninguno de estos atributos tienen los Estados federados”.

Volviendo al federalismo y a tratar de definir sus claves conceptuales, que es el tema que nos ocupa, y a la vez sin describir a todos “los federalismos” porque sería materialmente imposible abarcar semejante variedad aquí, creemos que la causa origen del sistema federal clásico, y a la vez modelo de todos los demás que fueron apareciendo en nuestro devenir histórico, está o tiene su figura fundamental en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.

Antes del documento constitucional originario de los Estados Unidos, en ningún lugar del mundo hubo “una asociación, en palabras de Hamilton citado por Hernández, de uno o más estados en un único estado, en el cual la autoridad de la Unión se extiende a todos los ciudadanos”⁽⁷⁾.

Además, “la Constitución norteamericana agrega otra nota: la de haber sido la primera, como dijimos, de carácter nacional, escrita y republicana, que diera origen al constitucionalismo moderno en su etapa liberal o clásica, pues su ejemplo fue seguido luego por el resto de los países”⁽⁸⁾.

Corwin a su turno dice que “un régimen es federal cuando una constitución divide el poder político entre un gobierno central y varios gobiernos locales dando a cada uno de ellos importantes funciones”⁽⁹⁾.

En la conformación de un Estado federal, por ejemplo, intervienen muchos factores y uno de ellos es el geográfico. En los Estados Unidos, los trece Estados fundadores no contaban con un puerto único para el manejo de los recursos exportables e importables. La mayoría tenía una salida propia al mar y su consecuente autodecisión en la materia.

Pero hoy en día se habla de una “realidad federal”, dada por mutaciones, diversidad y creación⁽¹⁰⁾.

Es por ello que hoy “el federalismo ya importa una forma de Estado compleja que comporta la coexistencia de diversos órdenes gubernamentales en un mismo territorio y que además tiene entre sus objetivos asegurar la unión de lo diverso, lo que importa respetar ambos elementos”⁽¹¹⁾.

Nos ocuparemos con detenimiento de estas nuevas realidades federales más adelante, aquí lo importante es dejar en claro la causa origen del sistema federal como lo conocemos y estudiamos básicamente.

Este no ha sido otro, como se ha dicho, que el primer momento constitucional norteamericano que se da posrevolución americana contra la corona británica y el lugar es la Convención de Filadelfia de 1787, donde se sanciona la constitución del país del norte que un año después estaba ratificada, y termina, así lo entendemos, ese primer momento constitucional de los Estados Unidos en el año 1891 cuando se ratifican las diez primeras enmiendas a

dicho documento fundacional, reformas a las que nosotros conocemos como “*The Bill of Rights*” o la carta de derecho de la Constitución norteamericana.

III. El pensamiento de Juan Bautista Alberdi

Previo al desarrollo del tema del sistema federal argentino propiamente dicho, creemos imprescindible detenernos brevemente en las ideas principales de su principal y más notable pensador, el tucumano Juan Bautista Alberdi.

Si algo predominaba en el ideario alberdiano era que efectivamente la Argentina luego del dictado de su Constitución no podía tener como forma de Estado al sistema federal puro tal como lo hemos visto y conceptualizado.

Es así que Alberdi afirma “el problema más difícil que presenta la organización política de la República Argentina consiste en determinar cuál será la base más conveniente para el arreglo de su gobierno central, si la forma unitaria o la federativa, ya que las dos tienen antecedentes tradicionales en la vida del país y han coexistido y coexisten en la formación de la República”⁽¹²⁾.

El aspecto más importante, en lo que a este trabajo interesa, del pensamiento de Alberdi “es, sin duda, el referido a la fórmula mixta que concibe para la forma del Estado argentino (*explicitada claro está en la Constitución Nacional*), que combina elementos federales y unitarios”⁽¹³⁾.

Y en ese sentido, y mucho más allá de cualquier cuestión subjetiva o gusto personal, Alberdi desarrolla fuertemente que la Argentina no puede ser puramente federal pero tampoco puede ser unitaria aun argumentando que tiene antecedentes, coloniales y patrios, de ambas formas de Estado.

Esto de ningún modo quiere decir que no mostremos con toda claridad la predilección de Alberdi: “Guardémosnos, pues, de creer que la unidad de gobierno haya sido un episodio de la vida de la República Argentina; ella (*la unidad*), por el contrario, forma el rasgo más distintivo de su existencia en más de dos siglos”⁽¹⁴⁾.

Alberdi parece darle la razón a Rivarola quien, medio siglo después, afirmó: “Dogma que se discute perece, y el federalismo argentino perecerá. La palabra federación ha perdido ya su acepción etimológica; solamente la unidad expresa a la vez el orden, la fuerza y la justicia”⁽¹⁵⁾.

Dice María Gabriela Ábalos, citando a Pérez Guilhou y reforzando la idea del unitarismo alberdiano, “Alberdi cree interiormente que tanto la historia como la misma razón exigen que la forma unitaria predomine, lo cual vuelca con claridad en sus proyectos de Constitución para la Argentina y para Mendoza”⁽¹⁶⁾.

Pero la síntesis propuesta, la ilustre “mixture” federounitaria, se basa en los mencionados antecedentes obrantes en ambos sentidos, “aunque reconoce, y lo acabamos de marcar, que las notas unitarias son más fuertes que en las otras federaciones conocidas de la época, como la estadounidense y la suiza...”⁽¹⁷⁾.

Volvemos a Rivarola quien en uno de los segmentos más celebres de su citada obra refiere que el Congreso de 1853 no realizó la completa unión nacional⁽¹⁸⁾.

A la vez argumenta de manera brillante su tesis: “La Constitución de 1853 realizó inmediatamente la unión de trece Provincias; pero no realizó la unidad nacional patrióticamente anhelada por muchos hombres de uno y otro de los dos bandos en que desgraciadamente quedó dividida la Nación. Las exhortaciones sentidas y generosas de los nobles espíritus del Congreso Constituyente, no fueron escuchadas en Buenos Aires, que nada quería saber de Urquiza”⁽¹⁹⁾.

Rivarola expresa sus argumentos, pero no se separa de lo ya expuesto centralmente por Alberdi previamente a la sanción de la Constitución Nacional: “El examen de

(12) ALBERDI, Juan Bautista. Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina. Córdoba: Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002, p. 78.

(13) ÁBALOS, María Gabriela. El Pensamiento Constitucional de Juan Bautista Alberdi. En: El Pensamiento Constitucional Argentino (1810-1930). Manili Pablo (Director). Buenos Aires: Errepar, 2009, p. 206.

(14) ALBERDI, Juan Bautista. Op. cit., p. 80.

(15) RIVAROLA, Rodolfo. Del Régimen Federativo al Unitario. Buenos Aires: Talleres de la Casa de Jacobo Peuser, 1908, p. 7.

(16) PÉREZ GUILHOU, Dardo. El pensamiento conservador de Alberdi y la Constitución de 1853. Tradición y Modernidad. 2ª edición ampliada y corregida. Mendoza: Ediunc, 2003, p. 119.

(17) ÁBALOS, María Gabriela. Op. cit., p. 207.

(18) RIVAROLA, Rodolfo. Op. cit., p. 123.

(19) RIVAROLA, Rodolfo. Ídem.

(7) HERNÁNDEZ, Antonio María. Op. cit., p. 4.

(8) HERNÁNDEZ, Antonio María. Ídem.

(9) CORWIN, Edward y PELTASON, J. W. La Constitución. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1968, p. 31.

(10) CASTORINA DE TARQUINI, María Celia. Op. cit., p. 110.

(11) HERNÁNDEZ, Antonio María. Op. cit., p. 8.

estos elementos conduce a una conclusión (...) La Constitución de 1853 fue: a) de régimen federal en la forma y en el nombre; b) pero de circunstancias, de carácter actual y transitorio, dentro de una aspiración: la unidad nacional; c) fue por esto, de mayor tendencia centralista que la Constitución de Estados Unidos; d) no fue copia; sino adaptación a los hechos del momento; y e) fue por esto original. Las desconfianzas y sentimientos localistas del Estado de Buenos Aires para aceptar la Constitución, determinaron una teorización federalista y acentuaron la imitación norteamericana, que alejó la Constitución escrita, de la relatividad científica (expuesta por Alberdi) de que había partido en 1853⁽²⁰⁾.

Proféticamente insistía Rivarola hace más de un siglo, “Es una constitución mixta que reclamaría por lo menos una interpretación mixta. El federalismo argentino es irrealizable y regresivo. Empeñarse en cumplirlo importa volver a una época anterior a 1880. Hay una evidente contradicción entre la organización política escrita y la realidad orgánica⁽²¹⁾”.

En opinión de Rivarola, habría federalismo en 1853 aunque no hubiesen existido las “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina” del ilustre tucumano, pero a la vez se inclina ante dicha obra reconociendo que “El proyecto de Alberdi fue modelo del proyecto de Constitución presentado por la Comisión especial del Congreso. Los documentos y actos del Congreso acreditan también la influencia de las Bases de Alberdi. El espíritu del estadista argentino dio la forma práctica y posible a los anhelos de los constituyentes⁽²²⁾”.

La obra de Alberdi, se dice, es una construcción de circunstancias útil para el momento como, creemos, el mismo Alberdi en su momento lo explicitó sin ser tan crudo en sus argumentos como el influyente jurista y filósofo rosarino en su texto “Del Régimen Federativo al Unitario” aquí referenciado.

Rivarola sostiene que “el traje le debe venir bien al cuerpo⁽²³⁾”, traducida la frase no es más que su verdadero pensamiento y expresa doctrina: buscar organizar a la Argentina bajo el sistema de estado unitario.

Consideramos, desde una óptica opuesta y de no menor validez, la opinión de Hernández quien sostiene que “el modelo de derecho público y organización constitucional de Alberdi fue la república federal norteamericana, pero como veremos, con especial adecuación a nuestra realidad según su visión⁽²⁴⁾”.

Pero más allá de cualquier especulación interpretativa, es importante conocer el pensamiento de Alberdi que aun enfrentando una realidad avasallante encuentra el resquicio para armar su solución mixta y así dice: “El hombre no elige discrecionalmente su constitución gruesa o delgada, nerviosa o sanguínea; así tampoco el pueblo se da por su voluntad una constitución monárquica o republicana, unitaria o federal. Él recibe estas disposiciones al nacer: las recibe del suelo que le toca por morada, del número y de la condición de los pobladores con que empieza, de las instituciones anteriores y de los hechos que constituyen su historia: en todo lo cual no tiene más acción su voluntad que la dirección dada al desarrollo de esas cosas en el sentido más ventajoso a su destino providencial⁽²⁵⁾”.

Y completa su pensamiento: “El poder respectivo de esos hechos anteriores, tanto unitarios como federativos, conduce a la opinión pública de aquella República al abandono de todo sistema exclusivo y al alejamiento de las dos tendencias o principios, que habiendo aspirado en vano al gobierno del país, durante una lucha estéril alimentada por largos años, buscan hoy una fusión parlamentaria en el seno de un sistema mixto, que abrace y concilie las libertades de cada Provincia y las prerrogativas de toda la Nación: solución inevitable y única, que resulta de la aplicación de los dos grandes términos del problema argentino –la Nación y la Provincia– de la fórmula llamada hoy a presidir la política moderna, que consiste en la combinación armónica de la individualidad con la generalidad, del localismo con la nación, o bien de la libertad con la asociación; ley natural de todo cuerpo orgánico, sea colectivo o sea individual, llámese estado o llámese hombre; según la cual tiene el organismo dos vidas por decirlo así,

una de localidad y otra general o común, a semejanza de lo que enseña la fisiología de los seres animados, cuya vida reconoce dos existencias, una parcial de cada órgano y a la vez otra general de todo el organismo⁽²⁶⁾”.

Este era, básica, nocional, pero también esencialmente, el andamiaje y armado de Juan Bautista Alberdi en punto a la cuestión no menor, sino más bien decisiva, de la forma de Estado para la República Argentina.

Quedan, muchos, muchísimos argumentos de Alberdi en torno a la decisión propuesta, también sobre la cuestión de la preferencia unitaria o de la doctrina que respalda esto que hemos relatado, pero además también queda opinión de doctrina contraria con más o menos matices sobre lo dicho en punto a la opinión del publicista mayor sobre la cuestión en análisis.

Preferimos, para finalizar de la manera más prolija posible este punto sobre el pensamiento de Alberdi, apoyarnos en calificada doctrina a manera de conclusión del mismo y dejando en claro que queda abierta la discusión y lejos está de tener, todavía, un final pacífico.

Así, por un lado tenemos quien afirma que “en definitiva, su fórmula mixta con clara tendencia hacia el unitarismo implicó una respuesta ligada a la historia, pero unida a la realidad de su época, con el objetivo primordial de afianzar el gobierno central⁽²⁷⁾”.

Por otro lado, tenemos esta opinión: “Para nosotros se aprecia en esta materia el realismo que lo caracterizara y que lo llevo a diseñar un federalismo vernáculo, sobre la base de la Constitución norteamericana, pero con evidente potenciación de las atribuciones del gobierno federal (al que denominaba como central o general). Creemos que su inteligencia le hizo admitir el triunfo de la causa federal, pero que su corazón estaba más cerca de las ideas unitarizantes y centralistas, que consideraba más eficaces para alcanzar su idea de progreso⁽²⁸⁾”.

Ambas opiniones se unen en el punto de que Alberdi no hizo y pregonó lo que mejor le parecía a él en ese momento, sino lo que mejor resultaría para la República Argentina y su futura prosperidad, y ese ha sido y es su mérito mayor, independientemente de lo que hayan hecho las generaciones futuras con el modelo original ideado y establecido en 1853.

IV. El sistema federal argentino

Así como vimos el pensamiento de Juan Bautista Alberdi, y su crítica y elogio por parte de Rivarola, en torno al federalismo y la posibilidad de que sea este la forma de Estado aplicable en nuestro país, también veremos como una correlación lógica del punto anterior las opiniones que creemos más significativas sobre este punto en particular, es decir, sobre el origen y posterior ensamble de la federación en nuestra Constitución Nacional.

Pero antes algunas precisiones importantes que también “hacen” al federalismo argentino porque la idea central de este punto es justamente brindar un panorama sobre las causas y el origen de *nuestro* sistema federal.

Vemos, entonces, que: “Las provincias argentinas preexistieron a la nación. No las veintitrés que hoy conforman el Estado argentino, sino las catorce que existían al momento de dar estructuración a aquella. Luego se agregaron otras y se provincializaron territorios nacionales hasta llegar al número actual⁽²⁹⁾”.

Además, “Debe advertirse que si bien en general el federalismo argentino se inspira en el norteamericano, median diferencias importantes entre ambas configuraciones, por ejemplo, acerca de los disímiles niveles o gradaciones de descentralización que presentan y las particularidades que cada uno de los contextos históricos ofrecía al tiempo de sus respectivas vertebraciones⁽³⁰⁾”.

Pero cuál es la causa fin que hace que todo desemboque en el federalismo de 1853, ¿es una sola situación?, ¿es un proceso de decantación?, ¿son ambas cosas?, ¿o, tal vez, ninguna de ellas?

Dardo Pérez Guilhou señala que “Nuestro federalismo irrumpe como el último recurso posible que les queda a los provincianos para lograr hacer efectiva su presencia en la conducción de la comunidad. Buenos Aires, que,

(20) RIVAROLA, Rodolfo. *Ibidem*, p. 124.

(21) RIVAROLA, Rodolfo. *Ibidem*, p. 126.

(22) RIVAROLA, Rodolfo. *Ibidem*, p. 110.

(23) RIVAROLA, Rodolfo. *Ibidem*, p. 381.

(24) HERNÁNDEZ, Antonio María. *Op. cit.*, p. 31.

(25) ALBERDI, Juan Bautista. *Op. cit.*, p. 76.

(26) ALBERDI, Juan Bautista. *Ibidem*, p. 82.

(27) ÁBALOS, María Gabriela. *Op. cit.*, p. 208.

(28) HERNÁNDEZ, Antonio María. *Op. cit.*, p. 36.

(29) BAZÁN, Víctor. *El federalismo argentino: situación actual, cuestiones conflictivas y perspectivas. Estudios Constitucionales. Universidad de Talca. Año 11, N°1. 2013, p. 42.*

(30) BAZÁN, Víctor. *Idem*.

ideológicamente, desde 1810 había predicado ‘libertad’ e ‘igualdad’, no permitió que los pueblos del interior gozaran de estos derechos. De allí que aquel federalismo de Artigas, de contenido puramente ideológico, importado por sus secretarios Barreiro y Monterroso de los Estados Unidos, que no logró unánime apoyo, va a ser suplantado por banderas federales que desde 1813 (y hasta 1853) responden a una pujante realidad⁽³¹⁾.

“Es nuestro federalismo propio de aquellos estados que han integrado previamente una nación y que se han visto separados por causas políticas. Es un federalismo de integración; es un modo que usan las provincias a fin de reclamar ante Buenos Aires una política integral para todo el país. No existe propósito de segregación ni de negación de la nacionalidad; muy por el contrario, es una forma de afirmar la nacionalidad⁽³²⁾.”

A su turno, y en una muy interesante construcción, Demicheli desarrolla la tesis de que la formación nacional argentina se cumplió en un proceso de 50 años en tres etapas sucesivas:

“a) la primera, de cuasi derecho federal (entre 1813 y 1820) donde las provincias del litoral afirmaron sus autonomías, celebraron pactos e iniciaron un federalismo particular derivado de las contradictorias constituciones norteamericanas pero adaptadas a nuestra realidad; b) la segunda, de derecho público bilateral (entre 1820 y 1831), resultado de los pactos interprovinciales de las provincias históricas, basadas en sus constituciones, que procuraron una organización general mediante esta especial forma de derecho público de extracción vernácula; y c) la tercera de pre-constitucionalismo (entre 1831 y 1853), como fruto de la adhesión de las provincias al Pacto Federal (1831), que confluyó en la Constitución Nacional ‘mixta’ de 1853 y luego en la reforma de 1860⁽³³⁾.”

Todas las opiniones no dejan de ser muy acertadas y representan la pacífica opinión de que el sistema federal adoptado tuvo su origen en las diversas e inacabables luchas intestinas entre, como ya se ha mencionado considerablemente, Buenos Aires y las provincias o el federalismo del interior y el federalismo de Buenos Aires.

Por ello, “El federalismo consagrado en el texto de 1853 es, según esta autora, conciliador y superador de los intereses diversos de nación y provincias. El conjunto de factores que tendían a la unidad y a la diversidad conforman un excelente caldo de cultivo para el desarrollo de una fórmula mixta. La conocida fórmula alberdiana de la unidad-federativa o federación-unitaria⁽³⁴⁾.”

“Este federalismo surgió, como ya lo hemos marcado, como respuesta a la mala conducción de los rioplatenses quienes gobernaban para Buenos Aires y no para todo el país, lo que llevó a los hombres del interior a enarbolar la bandera del federalismo como último recurso de los provincianos para imponer su presencia en la conducción nacional. Esta causa política es considerada como decisiva de nuestra fórmula federal⁽³⁵⁾.”

Con una opinión sensiblemente más amplia y superadora, Hernández bien afirma que “Para nosotros el federalismo fue la forma de Estado elegida, correctamente, para resolver los graves conflictos políticos, económicos y sociales producidos y el resultado de nuestra evolución histórica. Así como en 1820 se definió que seríamos republicanos y no monárquicos en la forma de gobierno, en 1853 se consagró al federalismo como forma de estado en la Constitución Nacional, luego de décadas de cruentas luchas civiles⁽³⁶⁾.”

V. El federalismo en la letra de la Constitución de 1853

Anotaremos este punto lo más sintéticamente posible porque creemos que justamente en estos trazos el análisis que corresponde y sobresale es sobre *el federalismo* que nos debemos y ver a futuro cuáles son las claves conceptuales para optimizar, si fuese posible, su hasta ahora decepcionante funcionamiento.

Es así, entonces, que en 1853 se sancionó la Constitución Nacional teniendo como antecedente principal la Constitución norteamericana 1787, según ya lo hemos afirmado; como también reconocemos en las “Bases” de Alberdi el aporte doctrinario por lejos más importante para el mismo fin.

Nos relata Hernández con claridad que “En consecuencia exponemos la consagración del federalismo como forma de Estado en dicha instancia originaria...⁽³⁷⁾.”

“De conformidad a los principios de la federación norteamericana, nuestro Estado comportó la coexistencia de distintos órdenes estatales y gubernamentales, el federal y los provinciales, con una distribución de competencias que otorga al primero solo las facultades delegadas en forma expresa o implícita, mientras que a las Provincias les corresponden las facultades residuales, además de su propia autonomía en lo institucional (poder constituyente), político, financiero y administrativo⁽³⁸⁾.”

Nos parece relevante listar algunas mandas normativas de notoria importancia y referir otras para comprender la primera versión constitucional de nuestro sistema federal.

Mencionamos entonces, como normas federalizantes originarias y fundamentales en nuestra organización constitucional las siguientes: el Preámbulo, el art. 1: las formas de gobierno y de estado; el art. 5: la forma republicana de gobierno en las provincias y la garantía federal; el art. 6: el instituto de la intervención federal; el art. 42: los senadores de cada provincia y de la capital; los artículos 64, 83 y 97 sobre las atribuciones de cada uno de los poderes del estado; y a partir del art. 101 todo lo relativo especialmente a los gobiernos de provincia.

Estas anotaciones no hacen más que corroborar lo dicho y repetido en cuanto a la influencia de la federación norteamericana más la parte que ineludiblemente le toca a Juan Bautista Alberdi, cuestión esta última que según Hernández hace de nuestro federalismo uno más centralizado que el realizado en la nación norteamericana⁽³⁹⁾.

VI. La reforma constitucional de 1994

Vale la aclaración de que –amén de la versión reeleccionista, verdadera y triunfadora, de la reforma constitucional de 1994– nos interesa a nosotros analizar, desde un punto un poco más científico, la intención y capacidad de fortalecimiento del federalismo en la revisión más profunda que ha tenido la carta magna argentina en toda su historia.

¿Y por qué se destinó toda una reforma a “reforzar el federalismo”?

Evidentemente porque lo que hasta ese entonces se desarrolló como derivación de lo normado constitucionalmente en 1853-1860 con sus distintas reformas, no había de alguna manera funcionado en clave federal como lo habrían pensado y deseado los padres fundadores de la Constitución Nacional.

En palabras de muchos autores, pero replicadas en este caso por Bazán, “Simplificando al extremo la cuestión, el federalismo argentino es una combinación de dos fuerzas: una centrípeta y la otra centrífuga. La primera, que va de la periferia hacia el centro, supone la existencia de una unidad en el Estado nacional argentino, que es soberano; mientras que la segunda, del centro hacia la periferia, implica la descentralización que permite la existencia de una pluralidad de provincias, que son autónomas. Precisamente, el esquema federal pugna por establecer la unidad dentro de la variedad, funcionalizando los principios de autonomía y de participación⁽⁴⁰⁾.”

Vemos, entonces, puntualmente, de qué se trató esta puesta al día, este reforzar y fortalecer el federalismo que se proponía la reforma constitucional de 1994 y para ello, porque no innovaremos en algo que ya la doctrina ha recorrido mucho y de solvente manera, recurrimos a la enumeración “tradicional” –podríamos decir– de cuestiones introducidas en la Constitución Nacional para motorizar el federalismo y con cada cuestión una brevísima explicación, dicho listado según Bazán⁽⁴¹⁾ incluiría los siguientes temas:

(31) PÉREZ GUILHOU, Dardo. Significado histórico-político del federalismo argentino. En: Anuario de Estudios Americanos de la Escuela de Estudios Hispano Americanos de Sevilla. Tomo XXVI. España, 1970, p. 635.

(32) PÉREZ GUILHOU, Dardo. Ídem.

(33) DEMICHELI, Alberto. Formación nacional argentina. Buenos Aires: Depalma, 1971, p. 71.

(34) CASTORINA DE TARQUINI, María Celia. Op. cit., p. 124.

(35) CASTORINA DE TARQUINI, María Celia. Ídem.

(36) HERNÁNDEZ, Antonio María. Op. cit., p. 30.

(37) HERNÁNDEZ, Antonio María. El Federalismo en Alberdi y la Constitución Nacional de 1853 y 1860 [en línea]. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [Córdoba, Argentina]. [ref. de febrero de 2016] Disponible en Web: www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artelfederalismoenalberdi/at_download/file.

(38) HERNÁNDEZ, Antonio María. Ídem.

(39) HERNÁNDEZ, Antonio María. Ídem, p. 11.

(40) BAZÁN, Víctor. Op. cit., p. 42.

(41) BAZÁN, Víctor. Ídem, p. 49.

“A) *Vigorización del Senado nacional*: Se ha llevado el número de senadores a tres (3) por cada una de ellas y la CABA (art. 54), cualquiera sea el tenor cuantitativo poblacional de aquellas, siendo ellos elegidos de manera directa por el cuerpo electoral. Asimismo, se asignó al Senado la calidad de Cámara de origen en proyectos de ley que contienen cuestiones importantes para las provincias: la ley convenio en materia de coparticipación federal (art. 75, inc. 2º) y las iniciativas acerca del crecimiento armónico de la nación (art. 75., inc. 19)”⁽⁴²⁾.

“B) *Constitucionalización del sistema de coparticipación federal*: Tal régimen, según se postula desde la literalidad constitucional, debe construirse sobre la base de las pautas de solidaridad social entre las provincias, implantándose la obligación de dictar una ley convenio al respecto, que deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias (art. 75, inc. 2º, párr. 4º)”⁽⁴³⁾.

“C) *Crecimiento armónico de la nación*: Se ha impuesto (fundamentalmente al Congreso de la Nación) el mandato constitucional consistente en proveer al crecimiento armónico de la nación por el desarrollo equilibrado de provincias y regiones, dando prioridad a un grado equivalente del mismo, a la calidad de vida y a la igualdad de oportunidades en todo el territorio argentino. Ello surge de la conjugación del art. 75, inc. 2º, tercer párrafo, y 19, segundo párrafo, con el art. 124, ibíd., este último dentro del marco competencial de los gobiernos de provincia”⁽⁴⁴⁾.

“D) *Sobre los establecimientos de utilidad nacional*: Se ha concretado la delimitación de las competencias federal y provinciales en los lugares y establecimientos de “utilidad nacional”, por conducto del art. 75, inc. 30”⁽⁴⁵⁾.

“E) *Autonomía municipal*: Una importante decisión constitucional ha sido la de literalizar la obligatoriedad de que las provincias aseguren la autonomía de sus municipios, y regulen su alcance y contenido en los ámbitos institucional, político, administrativo, económico y financiero (art. 123 de la CN, que debe leerse en línea con el art. 5 del mismo texto)”⁽⁴⁶⁾.

“F) *Creación de regiones y celebración de convenios internacionales*: Se trata de dos relevantes prerrogativas provinciales contenidas en el art. 124 de la CN. Nos referimos a la posibilidad de crear regiones para el desarrollo económico y social, y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines. Sin embargo, ello no convierte a la región en una nueva instancia política dentro de la estructura de las relaciones federales”⁽⁴⁷⁾.

“G) *Sobre el dominio originario provincial de los recursos naturales*: A su turno el art. 124, in fine, de la CN (con la redacción otorgada por la reforma de 1994) se encarga de determinar que ‘corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio’, aunque nada dice sobre la exploración, la explotación y el aprovechamiento de tales recursos”⁽⁴⁸⁾.

“H) La Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA): Resulta también significativo que la reforma constitucional haya dispensado en el art. 129 un tratamiento explícito a la CABA, dotándola de un estatus jurídico sui generis, ya que –en una simplificación máxima del tema– podría decirse que, al parecer, es más que un municipio pero menos que una provincia. La CABA es la sede de la Capital federal, y en definitiva es un nuevo sujeto de la relación federal que viene a sumarse a las restantes: el Estado federal, las provincias y, dentro de estas, los municipios”⁽⁴⁹⁾.

En lo relatado está más que claro que la reforma del '94 intento fuertemente un robustecimiento de la relación federal, pero dicho ensayo, válido y bien intencionado, hasta inteligente en algún punto, no ha podido superar, creemos, la valla siempre difícil que impone lo fáctico, lo real, en fin la salida del discurso y su inserción en la realidad.

VII. Nociones argumentales para el federalismo argentino

Llegado este punto se buscará demostrar que las nociones argumentales del federalismo en nuestro país serán

las llaves para mejorarlo o como también podríamos decir para que se comience a realizar de una vez por todas.

Como sabemos, y se ha relatado con abundancia, hasta aquí y desde su origen constitucional mismo el federalismo argentino se ha ido incumpliendo paulatinamente hasta verse denostado totalmente el proyecto federal mismo, el de 1853 y el que sumó, o esa fue la idea, fórmulas federalizantes en 1994 dando lugar a un muy actual y paulatino avance de un proceso centralizador, hoy fortalecido en demasía.

VII.1 “La (insuficiente por no cumplida) doctrina Hernández”

Creemos que las pautas que aquí se brindarán, aunque suenen ostentosas o difíciles son un camino teórico básico pero acertado y diríamos que Hernández nos ofrece con fina calidad intelectual y superadores estudios sus “20 Propuestas para fortalecer el federalismo”⁽⁵⁰⁾ y aunque no estemos de acuerdo incondicionalmente con todas tampoco las creemos irrealizables por eso decimos sin contradecirnos que son realmente un camino básico y sin dudas acertado, de hecho el constitucionalismo doméstico proclama federalismo a los cuatro vientos pero no se ha presentado en 30 años una propuesta teórica con más y mejor desarrollo que la mencionada, entonces haremos un repaso de un puñado de las mismas las que nos parecen las primarias como “nociones argumentales ‘para’ el federalismo”, esto es, para su resurgimiento como proyecto de organización institucional en nuestro país.

Queremos aclarar, como todos ya conocen, que no vamos a presentar aquí pociones mágicas o alteraciones divinas, si veremos enunciados prácticos y concretos que pueden llegar a definir un futuro nacional y así los proponemos.

- Cumplir los principios del sistema republicano y federal de la Constitución Nacional

“Es necesario mejorar nuestra calidad institucional mediante el cumplimiento de los principios y normativa de nuestro sistema republicano y federal, establecidos en la Constitución Nacional. En este sentido, debe superarse la anomia que padecemos, como expresión de nuestros problemas en materia de cultura democrática, política y constitucional”⁽⁵¹⁾.

- Terminar con el hiperpresidencialismo

“Para nosotros resulta fundamental afirmar la tendencia hacia presidencialismos atenuados, racionales y controlados, que se observa en las reformas constitucionales producidas en América Latina, incluida la nuestra de 1994”⁽⁵²⁾.

- Fortalecer el rol federal del Congreso y del Senado de la Nación, en particular

“Podemos señalar que, en ambas Cámaras –en una valoración institucional general–, no ha existido una adecuada defensa de los principios federales y de los intereses regionales y provinciales, ya que han primado las políticas fijadas por los Presidentes y los partidos políticos, que en no pocas oportunidades han tendido a la centralización del poder. Esto es muy grave en particular para el Senado, que es un órgano federal por antonomasia”⁽⁵³⁾.

- Reafirmar el rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como garante del federalismo

“Es decisivo el rol que cumple el más alto Tribunal de una Federación, ya que debe asegurar el cumplimiento de la Constitución, que fija las competencias de los diversos órdenes gubernamentales que la componen”⁽⁵⁴⁾.

- Sancionar la ley convenio de Coparticipación impositiva, de conformidad a los principios constitucionales

“Es absolutamente impostergable sancionar la ley convenio de coparticipación, para terminar con la violación de la Constitución, que ha fijado un plazo ya largamente

(42) BAZÁN, Víctor. Ídem.

(43) BAZÁN, Víctor. Íbidem, p. 50.

(44) BAZÁN, Víctor. Íbidem, p. 51.

(45) BAZÁN, Víctor. Íbidem, p. 52.

(46) BAZÁN, Víctor. Íbidem, p. 53.

(47) BAZÁN, Víctor. Íbidem, p. 54.

(48) BAZÁN, Víctor. Ídem.

(49) BAZÁN, Víctor. Íbidem, p. 57.

(50) HERNÁNDEZ, Antonio María. 20 Propuestas para fortalecer el federalismo, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. [en línea]. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [Córdoba, Argentina]. 2014 [ref. de febrero de 2016] Disponible en web: www.acaderc.org.ar/doctrina/20-propuestas-para-fortalecer-el-federalismo-argentino/at_download/file.

(51) HERNÁNDEZ, Antonio María. Ídem.

(52) HERNÁNDEZ, Antonio María. Ídem.

(53) HERNÁNDEZ, Antonio María. Íbidem, p. 2.

(54) HERNÁNDEZ, Antonio María. Íbidem, p. 3.

vencido y porque ello es imprescindible para cambiar la deprimente realidad de nuestro federalismo”⁽⁵⁵⁾.

- Fortalecer las autonomías provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los Municipios

“El federalismo como forma de estado, se asienta en la coexistencia de distintos órganos gubernamentales, en base al principio de la lealtad federal y del respeto de la unión y de la diversidad. Y por ello es tan trascendente la afirmación de las autonomías de las Provincias, de la Ciudad de Buenos Aires y de los Municipios, como expresión indudable de la descentralización del poder. De ahí que sea el problema más importante de esta forma de estado, la distribución de las competencias y el respeto de las mismas”⁽⁵⁶⁾.

Estos temas diagramados de un modo y con justeza por el profesor cordobés son, a nuestro juicio, centralísimos e ineludibles para volver a la senda del proyecto federal.

Basta con repasar el primer argumento, el insoslayable, el que debería ser permanente norte y guía para la recuperación institucional de nuestro federalismo: “Cumplir los principios del sistema republicano y federal de la Constitución Nacional”.

Entendemos claramente que “la noción argumental primaria” para la realización del federalismo es el cumplimiento liso y llano de la Constitución Nacional.

VIII. Conclusiones

Principiamos estas opiniones conclusivas con una primera referencia que, como vimos al principio, es totalmente pacífica en doctrina y que refiere a que hay tantos “*federalismos*” como países federales encontramos en la faz de la tierra, con las variantes que puedan tener a su vez dichos países en su conformación federal.

Vimos claramente cómo surgió el federalismo como forma de Estado en los Estados Unidos, dos órdenes en principio, de gobierno y jurídicos interactuando a través de competencias depositadas por los estados provinciales en el Estado nacional, competencias que se reservaron dichas provincias y competencias compartidas entre ambos estamentos.

Esas ideas no fueron merecedoras de toda la confianza de nuestro primer constitucionalista Juan Bautista Alberdi quien, superado por la realidad de las circunstancias argentinas, adopta una ficción jurídica que denomina mixtura federo-unitaria como un tránsito desde el federalismo al unitarismo.

Se plasma este pensamiento en 1853. Pero un Estado federal conlleva acciones que estén vinculadas con estrechez a la igualdad de los órdenes que conforman ese Estado, esto es existencia de equidad en las relaciones y en el vínculo que integra a las partes con el ente central.

De todos los factores que integran el Estado federal tenemos al geográfico como actor principal en su formación en nuestro país; tenemos el ejemplo norteamericano donde los trece Estados (las trece colonias) que fundaron la unión no tenían un puerto único y a la vez absorbente del manejo de los recursos exportables e importables, por el contrario estaban recostadas sobre el Océano Atlántico, y salvo Pensilvania, cuando dejó de administrar Delaware en 1776, todas tenían sus tierras bañadas por el mar.

Sabido es que en el Río de la Plata no había un puerto, sino que estaban Buenos Aires y Montevideo con salida hacia el atlántico, pero el primero influyó notablemente sobre el segundo hasta obligar la separación de la Banda Oriental de las Provincias Unidas del Río de la Plata.

La evidencia, ya relatada en este trabajo, del permanente y acentuado desinterés porteño fue, es y será la causa de un marginal e involucionante “federalismo argentino”, las sucesivas demostraciones históricas de desprecio hacia lo que siempre han sido espacios periféricos para el gobierno de Buenos Aires, cuando no encumbrados enemigos, abonan esta conclusión.

Lo narrado, como también se ha dicho, demuestra que el federalismo que fue pensado por el constituyente de 1853 y que ya traía gran fuerza desde el Pacto Federal de 1831 nunca nacerá si toda su opción de desarrollo es la conformación de un inmenso y despoblado Estado “federal” en derredor de un puerto único.

Todo este andamiaje centralista, a su vez bien maquillado por nuestra letra constitucional, produce un inevita-

ble desfase donde las 14 Provincias fundadoras no son hoy otra cosa que meras delegaciones administrativas que facultaron sus intereses y su real autonomía con el único fin de sobrevivir a la distribución financiera realizada, y celosamente controlada, por el Estado Nacional.

Aquí mencionamos el otro factor determinante, aparte del geográfico, que lleva al actual estado de cosas: la distribución inequitativa de los recursos del Estado fijadas por pautas de baja política y no por un verdadero sentido de igualdad y equidad federal.

Porque en ello estriba principalmente el federalismo, en un trato igualitario hacia y entre provincias que al momento de nuestro origen constitucional han sido naturalmente iguales, por ello decimos que Alberdi creó una ficción jurídica adoptada por el constituyente de 1853, un federalismo particular del que solo va quedando su denominación.

Entonces creemos viable, aunque difícil, repensar al federalismo como nuestra forma de Estado, conteniendo las exigencias y demandas actuales.

Por otra parte, el federalismo clásico pregonado por los constituyentes del 1853 devino en algo más dinámico y con muchas más interacciones que en aquel comienzo, algo que la Argentina recepcionó parcialmente por lo menos en 1994 en la letra de la reforma constitucional.

El fortalecimiento del federalismo establecido en dicho ciclo reformador no dio los resultados esperados, no obstante ello hemos trazado un camino elaborado originalmente por reconocida doctrina, que sería muy deseable que sea seguido para lograr que las instituciones comiencen a resurgir en la Argentina.

Las propuestas en modo de nociones argumentales para la recuperación del federalismo en nuestro país son reglas simples, *pero aun con la fuerza que se formula y se repite la que denominé “la doctrina Hernández” esta prácticamente no ha dado los frutos esperados*, el problema está en si realmente estamos dispuesto a superar nuestros no pocos problemas domésticos y tratar de seguir y cumplir mínimamente aquellas reglas que nos manda nuestro histórico pacto político-jurídico fundacional y su reforma más importante desde 1860 que está cumpliendo 30 años.

Más aún, a tres décadas de la reforma constitucional de 1994 las propuestas teóricas (solamente) son claramente insuficientes, se ha dicho con razón que a pesar de tanta teoría aquí plasmada y aunque no podemos dejar de obviar el recto, necesario y urgente cumplimiento de la Constitución Nacional como premisa básica para todo lo demás, hoy ya hay una obligación hacia el federalismo que de no ser cumplida todo lo demás será letra muerta.

Nos referimos a que a pesar de que nadie desconoce la importancia de la cuestión de debilitar las atribuciones legislativas actuales del presidente, fortalecer el rol del Congreso y de las autonomías subnacionales, lo urgente pasa por no retardar más el debate por el tema de la coparticipación federal que además tiene una cláusula en el inciso 2 del artículo 75 de la Constitución Nacional que no es ni será tan fácil de desanudar para resolver su cumplimiento fiel.

Pero ese tema, realizar el cumplimiento de la manda constitucional sobre la coparticipación federal de impuestos, llevaría trabajos y estudios que abarcarían varios suplementos (además de todo lo ya realizado a la fecha) y aquí la intención simplemente es o ha sido tratar de describir cuál es el estado de situación de nuestro federalismo

Es por ello que tenemos el convencimiento pleno de que cumpliendo con lo establecido en la Constitución Nacional, como va muy repetido, estaríamos no solo argumentando sino dando pasos agigantados que harían despertar de su prolongado letargo al federalismo argentino pero como también sabemos y tenemos muy claro, y por extraño que parezca, la tarea no será para nada fácil.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO POLÍTICO - PODER LEGISLATIVO - PROVINCIAS - DERECHO COMPARADO - PARTIDOS POLÍTICOS - ELECCIONES - FILOSOFÍA DEL DERECHO - PODER EJECUTIVO - TRATADOS Y CONVENIOS - CONSTITUCIONES PROVINCIALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DEMOCRACIA - ESTADO - ADUANA - DIVISIÓN DE PODERES - COMERCIO E INDUSTRIA - IMPUESTOS - MONEDA - ECONOMÍA - PODER JUDICIAL - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - CONSEJO DE LA MAGISTRATURA - MINISTERIO PÚBLICO - DERECHO AMBIENTAL - LEY - CONGRESO NACIONAL

(55) HERNÁNDEZ, Antonio María. Ídem.

(56) HERNANDEZ, Antonio María. Íbidem, p. 9.

La sempiterna emergencia de los DNU y los decretos delegados

por MARIO A. R. MIDÓN

Sumario: I. EMERGENCIAS CONSTITUCIONALES E INCONSTITUCIONALES. – II. EMERGENCIAS SEGÚN SUS EFECTOS. – III. EMERGENCIA SEGÚN EL SUJETO POLÍTICO AL QUE FORTALECEN. – IV. EMERGENCIAS SEGÚN SUS CAUSAS. – V. NECESIDAD Y ESTADO DE NECESIDAD. 1. ADMISIÓN DE LA NECESIDAD ORDINARIA COMO CAUSA HABILITANTE DE UN DNU. – VI. UNA ESTADÍSTICA REVELADORA. – VII. LA PERMISIVA LEY REGULATORIA. – VIII. LLAMATIVA MUTACIÓN QUE CAMPEA EN LA MATERIA. – IX. EL OTRO GRAN INVITADO A LA EMERGENCIA: EL DECRETO DELEGADO. – X. “COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS”. LA CARGA DE ACREDITAR LA VALIDEZ DEL DECRETO DELEGADO POR EL INTERESADO. 1. ¿EN QUÉ CONSISTE LA INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA? – XI. “SAN LUIS”. IMPOSIBILIDAD DE QUE COEXISTAN UN DNU Y UN DECRETO DELEGADO POR RAZÓN DE EMERGENCIA SOBRE EL MISMO OBJETO. – XII. RETROCESO JURISPRUDENCIAL CON LA SUBDELEGACIÓN. – XIII. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA Y EL DECRETO DELEGADO. – XIV. EL EJECUTIVO ENCARNANDO EL SÍNDROME DEL FUMADOR EMPEDERNIDO.

No es posible entender la trama del derecho vigente, el funcionamiento de nuestras instituciones y por qué reiteramos viciosos ciclos políticos, si no se intenta discernir, previamente, el rol de los institutos de emergencia en la vida de la nación.

En una época fueron el Estado de Sitio, la Ley Marcial y los Gobierno de Facto los institutos que sobresalieron más que nada por su grado de abuso; posteriormente, adquirieron estatus propio los decretos de necesidad y urgencia, los decretos delegados por razón de emergencia y el Poder de Policía de emergencia, sin desconocer que la intervención federal aportó lo suyo en este tipo de ocurrencias.

A esta altura, podemos afirmar que no hay segmento del derecho que no haya quedado cubierto por las instituciones de excepción, ya que en nuestras prácticas la emergencia es social, financiera, económica, sanitaria, forestal, agropecuaria, hídrica, habitacional, educativa, ad-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Cuestiones de la delegación legislativa*, por MARÍA ANGÉLICA GELLI, ED, 182-1277; *Los límites de la delegación legislativa. (El caso del decreto 677/01)*, por JAIME LUIS ANAYA, ED, 196-775; *Antecedentes jurisprudenciales de la CS sobre el derecho de emergencia. El principio de razonabilidad utilizado como límite*, por DANIEL E. MALJAR, ED, 197-799; *Los decretos de necesidad y urgencia ante ciertos precedentes parlamentarios*, por GUILLERMO C. SCHINELLI, ED, 198-1030; *Jefatura de gabinete y ley de acefalía, experiencias recientes*, por NORBERTO PADILLA, EDCO, 01/02-622; *El lugar del jefe de gabinete en el sistema constitucional argentino*, por PABLO LISTE, EDCO, 2003-390; *De la promesa de la atenuación a la realidad de la concentración. El Jefe de Gabinete de Ministros a diez años de la reforma constitucional*, por VALENTÍN THURY CORNEJO, EDCO, 2004-680; *Derechos y emergencias a los ciento cincuenta años de la sanción de nuestra Constitución*, por EUGENIO L. PALAZZO, EDCO, 2003-286; *Una nueva ratificación genérica en materia de delegación legislativa*, por ENRIQUE VALENTÍN VERAMENDI, EDCO, 2004-724; *Emergencia como remedio constitucional ¿o viceversa?*, por PABLO RIBERI, EDCO, 2005-664; *Una reflexión sobre los decretos de necesidad y urgencia en las emergencias generales y de tracto sucesivo. (El caso “Redrado”)*, por ALBERTO B. BIANCHI, ED, 236-845; *La aplicación de la normativa de emergencia económica*, por JAVIER J. SALERNO, ED, 242-511; *Delegación de facultades legislativas*, por GREGORIO BADENI, EDA, 2009-410; *Algunas reflexiones sobre la delegación legislativa en materia de presupuesto público. ¿Una cuestión fuera del control judicial?*, por JULIA MICHELINI, EDA, 2012-556; *El régimen de delegación legislativa en la nueva ley de abastecimiento*, por SANTIAGO MARÍA CASTRO VIDELA y SANTIAGO MAQUEDA FOURCADE, EDLA, 8/2015-7; *Democracia, decretos autónomos y emergencia en seguridad*, por JUAN RODRIGO ZELAYA, EDCO, 2016-395; *Primeras impresiones acerca de la operatividad del decreto 34/19 e implicancias de la emergencia ocupacional que declara*, por ESTEBAN CARCAVALLO, ED, 285-846; *La potestad del Estado para intervenir en las relaciones del trabajo en momentos de emergencia económica y social: consideraciones acerca de la Ley 27.541 y del Decreto 14/2020*, por ESTEBAN CARCAVALLO, ED, 286-377; *La Constitución en tiempos de pandemia*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EL Derecho Constitucional, n° 4, Abril de 2020; *La pandemia y el retroceso del federalismo. Un avance centralista de la mano de las decisiones administrativas*, por MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, ED, 287-768; *El decreto de necesidad y urgencia 690/20: una oportunidad para pensar sobre los decretos de necesidad y urgencia, su control parlamentario, los servicios públicos y los principios de subsidiariedad y razonabilidad*, por JUAN CRUZ AZZARRI, Revista de Derecho Administrativo, Agosto 2020, n° 8; *Reglamentos del Poder Ejecutivo, opciones ante la dilación u omisión de reglamentar*, por LEANDRO NICOLÁS MAZZA, EL Derecho Constitucional, Diciembre 2020 - Número 12. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

ministrativa, política, etc., y cada crisis que se registra se incorpora al mundo jurídico con su impronta emergencial.

Tenemos suerte de que todavía a nadie se le ocurrió legitimar la “emergencia sentimental” que bien podría servir para legitimar muchos de los desaguisados que se ventilan desde el poder.

En nuestras prácticas democráticas es lugar común el razonamiento de que los hombres llamados a gobernar solo pueden cumplir el cometido para el que fueron elegidos o designados si lo hacen acompañados de instrumentos extraordinarios.

Ese *modus vivendi*, atado a la creencia generalizada de que la eficacia de la gestión solo es posible si se presenta asociada a figuras que exceden lo ordinario, ha quedado impreso como dato genético de una época donde el sistema republicano establecido por la Constitución terminó rebasado por el ADN emergencial. Hay emergencia en el estado federal, las provincias, la CABA y las municipalidades. Hay emergencia siempre y en casi todas partes.

Por esa razón, y por aquello de que el derecho en mucho es la realidad que en un régimen de vida el Estado ofrece a sus habitantes, a veces prescindiendo de sus debidas formas y hasta de su legitimidad, pareciera que solo cabe a esta altura tratar de explicar por qué somos como somos y cuál es la razón de esos trajes a medida que con tanta frecuencia se elaboran para cada gobernante.

Claro está, esa consideración comprensiva no inhibe, antes bien habilita, el previo y necesario conocimiento de los institutos que la Ley Mayor ha previsto para auto-preservarnos y proteger a las instituciones fundamentales, propósito que asumimos en la limitación temporal de las líneas venideras.

Nos referimos, seguidamente, a dos instituciones prohibidas en lo formal por el mismo reformador, que han sido autorizadas por el catálogo fundamental a partir de 1994, marcando importantes trazos de nuestra vida.

Para tratar de entender la sustancia de estos fenómenos emergenciales, partimos de la afirmación reveladora de que en la visión global de toda emergencia hay cuatro soportes esenciales que definen su entidad.

Ellos están dados, primero, por su grado de compatibilidad con la Ley Mayor; segundo, con los efectos que su aplicación suscita; tercero, la fortaleza que mediata o inmediatamente arrima al poder que la ejecuta; cuarto, las causas que la motivan.

I. Emergencias constitucionales e inconstitucionales

Sobre la base de esos supuestos podrá distinguirse:

Un primer trazo, de grueso corte, que lleva a agrupar las emergencias según su congruencia con la Constitución, pudiendo hablarse de emergencias constitucionales o inconstitucionales.

Dentro de las que respetan la ley fundamental, en cuanto se hallan previstas en ella, aparecen el Estado de Sitio, la intervención federal, los decretos de necesidad y urgencia, los decretos delegados por razones de emergencia, y el llamado Poder de Policía de emergencia del Congreso.

En un segundo grupo, con notoria atipicidad, conviven expresiones históricas como lo han sido los Gobiernos de facto y la Ley marcial.

Gráficamente, la representación es la siguiente:

Emergencias constitucionales	Estado de Sitio
	Decretos de necesidad y urgencia
	Legislación delegada por razón de emergencia
	Intervención federal
	Poder de Policía de emergencia
Emergencias inconstitucionales	Gobiernos de facto
	Ley marcial

II. Emergencias según sus efectos

En esa línea de consecuencias, podemos afirmar que el Estado de Sitio restringe derechos y garantías de las personas por actos vinculados a la causa constitucional que motivó su declaración.

A su tiempo, la intervención federal inhibe transitoriamente la autonomía de un Estado federado o de la Ciudad de Buenos Aires.

Un decreto de necesidad y urgencia prescinde, con su emisión, de la voluntad congresional para apoyarse, exclusivamente, en la determinación presidencial que lo dispone.

La legislación que el Congreso delega en el Ejecutivo, por razones de emergencia, también altera el normal orden de competencias, puesto que permite transferir al presidente un atributo oriundo del Congreso.

Con la singular creación del llamado Poder de Policía de emergencia, se autorizan limitaciones al ejercicio de derechos, generalmente, de índole económica.

Entonces, en función de sus efectos más notorios, las emergencias pueden clasificarse en:

Emergencias que autorizan la suspensión de ciertos derechos	Estado de Sitio Poder de Policía de emergencia
Emergencias que permiten prescindir de la voluntad del órgano creador de la ley	Decretos de necesidad Legislación delegada por razones de emergencia
Emergencia que inhibe la autonomía de un Estado o de la Ciudad de Buenos Aires	Intervención federal

III. Emergencia según el sujeto político al que fortalecen

De rigor es que los efectos de una medida extrema se corporicen en una autoridad de aplicación y, como correlato de ello, ese órgano o poder se verá fortalecido en orden al modo en que acrezcan sus potestades durante el accidente.

Entre nosotros –de manera más que demostrativa– las consecuencias que acarrearán las emergencias son consistentes, en todos los casos, en producir el acrecimiento del Poder Ejecutivo.

En los decretos de necesidad y urgencia, el Poder que se robustece directamente es el Ejecutivo. Ello es así porque su titular legisla por sí mismo. Ocurre lo propio en las hipótesis de Estado de Sitio e intervención federal, porque quien administra sus ejecuciones es el presidente de la Nación.

Sin embargo, en situaciones en que para la determinación de la emergencia participa más de un poder –por ejemplo, cuando la medida se adopta por una ley, supuestos de Estado de Sitio, intervención federal, Poder de Policía de emergencia y autorización para emitir legislación delegada por emergencia–, podría suponerse que, entonces, aparecen fortalecidos, simultáneamente, los Poderes que la decidieron, es decir, el Ejecutivo y Legislativo.

Pero como la práctica de ejecución de la medida de la emergencia es patrimonio presidencial, en cuanto a su administración, finalmente ese es el poder que termina acreciendo en sus funciones.

Ello permite este agrupamiento:

Decretos de necesidad y urgencia	
Emergencias que fortalecen directamente al Poder Ejecutivo	Estado de Sitio e intervención federal dispuestos inconstitucionalmente por el PE
Emergencias que vigorizan de modo indirecto al Poder Ejecutivo	Estado de Sitio e intervención federal dispuestos por ley Poder de Policía de emergencia
Legislación delegada por razón de una emergencia	

IV. Emergencias según sus causas

Ahora bien, toda emergencia tiene una causa que la motiva. Ella permite agrupar estos fenómenos críticos en las siguientes categorías:

Emergencia causada por conmoción interior o ataque exterior que ponga en peligro a la Constitución y las autoridades por ella creadas	Estado de Sitio
---	-----------------

Emergencia causada por subversión de la forma republicana de gobierno, actos sediciosos, incumplimiento del art. 5° de la Constitución, invasión exterior o invasión de otra provincia

Intervención federal

Emergencia causada por necesidad y urgencia e imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de la ley

Decretos de necesidad y urgencia

Emergencia causada por razón de una emergencia pública

Legislación delegada

Emergencia causada por un estado de peligro colectivo derivado de graves circunstancias económicas y sociales

Poder de Policía de emergencia del Estado

V. Necesidad y estado de necesidad

Todas las figuras referidas que el constituyente previó en la ley fundamental se sustentan siempre en la ocurrencia de un estado de necesidad, que de persistir pone en tela de juicio la existencia misma del Estado.

Por esa razón, no puede ignorarse que desde la antigüedad y al amparo de su invocación se han cobijado expresiones de hondo arraigo en derecho público –como las de “*salus populi suprema lex est*”, “*necessitas jus constituit*”, “*neccesitas non habet legem*”, “*legibus solutus*”– destinadas a justificar regímenes de excepción con miras a autopreservar la vida misma del Estado.

Pero antes de avanzar en el desarrollo de esos conceptos, conveniente es a los fines de este estudio deslindar previamente los conceptos de “necesidad” a secas y “estado de necesidad”, ya que tratándose de expresiones que aunque denotan carencias del Estado están referidas a situaciones distintas.

La voz “necesidad” es comprensiva de todo aquello que hace falta, es decir, lo que, con arreglo al curso normal de las cosas, requiere el Estado para subsistir y realizar sus fines esenciales. Sin embargo, esa carencia no lo autoriza a recurrir a medios excepcionales para suplirla.

Las normas en general, e infinidad de otras medidas que se deciden, no se dictan como consecuencia de una situación extrema de necesidad sino por la conveniencia que ello implica. Por otra parte, la necesidad corre pareja con los tiempos, porque los requerimientos de hoy no son iguales a los de ayer y lejos están de las solicitudes que el futuro pueda imponer. Desde este ángulo, vivimos en situación de permanente necesidad, pues la naturaleza humana exhibe la repetida tendencia de que, satisfecha una demanda, bien pronto damos paso a otra y, así, sucesivamente.

En cambio, enseñaba Bielsa, el estado de necesidad puede en el derecho público asociarse al fin político y puede ocurrir que la llamada “razón de estado”, verdadero espectro de cosas indefinidas e inexplicables que hay que aceptar, se asocie con el estado de necesidad o se cubra con él⁽¹⁾.

En síntesis, el estado de necesidad es en derecho público un acontecimiento que, aunque pueda ser previsto, resulta extraordinario, a diferencia de la necesidad, que es ordinaria; mientras esta última es permanente y regular, el primero es siempre transitorio y anómalo; en tanto, para superar la necesidad basta con la legislación común, para conjurar el estado de necesidad es indispensable echar mano a remedios excepcionales.

El dato central está en que en las situaciones de hiper o maxi necesidad, a diferencia de las de mera necesidad, el acto necesario aparece como imprescindible, forzoso, ineludible, so pena de sufrir el Estado una quiebra como tal, la ruptura del sistema político o un daño gravísimo e irreparable para la comunidad. Dicho de otro modo, no caben alternativas u opciones racionales: tiene que ejecutarse. Desaparecen entonces las ideas de discrecionalidad, utilidad y conveniencia, reemplazadas por la noción de lo ineludible, imperioso e indefectible. La posibilidad de “no hacer” es aquí letal⁽²⁾.

(1) Bielsa, Rafael, El Estado de Necesidad en el Derecho Constitucional y Administrativo, p. 57, 2da. edición, Depalma, Buenos Aires, 1957.

(2) Sagüés, Néstor Pedro, Derecho Constitucional y Derecho de Emergencia, LL 1990-D-Sección Doctrina, p. 1037.

1. Admisión de la necesidad ordinaria como causa habilitante de un DNU

Empero, con arreglo a los patrones que habilitó la Corte argentina, en nuestro derecho se autoriza el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, como herramienta ordinaria, fundada en la conveniencia que tiene quien lo emite para darle la vigencia.

La legitimación de esos actos es creación jurisprudencial asentada en las reglas de los casos “Verrocchi”⁽³⁾ y, posteriormente, “Consumidores Argentinos”⁽⁴⁾. En estos pronunciamientos se afirmó:

“(…) el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de leyes (...)”.

La configuración del supuesto de hecho habilitante, en el juicio de la Corte en ambos casos, se da en dos situaciones radicalmente distintas, si se quiere antagónicas. Una, con sustento constitucional, y la otra, sin la cobertura de la Ley Mayor.

En ese contexto, luce ajustada a una ortodoxa exégesis constitucional la postulación institucional que en la primera hipótesis reitera la Corte, porque al circunscribir la imposibilidad a circunstancias de “fuerza mayor” que impiden la deliberación legislativa, ejemplificadas a través de acciones bélicas, desastres naturales o el impedimento de traslado de los legisladores a la Capital, no ha hecho otra cosa que valerse de una tésis que sigue el norte proclamado por la Constitución.

Pues bien, si el encuadramiento referido precedentemente resulta alentador, la segunda parte de la composición en el discurso de la Corte se torna trasgresor del sistema diseñado por el reformador del 94.

Sin embargo, ni la letra de la Constitución, ni el espíritu del legislador extraordinario han podido transmitir una hermenéutica con arreglo a la cual el Ejecutivo podría dictar un decreto de necesidad y urgencia amparado en el solo hecho de “(...) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes (...)”, como lo explicita el tribunal en las sentencias referidas.

Puede apreciarse que entre este supuesto y el primero existen siderales diferencias. Una cosa es que el Ejecutivo legisle ante la imposibilidad de que el Congreso produzca normas, en un contexto de necesidad y urgencia, cuando resulta inviable que lo haga el Congreso; otra, sustancialmente diversa, es que el mandatario lo haga para dar solución inmediata a un problema, cuya entidad requiere una prisa tal que no puede esperar los trámites ordinarios para la hechura de la ley. Lo primero se aloja en el perímetro constitucional, lo segundo es antítesis de lo que la Constitución autoriza.

Si para algo cuenta la voluntad del reformador cuando deben interpretarse los alcances de una disposición introducida en 1994, tenemos presente que de la argumentación sustentada por más de cuarenta y un convencionales que en la Constituyente de la época debatieron el tema, ninguno de los expositores sugirió que la sola premura por contar con una ley, sin tener en cuenta la dificultad para la formación de la misma, fuera factor habilitante y autónomo para que el Ejecutivo asumiera potestad legislativa.

La diferencia entre el supuesto constitucional del art. 99 inc. 3º y el que pinta la Corte es ostensible.

Apreciar que el Congreso no puede sesionar por razones de fuerza mayor, ajenas a su voluntad (art. 99 inc. 3º), es un hecho objetivo de fácil constatación. En cambio, aducir que el presidente legisla al calor de la vertiginosidad que le impone la necesidad de contar con una ley –simplemente porque ella va a demorarse en el Congreso– importa acceder a un terreno por demás discrecional, donde la oportunidad y conveniencia del Ejecutivo imponen sus propias reglas.

De manera que, si la Corte ha demarcado el contexto habilitante para la emisión de un decreto de necesidad y urgencia, como lo ha hecho en las sentencias citadas, es inexplicable que con ese obrar haya producido la apertura de una brecha institucional en la materia.

Admitir que las naturales tardanzas deliberativas del órgano colegiado, sumadas a la urgencia para resolver de modo inmediato un hecho que requiere solución legislativa, son autosuficientes para que el presidente dicte un decreto de necesidad y urgencia, conlleva a desnaturalizar la regulación constitucional que previó esa competencia, “(...) Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes (...)”, art. 99 inc. 3º.

Sin embargo, con el paso del tiempo la misma Corte descalificó decretos de necesidad y urgencia cuando juzgó que el acto no reflejaba urgencia y lucía como decreto de mera conveniencia. Así, en “Cooperativa del Trabajo Fast Limitada”, dijo que “(...) las razones dadas por el Poder Ejecutivo (para dictar el acto impugnado) ingresan en el campo de la conveniencia u oportunidad para establecer una regulación específica sobre las actividades mencionadas, que constituye –en lo esencial– materia propia del poder de policía cuyo ejercicio compete al legislador; mas no se advierte en qué consiste la alegada ‘urgencia’ para resolver sobre el particular o de qué modo la seguridad de la comunidad podría verse afectada si no se instituyera un régimen que, entre otros requisitos, excluye a las cooperativas como personas jurídicas idóneas para la prestación de tales actividades (...) la mera referencia a un situación de urgencia que habría determinado la imperiosa necesidad de sancionar el decreto en cuestión, constituye una afirmación dogmática e insuficiente como tal para justificar por sí la emisión de disposiciones de carácter legislativo en los términos del art. 99 inc. 3º de la Constitución Nacional (...)”⁽⁵⁾.

VI. Una estadística reveladora

Es frecuente la afirmación de que la reforma del 94 amplió la base de los derechos del hombre en el código fundamental de la Nación, y también se dice de ella que fue la Convención que mayor legitimidad tuvo en la historia política argentina. Sin duda, dos verdades incontrovertibles que han tenido su cono de sombras en el instituto de los decretos de necesidad y urgencia, al que bien pueden agregarse por sus efectos, como obra del mismo reformador, a los decretos delegados.

Centrándonos en los DNU, no cabe duda de que su regulación ha sido la contracara de los derechos, porque se trata de una herramienta para fortalecer al poder, en desmedro del individuo y la sociedad. Particularmente, blanquear la práctica del acto legislativo emanado del presidente ha servido para que nuestros voraces Ejecutivos usaran del atributo a su gusto y paladar, sin control legislativo y mínimo de fiscalización judicial.

Si es que la finalidad de la inserción constitucional fue –como lo expresaron algunos representantes en la Convención– la de poner límites al obrar presidencial, ese objeto no se ha realizado. Ocurrió, sin embargo, que nuestros presidentes y todos los exponentes del poder leyeron la cláusula habilitante a la inversa, adujeron que la reforma autoriza lo que antes la Constitución prohibía y, a partir de allí, se abusó del atributo en forma indiscriminada.

Pruebas al canto. Una rápida estadística sobre el uso del instituto contabiliza que, si bien el mismo adquiere inusitada vigencia a partir del primer mandato de Carlos Menem allá por los 90, no es menos cierto que la figura registra antecedentes desde tiempos que se remontan al dictado de la mismísima Constitución.

En el período que va de 1853 a 1983, los diversos presidentes apelaron a este tipo de actos en veinte ocasiones.

Esa cifra alcanzó a quince durante el turno democrático del presidente Raúl Alfonsín (1983-1989); sobrevendría en forma inmediata la alarmante cifra de trescientos ocho durante el primer período presidencial de Menem, todo en un contexto donde el mínimo de recato que observaron anteriores administraciones para evitar el dictado de DNU se aniquiló, al extremo de que llegó a identificarse a la gestión como la de gobierno por decreto⁽⁶⁾.

(5) Fallos: 326:3180.

(6) Ferreira Rubio, Delia-Goretti, Mateo, Gobierno por decreto en Argentina (1989-1993), ED 1548-848.

(3) Fallos: 322:1722.

(4) Fallos: 333:633.

A esa época corresponden los justificativos que para validarlos ideara la Corte en el caso “Peralta”⁽⁷⁾.

Con el aval del nuevo artículo 99 inc. 3º, vigente desde el 94, Menem ratificó el abuso que estiló durante su primer mandato, al valerse de ellos en *doscientos cuarenta y seis* ocasiones, con las que, sumados a los *trescientos ocho* de su primer gobierno, alcanzó la friolera de *quinientos cincuenta y cuatro*⁽⁸⁾, en el curso de diez años y seis meses de gobierno.

A su tiempo, Fernando de la Rúa (1999-2001) llegó a dictar *setenta y tres* decretos de necesidad y urgencia en dos años de gestión.

En el interinato de Eduardo Duhalde, sucesor estable de De la Rúa, ese presidente emitió *cientos cuarenta y ocho* decretos de naturaleza legislativa, durante los años 2002 y parte del 2003.

El récord lo tiene Néstor Kircher (2003-2007), que en cuatro años y medio de mandato produjo *doscientos setenta* decretos de necesidad y urgencia⁽⁹⁾.

Sin embargo, su esposa Cristina Fernández de Kirchner, que gobernó durante dos períodos (2007-2011 y 2011-2015), emitió alrededor de *veinte* DNU⁽¹⁰⁾.

Durante su gestión (2015-2019), el presidente Macri dictó *ochenta y un* decretos.

El nuevo presidente que asumiera en diciembre de 2019, Alberto Fernández, emitió *setenta y seis* decretos de necesidad y urgencia, en el curso de 2020, casi la misma cantidad de leyes dictadas por el Congreso de la Nación durante ese período⁽¹¹⁾.

La reseña cuantitativa efectuada y las vicisitudes políticas e institucionales que han generado este tipo de actos nos llevan a afirmar, a más de treinta años de la reforma constitucional de 1994, que los DNU han sido la herramienta más opresiva para los derechos desde el advenimiento de la democracia en 1983.

VII. La permisiva ley regulatoria

Ese esquema permisivo, en cuanto al uso de la potestad, se ha visto fortalecido más aún a partir del dictado de la ley 26.122, instrumento regulatorio del trámite que deben seguir los DNU, la legislación delegada y la promulgación parcial de leyes.

Lamentablemente, su sanción estuvo más próxima al desencanto que a la ilusión y desde el punto de vista crítico habrá de evocarse no solo por lo que hizo, sino también por lo que dejó de hacer⁽¹²⁾.

El común denominador de la sanción fue el de la omisión de trascendentes cuestiones institucionales como el valor del silencio del Congreso y la nulidad de un DNU, al tiempo que la herramienta legal promovió la ruptura del equilibrio de las Cámaras, entre otras cuestiones.

Las apuntadas no son cuestiones menores, porque alojan y alojan temas de enorme significación institucional que siguen sin respuesta, como librados a la buena de Dios en lo institucional, lo que significa que los cuestionamientos referidos se reflejan en ventajas para el Ejecutivo de turno y, como lo enseña la experiencia, demérito para los derechos del ciudadano.

De cara a la realidad argentina, con presidentes que a los fines de ejercitar el atributo conferido por el artículo 99 inc. 3º apelan a una lectura parcial de la Constitución

(7) Fallos: 313:1513

(8) Ferreira, Rubio Delia - Goretti, Mateo, Los decretazos de Menem (1989-1998). La ineficacia de la Reforma Constitucional para modificar la costumbre o uso del Poder Ejecutivo en materia de decretos de necesidad y urgencia, ponencia de los autores al Encuentro de la Asociación de Estudios Latinoamericanos, Chicago, Illinois, 1998.

(9) Capriata, Laura, “Kircher firmó cada seis días un decreto de necesidad y urgencia. Superó a Menem y no hay presidente que haya dictado más normas de este tipo”, diario La Nación del 13/04/08.

(10) El acontecimiento tiene su explicación y no es porque la ex presidenta haya tenido afición por obedecer restricciones constitucionales. Durante sus dos mandatos tuvo absoluta mayoría en ambas Cámaras del Congreso de la Nación y a excepción de la resolución 125 que el Senado rechazó con el voto del ex vicepresidente Julio C. Cobos, antes ni después los cuerpos legislativos se opusieron a una iniciativa presidencial. Se suma a ello la amplitud de las delegaciones previstas por la Ley de Emergencia del Estado 25.561, derogada recién en 2017. En demostración del escaso apego a la normativa vigente, la citada mandataria tiene el triste privilegio de haber reeditado, por primera vez, un DNU.

(11) “Récord. En un año Alberto Fernández dictó setenta y seis decretos de necesidad y urgencia. La cifra más alta desde 2003”, diario La Nación del 3/01/2021.

(12) Midón, Mario A. R., Una ley más próxima al desencanto que a la ilusión. El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina, Jorge Gentile (compilador), p. 959, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2008.

–aprehendiendo únicamente la parte de la norma que les confiere la facultad, pero omitiendo cumplir los lindes sustanciales y de forma–, la oportunidad de la sanción era propicia para oponer una barrera legal contra tales desbordes.

De esa manera, la expectativa existente en torno a la posibilidad de que la ley siguiera los modelos legislativos de Brasil e Italia, donde este tipo de actos deben ser tratados en determinado lapso por el órgano legislativo, bajo apereamiento de perder calidad de herramienta normativa, quedó nuevamente postergada.

La ley 22.162 en nada ha modificado la situación preexistente desde la perspectiva del poder y, con ella, el Congreso ratificó su crónica anemia institucional, abdicando de sus deberes al no fijar término alguno para que el Congreso examine la validez de un decreto de necesidad y urgencia.

Por consiguiente, el cuerpo representativo consagró de ese modo la impunidad absoluta de su potencial inactividad al negarse a aprobar o rechazar actos del Ejecutivo que está llamado a controlar. Ello así, porque no se ha dictado disposición alguna que sancione la falta de control del Congreso. Entonces, en los hechos, cuando el Congreso no rechaza un DNU, ese acto legislativo rige sin límite alguno en el tiempo.

A lo expresado debe sumarse que la ley dispone que “El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”.

Esta regulación de la ley facilita la producción de los DNU, amén de romper con la regla de equilibrio e igualdad entre ambas Cámaras. Es que para descalificar un DNU se necesita de la expresa voluntad de Diputados y Senadores.

Basta, entonces, con que el Ejecutivo cuente con el apoyo numérico de uno de los órganos legislativos para tener por aprobado este tipo de actos. Ello no ocurre con la ley ordinaria que, para su sanción, requiere de la inequívoca voluntad mayoritaria de ambas Cámaras y, si una sola de ellas se opone, ese proyecto no puede repetirse en las sesiones del año. Lamentablemente, esta consecuencia no rige en el caso de un DNU.

El desatino, además de romper claras reglas de paridad de las Cámaras del Congreso, ha conducido a la ordinariación de los decretos en tratamiento.

A propósito, es bien sabido que en nuestro sistema las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras (art. 77); aprobado un proyecto de ley por la de origen pasa para su consideración a la otra (art. 78), todo sin perjuicio de que cada Cámara puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular de un proyecto (art. 79).

Además, en inequívoca prueba de esa igualdad histórica, potenciando justificadamente el rol de una Cámara durante el proceso de producción de la ley, la Constitución de la Nación contempla el supuesto de que ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año (art. 81)⁽¹³⁾.

El efecto que produce tal rechazo se refleja, dice la doctrina, en el hecho de que el proyecto resistido pasa al archivo⁽¹⁴⁾.

Empero, la sana regla de equilibrio legislativo entre Cámaras, oriunda de 1853 y que no experimentara modificación alguna en la reforma de 1994, se ha fracturado a través de la ley 26.122, ya que los artículos 24 y 26 prescriben que el rechazo de un decreto de necesidad y urgencia requiere de la aquiescencia de ambas Cámaras.

La distorsión no puede ser mayor.

De manera regular, cuando el Congreso está tratando un proyecto de ley, en pleno uso de sus facultades constitucionales, basta con que uno de los órganos que lo componen se oponga al proyecto de ley para que éste no pros-

(13) La hipótesis del rechazo total de un proyecto de ley por la Cámara revisora, y la prohibición de repetirlo en las sesiones de ese año –e insistir en el rechazo en las sesiones del año siguiente– consagra la atribución de cualquiera de aquellas Cámaras de bloquear, por razones de conveniencia u oportunidad política, propuestas normativas con las que disiente. La solución constitucional armoniza con el criterio de la doble e igual representatividad institucional en el Congreso: la democrática y la federal. Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, p. 565, La Ley, Buenos Aires, 2001.

(14) Ubertone, Pedro Fermín, citado por Ekmekdjian, Miguel Ángel, Tratado de Derecho Constitucional, t. IV, p. 767, Depalma, Buenos Aires, 1997.

pere. Todo, con el agregado de que la iniciativa contradictoria no puede repetirse en las sesiones del año.

En cambio, en la oportunidad en que alguna de las ramas del Congreso examina la validez o invalidez de un acto precario, emanado del Ejecutivo, como lo es un DNU, el Legislativo está constreñido –para oponerse a su vigencia– a cuantificar la voluntad de Diputados y Senadores, es decir, que debe sumar al propósito contrario de una Cámara análoga determinación de la otra.

Mayúsculo absurdo es imposible. Se valida de ese modo el hecho de que cuando el Poder Ejecutivo usa de un atributo que no le es propio y, por antonomasia, pertenece al Poder Legislativo, resulta indispensable que ambas ramas del Congreso coincidan en su descalificación. En cambio, congruente con el sistema constitucional vigente, cuando se trata del proceso normal, ordinario, de formación de la ley, una sola Cámara puede fulminar con su negativa la vigencia del acto legislativo en preparación.

Esta ventaja procedimental que se acordó al Ejecutivo para la emisión de un decreto de necesidad y urgencia no fue casual, sino una abierta invitación para que nuestros presidentes de turno regulen cuanto le apetece a través de la emergencia de un DNU.

Cabe recordar que, hasta la fecha, el único planteo judicial que en relación a la constitucionalidad de las cláusulas objetadas emitió la Corte fue en “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ Estado Nacional-ley 26.122 s/ amparo ley 16.986”. En esa causa la actora había impugnado la congruencia de los artículos 22 y 24 de la ley reglamentaria de los DNU y en sentencia que data de agosto de 2010, el cimero descalificó tal reclamo aseverando que “(...) la afirmación dogmática de que tales normas violan el principio de legalidad y de división de poderes y que estos constituyen un derecho humano fundamental, no alcanza a demostrar que el reclamo tiene suficiente concreción e inmediatez, ni tampoco que la acción haya sido promovida en defensa de un derecho de incidencia colectiva, no llegándose a desvirtuar la conclusión de la Cámara en cuanto a que su demanda persigue la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes, lo que obsta a la intervención del Poder Judicial”.

VIII. Llamativa mutación que campea en la materia

Cierta cuota de tino del constituyente, al concebir una fórmula mixta para la procedencia del hecho habilitante –combinando arbitrio del Ejecutivo para discernir la existencia de circunstancias excepcionales con el dato empírico, objetivo, de la imposibilidad de seguir el trámite ordinario para la formación de las leyes–, se ha diluido. Fue superado por la tolerada costumbre que nos lleva a descubrir una extraña mutación por sustracción.

Con arreglo a ella, el poder lee parcialmente la Constitución. Toma de ella la porción que lo habilita a usar del atributo, pero omite acogerse a las prescripciones que lo restringen. Así, el texto de la Constitución formal permanece intacto (vigencia normológica), pero a la vez el titular de la potestad se sustrae a obedecer el mandato que condiciona aquella, solamente en el caso de operarse la atrofia congresional (vigencia sociológica).

Este desalentador balance patentiza de modo inocultable que la disposición del artículo 99 inc. 3° ha merecido una interesada exégesis por parte de los Ejecutivos de turno para acceder a sus propósitos.

En casi todos los casos que motivaron el dictado de decretos de necesidad y urgencia –excepción hecha al primer momento del aislamiento social dispuesto con motivo de la pandemia del coronavirus–, su común denominador estuvo dado por el fraccionamiento de los contenidos de la norma constitucional, ya que en ninguna oportunidad, concurrió el extremo fáctico impuesto por la Constitución en punto a la imposibilidad del Congreso para la confección de las leyes. De aplicarse la normativa constitucional vigente, ese derecho espurio merece la sanción de nulidad.

Ello, a su vez, innovó la naturaleza excepcional del instituto y en vez de decretos de necesidad y urgencia queda en evidencia que se ha producido una telúrica creación: la de los decretos de urgencia o conveniencia.

Todo, obviamente, al margen de la norma imperativo-restrictiva que estatuye que el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso emitir disposiciones de carácter legislativo, a menos que concurren las circunstancias excepcionales que califica la ley de leyes.

La explicación técnica que puede proseguir en detalle para abonar el porqué de un poder rebelde a la pura normatividad, no encubre justificación jurídica alguna para la grosería institucional. Y si en este juicio hablamos de poder a secas, es porque en él involucramos el “debe” del Ejecutivo, con los consiguientes déficits operativos del Congreso y el Judicial que no han estado a la altura de la delicada misión encomendada por la Ley Mayor de la Nación.

Entre tanto, la realidad desnuda un hecho por demás llamativo. No se conoce un solo DNU o decreto delegado que haya sido descalificado por ambas Cámaras del Congreso.

En tanto, a nivel Judicial, apenas algunos tribunales inferiores se orientaron por la buena doctrina, al tiempo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hasta el presente, ha tenido una línea zigzagueante que no puede tomarse como definitiva. En ella priman los criterios que se orientan por la pervivencia de estos actos, no obstante la posibilidad de que el Congreso podría legislador, cuando lo hizo el Ejecutivo usurpando sus potestades.

Escrutando en esa dura realidad la conclusión es inevitable. La afección del principio de división de poderes que trae aparejada la institución que tratamos no solo alcanzó a las relaciones del Legislativo con el Ejecutivo. También resiente el contralor de constitucionalidad que es propia del Judicial.

Entonces, es cierto que con la cobertura de la autorización constitucional se ven afectados varios presupuestos de la división de poderes. Primero, el *funcional* (porque atributos que por esencia son del Legislativo han pasado a otro); luego, el de *exclusividad* (desde que la potestad que originariamente era del Congreso se trasladó de modo oblicuo para compartirse con el Ejecutivo); se fracturó la *cooperación* (porque actos que debieran requerir la concurrencia de dos voluntades aparecen simplificados con la expresión de solo una); también se redujo el *control* (porque la aptitud de vigilancia disminuyó cuando decrecieron las competencias funcionales del órgano llamado a ejercerlo); y, por supuesto, se rompió el esquema de *equilibrio* (porque la reasignación de funciones potenció a un poder, el Ejecutivo, en desmedro del Legislativo y por lo visto, hasta del propio Judicial).

IX. El otro gran invitado a la emergencia: el decreto delegado

Merecen esa denominación los actos legislativos emanados del presidente, quien adquiere la competencia de emitirlos por transferencia que el Congreso realiza previamente en él.

Al igual que los decretos de necesidad y urgencia, la legislación delegada era repudiada por la Constitución de 1853-60, que en su artículo 29 condenaba la asunción de facultades extraordinarias. Sin embargo, la excesiva cantidad de asuntos que caen en el ámbito legislativo, la ponderación de complejos criterios técnicos, la rapidez con que se dan las nuevas situaciones⁽¹⁵⁾, a lo que debe sumarse el crecimiento del Estado y entre nosotros la histórica complicidad de la Corte para avalarlos, dieron vida al frondoso apartado de la legislación endosada, por capitulación y comodidad del Congreso y para satisfacer la omnipresente voracidad del Ejecutivo⁽¹⁶⁾.

Desde la década del 20 fue común que la Corte argentina se alineara rechazando la figura de la delegación legislativa. Pero el rechazo no era tal. Cada vez que el alto tribunal debía resolver una causa en la que se constataba la existencia de delegación, el cimero apelaba al disfraz de encubrir ese acto con el rótulo de decreto reglamentario.

En presencia de esta anomalía por la que la Corte acogió el decreto delegado con el nombre de decreto reglamentario o ejecutivo, dimos en llamar a estos actos reglamentos con nombre prestado y falsa identidad⁽¹⁷⁾.

La práctica inconstitucional fue tan avasalladora en punto a consentir la delegación que bien pudo caberle al constituyente del 94 la confesada impresión experimentada por Harold Laski, cuando afirmaba que protestar contra la delegación es perder el tiempo, por lo que el verda-

(15) Finer, Herman, Teoría y práctica del Gobierno Modelo, pág. 640, Tecnos, Madrid, 1964.

(16) Midón, Mario A. R., Manual de Derecho Constitucional, pág. 501, Edit. Plus Ultra, Buenos Aires, 1997.

(17) Midón, Mario A. R., Los reglamentos con nombre prestado y falsa identidad, Temas de Derecho Constitucional, pág. 201, Edit. Del Centro, Corrientes, 1993.

dero problema es el de encontrar los medios para impedir su abuso⁽¹⁸⁾.

También el 94, reforma de por medio, alumbró un nuevo artículo 76 que admite la autorización del Congreso para que el Ejecutivo haga la ley en materias determinadas de administración o emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

La fórmula elegida por el constituyente para plasmar la figura ha sido objeto de cuestionamientos más que fundados.

En primer lugar, se impugnó la pretendida demarcación del objeto de la delegación, que antes que circunscripta a “materias determinadas de administración” y “emergencia pública”, aparece en extremo abierta por la amplitud que reconocen esos tópicos, con lo que se infiere –sin mayor esfuerzo interpretativo– la peligrosa tesis de que en nuestro sistema, en más, o en menos, todo es susceptible de delegación⁽¹⁹⁾.

Y si la referencia a la voz administración es capaz de engendrar un maremágnum, no le va en zaga la idea de delegar a partir de una situación de emergencia pública. En ese caso, la dificultad no pasa solo por definir cuándo existe una situación de emergencia, como por la exuberancia de sus aplicaciones. El razonamiento vale para un país donde la apelación a la emergencia es la regla y no la excepción⁽²⁰⁾.

Eso es lo que hay. Parece, no obstante, que lo más atinado del precepto tiene que ver con el hecho de que el constituyente ha exigido –para hacer efectiva la delegación– definir el plazo para su ejercicio y las bases de la transferencia a ser fijadas por el Congreso. Esto último está referido a precisar el objeto, contenido y alcance de la autorización concedida; un equivalente de lo que en su momento la Corte dio en llamar el claro establecimiento de la política legislativa⁽²¹⁾.

De manera que si el Congreso –obligado a definir los lineamientos rectores del proyecto que autoriza, esto es su patrón o estándar de política legislativa– no cumple su deber la delegación será inconstitucional.

La regulación constitucional, aunque estableció el imperativo de que el Jefe de Gabinete de Ministros debe someter la legislación delegada a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, omitió precisar el término dentro del cual debe radicar la presentación. Esta liberalidad que lucía como abierto llamado para demorar el cumplimiento del deber en los casos en que el Ejecutivo, al dictar un acto delegado, se apartara de las directivas trazadas por el Congreso, fue resuelta por la ley 26.122. En efecto, en su artículo 12, manda que el Ejecutivo dentro de los diez días de dictado un decreto de delegación legislativa lo someterá a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.

Como las limitaciones sustanciales del art. 76 dejan que desear y mucho, sirven para un barrido como para un zurcido, decía Natale⁽²²⁾, parece tarea doctrinaria y jurisprudencial delimitar lo que debió el constituyente, es decir, que es lo no delegable.

(18) Citado por Linares Quintana, Segundo V., Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado, t. 8°, pág. 130, edit. Alfa, Buenos Aires, 1963.

(19) ¿Qué significan materias determinadas de administración? ¿Qué es administrar en última instancia? Todos sabemos a esta altura que administrar, o bien materias de administración, son conceptos que abarcan un universo de asuntos y competencias de las más variadas, y comprenden desde la prestación de los servicios públicos esenciales o la construcción de escuelas, hasta la fabricación de armas para la defensa o la elaboración de planes para la educación, la salud, la erradicación de la pobreza, la política monetaria y la conducción de las relaciones internacionales. Administrar es en última instancia ese residual pero –por ese mismo motivo– gigantesco poder que ha despertado –especialmente a partir del welfare state o Estado de la procura existencial, como lo llama García Pelayo– el crecimiento cuantitativo y cualitativo del Poder Ejecutivo, cuyos desbordes en Latinoamérica son bien conocidos. De modo que la amplitud de esta excepción dependerá exclusivamente de lo que cada intérprete entienda que debe ser la delegación y –tal vez– de la necesidad del momento. Pero de lo que no caben dudas –insisto– es de que esta excepción tiene todas las aptitudes para convertirse en regla y hacer de esta última letra muerta. Ver el trabajo de Bianchi, Alberto B., “Los Reglamentos Delegados luego de la Reforma Constitucional de 1994”, Derecho Administrativo, obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, p. 64, Edit. Rap S.A., Buenos Aires, 2007.

(20) Midón, Mario A. R., Los inciertos límites de la delegación, Temas de Reforma Constitucional, 2da. Parte, ED, 22/9/95.

(21) Fallos: 280-29.

(22) Natale, Alberto, Comentarios sobre la Constitución, p. 131, Depalma, Buenos Aires, 1995.

Por lo pronto, teniendo en claro que las competencias congresionales delegables son únicamente las legislativas, quedan excluidas, al menos:

a) Las atribuciones de índole preconstituyente, jurisdiccionales, de gobierno, de control, electiva, representativa⁽²³⁾. La proscripción alcanza a facultades congresionales que ejerciéndose en forma de ley carecen de entidad legislativa. Por ejemplo, no puede delegarse la facultad de intervenir provincias o aprobar tratados.

b) Tampoco se puede delegar el atributo de hacer leyes que tienen señalada una tramitación especial, al conferir calidad de iniciadora a una de las Cámaras. Por ejemplo, contribuciones, reclutamiento de tropas, coparticipación federal, políticas diferenciadas.

c) No puede delegarse la potestad de sancionar tipos penales, regular la libertad de las personas, el derecho de propiedad, la facultad de publicar las ideas por la prensa sin censura previa, la defensa en juicio, creación de impuestos y cargas personales, etc.

d) Mucho menos, el Congreso podrá delegar en el Ejecutivo la facultad de hacer algunas de las leyes que el Poder Constituyente encomendó al Congreso para completar la reforma del 94.

Como estas limitaciones son fruto de la interpretación pro Constitución, tenemos que admitir que tras la reforma del 94 el reconocimiento de las facultades para legislar por delegación ofrece el común denominador de un precepto poblado de ambigüedades, donde la parquedad constitucional parece un llamado para escapar al control, la invitación al abuso de poder y un abierto llamado al ocio congresional.

En nuestra praxis política, a partir de la reforma constitucional de 1994, todos los presidentes han disfrutado de las preeminencias de la legislación delegada. La doctrina ilustra acerca de la cuantía de leyes que pobló el espectro legislativo a partir de ese acontecimiento, instrumentos que fueron perfilando, desde la práctica legislativa, algunos de los elementos del nuevo régimen⁽²⁴⁾.

Da la impresión de que en el mundo político se ha asentado la creencia de que a ningún presidente se le puede negar la potestad de que haga leyes, en tanto respete, mínimamente, el artículo 76.

Sin ir muy lejos, al momento de preparar estas líneas, en mayo de 2024, la Cámara de Diputados de la Nación declaró “la emergencia pública en materia administrativa, económica, financiera y energética por el plazo de un (1) año”, habilitando al presidente Milei a dictar decretos delegados en relación a esas materias.

X. “Colegio Público de Abogados”. La carga de acreditar la validez del decreto delegado por el interesado

Al confirmar dos pronunciamientos de instancias anteriores descalificando los artículos 31 y 51, decreto 1204/2001, la Corte Suprema de Justicia de la Nación introdujo a nuestro derecho la figura en virtud de la cual quien invoca hallarse comprendido en las ventajas de un decreto delegado tiene la carga de demostrar su validez.

El fallo en cuestión, recaído en la causa “Colegio Público de Abogados de Capital Federal v. Estado Nacional - Poder Ejecutivo s/ amparo”⁽²⁵⁾, allegó una interesante directiva orientada a afinar el control de constitucionalidad de los actos emitidos al amparo del art. 76, CN, toda vez que no solo reafirma lo excepcional del atributo conferido por el Congreso al Poder Ejecutivo, sino que además innova en los alcances del conocido axioma vigente en materia de actos públicos, los que al amparo de una inveterada tradición jurídica gozan de la presunción de constitucionalidad.

Los hechos determinantes del fallo tuvieron su origen en la ley 25.414, regulación a cuyo amparo se dictó el decreto 1204/2001. Para lo que aquí interesa, el producto congresional autorizó al presidente a “derogar total o parcialmente aquellas normas específicas de rango legislativo que afecten o regulen el funcionamiento operativo de organismos o entes de la organización descentralizada,

(23) Consideramos atributos del Congreso los siguientes: de índole legislativa, preconstituyente, de control, de gobierno, electiva excepcional y representativa. Ver Midón, Mario A. R., El Congreso en la Constitución. Legislaturas provinciales y de la CABA. Constituciones Sudamericanas, Segunda edición, en prensa.

(24) Ylarrri, Juan Santiago, La emergencia económica. El control constitucional de la situación de emergencia económica y su declaración normativa, p. 156, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2019.

(25) Fallos: 331:2406.

empresas estatales o mixtas, o entidades públicas no estatales (...)", todo con la finalidad de dar eficiencia a la Administración.

Al ejercer esa delegación, el Poder Ejecutivo estatuyó que los abogados que ejerzan la representación, patrocinio letrado y/o defensa del Estado Nacional estarían exentos del pago de bonos de derecho fijo, y, también, que para el ejercicio de la profesión de abogado no resultaba necesaria otra matrícula que la del Registro de Abogados del Estado (artículos 31 y 51, decreto 1204/2001).

Agraviado por su contenido, el Colegio Público de Abogados de la Capital impugnó la constitucionalidad de esos preceptos, puesto que tales normas, básicamente, contradecían la ley 23.187, impidiendo la matriculación por ante la entidad de los abogados que representan al Estado Nacional, al tiempo que lo privaba de percibir aranceles que los demás asociados deben oblar para el ejercicio de la profesión.

De allí que el núcleo de la discusión giraba en torno a discernir si la ley 25.414, al realizar la transferencia legislativa individualizada más arriba, se acomodaba a los dictados de la Ley Mayor y, por ende, si el decreto consecuente que decía apoyarse en ella gozaba de adecuado sustento constitucional.

Teniendo en cuenta que la representación estatal recurrente adujo que el cuestionado decreto era fruto de una mixtura del ejercicio de atribuciones delegadas, art. 76, y de las facultades autónomas del Ejecutivo, art. 99, inc. 2°, la Corte, tras poner de relieve lo encontrado de tal argumentación, destaca que "(...) hay poderosas razones que refutan la tesis sostenida por la parte recurrente de que los arts. 3° y 5°, decreto 1204/2001, se refieren a una materia cuya regulación es propia y exclusiva del presidente de la Nación".

Ello, porque en el devenir histórico "(...) el ejercicio de la abogacía, sea a favor del Estado, sea de particulares, ha sido materia reglada por el Congreso desde los orígenes mismos de la organización nacional (...)", a lo que debe adicionarse que "(...) las leyes que han establecido un marco para el desempeño de los abogados del Estado no han sido cuestionadas por invadir una esfera reservada al Ejecutivo (...)", y también porque "(...) la ley 23.187 no hace en su texto la distinción pretendida por la recurrente entre abogacía privada y pública (...)".

Ingrediendo al tema nuclear ventilado, el tribunal de la cumbre recuerda "Que, con un lenguaje firme y explícito, la Constitución Nacional prohíbe al presidente de la República, como regla general, emitir 'disposiciones de carácter legislativo', sea iniciativa propia (art. 99.3, párr. 2°), sea por virtud de la delegación que en su favor haga el Congreso (art. 76, parte 1ª) (...)".

Tras enunciar los requisitos y circunstancias exigidos por la Constitución para el dictado de un decreto delegado, colige que "(...) la letra del texto constitucional refleja sin ambigüedades la decisión que tomó la Convención Constituyente de 1994 de, por una parte, mantener el principio general contrario al ejercicio de facultades legislativas por el presidente como una práctica normal y, por la otra, de introducir mayores precisiones sobre las condiciones excepcionales en que ello sí puede tener lugar (...)".

En su discurso, el cimero invoca la voluntad auténtica del constituyente trayendo a colación los términos del aporte que al respecto brindarían algunos convencionales del 94, cuando afirmaban que las motivaciones de la nueva sanción realizada en 1994 puso de relieve que los principios y los límites de la delegación legislativa se dejaron guiar por los que ofrece el derecho norteamericano.

En esa línea, el alto tribunal memora el significado que en la Nación del Norte tiene la exigencia de que las leyes delegatarias contengan un principio claro e inteligible al cual deba ajustarse la autoridad delegada, imposición que en nuestro derecho "(...) tiene su correlato en dos conceptos contenidos en el art. 76, CN: el carácter determinado de las materias de Administración y la exigencia de que la actividad delegada se mueva 'dentro de las bases que el Congreso establezca'".

Sin embargo, en perspectiva realista, el tribunal observa que "(...) el riesgo que de todos modos enfrentan las Constituciones en admitir la delegación legislativa es que ésta se lleve a cabo de manera extremadamente amplia e imprecisa (...)", acontecimiento frente al cual a los tribunales que deben entender en los cuestionamientos que se susciten con motivo de ello les caben dos alternativas: "(...) o bien anular la ley delegataria por no fijar un linea-

miento inteligible, o bien interpretar muy restrictivamente la eficaz la delegación y, por lo tanto, limitar las posibilidades de que el acto en cuestión pueda encontrar apoyo en la delegación excesivamente vaga. Este último es el que predominantemente ha seguido la Corte Suprema de los Estados Unidos (...)".

Teorizando acerca de las modalidades que en nuestro derecho tienen a partir de 1994 los decretos delegados, el intérprete final infiere: "1) la delegación sin bases está prohibida; y 2) cuando las bases están formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el presidente es una concreción de la especificación política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegataria de que se trate (...)".

La afirmación demuestra que la Corte adopta para la solución del caso una directiva pretoriana de similar textura a la que predomina en el derecho constitucional de la Nación del Norte.

En efecto, frente a un concreto permiso legislativo concebido en términos imprecisos, vagos o ambiguos, si bien el tribunal podía declarar la inconstitucionalidad de la ley 25.414, que autorizó la mentada delegación, prefiere realizar un escrutinio muy severo sobre su consecuente, el decreto delegado 1204/2001.

Ello conduce, implícitamente, a validar la indeterminación producida en origen, trasladando al interesado en la vigencia del acto el deber de acreditar en juicio que el decreto delegado es compatible con la Constitución.

La afirmación vuelve a reiterarse por la Corte, razonando "(...) que por ser amplia e imprecisa, la delegación no confiere atribuciones más extensas, sino al revés: a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente (...) el principio constitucional contrario al dictado de disposiciones legislativas por el presidente tiene, en el plano de las controversias judiciales, una consecuencia insoslayable: quien invoque tales disposiciones en su favor deberá al mismo tiempo justificar su validez, o sea demostrar que se hallan dentro de alguno de los supuestos excepcionales en que el Ejecutivo está constitucionalmente habilitado (...) Por consiguiente, la defensa del decreto legislativo tendrá mayores probabilidades de éxito cuando más claras sean las directrices de la ley delegataria, y menores, cuando ellas consistan solo en pautas indeterminadas (...)".

Congruente con tales presupuestos, el fallo, al examinar los pormenores del caso, abreva en que la demandada "(...) se apoyó en una lectura sumamente amplia e indeterminada de la ley 25.414, que, si es tomada estrictamente, habilitaría al presidente para derogar prácticamente cualquier ley vigente, y en segundo término, en lugar de ofrecer una demostración de que, pese a ello, las disposiciones dictadas por el Ejecutivo formaban parte de la política que efectivamente adoptó el Congreso en el art. 1°, inc. f, ley 25.414, se limitó a solicitar una aplicación mecánica del texto legal, en la versión vaga e inexpressiva por ella misma propuesta (...)".

En línea con la demarcación trazada, el tribunal de la cumbre concluye que el decreto 1204/2001 está fuera de la habilitación que el Congreso otorgó al presidente, toda vez que los artículos atacados no disponen derogar una norma específica, sino la aprobación para los abogados del Estado de un régimen alternativo e incompatible con el establecido en la ley 23.187, amén de que tales preceptos relevan a un sector del mundo abogadil de cumplir con el deber de aportar y matricularse, fijados por la referida ley.

1. ¿En qué consiste la inversión de la carga probatoria?

Es indudable que la formulación emanada de la Corte evidenció, de modo tangible, un promisorio avance restrictivo en un terreno donde el control judicial, casi por regla, ha sido escaso.

Desde esa perspectiva, frente a un escenario en el que desde la reforma de 1994 las delegaciones –y sus consiguientes abusos– proliferaron, no podemos menos que celebrar los alcances de este alentador fallo que aspira a obliigar a los poderes públicos a ser más cuidadosos al emitir estos actos. Al fin y al cabo, mucho de razón tenía Montesquieu cuando predicaba que solo el poder frena al poder.

Resulta valioso que en materia tan sensible como la tratada, donde la mayoría de las veces las libertades perecen frente al constante embate del poder, se innove con esta radical fórmula que echa por tierra el latiguillo de

que los actos públicos gozan de la presunción de constitucionalidad. Presunción que, en la lectura hasta hoy estilada, debía ser destruida por quien alegaba y estaba en condiciones de probar la inconstitucionalidad, pues de modo regular se suponía que tales actos, antes que emanados de seres de carne y hueso que ejercen la función pública, provenían de dioses o semidioses.

En rigor de verdad, la Corte no dice explícitamente la afirmación que vertimos, pero es innegable que la consecuencia de su pronunciamiento es el decaimiento de la presunción de constitucionalidad de estos actos. Esa y no otra es la consecuencia que por carácter transitivo se infiere de la sentencia.

No es casual que –en dirección opuesta a este innovador fallo– la Corte, de modo constante, haya repicado que “(...) la presunta conformidad de las leyes (...) con las normas constitucionales (...) no debe ceder (...) sino ante una prueba tan clara y precisa como sea posible”⁽²⁶⁾, pues “(...) para decretar la invalidez de una ley deben mediar motivos reales que así lo impongan (...) y aun en los casos de duda (...) entre la validez o la invalidez, ha de estarse siempre por la legalidad”⁽²⁷⁾.

La decisión de nuestro máximo tribunal de garantías invirtió las reglas del juego. A partir de este fallo, no es el afectado por las restricciones a sus derechos quien debe demostrar la ilegalidad de la delegación, sino aquél sujeto que dice estar comprendido dentro de los beneficios o ventajas contenidas en el decreto que se presenta bajo el rótulo de delegado.

En el caso juzgado, a la defensa del Estado ese cometido le era absolutamente inviable, toda vez que dada su calidad de beneficiaria del decreto 1204/2001, para responder a la consigna del fallo debía probar que la eficacia de la Administración –en cuanto objetivo de la delegación– pasaba por liberar del pago de aranceles a los abogados que la representan en juicio, como así también lo innecesario de que ellos se matriculen para el ejercicio de la profesión ante el Colegio Público de Abogados.

Avanzando un poco más en lo que pudo ser el fallo del tribunal, en una suerte de ejercicio imaginativo, nos preguntamos si la solución por él ideada es la debida.

Anticipamos, reproduciendo la letra del fallo, que es la mismísima Corte quien invoca la existencia del precedente norteamericano y en ocasión de esta sentencia lo acoge, sin desconocer que la otra opción que le quedaba era la de declarar la inconstitucionalidad de la ley que dispuso la delegación.

Sin desdeñar lo antes expresado, en cuanto al significado del avance jurisdiccional adoptado en el contexto de la realidad nacional que nos circunda, creemos, no obstante, que la solución que mejor se compadece con el régimen constitucional argentino es la del camino que la Corte en el caso evitó.

Así, es válido que en los Estados Unidos, donde la Constitución no tiene un artículo como el art. 76, CN, el más alto tribunal de aquel país, al enfrentar situaciones donde debía juzgar la constitucionalidad de imprecisas delegaciones, haya elegido la pretoriana ruta que ahora adopta nuestro cimero, descalificando el acto legislativo delegado.

Pero en la Argentina, aunque incierta en muchos de sus límites, para el tema que nos ocupa la regulación del art. 76 es autosuficiente, al prescribir, entre otras cosas, y como condición esencial para validar cualquier delegación, que el Congreso tiene el imperativo de establecer las bases de ella.

Y si, como en el caso, el órgano legisferante, en ocasión de autorizar al Poder Ejecutivo a usar de un atributo que era de su competencia, evadió tan claro mandato, esa delegación es lisa y llanamente inconstitucional, del mismo modo que lo sería si no tuviese plazo señalado para su ejercicio, si no estuviera circunscripta a materias determinadas de administración o emergencia pública, o si no fuera refrendada por el Jefe de Gabinete⁽²⁸⁾.

XI. “San Luis”. Imposibilidad de que coexistan un DNU y un decreto delegado por razón de emergencia sobre el mismo objeto

Al sentenciar en “San Luis”⁽²⁹⁾, la Corte declaró que no pueden existir dos institutos legislativos de emergencia

como lo son un DNU y un decreto delegado sobre el mismo objeto. El “holding” del fallo consistió en declarar la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 214/02, en cuanto ordenaba la pesificación compulsiva de los depósitos bancarios inicialmente celebrados en dólares.

En efecto, la ley de emergencia 25.561, dictada al amparo de lo establecido por el art. 76 de la Constitución, tras declarar la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegó en el Poder Ejecutivo diversas facultades legislativas para conjurar la crisis. Dicha transferencia quedó enmarcada, en lo que para aquí interesa, a “establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras y dictar regulaciones cambiarias” (art. 2°), a reestructurar “las deudas con el sector financiero” (art. 6°, segundo párrafo), “establecer medidas compensatorias que eviten desequilibrios en las entidades financieras” (art. 6°, párrafo tercero) y disponer “las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas (...)”.

Definidos los lineamientos rectores de la autorización conferida, es decir, sentado el patrón de la política legislativa a implementar, de allí en más los actos que como consecuencia de ella emitiera el Ejecutivo debían respetar ese estándar.

Sin embargo, al dictar el decreto 214/02, el presidente de la Nación no observó la limitación contenida en el art. 6° de la ley 25.561, mandato congresional que le imponía “preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de la entrada en vigencia del decreto 1570/01”, tutela que comprendía “a los depósitos efectuados en divisas extranjeras”, art. 6°, ley 25.561.

Dicho acto –al fijar el valor del dólar en la suma de \$ 1.40 más el CER– evadió la protección congresional estatuida por la representación popular, pues dicho importe amenguaba notoriamente la cuantía de lo depositado afectando de esa manera el derecho de propiedad del amparista.

Ahora bien, como el Ejecutivo calificó al decreto 214/02 como de necesidad y urgencia, la Corte interpretó que “(...) no es procedente que frente a una delegación –como la efectuada por el Congreso en la ley 25.561–, el Poder Ejecutivo ejerza facultades excepcionales, concebidas para ser desempeñadas en defecto de la actuación del Poder Legislativo y no en forma concurrente con él”.

Razonó el tribunal que “(...) la sanción de la ley 25.561 que declara la emergencia y delega facultades para lograr superarla, es suficiente evidencia de que no concurre la hipótesis que habilita el mecanismo establecido en el art. 99 inc. 3° de la Ley Fundamental, en tanto el Poder Ejecutivo no aludió a una diferente configuración fáctica que lo autorizase a ingresar en ese marco constitucional”.

De tales consideraciones surge que no podían coexistir dos institutos de emergencia, en forma simultánea, cuando el objeto de cada uno de ellos responde a una misma situación de necesidad y se funda en análogos hechos. En el caso, si el Congreso había declarado la emergencia y delegó en el Ejecutivo sus facultades legislativas para enfrentarla, éste último debía limitarse a usar de las potestades conferidas por la ley de delegación, estándole vedado acudir a otra fuente autónoma –a saber, un decreto de necesidad y urgencia–⁽³⁰⁾.

Para la Corte: “Una solución contraria a la indicada importaría admitir una nueva y sobreabundante declaración de emergencia, superpuesta a un estado de igual naturaleza reconocido con anterioridad por el Congreso y, con esta compresión, carente de utilidad, salvo que constituyese un arbitrio elíptico para eludir el marco fijado por la delegación de sus facultades legislativas, justificación que no puede ser constitucionalmente aceptada”.

Se trató del primer caso en la historia de la Corte Suprema en que nuestro máximo tribunal declara la inconstitucionalidad de una ley considerada clave para la política de un gobierno y la declaración tiene lugar mientras el gobierno que dictó la misma está en ejercicio del poder. Asimismo, el máximo tribunal adoptó allí un criterio valioso en materia de revisión judicial de medidas de regulación económica⁽³¹⁾.

(30) Midón, Mario A. R., Una sentencia justa que protege la propiedad y preserva la supremacía constitucional, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, p. 281, Montevideo, 2004.

(31) Alfonso, Santiago; Veramendi, Enrique; Castro Videla, Santiago, El Control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo, pág. 299, Buenos Aires, La Ley, 2019.

(26) Fallos: 207:238.

(27) Fallos: 171:87.

(28) Midón, Mario A. R., La carga de acreditar la validez del decreto delegado por el interesado, JA 2008-IV-40.

(29) Fallos: 326:417.

XII. Retroceso jurisprudencial con la subdelegación

A poco de la sanción constitucional, la Corte validó el instituto de la subdelegación legislativa, a partir del caso “Czerniecki”⁽³²⁾. Allí, el tribunal de la cumbre sostuvo que “(...) no suscita reparo que las atribuciones especiales que el Congreso otorgue al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos delegados o de integración, pueda éste subdelegarlas en otros órganos o entes de la Administración Pública, siempre que –como en el caso– la política legislativa haya sido claramente establecida” (Fallos: 311:2339).

En ese contexto, se declaró “(...) que debe descartarse la tacha de inconstitucionalidad de la resolución 180 de la Dirección de SENASA (Servicio Nacional de Sanidad Animal), puesto que la competencia para dictarla deriva del art. 10 del decreto 2899/70. Por lo demás, no resulta de las disposiciones de aquélla exceso alguno en la delegación, ni se advierte arbitrariedad o irrazonabilidad y menos aún demostración de lesión a las garantías constitucionales que el apelante considera violadas”.

El ejercicio de subdelegación por el organismo demandado (SENASA), convalidado por la Corte, fue demostrativo de un claro exceso en materia legislativa. Ello, porque el constituyente, en el artículo 76, acordó, en forma excepcional, la facultad de que el Congreso delegara la potestad de hacer la ley en el Ejecutivo, razón por la cual esa extensión no es lícita. Por lo mismo, el sistema no permite que el sujeto delegado la transfiera hacia otro órgano de la administración, como ocurrió en el caso.

El fallo, dictado en 1995, importó un rumbo jurisdiccional permisivo puesto que hasta entonces el alto tribunal solo autorizaba la subdelegación cuando ese atributo estaba autorizado de manera expresa en la ley delegante.

XIII. Similitudes y diferencias entre el decreto de necesidad y urgencia y el decreto delegado

Estas categorías legislativas, perfectamente delimitadas y con suficiente autonomía, registran semejanzas y disparidades dignas de consideración. En cuanto al objeto de este artículo, se impone precisar los datos comunes de estas figuras, como también sus diferencias.

Contabilizamos, entre las similitudes, a estas:

1.a) En un caso, como en el otro, se trata de potestades de índole legislativa y de naturaleza “sui generis”, no susceptibles de encuadrar en la calificación de ley formal.

1.b) El titular de la potestad para legislar –sea por razones de necesidad y urgencia o por transferencia del Legislativo– en las circunstancias que la Constitución autoriza es siempre el Poder Ejecutivo.

1.c) En ambos casos, el ejercicio de ese atributo se encuentra sujeto al control del Congreso.

1.d) Tanto la legislación delegada, como los decretos de necesidad y urgencia son susceptibles de control judicial, inmediatamente de expedidos.

1.e) La constitucionalización de ambos institutos reconoce común progenitor en el reformador de 1994. Antes de su vigencia formal, una inveterada praxis –no exenta de reconocimiento jurisdiccional– los había admitido.

1.f) Si se repara en la letra de la normativa que entroniza ambos preceptos –arts. 76 y 99 inc. 3º–, ellos principian su redacción con una categórica aserción que paradójicamente niega al Ejecutivo la facultad que a continuación se le reconoce.

1.g) Los dos tipos de actos legislativos deben ser reafirmados por el Jefe de Gabinete de Ministros.

1.h) Previo a la reunión del plenario de cada Cámara, la Comisión Bicameral Permanente debe controlar la legalidad de estos instrumentos dictados por el Ejecutivo. En el lenguaje de la ley que regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso 26.122, lo que hacen las Cámaras es evaluar la validez o invalidez del decreto, elevando un despacho a las ramas legislativas a través del cual aconseja el criterio a seguir.

1.i) El decreto de necesidad y urgencia –herramienta extraordinaria para conjurar un estado de necesidad– en abstracto puede coincidir en su objeto con la legislación delegada. Ello ocurre cuando esta última se otorga para dar respuesta a una situación derivada de emergencia pública.

1.j) Para emitir dictamen la Comisión Bicameral puede consultar, en ambos casos, a las Comisiones Permanentes competentes según la materia.

1.k) En caso de que el Jefe de Gabinete no remita en el plazo establecido a la Comisión Bicameral Permanente algunos de estos decretos, la Comisión se abocará de oficio a su tratamiento.

1.l) La Comisión Bicameral Permanente tiene un plazo de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el Jefe de Gabinete para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras.

1.m) Vencido el término de diez días, si la Comisión Bicameral Permanente no se expidió, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trata.

1.n) Elevado por la Comisión el dictamen al plenario de ambas Cámaras, éstas deben darle expreso tratamiento.

1.ñ) Las Cámaras de pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme a lo establecido por el artículo 82 de la Constitución Nacional. Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento en forma inmediata.

1.o) Las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a aprobar o rechazar el decreto con mayoría absoluta de los miembros presentes.

1.p) Las resoluciones de las Cámaras que aprueben o rechacen el decreto de que se trate serán comunicadas por su presidente al Poder Ejecutivo.

1.q) El rechazo de estos actos –de acuerdo a la ley vigente– demanda que ambas Cámaras se expresen en el mismo sentido desestimando el acto.

1.r) Finalmente, tanto un decreto de necesidad y urgencia como la legislación delegada tienen eficacia y jerarquía de ley, razón por la cual derogan las leyes formales que se le opongan y en el ordenamiento nacional gozan de una prelación que los ubica inmediatamente por debajo de los tratados.

A propósito de las diferencias, computamos las siguientes:

2.a) En la legislación delegada la intervención del Congreso se debe dar en dos ocasiones, previa a la emisión del acto cuando el Congreso autoriza al Ejecutivo y, luego, con posterioridad a su dictado. En cambio, la legislación de necesidad y urgencia demanda un único control: el que se realiza en forma subsiguiente por el órgano legislativo. La explicación de tales diligencias del Congreso es congruente con las características de estos actos. Es el Congreso quien delega en el Ejecutivo la facultad de legislar y, luego, es el propio Congreso el que se encuentra en condiciones de verificar si aquél respetó las bases de la delegación. En cambio, los decretos de necesidad y urgencia no están habilitados por el Congreso, sino por la propia Constitución. De modo que cuando el presidente echa mano a ellos lo hace, transitoriamente, *inaudita pars* del órgano representativo, asumiendo una competencia que es propia de aquél en razón de circunstancias excepcionales, razón que justifica la ulterior revisión por parte de las ramas legislativas.

2.b) La técnica legislativa formal que habilita a uno y otro es diversa. En tanto los decretos de necesidad y urgencia pareciera que pueden dictarse sobre cualquier tópico, exceptuando lo penal, tributario, electoral y el régimen de partidos políticos; los decretos delegados se restringen a materias determinadas de administración y emergencia pública. Esa formalidad no inhibe para la configuración de límites materiales implícitos en cuanto a DNU.

2.c) Si el Ejecutivo infringe las previsiones que lo autorizan a dictar un decreto de necesidad y urgencia, ese acto podrá ser pasible de la sanción de nulidad absoluta e insanable, según la Constitución. Sin embargo, la inobservancia de los presupuestos constitucionales que permiten emitir legislación delegada no conlleva –en principio– que esta se haga acreedora de tal descalificación. Sin embargo, el hecho de que la Constitución no haya previsto esa sanción no inhibe la competencia de los tribunales para formalizar dicha declaración cuando el acto reviste la calidad de nulo.

2.d) Si bien la emisión de ambos actos es decisión presidencial, la gestación de un decreto de necesidad y urgencia exige que ella se adopte en acuerdo general de ministros. Tal requisito no demanda la legislación delegada.

2.e) El constituyente ha diferido a una ley especial, sancionada con mayoría calificada, regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso en materia de decretos de necesidad y urgencia. La Constitución, aun-

(32) Fallos: 318:137.

que no lo prohibió, guardó silencio sobre esa posibilidad cuando autoriza al Congreso transferir competencia legislativa al Poder Ejecutivo. En la práctica el Congreso ha reglamentando en un instrumento común –ley 26.122– ambas figuras.

2.f) Al examinar un decreto de necesidad y urgencia la Comisión Bicameral Permanente se pronuncia sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos en la Constitución para su dictado. A su tiempo, luego de analizado un decreto delegado, la Comisión se expide sobre la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia, a las bases de la delegación y al plazo fijado para su ejercicio.

XIV. El Ejecutivo encarnando el síndrome del fumador empedernido

La sensación que nos dejan los institutos en examen es frustrante. A través de ellos se han ordinarizado herramientas excepcionales concebidas por la Constitución para el diseño de alta política, es decir, políticas de Estado. Por eso, el mandato del reformador del 94 no se compadece con la desacertada lectura que de estos institutos se ha hecho y, particularmente, de los DNU, que es donde más se materializa el enunciado de su anómala regularidad.

De cara a la realidad argentina, con Ejecutivos que a los fines de ejercitar el atributo conferido por el artículo 99 inc. 3º apelan a una lectura parcial de la Constitución –aprehendiendo únicamente la parte de la norma que les confiere la facultad, pero omitiendo cumplir los lindes sustanciales y de forma–, la ocasión de la reglamentación a través de la ley 26.122 era propicia para oponer una barrera legal contra tales desbordes.

Desaprovechada la oportunidad, nuestros presidentes, como lo hicieron regularmente desde principios de los 90 en adelante, pero con mayor intensidad luego de la admisión constitucional de la figura, han demostrado que padecen del síndrome del fumador empedernido.

Después de haber imitado a un célebre pensador y dejado de fumar muchas veces, tomamos la alegoría del sujeto dependiente de la nicotina cuyo desarrollo vital depende del hábito de fumar.

De modo que lo vemos con tabaco porque está solo o porque está acompañado; porque está alegre o porque está triste; porque está nervioso o porque se encuentra calmo; porque tomó alcohol o porque no ha bebido; porque celebra la concreción de un objetivo o porque se consuela con su no realización; porque es el último de la jornada o porque es el primer cigarrillo del día; porque hace buen rato que no fuma o porque recién fumó; porque es de tarde o porque se hizo la noche; porque ha fumado poco o porque ha fumado mucho, etc.

El listado de las ocasiones en que el dependiente de la droga es llamado a consumirla se extiende hasta el infinito, como aquellas en que nuestros Ejecutivos sienten la irrefrenable necesidad de convertirse en legisladores.

VOCES: PODER JUDICIAL - PODER EJECUTIVO - ECONOMÍA - EMERGENCIA ECONÓMICA - ESTADO - DERECHO COMPARADO - DERECHO ADMINISTRATIVO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DERECHO CONSTITUCIONAL - PODER LEGISLATIVO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - DEMOCRACIA - MINISTERIOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA - DERECHO POLÍTICO - DIVISIÓN DE PODERES - PARTIDOS POLÍTICOS

Reforma Constitucional: El triángulo de hierro que defiende al periodismo profesional de interés público

por FERNANDO J. RUIZ^(*)

Sumario: ORIGEN CONSTITUCIONAL DEL SECRETO DE FUENTES. — NACE LA CUARTA GARANTÍA. — UN PERIODISMO FORTALECIDO. *EL PROBLEMA CON EL SLAPP*. — EMBESTIDA INDIRECTA. — RELACIONES INFORMATIVAS ENTRE FUNCIONARIOS JUDICIALES Y PERIODISTAS. — LA PUBLICIDAD, GARANTÍA DE GARANTÍAS. — PROTECCIÓN PARA LOS ALERTADORES.

Origen constitucional del secreto de fuentes

La cuna constitucional del secreto de fuentes periodísticas fue Jujuy. Aquella convención constituyente de 1986, presidida por Héctor Tizón —uno de los grandes escritores argentinos—, fue la primera en dar esa garantía hoy imprescindible para los periodistas. Apenas recuperada la democracia, la capacidad de la sociedad de incidir sobre los convencionales se limitaba a algunos pocos actores privados e institucionales. Por eso, fue significativo que los únicos invitados especiales a la sesión inaugural fueron el editor del diario *Pregón*, Anuar Jorge, y el obispo local⁽¹⁾. Jorge era un activo integrante de ADEPA (Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas), desde los inicios de la organización⁽²⁾. Quizás fue la propuesta de esos editores locales, apoyados por organizaciones empresariales y profesionales, la que logró que esa constitución diga en su artículo 31: “Se garantiza a los periodistas el acceso directo a las fuentes oficiales de información y el derecho al secreto profesional”.

Al año siguiente, 1987, esa garantía se incorporó a la Constitución de Córdoba, con una redacción parecida, en su artículo 51: “La ley garantiza el libre acceso a las fuentes públicas de información y el secreto profesional periodístico”.

Cuatro años después, en 1991, se insertó en el artículo 46 de la Constitución de Tierra del Fuego, con una redacción idéntica a la cordobesa.

En marzo de 1994, la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP) presentó la Declaración de Chapultepec, cuyo artículo 3 dice: “No podrá obligarse a ningún periodista a revelar sus fuentes de información”. Con este ins-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO*: *Preeminencia del derecho a la intimidad sobre la libertad de informar*, por GABRIEL M. MAZZINGHI, ED, 172-110; *La libertad de prensa, la censura previa y el derecho a la intimidad de una menor*, por ANTONIO R. BUDANO ROIG, ED, 177-181; *El fin y los medios (El standard de la malicia real en la percepción de la Corte: más interrogantes que certezas)*, por VÍCTOR BAZÁN, ED, 179-256; *Libertad de expresión, derecho a la intimidad y control constitucional*, por ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA, ED, 195-360; *El principio de intimidad en la historia constitucional argentina*, por FEDERICO CHACÓN, EDCO, 2004-240; *La responsabilidad civil de los medios de comunicación y la precisión de las reglas de la doctrina “Campillay”*, por EMILIO A. IBARLUCIA, ED, 203-388; *La doctrina Campillay. Exégesis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, por FERNANDO M. RACIMO, ED, 206-964; *Los contenidos mínimos de la doctrina de la real malicia en el marco de la responsabilidad civil*, por FERNANDO M. RACIMO, ED, 209-972; *Ciudadanos de a pie e interés público. La Corte Suprema en el laberinto de la doctrina de la real malicia*, por VALENTÍN THURY CORNEJO, EDCO, 2013-189; *Prensa y justicia: el “juego” y el nuevo juicio paralelo*, por MARTÍN LÓPEZ LASTRA, ED, 247-619; *Publicación de un correo electrónico con contenido de interés público: el conflicto entre privacidad y la libertad de expresión en Internet*, por PABLO A. PALAZZI, ED, 257-203; *La intimidad de los menores: Entre las coordenadas de la “real malicia” y la doctrina “Campillay”*, por MARÍA ANGÉLICA GELLI, ED, 257-225; *Límites a las restricciones a la libertad de expresión*, por GRACIELA RUOCCO, EDA, 2016-616; *El secreto de las fuentes periodísticas, ganada en el art. 43 de la Constitución?*, por JULIO CHIAPPINI, ED, 262-899; *La doctrina de la “real malicia” y el derecho a la información sobre cuestiones médicas*, por MARÍA ANGÉLICA GELLI, ED, 277; *Protección de las fuentes de información periodística*, por MARCO A. RUFINO, ED, 284-111; *¿Dignidad personal versus libertad de expresión y de prensa? Desafíos actuales para armonizarlos respecto de los medios de publicación digitales*, por MARÍA INÉS MONTESANO, ED, 299. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Profesor de Periodismo y Democracia de la Universidad Austral. Ex presidente de FOPEA. Miembro de la Academia Nacional de Periodismo.

(1) Diario de sesiones 1. Convención Constituyente de Jujuy, 1985-1986, p. 206.

(2) ADEPA fue creada en 1962, en el marco de una reunión en Chile de la Sociedad Interamericana de Prensa. La Academia Nacional de Periodismo se creó en 1987. La Asociación Periodistas se creó en 1995 y se autodisolvió en 2004. El Foro de Periodismo Argentino (FOPEA) se creó en el 2002.

trumento, los editores de América reforzaron su diálogo con los poderes públicos en cada país para que los marcos legales lo incluyeran⁽³⁾.

Cuando en 1994 el Pacto de Olivos puso en marcha la reforma de la Constitución nacional, no estaba previsto ningún cambio en las normas relativas a la prensa, dado que se consideraba que con los artículos 14 y 32 ya se tenía la protección necesaria. Pero, cuando los representantes de ADEPA empezaron a caminar los pasillos y conversar con los constituyentes de las distintas comisiones, percibieron que era posible que ese acuerdo previo no se respetara, pues había cierto “aire refundacional” —que es la tentación de toda convención constituyente— y eso podía generar normas que sí interfirieran con la “libertad institucional y estratégica” que representaba la libertad de prensa, como la definía el constitucionalista histórico de ADEPA, Gregorio Badeni⁽⁴⁾.

Para los editores de diarios, cualquier innovación podría esconder alguna intromisión riesgosa. Además, los dos actores centrales del acuerdo constituyente eran Raúl Alfonsín y Carlos Menem, con quienes —en sus respectivos gobiernos— varios editores habían tenido o tenían relaciones tormentosas. Temían que la impugnación que gran parte de la prensa gráfica realizó a las razones políticas que originaron la reforma (la reelección presidencial) podría ser respondida con algún tipo de represalia legal desde la constituyente. En especial, funcionarios del gobierno de Menem, en su ‘guerra contra la prensa’ frente a las crecientes investigaciones periodísticas, habían sugerido —en otros contextos— aumentar la pena para los delitos de calumnias e injurias y promover el derecho a réplica.

El actual presidente de ADEPA y gerente de Relaciones Institucionales y Comunicaciones en Grupo Clarín, Martín Etchevers, que en 1994 iniciaba su carrera en el área corporativa, recordó hace unos años que “en las puertas de la Convención se multiplicaban ideas y proyectos —nosotros contamos al menos veinte, incluyendo algunos muy polémicos, como el de la información veraz...”⁽⁵⁾. Por su parte, el derecho a réplica se expandía en América Latina y el Pacto de San José Costa Rica (1969) incluía en su artículo 14 el Derecho de Rectificación o Respuesta. En Argentina ya estaba en las constituciones de Chubut, Formosa, La Pampa, Salta, San Juan, Jujuy, Santa Fe, Santiago del Estero, Santa Cruz, San Luis y Río Negro. Finalmente, la posibilidad de que el derecho a réplica ingresara a través de los tratados internacionales se moderó cuando la Constituyente votó el artículo 75, inciso 22, donde se precisó que los tratados “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”⁽⁶⁾. También existía temor en ADEPA por “institutos desconocidos”, como el hábeas data, que “amenazaba con abrir la puerta al secuestro de material periodístico” y que se abría paso en algunas de las nuevas constituciones provinciales.

Nace la cuarta garantía

En Santa Fe y Paraná, los enviados especiales de los diarios “también actuaban como alertas” y entre todos detectaron dos decenas de proyectos que, a pesar de que no reformaban la parte dogmática de la Constitución, afectaban directa o indirectamente la libertad de prensa⁽⁷⁾.

(3) En el 2018, en la Declaración de Salta, la SIP actualizó estos principios al nuevo entorno digital. El principio actualizado sobre el secreto de fuentes fue el siguiente: “8. Las leyes deben garantizar el derecho a proteger la identidad de las fuentes confidenciales de los periodistas y deben permitir el uso de herramientas de encriptación o cifrado. También deben respetar el derecho de las personas al anonimato”.

(4) Etchevers, Martín, *Discurso a 25 años de la Reforma Constitucional*, ADEPA, 2019.

(5) Etchevers, Martín, op. cit., 2019.

(6) En el episodio 8 de *Generación 94*, la serie de podcasts realizada por Rodis Recalt en Spotify, la convencional Elisa Carrió da su versión sobre el rol de ADEPA en la discusión del inciso 22 del artículo 75 (7/5/2024). En el episodio 11 de esa misma serie de podcasts, el convencional Augusto Alasino da su versión sobre el rol de ADEPA en la discusión sobre la “información veraz” (28/5/2024).

(7) Etchevers, Martín, “Entretelones de una odisea que valió la pena”, ADEPA, 2006.

Pero en la historia, los derechos y garantías pueden nacer por una caprichosa y aleatoria convergencia de conflictos, ideales, intereses, negociaciones y temores. Una mera pretensión se convierte en un derecho de rango constitucional a partir de un proceso histórico donde los sujetos colectivos e individuales conforman una contingente coalición promotora eficaz.

Eso pasó con las once palabras del convencional Antonio María Hernández, que finalmente quedaron anidadas al final del tercer párrafo artículo 43: “No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”. De esa forma, se constituyó como una “cuarta garantía” junto al amparo, el hábeas corpus y el hábeas data.

En una entrevista que le hizo el periodista especializado Adrián Ventura para su tesis doctoral, Badeni dijo que no se pretendía darle rango constitucional al secreto de las fuentes periodísticas, pero hubo cierta alarma porque con el recién incorporado derecho de hábeas data al artículo 43 se podría promover la acción contra el material periodístico. En ese momento, cuenta Badeni, “con motivo de la constitucionalización de la acción de hábeas data, se advertía cierta cuota de imprevisión en algunos de los constituyentes –y de malicia en otros– al establecer un mecanismo que podría ser ejercido contra los bancos de datos periodísticos descubriendo las fuentes obrantes en ellos”. El equipo de ADEPA, cuyo asesor legal era Badeni, tomó contacto con los constituyentes radicales Antonio María Hernández y Humberto Quiroga Lavié. Badeni expresó que especialmente Hernández comprendió esa preocupación y rápidamente lo resolvió. Ventura también entrevistó a Hernández, quien dijo que ADEPA “hacía un planteo que era enteramente entendible”⁽⁸⁾.

Hacía mucho tiempo que Antonio María Hernández había imaginado esa garantía. Había sido constituyente provincial en 1987, donde se había incorporado el secreto de fuentes por una propuesta del bloque de la Unión Cívica Radical. Y en 1992 había presentado, siendo diputado nacional por su provincia, junto con otros legisladores, un proyecto de ley sobre el secreto de las fuentes.

Además, en la propia Constituyente nacional ya estaba navegando la posibilidad de incorporar esa garantía de la libertad de prensa, dado que el bloque del Frente Grande había propuesto que se agregue como una atribución del Congreso (artículo 75), con el siguiente inciso: “Asegurar que ningún periodista podrá ser coaccionado por autoridad alguna para que quiebre la reserva de la fuente informativa, ni colocar dicha reserva bajo sanción con cualquier pretexto”. Ese sector político estaba en la oposición al gobierno menemista y una de las señas de su identidad opositora era la defensa de la prensa independiente.

En la Comisión de Redacción, Hernández propuso su texto el 28 de julio y fue recibiendo el apoyo de los convencionales Alberto García Lema, Elisa Carrió, Humberto Quiroga Lavié, Guillermo Estévez Boero (que lo había expresado incluso en la campaña electoral previa), Rodolfo Díaz, Eduardo Barcesat, Juan Carlos Maqueda y Carlos Corach. Fue una garantía que recolectó un apoyo transversal. El convencional César Arias expresó una disidencia, mientras que la convencional Adelina Dalessio de Viola coincidía con la garantía, pero proponía insertarla en otro artículo⁽⁹⁾. El 12 de agosto fue presentada, ya sin discusión, en la sesión plenaria de la Convención. Cuando Hernández explicó en siete minutos la incorporación del secreto de fuentes periodísticas al “concepto de libertad de prensa” se produjo uno de los hechos más importantes para el periodismo profesional contemporáneo. Para fundamentar esta “nueva institución”, citó a Gregorio Badeni, al Tribunal Constitucional alemán, al juez Hugo Lafayette Black, al jurista Fidel Isaac Lazo, a los pensadores Jean Francois Revel, Henri Bergson y Karl Popper, al político francés Roland Dumas, a la legislación de Renania del Norte y a la ley de prensa de Suecia, al artículo 51 de la Constitución de Córdoba, y a los proyectos presentados sobre secreto de las fuentes por senadores y diputados nacionales en el país. Finalmente, el 16 de agosto, resultó aprobada.

En palabras de Etchevers, se encontró una “solución superadora”. En un discurso en 2019, el directivo de

ADEPA expresó: “Bueno es reconocerlo: ambas cuestiones, el hábeas data y el secreto periodístico se revelan, 25 años después, como avances jurídicos premonitorios: hoy la privacidad y la propiedad de los datos cobran enorme relevancia de la mano del uso que las plataformas tecnológicas hacen de los mismos, al punto de llegar a influir en procesos electorales. Hoy, el secreto de los periodistas se erige en un límite claro frente a quienes pretenden desacreditar las denuncias por corrupción o confundir a periodistas con delincuentes”⁽¹⁰⁾. Hasta entonces, recordó Rodríguez Villafañe, había “una tremenda ebullición en el tema y (...) una particular inseguridad jurídica” para los periodistas, e incluso “se llegó a sancionar penalmente al periodista con detención, por no haber brindado la información guardaba bajo sigilo sobre la que se le preguntó”⁽¹¹⁾.

Esto recuerda una cita atribuida a dos juristas alemanes del siglo XIX, citada por el jurista Fernando Toller: “la ley puede ser más razonable que el legislador”⁽¹²⁾. ADEPA se acercó con temor confesado a la “febril creatividad” de una Convención Constituyente y finalmente fue un actor decisivo en consolidar, no solo una preservación de las garantías históricas, sino un fortalecimiento de la protección constitucional del periodismo. Ya no fueron solo los artículos 14 y 32 los que defendían expresamente a los periodistas, sino que también se sumó el nuevo artículo 43. Y este fue un avance que no defendió especialmente a las empresas periodísticas, sino, en primer lugar, a los periodistas profesionales. De hecho, las organizaciones sindicales de los periodistas también coincidían en reclamar el secreto profesional. La UTPBA (Unión de Trabajadores de Prensa de Buenos Aires) había propuesto en la Convención Constituyente un artículo en el que se insertaban juntos “el secreto profesional de los periodistas” y “el ejercicio de la cláusula de conciencia”. Describió Rodolfo Veljanovich, “En la Argentina ha sido un reclamo unánime tanto de los trabajadores de prensa, como de las empresas periodísticas el amparo del secreto profesional”⁽¹³⁾.

Un periodismo fortalecido

La protección del secreto cumple el rol de preservar el interés público en muchas profesiones, entre otras, abogados, médicos, farmacéuticos, personal de entidades financieras, bioquímicos, odontólogos, escribanos, psicólogos, contadores o trabajadores sociales. Pero ninguna de esas profesiones tiene una protección constitucional específica como tiene el periodismo.

El constitucionalista Manuel García Mansilla expresó que “nuestro sistema constitucional protege a la libertad de prensa aún de forma más fuerte que en los Estados Unidos”⁽¹⁴⁾.

El reconocido jurista Miguel Ángel Rodríguez Villafañe lo definió así: “el objetivo del sigilo no es otro que el de ayudar a dar a luz informaciones que, de otra manera, quedarían en la sombra, en esa opacidad que opera como censura”⁽¹⁵⁾. En 2008, el actual ministro de la Corte Suprema de la Nación, Horacio Rosatti, escribió que “el secreto de fuentes es una garantía para el ejercicio de la profesión periodística”⁽¹⁶⁾. Y esas palabras resuenan cada vez que un periodista, cuando declara en sede judicial, recuerda esa garantía. En especial, han sido beneficiados los principales periodistas de investigación del país que han invocado decenas de veces ese artículo cada vez que son citados por alguna autoridad pública.

(10) Etchevers, Martín, op. cit., 2019.

(11) Rodríguez Villafañe, Miguel Julio, *Libertad de expresión y periodismo en el siglo XXI. Derechos, garantías y responsabilidades y secreto profesional periodístico*, Editorial de la UNC, Córdoba, 2015, p. 444.

(12) Toller, Fernando, Capítulo 10: “Los derechos humanos no enumerados: historia, sentido, dificultades, posibilidades”. En: Crego, Jorge y Pereira Sáez, Carolina (eds.), *Los nuevos derechos humanos. Teoría jurídica y praxis política*, Editorial Comares, Granada, 2024, p. 259.

(13) Veljanovich, Rodolfo, *El derecho a la información y las cláusulas protectoras del ejercicio profesional. La cláusula de conciencia y el secreto profesional del periodista*, Curso de Actualización en Derecho de las Comunicaciones. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 1997, p. 31.

(14) García Mansilla, Manuel J., “La protección constitucional del secreto de fuentes de información periodística y la persecución penal a periodistas en la República Argentina. Algunas reflexiones sobre el fallo ‘Santoro’”, *La Ley* 2, abril del 2021, n° 2.

(15) Rodríguez Villafañe, op. cit., p. 388.

(16) Rosatti, Horacio, “Off the record y secreto periodístico”, *Revista de Derecho Público*, 2008, 2, Buenos Aires, p. 559.

(8) Ventura, Adrián, *El secreto periodístico. Garantía constitucional absoluta del derecho a la información*, Tomo 1, Tesis doctoral UBA, 2007, pp. 224-232.

(9) En el episodio 7 de *Generación 94*, la serie de podcasts realizada por Rodis Recalt en Spotify, Horacio Rosatti habla de la ubicación del secreto de fuentes en el artículo 43 (30/4/2024).

En la Constitución se menciona la palabra ‘secreto’ únicamente dos veces. Es una palabra fuerte para una república que en su esencia tiene la luz y no la opacidad. Son los regímenes autoritarios los que se organizan en base al secreto. La Constitución, sin embargo, preserva el secreto del voto y el secreto de las fuentes periodísticas. Uno podría pensar que hay un hilo de oro republicano que une ambos artículos. Los votantes y los periodistas aparecen unidos en un mismo acto democrático, el voto, que transmite la energía a todas las instituciones. Por eso, tanto el desprecio por el secreto de las fuentes periodísticas como por el voto secreto, resultan actitudes que afectan la ingeniería institucional y la protección de los derechos.

También existe un hilo de oro entre el secreto de las fuentes y el periodismo profesional de interés público. Los derechos no son para banalizarlos, sino para cumplirlos, por lo tanto esta garantía se creó para proteger al periodismo profesional de interés público y, por extensión, a las personas que conocen información muy relevante que es necesario que la sociedad conozca. “No se trata de un fuero para que el periodista deambule por la vida recopilando versiones de las que no aportará sustento”, dice el investigador mexicano Raúl Trejo Delarbre⁽¹⁷⁾. En el mismo sentido, en los *Veinte Principios Permanentes del Periodismo*, emitidos en el 2023 por la Academia Nacional de Periodismo, se dice en su punto 9: “El secreto profesional está protegido por el artículo 43 de la Constitución, no como un privilegio personal sino por su función en beneficio del derecho de la ciudadanía a ser informada de manera fidedigna, especialmente cuando se trata de información que los poderes intentan ocultar”. También el secreto de las fuentes está incluido en el Código de Ética de FOPEA, actualizado en 2022, en su artículo 9.

Gran parte de las más importantes investigaciones periodísticas que se han publicado desde la recuperación democrática han sido en base a fuentes *off the record*, que le dan una información al periodista y luego este –pacientemente– va corroborando. De otra forma, es posible que esa información de alto interés público no llegue a la ciudadanía. Así, con sus propios métodos de investigación, los periodistas van construyendo un castillo de indicios que va configurando el abuso público que se va a revelar. Por eso, las organizaciones de defensa de la libertad de expresión consideran al secreto de fuentes como un poderoso escudo y, tanto en la discusión pública, como en la jurisprudencia, es constante la mención a ese artículo. Esto hace que forme parte no solo del derecho vigente, sino también del derecho viviente, como diría Luigi Ferrajoli⁽¹⁸⁾.

Algunos de los casos más relevantes desde entonces fueron los siguientes:

En mayo de 1995, el programa periodístico de televisión *Edición Plus* entrevistó al prófugo Enrique Gorriarán Merlo, jefe principal del atentado terrorista de La Tablada. El juez federal de Morón les pidió a dos periodistas la revelación de sus fuentes e incluso que acompañaran a policías federales para reconocer cómo fue que llegaron a reunirse con el jefe guerrillero para entrevistarlos. La Cámara Federal de Apelaciones de San Martín rechazó esos procedimientos⁽¹⁹⁾.

En 1997, *La Voz del Interior* publicó una investigación sobre el comercio de drogas en cárceles cordobesas, y un juez pidió que se revelase el nombre del periodista y las fuentes utilizadas. El director del medio se negó y asumió toda la responsabilidad⁽²⁰⁾. Años después, también en Córdoba, en la localidad de La Carlota, la periodista radial Mara Aurelia Audicio fue citada como testigo por la fiscal e interrogada con preguntas “proyectadas a procurar la fuente de información de la periodista y aspectos de su labor profesional”, tal como dijo en un acuerdo de abril del 2004 el Tribunal Superior de Justicia de la provincia⁽²¹⁾.

En 1998, el juez federal Norberto Oyarbide recibió una denuncia anónima contra el director de la revista *Noticias* que lo acusaba de distribuir pastillas de éxtasis en la redacción. El juez intervino los teléfonos de la redacción durante tres meses. Cuando el editor se enteró y le

reclamó al juez, este dijo: “quédense tranquilos que no se encontró absolutamente nada y la causa está cerrada”⁽²²⁾.

En septiembre de 1999, un periodista pampeano fue detenido por el juez de instrucción penal de General Acha por varias horas hasta que se comunicó con la fuente que le había informado que se habían tirado tambores con gasoil contaminando el Río Colorado y esta le permitió revelar su nombre. El periodista fue inmediatamente liberado⁽²³⁾.

Cuando el periodista Thomas Catan, del *The Financial Times*, informó sobre un pedido de coima a bancos extranjeros por parte de “legisladores argentinos”, el juez Claudio Bonadío le pidió al que revele sus fuentes y, ante su negativa, pidió a las telefónicas su listado de llamadas durante dos semanas, lo que llevó a que la Asociación Periodistas presente un *amicus curiae*. Luego, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal ordenó destruir esos listados⁽²⁴⁾.

En mayo del 2005, un juez de Tierra del Fuego pidió la interceptación telefónica y la escucha de las llamadas de periodistas de esa provincia, Santa Cruz, Río Negro y Buenos Aires.

En noviembre del 2014, el juez federal de Bahía Blanca procesó al periodista bahiense Germán Sasso por negarse a revelar sus fuentes⁽²⁵⁾.

En junio del 2020, dos jueces federales de Lomas de Zamora, Federico Villena y Juan Pablo Auge, allanaron la productora de televisión de Rolando Graña para obtener información de una investigación realizada por el programa *GPS*, de A24, sobre espionaje ilegal⁽²⁶⁾. Ese mismo año, el juez federal Marcelo Martínez de Giorgi pidió, a solicitud de los abogados de dos empresarios, las grabaciones de las cámaras de seguridad de la zona en que el periodista Diego Cabot recibió los cuadernos de Centeno⁽²⁷⁾. La Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal rechazó esa medida.

En febrero del 2021, una jueza pidió al periodista Santiago O’Donnell que le entregue las grabaciones de su entrevista con el hermano de Mauricio Macri⁽²⁸⁾. En junio de 2023, la Corte Suprema de la Nación rechazó esa medida⁽²⁹⁾.

En mayo del 2021, el juez federal de Mendoza, Walter Bento, le pidió a un periodista la revelación de sus fuentes⁽³⁰⁾.

En octubre del 2021, la Policía Federal pidió “los registros de llamadas entrantes y salientes de un listado de números telefónicos, entre los que se encontraba una línea de la editorial Perfil (asignada al periodista Rodis Recalt). Además, solicitaron la geolocalización y los mensajes de texto. La causa continúa abierta y la situación del colega se dio a conocer porque otro implicado tuvo acceso al expediente”⁽³¹⁾.

También en octubre del 2021, la Sala II de la Cámara Criminal y Correccional Federal ordenó destruir el listado de tres años de llamadas del periodista Daniel Santoro. A esa información habían accedido los jueces Alejo Ramos Padilla y Luis Rodríguez⁽³²⁾. En ese proceso, varios periodistas que declararon como testigos abrieron sus celulares y sus mails al juez Ramos Padilla, posiblemente por temor a sufrir consecuencias penales.

(22) Este episodio está descrito en el excelente libro de memorias periodísticas del actual presidente del Grupo Perfil. González, Gustavo, *Noticias bajo fuego. Sombras e intrigas del poder real en la Argentina*, Planeta, 2011, Buenos Aires, pp. 598-601.

(23) Rodríguez Villafañe, op. cit., p. 573.

(24) Meyer, Adriana, “Una protección a los periodistas”, *Página 12*, 29/10/2002.

(25) “El secreto de las fuentes periodísticas está consagrado por la constitución”, CELS, 11/11/2014.

(26) “Allanan la productora de Rolando Graña tras emitir un informe sobre el espionaje de la AFI macrista”, *Perfil*, 9/6/2020.

(27) “Cuadernos: ADEPA repudió una resolución judicial que investiga al periodista Diego Cabot”, *Revista Análisis*, 1/12/2020.

(28) “FOPEA rechaza la decisión de la jueza Susana Margarita Gastaldi, quien ordenó al periodista Santiago O’Donnell que entregue las grabaciones de las entrevistas que realizó para su libro sobre Mauricio Macri”, FOPEA, 7/2/2021.

(29) Resolución de la Corte Suprema de Justicia en causa CIV 67732/2020/2/RH2 “Macri, Mariano c/O’ Donnell, Santiago s/ diligencias preliminares”.

(30) “FOPEA rechaza la pretensión de acceder a las fuentes de información”, FOPEA, 11/5/2021.

(31) “FOPEA expresa su preocupación por inclusión de teléfono de periodista en listado de líneas analizadas por la Justicia Federal”, FOPEA, 6/10/2021.

(32) “La Cámara Federal ordenó destruir la lista de llamadas telefónicas de Daniel Santoro”, *Clarín*, 14/10/21.

(17) Citado por Rodríguez Villafañe, op. cit., p. 405.

(18) Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Editorial Trotta, México, 2019.

(19) Rodríguez Villafañe, op. cit., p. 453.

(20) Rodríguez Villafañe, op. cit., p. 418.

(21) Rodríguez Villafañe, op. cit., p. 421.

En marzo del 2022, FOPEA emitió un comunicado para rechazar el pedido a periodistas de *Aires de Santa Fe* de la grabación completa de una entrevista con un fiscal. El pedido lo realizó la Auditoría General de Gestión del Ministerio Público de la Acusación de Santa Fe⁽³³⁾.

También ha ocurrido que, desde los servicios de inteligencia, se espiera a periodistas para conocer sus fuentes, como se descubrió en la causa conocida como “Super Mario Bros”, con el seguimiento a los periodistas Hugo Alconada Mon y Rodis Recalt⁽³⁴⁾.

En abril del 2024, el exgobernador de Entre Ríos, Sergio Urbarri, patrocinado por el doctor Fernando Burlando, presentó una denuncia contra el procurador provincial, tres fiscales y el periodista Daniel Enz, en la que pidió como medida de prueba informativa “las llamadas entrantes y salientes” del periodista.

A veces, el secreto de fuentes se viola cuando se publican las listas de visitas registradas, tanto en la Casa de Gobierno como en la residencia presidencial. En abril del 2021, FOPEA emitió una declaración pidiendo poner en discusión esa práctica para proteger el secreto de fuentes y no violar la garantía del artículo 43⁽³⁵⁾. Cada vez que se difunden los listados, se pone énfasis en los periodistas registrados en esas reuniones.

En definitiva, como concluye Manuel García Mansilla, “los tribunales no deberían revisar la forma en que un periodista obtiene su información (...)”⁽³⁶⁾.

El problema con el SLAPP

Los embates judiciales que sufren los periodistas no llegan a condenas por la gran protección constitucional prevista. Hasta ahora, la garantía ha funcionado. Como dijo el presidente de la Academia Nacional de Periodismo, Joaquín Morales Solá: “¿Que nos han seguido persiguiendo después del año 94? Sí. El caso más significativo es el de Daniel Santoro. ¿Nos han procesado? Sí. ¿Nos han puesto preso alguno? No. Y esto es un paso fundamental con respecto a los Estados Unidos”⁽³⁷⁾.

Pero todavía esos embates judiciales sirven para intimidar, generar un efecto inhibitorio (*chilling effect*) y acosar judicialmente a periodistas, en lo que forma parte del llamado Pleito Estratégico contra la Participación (SLAPP, en sus siglas en inglés), que consiste en utilizar la iniciación de causas judiciales para intimidar voces públicas. Contra los periodistas, la pena buscada por quien lo involucra no es una condena, sino el mismo proceso. “Para el periodista que se enfrenta a una demanda civil o penal, la mera contratación de un abogado o la sospecha que se cierre sobre su reputación implica un impacto profesional, psicológico y económico. Para los otros periodistas, implica una advertencia”, expresó Ignacio Boulin, jurista que ha defendido a varios periodistas ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) e integra la Red Legal del Monitoreo de Fopea. A raíz del caso de Daniel Santoro, quien fue procesado por el juez federal Ramos Padilla y luego sobreesido por la Cámara Federal, la Relatoría de Libertad de Expresión de la OEA expresó en su informe anual que “ha seguido con particular atención este caso, y observa que (...) existe un desgaste y una exposición del periodista que puede interpretarse de forma criminalizante”⁽³⁸⁾.

Y gran parte de esos embates contra periodistas tienen que ver con su relación con las fuentes. A veces, los jueces dejan avanzar causas que tienen el objetivo de amedrentar periodistas y además pueden tomar medidas de prueba que afectan directamente el secreto de fuentes.

Embastida indirecta

Hoy existe cierta embastida indirecta contra el secreto de fuentes. En varias causas de gran sensibilidad política en América Latina, las defensas de los acusados —en general, poderosos políticos y empresarios— buscan derrumbar

las cuestionando las relaciones informativas confidenciales entre operadores judiciales y periodistas⁽³⁹⁾. El objetivo es probar actos arbitrarios de los funcionarios judiciales que realizan la persecución penal. Con ese fin, buscan revelar las comunicaciones existentes entre esos operadores judiciales y los periodistas para así demostrar una discrecionalidad manifiesta que sirva para deslegitimar las causas. Resulta entonces un ataque a la garantía del artículo 43 del secreto de fuentes. Esto no lo lograrían a través de la intervención en forma directa, a través de los celulares y comunicaciones de los periodistas; aunque lo pidan como prueba informativa, es difícil que lo concedan los jueces o lo aprueben las instancias superiores. Pretenden probarlo a través de la obtención de las comunicaciones de esos funcionarios judiciales bajo investigación, donde obviamente aparecerá también el registro de la comunicación con los periodistas. En general, esos periodistas suelen ser los más destacados periodistas de investigación de esa comunidad. Por eso, el artículo 43 funciona como un escudo central para proteger también la integridad de estas causas judiciales de altísimo interés público.

En la argumentación que se realiza en esas demandas, el debido proceso legal se vería afectado por el “armado de causas”; la existencia de “mesas” formadas por periodistas y funcionarios judiciales dedicadas a coordinar las acciones de persecución como si fueran un poder judicial paralelo y opaco; una estrategia de “legitimización autorreferencial” donde se hace que “la causa judicial legitime la nota de prensa, mientras la nota de prensa legitima, al mismo tiempo, la causa judicial”; opiniones *off the record* de los jueces sobre sus causas en trámite; la coacción o extorsión de testigos, tanto por operadores judiciales como por periodistas; la anticipación por parte de la prensa de las medidas judiciales; violación del secreto de sumario; y dar mediante el *off the record* información no confirmada a la prensa que afecte la presunción de inocencia de los acusados⁽⁴⁰⁾.

En Brasil y Perú, en causas de alta sensibilidad política, también han surgido ese tipo de argumentos. En marzo de este año, uno de los principales periodistas peruanos de investigación, Gustavo Gorriti, fue acusado por un fiscal por “haber brindado apoyo mediático a estos magistrados, a cambio de recibir información reservada de las investigaciones que tienen a su cargo”. Se refiere a dos fiscales que impulsaron las ramificaciones en Perú del caso brasileño Lava Jato⁽⁴¹⁾.

En realidad, una “causa armada” es una causa sin pruebas, no una en la que hay una fluida relación entre fiscales y periodistas. Como dice el actual fiscal Gonzalo Miranda, “lo que lesionaría el derecho de los acusados a un juicio justo sería que el sentido del fallo no viniera determinado por las pruebas disponibles, racionalmente valoradas, y por una recta y racional valoración del Derecho, sino por las informaciones publicadas”⁽⁴²⁾.

Por todo esto, esta sería una estrategia de defensa que busca criminalizar la utilización por parte del periodista de fuentes judiciales y la utilización por parte de los fiscales de información periodística.

Relaciones informativas entre funcionarios judiciales y periodistas

Esas denuncias son estrategias de SLAPP, por lo que sería relevante revisar los estándares antes de admitir esas denuncias que involucran a periodistas. Cuando un juez admite este tipo de denuncias, está siendo quizás involuntariamente cómplice de la intimidación, aceptando verdaderas ‘causas armadas’ difíciles de encuadrar en una figura legal. Para quienes conducen una investigación, hablar con los periodistas puede ser un deber de transparencia, no un delito. Por lo que criminalizar la relación entre los periodistas y los funcionarios judiciales es una estrategia

(39) Ruiz, Fernando J., “La neblina del *lawfare* en América Latina”, *La Nación*, 17/3/2021.

(40) Dos textos judiciales que tienen varios de estos argumentos son: el procesamiento y su posterior ampliación realizado por el juez Alejo Ramos Padilla del periodista Daniel Santoro, y la denuncia presentada el 19 de abril de 2024 por el exgobernador entrerriano Sergio Urbarri, con el patrocinio de Fernando Burlando, contra el procurador, tres fiscales y el periodista Daniel Enz. Santoro, Daniel, *La batalla final de Cristina*, Margen Izquierdo, Buenos Aires, 2021; Ruiz, Fernando J., “En Dolores, ¿nació un nuevo código penal mediático?”, *Perfil*, 17/9/2019.

(41) “Perú: Fiscal emite decisión que pone en riesgo la libertad de expresión”, IPYS (Instituto de Prensa y Sociedad), 29/3/2024.

(42) Miranda, Gonzalo, *La presunción de inocencia. El rol de los medios de comunicación en la construcción de la cultura jurídica*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2023, p. 209.

(33) “FOPEA rechaza el pedido de la Auditoría General de Gestión del Ministerio Público de la Acusación de Santa Fe”, FOPEA, 8/3/2022.

(34) “Hugo Alconada Mon declaró como víctima del presunto espionaje ilegal”, *La Nación*, 15/6/2020.

(35) “FOPEA advirtió que difundir entrevistas *off the record* de periodistas con funcionarios viola la Constitución”, *Clarín*, 10/4/2021.

(36) García Mansilla, op. cit., p. 4.

(37) “El derecho fundamental de mantener el secreto de las fuentes de información periodística”, ADEPA, 17/10/2021.

(38) Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. OEA. *Informe Anual 2021. Tendencias sobre el derecho a la libertad de expresión en el hemisferio*, p. 31.

para bloquear una causa, no para resolverla. El Ministerio Público y el Poder Judicial no administran justicia como coto privado, sino en nombre de una comunidad, y conviene que esta tenga el más alto conocimiento posible de sus acciones. Como escribió Amartya Sen, “un buen funcionamiento de los medios de comunicación puede desempeñar un papel de importancia crítica para facilitar el razonamiento público en general (de gran) importancia para la búsqueda de la justicia (...). La evaluación necesaria para la valoración de la justicia no es un ejercicio solitario sino ineludiblemente discursivo. No es difícil ver por qué un medio libre, enérgico y eficiente puede facilitar significativamente el proceso discursivo necesario. Los medios de comunicación son importantes no solo por la democracia sino por la búsqueda de la justicia en general. La ‘justicia sin discusión’ puede ser una idea opresiva”⁽⁴³⁾.

Por eso, para admitir este tipo de denuncias habría que analizar si no forman parte de estrategias de SLAPP. Se está extendiendo en las democracias la sanción de leyes anti-SLAPP que “permiten a los tribunales evaluar si una demanda es contra una actividad de interés público, examinar si hay pruebas de abuso procesal y revisar si el caso tiene méritos suficientes, concretamente si tiene expectativas realistas de éxito”⁽⁴⁴⁾. Algunas también podrían llegar a encuadrarse en el delito de falsa denuncia.

En una reciente directiva de la Unión Europea se ordena a los Estados miembros disponer de soluciones procesales que permitan no admitir demandas civiles o penales que solo buscan intimidar el ejercicio del periodismo⁽⁴⁵⁾.

Existen también muchos fiscales que, con buen criterio, evitan iniciar esos procesos. Por ejemplo, en mayo del 2021, el fiscal federal Sebastián Basso desestimó una denuncia por una supuesta filtración informativa a un periodista desde una fiscalía con el siguiente argumento: “(...) la labor del Ministerio Público Fiscal, como garante de la legalidad y de la representación de los intereses generales de la sociedad (artículo 120 de la Constitución Nacional), implica también la adopción de las medidas que estime necesarias para cumplir con la transparencia de sus actos y publicitar sus acciones (ver Fallo: 324:3397 y dictamen de la Procuradora General de la Nación en caso “Righi, Esteban Justo c/Garrido, Carlos Manuel s/daños y perjuicios -CSJN 109/2014(50-R)/CS1- del 11-12-2015). Debe resaltarse que la administración de justicia, como una de las funciones esenciales de un estado, constituye uno de los pilares donde se asienta nuestro sistema político. De ahí que su publicidad ante la ciudadanía resulte un eje esencial de las organizaciones que se dedican a esta tarea (poderes judiciales y ministerios públicos entre otros). A modo de ejemplo se puede apreciar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los últimos años ha puesto en funcionamiento diversos mecanismos para dar a conocer el trabajo judicial, como por ejemplo el ‘CIJ’ (Centro de Información Judicial). A su vez, dentro del ámbito del Ministerio Público Fiscal, la Procuración General de la Nación posee una oficina de prensa y un sitio digital, Fiscales.gov.ar, donde se dan a conocer cotidianamente noticias de la actuación de los fiscales en distintos casos judiciales”.

En mayo de 2023, en una sentencia a raíz de una demanda contra la periodista tucumana Irene Benito, que fue un claro caso de represalia por sus investigaciones, la Corte Suprema provincial expresó: “En este marco de análisis, al debatirse en el presente proceso el uso racional del derecho penal ante un caso en el que está en juego el derecho a la libertad de expresión, cabe poner de resalto que la Corte Interamericana tiene dicho que ‘no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquellas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba

debe recaer en quien formula la acusación. En este orden de consideraciones, la Corte observa los movimientos en la jurisprudencia de otros Tribunales encaminados a promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna, sin mellar las garantías que requiere la libre expresión como baluarte del régimen democrático’. (Cfr. en Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de la Corte IDH. Serie C No. 177 del 02/05/2008 en el caso “Kimel vs. Argentina”). En esta causa, FOPEA presentó un *amicus curiae*.

La publicidad, garantía de garantías

En las democracias es habitual que periodistas, funcionarios judiciales, legisladores y diversos referentes sociales complementen sus esfuerzos en investigaciones sobre temas de interés público. La posibilidad de agregar técnicas de investigación diversas en busca de la verdad sobre un asunto común relevante forma parte de la riqueza de una sociedad abierta. Es muy frecuente que una investigación judicial se enriquezca con la información descubierta por el periodismo. Esta es una de las razones por las cuales la garantía del artículo 43 es tan relevante. Los legisladores, los fiscales y los periodistas tienen posibilidades diferentes para acercarse a la verdad de un asunto público, y esas diferentes atribuciones y técnicas resultan complementarias para buscar la verdad. Al final, los tres terminan siendo auxiliares de la verdad y, por lo tanto, allanan el camino de la justicia. Querer impugnar esa complementación entre estos actores parece más un argumento para bloquear el camino de la verdad que para apoyarlo.

Resulta obvio que una investigación pública que, además de realizarse en sede judicial, también incluye la labor de periodistas y legisladores tiene un mayor grado de repercusión pública. En algunos casos, son los propios operadores judiciales los que buscan ‘contagiar’ el interés en la opinión pública para obtener la protección pública necesaria para poder avanzar en sus investigaciones frente a posibles bloqueos desde la política o incluso desde instancias judiciales superiores más permeables a la influencia política. Por eso, cuando los funcionarios judiciales perciben cierta soledad, tienen un incentivo para activar sus relaciones con la prensa para salir de ese aislamiento institucional.

El principio general es la transparencia del proceso judicial y, si hay secreto en algunas actuaciones, es para beneficio del desarrollo de la causa y el resguardo del honor de las personas. Un fiscal puede ponderar que para el mejor avance de su investigación requiere un grado mayor de relación con los periodistas. Además, seguramente tiene que contrarrestar las estrategias de comunicación pública de quienes pretenden bloquear sus avances. En nuestras democracias latinoamericanas es difícil avanzar una investigación judicial contra líderes poderosos sin cierto apoyo en los medios de comunicación. ¿Se puede investigar en una causa de alto impacto político en el vacío social, solo con la atribución que da tener un cargo judicial? Es obvio que la publicidad de la causa sirve para compensar presiones que esos funcionarios judiciales pudieran recibir.

En los criterios prudenciales de los funcionarios judiciales, el uso del *off the record* puede resultar estratégico para cumplir su rol público, y mantener guardada la información puede ser contraproducente. En especial, en un contexto en el cual el servicio de Justicia está cuestionado por ser especialmente ineficaz en las causas de alta sensibilidad política. Perseguir la relación entre periodistas y funcionarios judiciales contribuye a que las causas se estanquen y puedan ser eficazmente bloqueadas por coaliciones que aseguran la impunidad.

Esto ocurre sobre todo en aquellas áreas de la Justicia donde se ha logrado hacer opaco el principio de publicidad, porque varios de los mecanismos previstos para esa publicidad son arcaicos y, finalmente, la transparencia no es ni siquiera pasiva, está muerta. Este puede ser un problema grave porque, como dice Ferrajoli, el principio de publicidad es “garantía de garantías”⁽⁴⁶⁾.

Protección para los alertadores

El artículo 43 protege a los periodistas, pero también a las fuentes informativas, y en este caso incluye a las fuentes informativas judiciales. Estas pueden considerar

(43) Sen, Amartya, *La idea de Justicia*, Editorial Taurus, Buenos Aires, 2011, p. 367.

(44) Artículo 19. *¿Cómo responden los tribunales a las SLAPP? Análisis de decisiones judiciales seleccionadas de todo el mundo*, Global Freedom of Expression, Columbia University, Nueva York, 2023.

(45) Directiva (UE) 2024/1069 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativa a la protección de las personas que se implican en la participación pública frente a pretensiones manifiestamente infundadas o acciones judiciales abusivas («demandas estratégicas contra la participación pública»).

(46) Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Editorial Trotta, México, 2019.

que en determinados casos resulta estratégico promover la difusión pública de la causa para que la sociedad tome conciencia de la relevancia del caso y defienda a quienes realizan la investigación, o para apurar los tiempos judiciales internos. Puede ser decisivo para una causa “conducir la información pública” para evitar que se “deforme”. En la dimensión mediática de la causa pueden estar las partes incidiendo en la opinión pública, peritos de la causa o ajenos, periodistas influyentes que militan hipótesis determinadas, víctimas, victimarios, y –sobre todo– hábiles abogados de parte que en muchos casos tienen una disposición clara para “embarrar la cancha” sin límite y, a diferencia de otros países, no existe una cultura judicial o profesional que esté dispuesta a frenar sus excesos. En esos casos, el funcionario judicial puede estar en la misma situación que cualquier otro funcionario que tiene ciertas restricciones normativas para informar, pero el interés público lo impulsa a hacerlo para proteger el desarrollo de la causa, o sea, por un bien público superior⁽⁴⁷⁾. De alguna forma, son “alertadores internos” (*inside whistleblowers*) que están dentro de las instituciones y pueden sufrir presiones que les dificultan avanzar en las causas de interés público⁽⁴⁸⁾. En este caso, el alertador no está denunciando un delito específico, sino más bien que existen determinadas condiciones que le están impidiendo avanzar en su servicio de justicia. Así, un funcionario judicial sería un “alertador”. Los alertadores pueden ser particulares indefensos, pero es bastante frecuente también que sean funcionarios públicos de los niveles jerárquicos más altos y con gran poder institucional. Para mencionar uno de los casos más célebres, la fuente confidencial del caso “Watergate” era nada menos que el segundo hombre del FBI⁽⁴⁹⁾.

Por eso, una derivación del artículo 43 es ser un elemento más de “la protección a los denunciantes” que pi-

(47) El fallecido fiscal Federico Delgado describió varias causas de alta sensibilidad política que solo avanzaban cuando había un intenso interés periodístico. El rol de los periodistas permitía avanzar sobre las presiones políticas y de funcionarios judiciales superiores que ‘administraban’ las causas con tiempos más laxos. Ver el capítulo “Los periodistas, actores judiciales”, Delgado, Federico, *Injusticia*, Ariel, Buenos Aires, 2018, pp. 33-41. Una “restricción normativa” podría ser el artículo 8, inciso b. del Reglamento para la Justicia Nacional: “Guardar absoluta reserva con respecto a los asuntos vinculados con las funciones de los respectivos tribunales”.

(48) Para la propuesta de incorporar a la legislación argentina la figura del ‘alertador’ (*whistleblower*), ver *La lucha contra la corrupción desde un enfoque de derechos humanos para la administración de justicia*, Centro de Investigación de Derechos Humanos, UCA/PNUD, Buenos Aires, 2022, p. 84.

(49) Woodward, Bob, *The Secret Man: The Story of Watergate’s Deep Throat*, Scribner, New York, 2005.

de a los Estados el artículo 33 de la *Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, del 2004. La Convención Interamericana contra la Corrupción prevé la “protección de la identidad” de los funcionarios públicos “que denuncien de buena fe actos de corrupción” (artículo 3, punto 8). También la OCDE y el G-20, dos organizaciones con las cuales el país pretende estrechar sus relaciones, piden la existencia de mayor protección legal a los alertadores. Como señala un informe del Centro de Investigación de Derechos Humanos de la Universidad Católica Argentina, frente a la omisión en nuestra legislación de la figura del denunciante o alertador sería un avance que el deber de protección vaya más allá “de la discreción del juez competente”⁽⁵⁰⁾. De la garantía del secreto de fuentes se puede derivar una protección especial a los ‘alertadores’ (los *wistleblowers*), que pueden ser finalmente el eslabón más débil en la cadena que permite que una información de interés público llegue a la comunidad⁽⁵¹⁾.

Finalmente, desde aquel primer hito en la Constitución sancionada en la ciudad de San Salvador de Jujuy en 1986, el secreto de fuentes se ha sumado en el derecho viviente al triángulo de hierro constitucional, formado por los artículos 14, 32 y 43. Hoy, el periodismo dispone de un escudo que reconoce su importancia esencial en la democracia. Pero esa defensa formal que está en el texto legal, siempre tiene que seguir siendo activada por la defensa real de los funcionarios judiciales, de los periodistas y de la sociedad en general.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - PRENSA - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - RESPONSABILIDAD CIVIL - LIBERTAD DE PRENSA - LIBERTAD DE EXPRESIÓN - DAÑOS Y PERJUICIOS - DERECHO AL HONOR - DERECHO A LA IMAGEN - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA - DOCTRINA DE LA REAL MALICIA - INTERNET - INFORMÁTICA - HÁBEAS DATA - PERSONA - REDES SOCIALES - DERECHOS HUMANOS - DERECHO DE RÉPLICA - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - DERECHO A LA INTIMIDAD - DERECHO AL OLVIDO - PROCESO PENAL

(50) Centro de Investigación de Derechos Humanos, op. cit., p. 85.

(51) Por ejemplo, la *Ley modelo para facilitar e incentivar la denuncia de actos de corrupción y proteger a sus denunciantes y testigos*, elaborada por la OEA en el 2013, propone: “La protección a los denunciantes de actos de corrupción debe garantizar su integridad física y psicológica, de su grupo familiar, de sus bienes, así como la conservación de sus condiciones laborales y la salvaguarda de sus negocios, que eventualmente podrían estar amenazadas como consecuencia de la presentación de una denuncia”.

La democracia y el derecho a la educación: conquistas normativas a treinta años de la reforma constitucional

por MARÍA CAROLINA ZALAZAR^(*)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA LEY FUNDAMENTAL Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL. – III. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA LEY NACIONAL DE EDUCACIÓN N.º 26.206 Y EN LA LEY PROVINCIAL DE EDUCACIÓN N.º 8.391, SEGÚN LOS LINEAMIENTOS PAUTADOS DESDE LA NUEVA CLÁUSULA DEL PROGRESO. – IV. LA GRATUIDAD Y EQUIDAD DE LA EDUCACIÓN PÚBLICA ESTATAL. – V. LA AUTONOMÍA Y AUTARQUÍA DE LAS UNIVERSIDADES. – VI. CONCLUSIONES. – VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

Al hablar de educación –del latín *educere*, guiar, conducir; o *educare*, formar, instruir– se hace referencia al proceso de enseñanza-aprendizaje, mediante el cual se transmiten conocimientos, valores, costumbres; al proceso de socialización, en el que participan distintos actores sociales, donde se asimilan normas de conductas, hábitos, modos de ser, formas de actuar.

La palabra educación viene del latín *educare* que significa criar, nutrir o alimentar. Implica acrecentamiento. También deriva de *ex-ducere* que equivale a sacar, llevar, o conducir desde dentro hacia fuera. Implica crecimiento. Ahora bien, si el proceso educativo se organiza, se ejerce y se impone desde fuera y desde arriba, entonces debe hablarse de “heteroeducación” (hétero en griego significa otro). Si nace del individuo mismo, para desde él apropiarse de lo que es exterior y conformarlo a su individualidad, debe hablarse de autoeducación (autos en griego significa uno mismo). En este sentido, puede afirmarse que: 1) La educación es una influencia externa que configura al individuo; 2) La educación es un desarrollo interior que hace que el individuo se configure a sí mismo; 3) La educación es un proceso que proporciona al individuo los medios para su propia configuración. Entonces, “La educación es la formación del hombre por medio de una influencia exterior consciente o inconsciente (heteroeducación), o por un estímulo que, si bien proviene de algo que no es el individuo mismo, suscita en él una voluntad de desarrollo autónomo conforme a su propia ley (autoeducación)”⁽¹⁾.

Por su parte, el Dr. Jorge Horacio Gentile⁽²⁾ en su artículo “La Educación en la Constitución” del año 2001, al reflexionar sobre la educación, sostiene que es la existencia misma del hombre como ser individual y como ser social, la que aparece comprometida. La educación se ma-

nifiesta como un fenómeno constitutivo del ser personal del sujeto que se educa, como algo propio del hombre, y necesario, no tanto para regular su conducta sino para constituirlo hábil para ser hombre. La educación antes de ser un hecho social, político o económico, es un fenómeno concreto que ocurre en una persona, en un tiempo y en un espacio determinado; que forma parte del proceso de humanización en el que se da el despliegue y la construcción del sujeto –donde en conocimiento tiene un papel importante–, y que está orientado hacia una perfección mayor. El hombre se educa en un proceso de encuentro con el otro, con la sociedad, con la cultura. Este encuentro es primeramente ayuda y auxilio, y luego interpelación, cooperación, trabajo en conjunto. Asimismo, el Profesor Gentile⁽³⁾ recurre a Kant, para quien “la educación es el desenvolvimiento de toda la perfección que el hombre lleva en su naturaleza” y a Platón, quien señala que “Educar es dar al cuerpo y al alma toda la belleza y perfección de que son capaces”. *El proceso educativo* general es el conjunto de influencias que se ejercen sobre la persona para configurarlo, desde el punto de vista intelectual, espiritual, social y también biológico. El proceso educativo se cumple en etapas: se inicia con la crianza, sigue con adiestramiento, continúa con la instrucción y la educación para culminar con la autoeducación. Entre la educación y la autoeducación se ubica la formación, que afecta al significado de los dos términos anteriores. La formación alude al desarrollo de la forma propia, a la manifestación de la configuración personal y toda educación auténtica debe culminar también en estos procesos. El adiestramiento busca la constitución de hábitos, de mecanismos que le permitan al individuo adaptarse en su vida natural y social. Finalmente, Jorge Horacio Gentile⁽⁴⁾ señala que la instrucción es un concepto que alude al momento en que la relación educando-educador se supedita a un “bien objetivado”. La instrucción afecta solo a la capacidad intelectual de quienes participan del acto instructivo y tiene dos momentos: la transmisión o enseñanza y la aprehensión o aprendizaje. *La Instrucción* propiamente dicha refiere a un contacto meramente intelectual y mediato en el que la dirección del proceso está determinada por la estructura del contenido. *La enseñanza* es el ajuste constante y sostenido de la ayuda prestada a la actividad constructiva del alumno, es decir, la ayuda pedagógica a los progresos, dificultades, etc., que experimenta el alumno en el proceso de construcción de significados. Se trata de la intervención del docente que promueve intencionalmente la interacción del alumno para lograr el desarrollo positivo del proceso de aprendizaje. Esto se logra proporcionando una información organizada y estructurada, ofreciendo modelos de acción a imitar, formulando indicaciones y sugerencias, más o menos detalladas para abordar las tareas y permitiendo que elija y desarrolle de forma autónoma las actividades. *Aprendizaje* es cambio y transformación de esquemas de conocimiento por otros más ajustados y rigurosos, acordes a nuevas situaciones problemáticas. Es un proceso gradual de cambios cualitativos y de consolidación de saberes anteriores que se resignifican, alcanzando un nivel de mayor complejidad. Es una experiencia interna intransferible de construcción interactiva entre el sujeto y el objeto. Es un proceso a la vez individual (que se da en un sujeto único e irrepetible) y social (supone una actividad interpersonal en el que se aprende con y por la mediación de otros) que se da en un contexto determinado de condicionamientos socio-históricos-culturales. Es la interacción sujeto-objeto de conocimiento, de forma tal que el objeto es modificado por el sujeto en la medida en que este lo asimila a través de sus esquemas de interpretación, pero a su vez, el sujeto modifica sus sistemas cognitivos al interactuar con el objeto y procurar comprenderlo. Esta transformación es interna,

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El principio de subsidiariedad y el acceso a la vivienda digna en el marco de la cláusula del progreso y el desarrollo humano en la Constitución Nacional*, por LUCIO MARCELO PALUMBO, EDCO, 2011-545; *Algunas consideraciones en torno al desarrollo humano y la cláusula de la prosperidad*, por MARÍA CECILIA RECALDE, EDCO, 2011-593; *Modalidades de participación estatal en la economía. La planificación económica*, por RICARDO MUÑOZ, EDA, 2012-722; *El interés público: la formación educativa en la República*, por CAMARGO MASSAÚ, GUILHERME, El Derecho Constitucional, 2014-563; *La enseñanza de la Constitución en el sistema educativo mendocino: previsiones legislativas desde 1983 a la actualidad*, por A. EZEQUIEL CÁNENA, EDCO, 2015-547; *Necesidad de la educación religiosa en las escuelas y su regulación en Europa*, por MAGDALENA PRETEL, ED, 273-746; *Libertad religiosa y educación: una necesaria armonía*, por NORBERTO PADILLA, ED, 274-505; *La cultura de Salta como un “fragmento” de la Constitución y el derecho de los padres de elegir la educación de sus hijos*, por JORGE GUILLERMO PORTELA, ED, 274-513; *La ayuda financiera estatal al sector educativo privado*, por JUAN MANUEL SUÁREZ FONDEVILA, ED, 279-632; *Nueva mirada sobre el marco legal para la inclusión de estudiantes menores de 18 años en opciones de educación a distancia*, por HERNÁN COLETTI, ED, 278-929; *Pobreza e indigencia: una mirada en clave constitucional*, por MARÍA CECILIA RECALDE, EDCO, 2017-394; *Crisis, democracia y educación en la Argentina del bicentenario ¿Qué crisis?*, por EDUARDO PABLO JIMÉNEZ, El Derecho Constitucional, 281; *Los servicios públicos en emergencia y “nueva normalidad” (¿Normalidad nueva en emergencia vieja?)*, por ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, Revista de Derecho Administrativo, febrero 2021, N° 1/2. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Profesora Adjunta Cátedra “A” de Derecho Constitucional en Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNT.

(1) NASSIF, Ricardo, “Pedagogía General”, Ed. Kapelusz, Bs. As., 1984.

(2) GENTILE, Jorge Horacio, Artículo “La Educación en la Constitución”, 2001, pág. 2.

(3) GENTILE, Jorge Horacio, Artículo “La Educación en la Constitución”, 2001, pág. 3.

(4) GENTILE, Jorge Horacio, Artículo “La Educación en la Constitución”, 2001, pág. 4.

donde la manipulación o acción externa aparecen como vías posibles para ponerla en movimiento.

Al respecto cabe recordar al ilustre jurista tucumano Juan Bautista Alberdi, fundador de la organización jurídica y política de nuestro Estado Argentino en las *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* - edición 1948, expresó que no debía confundirse la aplicación, en nuestro territorio, de los términos “educación” e “instrucción”; ya que la *instrucción* se adaptaba mejor para promover y fomentar la cultura de los grandes Estados Europeos; mientras que nuestros pueblos nacientes estaban recién por “hacerse”, por formarse, antes de instruirse. Por lo tanto, manifestaba que, “*la instrucción es el medio de cultura de los pueblos ya desenvueltos, la educación por medio de las cosas es el medio de instrucción que más le conviene a los pueblos por crearse*”⁽⁵⁾. Esto no significaba negar la posibilidad de educación o instrucción al naciente Estado, sino que este derecho debía ejercitarse teniendo en cuenta la realidad existente en esa época. En este sentido, Alberdi propuso que la instrucción, para ser eficiente, debía centrarse en la enseñanza de cosas prácticas y en conocimientos de utilidad; debía educarse en la vida industrial y en las ciencias auxiliares de la industria. De este modo, manifestaba, el hombre iba a estar “formado” para vencer al enemigo del progreso de nuestro continente, es decir, al atraso material, al desierto, entre otros⁽⁶⁾.

De esta manera, podemos hablar de las denominadas *sociedades del conocimiento*. Toda reflexión en torno a las *sociedades del conocimiento* debiera constituir la ocasión para plantearnos –en consonancia con la ONU– un nuevo modelo de desarrollo humano, que incorpore entre sus categorías lo cultural, político, económico, tecnológico, científico, natural (todas dimensiones constitutivas de una misma realidad), y que haga posible construir otros escenarios sociales basados en el conocimiento como bien público. Este imperativo supone un renovado desafío en el ámbito de los procesos educativos: encarar las transformaciones ampliando el horizonte a otras dimensiones del desarrollo personal y social, pero no de manera disociada, sino de modo multidimensional, en virtud de que los intereses y necesidades propios de una dimensión requieren de la interacción con las otras⁽⁷⁾. Le corresponde así a la *educación*, como clave para el desarrollo humano, en interacción con las demás esferas societales, constituirse en fuente de oportunidad para construir respuestas a los problemas derivados de los procesos simultáneos –y a veces contradictorios– de mundialización, regionalización, democratización, inclusión, polarización, marginación y exclusión. Puede ser este uno de los caminos alternativos que conduzca al logro de un desarrollo humano que les permita a las personas “satisfacer sus necesidades (económicas, sociales, de diversidad cultural y de un medio ambiente sano), sin poner en riesgo la satisfacción de las mismas a las generaciones futuras”⁽⁸⁾.

En este nuevo escenario, el sistema educativo pasa a ser una prioridad fundamental para la construcción de sociedades más inclusivas y justas, y la *educación* –concebida como acción humanizadora– una de las herramientas más propicias para contribuir al mejoramiento de la calidad de vida. Así, las nuevas sociedades del conocimiento se construyen teniendo en cuenta las generaciones venideras y la realización de un proyecto común: el desarrollo del hombre y de la humanidad establecen un nexo entre el progreso del saber, el desarrollo de las tecnologías y las exigencias en materia de participación, dentro de la prospectiva de una ética del futuro. En esta convergencia se define la oportunidad de construir una *educación auténtica*, es decir genuina, dinámica, que se da a lo largo de la vida de los sujetos y los hace personas más íntegras y mejores. Por lo tanto, la educación tendrá actualmente como uno de sus fines prioritarios, desarrollar la persona total, como sujeto de autonomía y de dignidad, portador de un proyecto único e irrepetible de vida, miembro res-

ponsable y participativo en sus comunidades de pertenencia⁽⁹⁾, con capacidad de transformar la realidad y no solo de adaptarse a ella⁽¹⁰⁾. La educación auténtica supone sujetos –estudiantes, docentes e instituciones– implicados en la situación en la que les toca actuar, que se movilizan por los problemas, que eligen y asumen una posición frente a ellos, que a partir de las respuestas habituales piensan reflexivamente qué otras respuestas son posibles y obran en consecuencia, que no quedan sujetos a la rigidez de los métodos, sino que se atreven a reemplazarlos por acciones de pensamiento y nuevas racionalidades⁽¹¹⁾. También se habla de una *educación situada*, que contextualiza los conocimientos sin perder de vista el “todo”, desde una perspectiva que potencie la conectividad de los saberes por sobre la fragmentación, como camino para enfrentar la complejidad de la realidad, desde una perspectiva socio-histórica⁽¹²⁾. De esta manera, el desafío principal de la educación, hoy en día, está focalizado en la formación de personas que busquen el bien propio y el de los demás; con capacidad para conocer, comprender, emprender, enriquecer y transformar el mundo con su aporte inteligente, sensible y creativo, en cooperación con los demás durante toda su vida.

Finalmente, la educación se da y se desarrolla entre personas, por lo que el fenómeno educativo es propio de la sociedad política, parte integrante del Estado. Sin embargo, esta institución superior de la sociedad no puede desentenderse de la educación; de allí su responsabilidad indelegable, proclamada en la Constitución, de facilitar el acceso a la misma, su permanencia, su organización y su calidad. La educación integra el bien común social y el Estado, como gerente del mismo, debe atender y promover a las necesidades personales y sociales que la educación exige. La Constitución como norma suprema y fundadora de nuestra sociedad política y creadora del Estado, se refiere a la educación y señala el rol de las personas, las familias, los padres o tutores, las confesiones religiosas, las sociedades intermedias, las instituciones y las comunidades educativas, las universidades, el Estado federal, provincial y municipal, la ciudad autónoma de Buenos Aires y los organismos internacionales; en la formación integral del individuo.

II. El derecho a la educación en la Ley Fundamental y en el Derecho Internacional

El texto de la Constitución Nacional de 1853 expresa en su artículo 1º que el estado argentino adopta la forma federal de gobierno, lo que importa una relación entre el poder y el territorio, en cuanto el poder se descentraliza políticamente con base física, geográfica o territorial, según el maestro Germán Bidart Campos⁽¹³⁾. La descentralización del poder, considerada por Pedro J. Frías⁽¹⁴⁾ como una verdadera técnica de vida social, que parte del principio de que quien mejor conoce las necesidades mejor puede resolverlas, y así da respuesta a los problemas de la eficacia y la eficiencia, además de posibilitar la participación democrática.

Los autores de la Carta Magna adoptaron el principio de división de poderes, en virtud del cual se asignan atribuciones específicas a los tres poderes políticos existentes y se admite la colaboración y coordinación de sus tareas, con el propósito de concretar la realización de un estado democrático. Como consecuencia, el Congreso de la Nación está dotado de competencias de diversa índole: legislativas o jurídicas, económicas y financieras, de política internacional, administrativa, de organización, preconstituyente, de control e investigación; enunciada ex-

(5) ALBERDI, Juan Bautista, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, ed. 1948, págs. 35 a 36.

(6) ALBERDI, Juan Bautista, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, ed. 1948, pág. 37.

(7) FERREYRA H., La Educación: clave para el desarrollo humano. Una perspectiva desde la educación auténtica”, Bogotá: USTA (Departamento de Humanidades), 2012.

(8) Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, Naciones Unidas, 1987, <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>.

(9) CARNEIRO, P., “La educación, el aprendizaje y el sentido”, Presentación en Encuentro Sentidos de la educación y la cultura. Cultivar la humanidad, Santiago: Oficina Regional de Educación de la UNESCO para América Latina y el Caribe, 2005.

(10) FERREYRA H. y Peretti, G., “Diseño y Gestión de una Educación Auténtica”, Novedades Educativas, Bs. As., 2006.

(11) FERREYRA H., La Educación: clave para el desarrollo humano. Una perspectiva desde la educación auténtica”, Bogotá: USTA (Departamento de Humanidades), 2012.

(12) MORIN, E. (2005), “Repensar la reforma, reformar el pensamiento. Entrevista”, Cuadernos de Pedagogía, 342, págs. 42-46, <http://www.humanizarleyendo.cl/recursos/entrevistas/morin.pdf>. 2012.

(13) BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de la Constitución Reformada”, Tomo 1, Ed. Ediar, Bs. As., 1996, pág. 437.

(14) FRÍAS, Pedro José, en Cuaderno de Federalismo, Nro. XII, Instituto de Federalismo, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. “El Municipio y los problemas ambientales”, Revista de Derecho Público, 2010, Derecho Ambiental - III, Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, marzo 2010, págs. 263/294.

presamente en el artículo 75 y también en el resto de la Carta Magna⁽¹⁵⁾. De esta manera, la Carta Magna impone al Congreso el mandato de “Proveer lo conducente (...) al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria (...)” (art. 75, inc. 18).

Con la reforma llevada a cabo en 1994, se inserta en el texto constitucional la llamada “nueva cláusula del progreso”, en el artículo 75, inciso 19; fundamental en materia educativa. La misma expresa: “*Corresponde al Congreso: (...)*

Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación del empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.

Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al doblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen.

Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor”.

Sobre la temática educativa, el artículo establece los principios rectores que deben guiar a la misma. En este sentido, el Órgano Legislativo Nacional deberá sancionar leyes de organización y de base de la educación, respetando las particularidades provinciales y locales; asegurando la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos, la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; garantizando los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal, y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales⁽¹⁶⁾. Puede afirmarse que la última reforma constitucional ha adoptado, en esta temática, pautas similares a las establecidas en el Derecho Internacional, como ser la que se relaciona con la gratuidad en la educación primaria⁽¹⁷⁾.

Cabe recordar que el derecho a la educación se encuentra plasmado en nuestra Carta Magna desde sus orígenes. Así, en el Preámbulo cuando proclama como uno de los objetivos: “*promover el bienestar general*”; en el artículo 5°, al imponer a las provincias la obligación de asegurar “*la educación primaria*”; en el artículo 14, al establecer que “*todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos (...)*enseñar y aprender”⁽¹⁸⁾.

Desde la reforma de 1994, declara que el Estado contribuye al sostenimiento económico de las actividades de los partidos políticos “y de la capacitación de sus dirigentes” (art. 38); que “Las autoridades proveerán (...) a la información y educación ambientales” (art. 41), y el derecho “a la educación para el consumo” (art. 42). Le exige al Congreso: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural (...)” (art. 75, inc. 17); provee lo conducente “a la formación profesional de los trabajadores” y a “Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales” (art. 75, inc. 19). Al final del artículo 125 se estableció que “Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden

(...) promover (...) la educación, las ciencias, el conocimiento y la cultura”.

Actualmente, el término educación como derecho humano esencial, en virtud del artículo 75, inciso 22, se ha renovado y actualizado al estar inserto en numerosos tratados internacionales de derechos humanos que adquirieron jerarquía constitucional. En los mismos se mencionan, entre otros conceptos, el derecho a la educación en condiciones de igualdad de oportunidades; la libertad de opción educativa; la obligatoriedad de la educación primaria; la progresividad en la educación media; el acceso a la educación superior por mérito o capacidad; etc.⁽¹⁹⁾

III. El derecho a la educación en la Ley Nacional de Educación N.º 26.206 y en la Ley Provincial de Educación N.º 8.391, según los lineamientos pautados desde la nueva cláusula del progreso

La Ley Nacional de Educación N.º 26.206⁽²⁰⁾ es la norma vigente que desarrolla los lineamientos generales de la educación pública estatal, sin afectar la autonomía de las provincias en materia educativa. Consta de XII Títulos (con sus respectivos capítulos) y 145 artículos.

Esta legislación enuncia, entre los principios (arts. 1º a 10) que “*la educación y el conocimiento son un bien público y un derecho personal y social, garantizados por el Estado*”; “*la educación es una prioridad nacional y se constituye en política de Estado para construir una sociedad justa, profundizar el ejercicio de la ciudadanía democrática, respetar los derechos humanos y libertades fundamentales y fortalecer el desarrollo económico-social de la Nación*”. Se trata de que la educación brinde las oportunidades necesarias para desarrollar y fortalecer la formación integral de las personas, basada en los valores de libertad, paz, solidaridad, igualdad, respeto a la diversidad, justicia, responsabilidad y bien común. Establece además la responsabilidad principal e indelegable de la Nación, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de garantizar el ejercicio del derecho constitucional de enseñar y aprender; y de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos los habitantes de la Nación, en condiciones de igualdad, gratuidad y equidad, con la participación de las organizaciones sociales y las familias. También el Estado debe tener a su cargo el financiamiento del Sistema Educativo Nacional. Se consagran como fines y objetivos de la política educativa nacional (art. 11), entre otros, los siguientes: asegurar una educación de calidad, con igualdad de oportunidades; garantizar una educación integral, que le permita a la persona poder desempeñarse en el ámbito laboral y acceder a estudios superiores; brindar una formación ciudadana en base a valores éticos y democráticos; garantizar la inclusión educativa a través de políticas universales y de estrategias pedagógicas y de asignación de recursos para los sectores más desfavorecidos de la sociedad; asegurar condiciones de igualdad, respetando las diferencias entre las personas sin ningún tipo de discriminación; garantizar a todos el acceso y las condiciones para la permanencia y el egreso en todos los niveles del sistema educativo, asegurando la gratuidad de los servicios de gestión estatal, en dichos niveles; asegurar la participación democrática de docentes, familias y estudiantes en las instituciones educativas; promover el aprendizaje de saberes científicos necesarios para comprender y participar en la sociedad contemporánea; coordinar las políticas de educación, ciencia y tecnología con las de cultura, salud, trabajo, desarrollo social, deportes y comunicaciones, para atender el conjunto de necesidades de la población, con recursos estatales, sociales y comunitarios.

Se estructura el Sistema Educativo Nacional (art. 12 a 17) con cuatro niveles (Educación Inicial –arts. 18 a 25–; Educación Primaria –arts. 26 a 28–; Educación Secundaria –arts. 29 a 33–, y Educación Superior –arts. 34 a 37–) y ocho modalidades (Educación Técnico Profesional –art. 38–; Educación Artística –arts. 39 a 41–; Educación Especial –arts. 42 a 45–; Educación Permanente de Jóvenes y Adultos –arts. 46 a 48–; Educación Rural –arts. 49 a 51–, Educación Intercultural Bilingüe –arts. 52 a 54–; Educa-

(15) BADENI, Gregorio, “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo II, Ed. La Ley, 1º ed. Bs. As., 2004, pág. 1103.

(16) LOIANNI, Adelina, “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, de Sabsay, Daniel A. (Dirección), Manilli, Pablo L. (Coordinación), Tomo 3, Ed. Hammurabi S.R.L., 1º ed., Bs. As., 2010, pág. 567.

(17) DALLA VÍA, Alberto, “El ideario constitucional argentino”, LL, 1995-C-1201.

(18) LOIANNI, Adelina, “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, de Sabsay, Daniel A. (Dirección), Manilli, Pablo L. (Coordinación); Tomo 3; Ed. Hammurabi S.R.L., 1º ed., Bs. As.; 2010, pág. 568.

(19) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”, Ed. La Ley, segunda edición ampliada y actualizada, Bs. As., 2003, pág. 579.

(20) Digesto. Cuerpo unificado y ordenado de normas del Sistema Educativo Provincial, Ministerio de Educación de la Provincia de Tucumán, octubre, 2015.

ción en Contextos de Privación de Libertad –arts. 55 a 59–, y Educación Domiciliaria y Hospitalaria –arts. 60 a 61–).

Luego contempla la enseñanza de gestión privada (arts. 62 a 66), sujetándola a la autorización, reconocimiento y supervisión de las autoridades educativas locales; los derechos y obligaciones de los docentes (arts. 67 a 70); la formación docente (arts. 71 a 78); las políticas de promoción de la igualdad educativa (arts. 79 a 83); la calidad de la educación (arts. 84 a 93); la información y evaluación del sistema educativo (arts. 94 a 99), esencial para adoptar decisiones que tiendan a mejorar la calidad de la educación; la educación, nuevas tecnologías y medios de comunicación (arts. 100 a 103); la educación a distancia (arts. 104 a 111), como una opción pedagógica y didáctica aplicable a todos los niveles del sistema educativo nacional; la educación no formal (art. 112) tendiente a satisfacer las necesidades de capacitación y reconversión productiva y laboral, la promoción comunitaria y el mejoramiento de las condiciones de vida.

Finalmente, la norma hace referencia al gobierno y administración del Sistema Educativo (arts. 113 a 131), alegando la responsabilidad concurrente del Poder Ejecutivo Nacional, de los Gobernadores de Provincia y del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; creando además el Consejo Federal de Educación, como organismo de concertación de la política educativa nacional. Me parece importante destacar, en este título, los derechos y deberes de los alumnos (a gozar de una educación integral, igualitaria, de calidad, y a estudiar y a esforzarse según sus capacidades y habilidades), y los derechos y deberes de los padres o tutores (reconocidos como agentes naturales y primarios de la educación, con la obligación de seguir y apoyar el proceso educativo de enseñanza-aprendizaje de sus hijos). Las disposiciones transitorias y complementarias abarcan los artículos 132 a 145.

Por su parte, la **Ley Provincial de Educación N.º 8.391**⁽²¹⁾ es la norma vigente que desarrolla los lineamientos generales de la educación pública estatal en la Provincia de Tucumán. Consta de IV Títulos (con sus respectivos capítulos) y 124 artículos.

Esta legislación regula el derecho de enseñar y aprender establecido en la Constitución Nacional, en los Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales suscriptas por la República Argentina y en la Constitución Provincial de acuerdo con los principios, fines, objetivos y criterios generales reconocidos en la Ley de Educación Nacional. Establece que la educación es un bien público, personal y social y un derecho inalienable de todos los habitantes de la Provincia, constituye una prioridad provincial, una política de Estado con el objetivo fundamental de lograr el bien común y la necesaria cohesión social. Se trata de que la educación brinde las oportunidades necesarias para desarrollar y fortalecer la formación integral y permanente de la persona en todas sus dimensiones y elaborar su propio proyecto de vida basado en los valores de libertad, paz, solidaridad, igualdad, respeto a la diversidad, justicia, responsabilidad y bien común.

Establece, además, la responsabilidad principal e indelegable del Estado Provincial de diseñar e implementar la política educativa, controlar su cumplimiento en todo el Sistema Educativo y garantizar el derecho a una educación integral, permanente y de calidad, y asegurar las condiciones de igualdad de oportunidades, equidad y gratuidad... siendo responsables de las acciones educativas la familia, el Estado Provincial, los municipios, las organizaciones sociales. También el Estado debe tener a su cargo el financiamiento del Sistema Educativo Provincial.

Asimismo, el Estado Provincial debe garantizar la gratuidad de la Educación Pública de Gestión Estatal en todos sus niveles y modalidades; el cumplimiento de trece (13) años de escolaridad obligatoria; el acceso y las condiciones de permanencia y egreso de los alumnos en igualdad de condiciones; la educación de calidad para todos, sin distinción de ninguna clase; la inclusión educativa a través de políticas universales y de estrategias pedagógicas; la apertura y flexibilidad de sistema educativo provincial para adecuarlo a la diversidad, desigualdad y complejidad de contextos, a las distintas aptitudes, intereses, necesidades y expectativas del alumnado, a los cambios sociales y a los avances científicos y tecnológicos; la

plena vigencia y promoción permanente de los derechos humanos; la convivencia democrática, el respeto a las diferencias individuales y la promoción de la solidaridad, evitando la discriminación; el respeto de la integridad, dignidad, libertad de conciencia y de expresión de alumnos y docentes, entre otros.

Entre los fines y objetivos de la política educativa consagra erradicar el analfabetismo, brindando una oferta educativa amplia que incluya la alfabetización de jóvenes y adultos y reconozca y valide los aprendizajes hechos a lo largo de la vida, en la familia, en la comunidad y en el trabajo; formar ciudadanos que contribuyan a la consolidación de la forma de vida democrática y del sistema representativo, republicano y federal de gobierno, que sean capaces de reconocer sus obligaciones e invocar sus derechos y de participar activamente en la vida política, económica, social y cultural, con actitud crítica y responsable; promover una cultura para la paz y la no violencia en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social, para la prevención y resolución pacífica de los conflictos; promover la eficiencia interna del Sistema Educativo, para asegurar el ingreso, la permanencia y el egreso de los alumnos; promover la participación de todos los componentes de la comunidad, para la realización de aportes que contribuyan al mejor funcionamiento de las instituciones educativas; dignificar y jerarquizar la profesión docente, considerada como factor relevante de la calidad de la educación; articular las políticas de educación con las de cultura, salud, trabajo, producción, desarrollo social, deportes, recreación y comunicaciones para atender integralmente las necesidades de la población; evaluar permanentemente el conjunto del Sistema Educativo Provincial, tanto en su programación y organización como en los procesos de enseñanza-aprendizaje y sus resultados; fomentar la cultura del trabajo y el esfuerzo individual y cooperativo, como principios fundamentales de los procesos de enseñanza-aprendizaje; promover el cuidado de la salud y la toma de decisiones responsables ante situaciones que la pongan en riesgo; propiciar la adquisición de valores que promuevan el respeto hacia los seres vivos y el medio ambiente, en particular al valor de los espacios forestales, la protección de la biodiversidad y el desarrollo humano y ambiental sostenible; fortalecer el desarrollo profesional docente a través del diseño de trayectos formativos y de acciones de capacitación pública y privada destinadas a todos los docentes en actividad.

Luego estructura el Sistema Educativo Provincial con cuatro niveles (Educación Inicial; Educación Primaria; Educación Secundaria, y Educación Superior) y nueve modalidades (Educación Técnico Profesional; Educación Artística; Educación Física; Educación Especial; Educación Permanente de Jóvenes y Adultos; Educación Rural; Educación Intercultural Bilingüe, Educación en Contextos de Privación de Libertad, y Educación Domiciliaria y Hospitalaria).

Posteriormente contempla la educación no formal, tendiente a satisfacer las necesidades de capacitación y reconversión productiva y laboral, la promoción comunitaria y el mejoramiento de las condiciones de vida; la educación a distancia, como una opción pedagógica y didáctica aplicable a todos los niveles del sistema educativo nacional.

En capítulo aparte consagra la educación pública de gestión privada, sujetándola a la autorización, reconocimiento y supervisión de la autoridad educativa; la escuela y la comunidad educativa; derechos y obligaciones de los alumnos, a gozar de una educación integral, igualitaria, de calidad, y a estudiar y a esforzarse según sus capacidades y habilidades; derechos y obligaciones de los padres o tutores, reconocidos como agentes naturales y primarios de la educación, con la obligación de seguir y apoyar el proceso educativo de enseñanza-aprendizaje de sus hijos; derechos y obligaciones de los docentes.

Finalmente, la norma hace referencia al gobierno y administración del Sistema Educativo Provincial, estableciendo como función de la Autoridad Educativa-Ministerio de Educación la de organizar, administrar y gestionar los recursos necesarios y suficientes para asegurar el funcionamiento de los servicios educativos; a las políticas de promoción de la igualdad educativa.

Por último, contempla el Financiamiento, alegando como responsabilidad indelegable y prioritaria del Estado Provincial el sostenimiento de la Educación Pública de Gestión Estatal.

(21) Digesto. Cuerpo unificado y ordenado de normas del Sistema Educativo Provincial, Ministerio de Educación de la Provincia de Tucumán, octubre, 2015.

IV. La gratuidad y equidad de la educación pública estatal

La Ley Suprema consagra expresamente la gratuidad y equidad de la educación pública estatal, constituyéndose así en garantías que adquirieron jerarquía constitucional⁽²²⁾. Sobre la aplicación de estos principios surgió en la doctrina el debate acerca de cuál de ellos debía primar sobre el otro; como debían interpretarse o armonizarse⁽²³⁾, sobre todo en los estudios superiores, ya que la norma genérica no precisa el nivel del sistema educativo al que se refiere.

Al respecto, la Dra. Adelina Loianno⁽²⁴⁾ sostiene que *“el concepto de gratuidad significaría en sí mismo que el Estado debe responder íntegramente sin diferenciar las posibilidades económicas de los estudiantes”*. *“Sin embargo, el concepto de equidad, viene a equilibrar el sostenimiento de la gratuidad sin violentar la necesidad de que aquellos que más tienen soporten de algún modo los costos de la educación universitaria pública estatal”*.

En opinión de la Dra. María Angélica Gelli⁽²⁵⁾, *“los principios citados deben integrarse concordarse y complementarse”*. En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso *“Ministerio de Cultura y Educación de la Nación s/ estatutos de Universidad Nacional de Córdoba”*, C.S. (1999), en su mayoría hizo lugar a las observaciones realizadas por el Ministerio sobre el Estatuto de la UNC, ya que este establecía la gratuidad absoluta de la enseñanza⁽²⁶⁾.

Asimismo, la Dra. Gelli expresa que *“se debe aplicar el principio de solidaridad expresado en los arts. 75 incs. 3 y 19 y de igualdad material del art. 75 inc. 23. Sostiene que el concepto de equidad fortalece el principio de gratuidad, pero no lo convierte en absoluto. De esta manera expresa, la conveniencia de las políticas de arancelamiento parcial de los estudios universitarios puede tornar más igualitario y equitativo el acceso a los estudios superiores de aquellos que no cuentan con los medios económicos suficientes; y evitaría que los jóvenes que cuenten con recursos en económicos sean financiados en sus estudios de grado, por los contribuyentes más necesitados”*.

Por su parte, la Ley de Educación Nacional N.º 26.206 dispone que la gratuidad de los servicios de gestión estatal en todos los niveles y modalidades –como se desarrolló en punto III–. Sobre la Educación Superior establece que será regulada por la Ley de Educación Superior N.º 24.521 que dice: *“Las instituciones universitarias nacionales tienen autarquía económica financiera, la que ejercerán dentro del régimen de la ley 24.156 de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional. Dichas instituciones podrán dictar normas relativas a la generación de recursos adicionales a los aportes del Tesoro nacional, mediante la venta de bienes, productos, derechos o servicios, subsidios, contribuciones, herencias, derechos o tasas por los servicios que presten, así como todo otro recurso que pudiera corresponderles por cualquier título o actividad. Los recursos adicionales que provinieren de contribuciones o tasas por los estudios de grado, deberán destinarse prioritariamente a becas, préstamos, subsidios o créditos u otro tipo de ayuda estudiantil y apoyo didáctico; estos recursos adicionales no podrán utilizarse para financiar gastos corrientes. Los sistemas de becas, préstamos u otro tipo de ayuda estarán fundamentalmente destinados a aquellos estudiantes que demuestren aptitud suficiente y respondan adecuadamente a las exigencias académicas de la institución y que por razones económicas no pudieran acceder o continuar los estudios universitarios, de*

(22) LOIANNO, Adelina, “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, de Sabsay, Daniel A. (Dirección), Manilli, Pablo L. (Coordinación), Tomo 3, Ed. Hammurabi S.R.L., 1º ed., Bs. As., 2010, pág. 568.

(23) LOIANNO, Adelina, “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, de Sabsay, Daniel A. (Dirección), Manilli, Pablo L. (Coordinación), Tomo 3, Ed. Hammurabi S.R.L., 1º ed., Bs. As., 2010, pág. 573.

(24) LOIANNO, Adelina, “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, de Sabsay, Daniel A. (Dirección), Manilli, Pablo L. (Coordinación), Tomo 3, Ed. Hammurabi S.R.L., 1º ed., Bs. As., 2010, pág. 575.

(25) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”, Ed. La Ley, segunda edición ampliada y actualizada, Bs. As., 2003, pág. 579.

(26) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”, Ed. La Ley, segunda edición ampliada y actualizada, Bs. As., 2003, pág. 581.

forma tal que nadie se vea imposibilitado por ese motivo de cursar tales estudios”⁽²⁷⁾.

V. La autonomía y autarquía de las universidades

Los conceptos de autonomía y autarquía reconocidos constitucionalmente a las universidades definen las potestades que estas poseen⁽²⁸⁾.

La autonomía involucra la facultad de las instituciones de darse sus propias normas; se refiere a la facultad de gobierno que poseen. Implica la potestad de las universidades para dictar sus estatutos, adoptar una determinada forma de gobierno, elegir a sus autoridades y docentes, establecer el régimen disciplinario aplicable y los programas de estudio. Estas facultades exceden el ámbito académico, ya que abarcan también tareas de gobierno y de legislación⁽²⁹⁾. En virtud de la autonomía, el Congreso –si bien es competente para dictar las leyes de organización y de base de la educación para alcanzar el crecimiento, desarrollo y bienestar general– no puede invadir la garantía de la autonomía y autarquía universitarias⁽³⁰⁾.

Otro rasgo característico de la autonomía es la libertad de cátedra o libertad académica para enseñar y aprender; que permite la manifestación de la diversidad ideológica⁽³¹⁾ fundamental en nuestro Estado Democrático de Derecho.

En lo que se refiere al término autarquía, indica el poder las universidades para administrar los recursos provenientes del Estado Nacional, y los que se adquieran por otros medios de financiamiento, como ser donaciones, aranceles por cursos de posgrado, servicios de asesoramiento, etc.⁽³²⁾.

Si bien los conceptos constitucionales citados deben ser respetados y garantizados, ello no significa que la autarquía económica y financiera no pueda ser objeto de control- sobre todo porque las universidades se nutren de fondos públicos- ni que la autonomía pueda estar exenta del control judicial de razonabilidad de las resoluciones adoptadas⁽³³⁾.

VI. Conclusiones

Considero que la educación constituye una herramienta fundamental para construir una ciudadanía democrática, una sociedad más justa e igualitaria, alcanzar el crecimiento económico, entre otras metas. Concebida como una función humana y social, presente en todo grupo humano o sociedad, que posibilita su continuación y cambio a partir de la socialización. Me refiero a una educación universal, igualitaria, de calidad, que brinde el desarrollo armónico e integral de las personas y permita acceder a un trabajo digno; inclusiva, y que facilite la participación activa en nuestro Estado Democrático, ejerciendo una ciudadanía de calidad.

Del análisis exhaustivo realizado del marco normativo sobre el derecho a la educación en general y en particular del nivel secundario, se puede afirmar, que tanto en el orden nacional como en el provincial, a través de los organismos legislativos competentes, se ha cumplimentado con lo pautado por la cláusula del progreso, por medio de leyes que garantizan el ejercicio del derecho constitucional de enseñar y aprender en igualdad de oportunidades, sobre la base de los valores democráticos de libertad, paz, solidaridad, igualdad, equidad, respeto, justicia, responsabilidad y bien común. Destacando las garantías consti-

(27) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”, Ed. La Ley, segunda edición ampliada y actualizada, Bs. As., 2003, pág. 581.

(28) LOIANNO, Adelina, “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, de Sabsay, Daniel A. (Dirección), Manilli, Pablo L. (Coordinación), Tomo 3, Ed. Hammurabi S.R.L., 1º ed., Bs. As., 2010, pág. 576.

(29) LOIANNO, Adelina, “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, de Sabsay, Daniel A. (Dirección), Manilli, Pablo L. (Coordinación), Tomo 3, Ed. Hammurabi S.R.L., 1º ed., Bs. As., 2010, pág. 577.

(30) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”, Ed. La Ley, segunda edición ampliada y actualizada, Bs. As., 2003, pág. 581.

(31) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”, Ed. La Ley, segunda edición ampliada y actualizada, Bs. As., 2003, pág. 582.

(32) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”, Ed. La Ley, segunda edición ampliada y actualizada, Bs. As., 2003, pág. 583.

(33) LOIANNO, Adelina, “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, de Sabsay, Daniel A. (Dirección), Manilli, Pablo L. (Coordinación), Tomo 3, Ed. Hammurabi S.R.L., 1º ed., Bs. As., 2010, págs. 578-579.

tucionales esenciales de la educación pública estatal, que son la gratuidad y la equidad, las cuales deben implementarse en forma concordante y complementaria.

Además, resalto el compromiso y la responsabilidad del Estado, de brindar una educación pública universal, permanente y de calidad en todos sus niveles y para todos los habitantes; lo cual está vinculado a la generación de las condiciones educativas que permitan la igualdad de posibilidades de acceso a los aprendizajes del Sistema de Educación Nacional y Provinciales, en el marco de la gratuidad y equidad. Esto exige políticas públicas que desarrollen estrategias de carácter integral, que proporcionen a los jóvenes las condiciones necesarias que les permitan ingresar, permanecer y egresar del sistema. Si bien, es cierto, la responsabilidad primaria e indelegable recae en el Poder Ejecutivo Nacional, en los Gobernadores de Provincia y en el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, merece destacarse la participación activa de la familia (célula básica de toda sociedad) y demás organizaciones sociales, responsables también de las acciones educativas hacia sus miembros; es decir, se requiere además un esfuerzo importante de la sociedad, en lo que se refiere a la adopción de ciertos valores y actitudes que contribuyan positivamente al progreso de nuestro país.

De esta manera, puede hablarse de inclusión social y de progreso del país. Ahora bien, un sistema con una educación inclusiva y de calidad es aquel que logra que todos los niños y jóvenes ingresen en la escuela y tengan trayectorias escolares completas, cumpliendo la edad teórica deseada y obteniendo adecuados logros de aprendizaje. La inclusión es un proceso que busca responder a la diversidad, identificando y removiendo barreras y obstáculos que impiden los aprendizajes; se refiere tanto a la presencia como a la participación y a la habilitación de experiencias educativas para todos y pone especial cuidado en aquellos grupos de estudiantes con riesgo de no poder alcanzar rendimientos acordes con sus reales capacidades. Así, se toma en cuenta la desigual situación de los alumnos y las comunidades en que estos y sus familias viven, brindando apoyo especial a quienes lo requieran para que los objetivos educativos sean alcanzados por el mayor número posible. La inclusión supone una instancia superadora, implica una reorganización de todo el sistema educativo para posibilitar el acceso, la permanencia y el enriquecimiento progresivo y oportuno de las experiencias de aprendizajes de todos y cada uno de los estudiantes. Se sustenta en la aceptación y en la valoración de las diferencias; la definición de políticas que protejan el interés superior del niño y de los sujetos de la educación; la promoción de alfabetizaciones múltiples; el desarrollo del sentido de comunidad, solidaridad y pertenencia plural; el aprendizaje constructivo y la valoración de las capacidades de todos; una cultura educativa en la que todos se sientan partícipes.

Como una posible planificación estratégica, en materia educativa en el nuevo contexto, como humilde aporte, propongo: repensar y planificar nuevos procesos educativos de enseñanza-aprendizaje; capacitar y perfeccionar, en forma permanente, a todos los actores institucionales, en el marco de un sistema educativo coherente y que contemple las necesidades e intereses del siglo XXI; optimizar los recursos humanos y materiales existentes, acompañados de nuevos recursos que la realidad exige: conectividad, tecnología, etc.; armonizar y equilibrar la coexistencia de la calidad educativa, inclusión y conectividad; entre otros. Todo ello, en procura del desarrollo y progreso humano de nuestra sociedad, con la consciencia de que las preguntas y respuestas que surgen en torno a la temática abordada y a investigar son inagotables.

Finalmente, como profesora universitaria, como ciudadana argentina y como madre, fiel creyente en el derecho efectivo a la educación y a la capacitación y el aprendizaje permanentes, estoy convencida de que cualquiera sea el lugar que ocupemos, somos responsables de nuestro país.

Por ello y para concretar el propósito constitucional, creo que es fundamental, como lo sostenía el gran maestro Linares Quintana, poner en vigencia efectiva la Constitución Nacional, actuando en la medida de la posibilidad de cada uno, y así, ser capaces de generar las soluciones que nuestra propia dignidad y bienestar requiere, con la conciencia de que la suma de los pequeños esfuerzos vale, para construir un sociedad saludable, libre, solidaria, beneficiosa para todos los ciudadanos, integrantes del Estado Democrático.

VII. Bibliografía

1. NASSIF, Ricardo, "Pedagogía General", Ed. Kapelusz, Bs. As., 1984.
2. GENTILE, Jorge Horacio, Artículo "La Educación en la Constitución", 2001, págs. 2 a 4.
3. ALBERDI, Juan Bautista, "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", ed. 1948, págs. 35 a 37.
4. FERREYRA H., La Educación: clave para el desarrollo humano. Una perspectiva desde la educación auténtica, Bogotá: USTA (Departamento de Humanidades), 2012.
5. Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, Naciones Unidas, 1987, <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>.
6. CARNEIRO, P., "La educación, el aprendizaje y el sentido". Presentación en Encuentro Sentidos de la educación y la cultura. Cultivar la humanidad, Santiago: Oficina Regional de Educación de la UNESCO para América Latina y el Caribe, 2005.
7. MORIN, E. (2005), "Repensar la reforma, reformar el pensamiento. Entrevista", Cuadernos de Pedagogía, 342, págs. 42-46, <http://www.humanizarleyendo.cl/recursos/entrevistas/morin.pdf>. 2012.
8. BIDART CAMPOS, Germán, "Manual de la Constitución Reformada", Tomo 1, Ed. Ediar, Bs. As., 1996, pág. 437.
9. FRÍAS, Pedro José, en Cuaderno de Federalismo, Nro. XII, Instituto de Federalismo, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. "El Municipio y los problemas ambientales", Revista de Derecho Público, 2010, Derecho Ambiental - III; Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, marzo 2010, págs. 263/294.
10. BADENI, Gregorio, "Tratado de Derecho Constitucional", Tomo II, Ed. La Ley, 1ª ed., Bs. As., 2004, pág. 1103.
11. LOIANNO, Adelina, "Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", de Sabsay, Daniel A. (Dirección), Manilli, Pablo L. (Coordinación), Tomo 3, Ed. Hammurabi S.R.L., 1ª ed., Bs. As., 2010.
12. DALLA VÍA, Alberto, "El ideario constitucional argentino", LL, 1995-C-1201.
13. GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada", Ed. La Ley, segunda edición ampliada y actualizada, Bs. As., 2003.
14. Digesto. Cuerpo unificado y ordenado de normas del Sistema Educativo Provincial, Ministerio de Educación de la Provincia de Tucumán, octubre, 2015, Tucumán.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER LEGISLATIVO - PROVINCIAS - PODER EJECUTIVO - CONSTITUCIONES PROVINCIALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - ESTADO - ECONOMÍA - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - POLÍTICAS PÚBLICAS - EMERGENCIA ECONÓMICA - EDUCACIÓN - SERVICIOS PÚBLICOS - ESTADO NACIONAL - DEMOCRACIA - CULTURA - UNIVERSIDADES - EDUCACIÓN - MENORES - POLÍTICAS SOCIALES

“Artículo 124. Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.



“Artículo 129. La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno, será elegido directamente por el pueblo de la ciudad”.

“Primera. La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional.

La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino”.

“Artículo 120. El Ministerio Público 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, de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República.

Esta integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca.

Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones”.

La nueva Constitución



“Artículo 86. El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará 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. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial”.

aprobada por unanimidad



EL DERECHO