

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

A 30 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

EN HOMENAJE AL PROFESOR NÉSTOR PEDRO SAGÜES

Numero 5

Segundo semestre de 2024



ASOCIACIÓN
ARGENTINA
DE DERECHO
CONSTITUCIONAL

**REVISTA DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

**A 30 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994
EN HOMENAJE AL PROFESOR NÉSTOR PEDRO SAGÜES**

ISSN 2796-8820

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**A 30 AÑOS DE LA REFORMA
CONSTITUCIONAL DE 1994**

EN HOMENAJE AL PROFESOR NÉSTOR PEDRO SAGÜES

Número 5 – Segundo semestre 2024



**ASOCIACIÓN
ARGENTINA
DE DERECHO
CONSTITUCIONAL**

Impreso en

ADVOCATUS

Obispo Trejo 181 – Córdoba
editorial@eadvocatus.com.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Impreso en Argentina

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Comité Ejecutivo

Presidenta	Basterra, Marcela Izascum
Vicepresidente	Gómez Diez, Ricardo
Secretario gral	Acevedo Miño, Martín Julián
Prosecretaria	Fontan, Carmen
Tesorero	Vitolo, Alfredo
Pro-tesorero	Ramírez Calvo, Ricardo
Vocales Titulares	López Alfonsín, Marcelo
	Uberti, Mariela
	Gómez, Elena Isabel
	Bonifacino, Norma
	García Minella, Gabriela
	Ibáñez Rosaz, Victor
	Carranza, Omar Alberto
	Rosatti, Emilio
Vocales Suplente	Belisle, José
	Ambroggio, Adrian Federico
	Leguizamón, Marcos Facundo
	Berra, Elisabeth Inés
	Toricelli, Maximiliano
	Suárez, Paula Soledad
	Nader, Esteban
Tribunal de Conducta	Mayon, Carlos
	Carrió, Elisa Maria Evelina
	Barrera Butteller, Guillermo
	Maldonado, Susana
Revisor de Cuentas	Sagüés, María Sofía
Revisor de Cuentas Suplente	Flores, Oscar

Comisión de Publicaciones e Información de la AADC

García Minella, Gabriela (UAA)
Salerno, Gonzalo (UNCA)
Perícola, María Alejandra (UBA)
Egües, Nicolás (UM, UNCuyo y U. del Aconcagua)
Ambroggio, Federico (UNCo)

Comité Editorial de la Revista de la AADC

Toledo, Pablo R. (UNT)
Miranda, Daniela Magalí (UNC y UCC)
Ayuso, Luis Emilio (UNR y UCA)
Dipp, Soraya Fátima (UNSA y UCASAL)
Vigier, José Miguel (UNNE)

Comité Académico de la Revista de la AADC

D'Agostino, Jorge Marcelo (UCA, Paraná)
Baron Knoll, Silvina (UNCuyo y UC)
Bernal, Marcelo (UNC, UCC y U. Siglo 21)
Ivanega, Miriam Mabel (UBA)
Caminos, Pedro A. (UBA)

PRESENTACIÓN

Otro año que culmina, y nuestra Asociación celebra la publicación de un nuevo número de nuestra Revista, en esta ocasión, conmemorando los treinta años de la reforma constitucional de 1994.

No podemos olvidar en este contexto, la partida del Maestro Néstor Pedro Sagües, quien habrá de ser recordado como uno de los más importantes sistematizadores del Derecho Constitucional y Procesal Constitucional de Iberoamérica.

Creemos, que el profesor Sagües fue alguien que, más allá de su saber, siempre tuvo predisposición a enseñar desde la cercanía, con un profundo respeto por la mirada de alumnos y colegas. Su influencia en el mundo del derecho es indiscutible, y es por ello que elegimos homenajearlo y recordarlo con estudios sobre aspectos relevantes de nuestra Constitución Nacional, aquella que motivo parte su obra.

Docentes, asesores, avezados analistas y jóvenes constitucionalistas de distintos ámbitos universitarios, integrantes de la AADC, efectúan en perspectiva, su evaluación de los contenidos de la reforma, que en esta oportunidad agruparemos en dos secciones.

La primera de ellas se integra por nueve trabajos que transitan no solo el proceso histórico en el que se desenvuelve la última reforma constitucional, sino también por el estudio de institutos centrales de la misma.

Particularmente los primeros trabajos, desarrollados por los profesores *Santiago, y Stigman* se concentran en la relación dialéctica que se da entre las dimensiones políticas y jurídicas del fenómeno constitucional, y en el proceso de reforma constitucional en perspectiva histórica y como proceso complementario al régimen democrático, respectivamente.

Por su parte los profesores *Lonigro y Jimenez* aportan un análisis crítico de la reforma constitucional, arribando a un balance, desfavorable acerca de la misma por parte del primero, mientras que el segundo concluye valorando los efectos jurídicos e institucionales más favorables de este proceso.

Posteriormente la profesora *Abalos* y los profesores *Riquert, Torricell y Lauria* analizan aspectos particulares de la reforma en sí, concentrándose en el desarrollo y efectividad de la finalidad perseguida por algunos de los institutos consagrados en la oportunidad aludida.

Finalmente cerramos la sección con un detallado estudio concretado por la profesora *Sagües* acerca la inconstitucionalidad por omisión a 30 años de la reforma constitucional, con una adecuada evocación de grandes maestros del Derecho Constitucional.

La **segunda sección**, alberga las ponencias y comunicaciones destacadas por el Jurado (Ignacio Colombo Murúa, Alejandra Pericola y Paula S. Suarez) en, el **XIV Encuentro de Jóvenes Profesores de Derecho Constitucional: Debates pendientes a 30 años de la reforma constitucional de 1994 (CABA, 2024)**. Allí encontraremos un amplio y actual abanico de temas vinculados a la reforma constitucional, que llevan la impronta de jóvenes profesoras y profesores de Derecho Constitucional de nuestro país.

Agradecemos profundamente a todos aquellos que con sus aportes enriquecieron el desarrollo de la Asociación a través de su participación en este número, como también a los miembros que integran el Comité Académico y el Comité Editorial de nuestra Revista, que siempre colaboran en su realización, con dedicación y compromiso.

Gabriela Garcia Minella

Comisión de Publicaciones e Información de la AADC

DOCTRINA

LA RELACIÓN DIALÉCTICA ENTRE DERECHO Y POLÍTICA EN LA CONFIGURACIÓN DEL FENÓMENO CONSTITUCIONAL

THE DIALECTICAL RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND POLITICS IN THE CONFIGURATION OF THE CONSTITUTIONAL PHENOMENON

ALFONSO SANTIAGO¹

En homenaje a Néstor P. Sagüés

*“Los problemas constitucionales no son primariamente
problemas de Derecho, sino de Poder”*

Lasalle

*“En la consolidación del Estado de Derecho, lo complica-
do son los primeros quinientos años”*

Gordon Brown

Resumen: En este artículo, teniendo en cuenta algunas reflexiones iniciales de Néstor P. Sagüés, se desarrolla la relación dialéctica e influencia recíproca del derecho y la política en la configuración del fenómeno constitucional, primero de modo general y más adelante en algunas instituciones en particular.

¹ Doctor en Derecho (UBA). Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Austral. Miembro Titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Miembro Correspondiente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de España.

Palabras Claves: Derecho- Política- relacion dialéctica- fenómeno constitucional.

Abstract: The dialectical relationship between Law and Politics in the configuration of the constitutional phenomenon

In this article, taking into account some initial reflections by Néstor P. Sagüés, the dialectical relationship and reciprocal influence of law and politics in the configuration of the constitutional phenomenon is developed, first in a general way and later in some particular institutions.

Keywords: Law–Politics–dialectical relationship–constitutional phenomenon.

Presentación

Uno de los primeros libros que forman parte de la vasta obra del muy querido Néstor P. Sagüés, lleva como título *Mundo jurídico y Mundo Político*, lo que refleja el interés del autor en intentar desentrañar las múltiples y complejas relaciones entre ambas dimensiones de la vida humana, especialmente en su dimensión social.

Esa temática, que atraviesa a todo el fenómeno constitucional, también ha estado presente en otros varios trabajos de este destacadísimo jurista argentino e iberoamericano².

Sagüés no solo fue profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional, sino que también lo fue de Derecho Político en el inicio de su carrera docente en la Universidad Católica Argentina, sede Rosario.

Con su habitual capacidad para plantear y resolver siempre de modo muy sugerente las distintas cuestiones del derecho constitucional, afirma acerca de la relación entre el mundo jurídico y el político lo siguiente:

“Una de las creencias más pacíficamente aceptadas por la cultura contemporánea, consiste en la separación del mundo político, del mundo jurídico. A nivel universitario, en la praxis política y aun para el hombre medio, tal punto de vista no merece mayor discusión. Se admite así que determinados fenómenos son políticos; y otros, en cambio, jurídicos. En cualquier caso, el estudioso podría

² Ver, entre otros, sus artículo: “Politicidad y apoliticidad de la decisión judicial”, La Ley 1981-D-943; “Acerca de la unidad del mundo político y del mundo jurídico”, disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/12723/13276>.

distinguir cuándo un suceso reviste un carácter, y cuándo otro. Tal creencia produce una serie de secuelas de evidente interés. No solamente el mundo jurídico y el político serían distintos, sino que deben, forzosamente, diferenciarse: por ejemplo, se juzga que al jurista no le corresponde actuar como político, cuando se desempeña como hombre de derecho. Los razonamientos jurídicos debieran por tanto ser impermeables a las tentaciones políticas (y si cayeran en pecado, en la medida que el mundo jurídico se tiñera de político, dejaría proporcionalmente de ser derecho). A su vez, quien hace política aprecia muchas veces la tarea jurídica como oficio burocrático y molesto, enemigo quizá del rápido desenvolvimiento de una ideología. Aquí, en el mundo político, lo jurídico puede ser visto entonces como algo potencialmente nocivo, rara mezcla de legalismo, formulismo y burocracia judicial. No todas las corrientes políticas contemporáneas, por ejemplo, admitirían como razonable (y aun como justo) que sus líderes o activistas fueran más “juristas” que “políticos”... La creencia indicada nunca ha ofrecido una justificación del todo convincente. Hoy, otros factores la tornan más vulnerable e insinúan, en cambio, la afirmación de la teoría opuesta; es decir, la coincidencia del fenómeno político y del fenómeno jurídico. Veamos una crítica “permanente” a la creencia distintiva. En el proceso gubernativo, ¿cuándo concluye la actividad política, y cuándo comienza la jurídica? ¿El gobernante que sanciona una norma, realiza un acto político, uno jurídico o uno mixto? Al estructurar el Estado u ordenar la Sociedad, el acto parece político; mas nadie negaría que la actividad legislativa afecta igualmente al mundo jurídico. Una sentencia, en otro orden de ideas, implica también un acto jurídico, pero efectiviza al mismo tiempo la voluntad de un legislador (sujeto político), explicitada en una norma. Por lo demás, numerosos actos jurídicos (compraventas, pagos, donaciones, testamentos), pueden verificarse por cuanto una legislación impregnada de principios ideológicos políticos (libre concurrencia, abstención estatal, liberalismo o dirigismo-), así lo permite. Infinitos actos jurídicos, en resumen, serían tributarios del “techo” político existente en una comunidad... Frente a las tres posiciones más definidas que pueden presentarse (separación absoluta, interrelación o identidad), la primera puede darse por excluida. La segunda, a su vez, es la corrientemente más aceptada. La tercera

(o sea, la co-incidencia entre ambos mundos, o del fenómeno jurídico-político), merece ser considerada, y es de interés. Por cierto, una nueva radiografía del sector jurídico, y otra también nueva del campo político, pueden, como en el caso de los seres humanos, aportar nuevos datos sobre el crecimiento y la evolución de ambos. Inclusive, llegar a advertir que el cuerpo estudiado es el mismo, si bien los radiólogos han sido distintos.”

El objetivo de este artículo en homenaje a quien fuera mi director de tesis doctoral y titular de cátedra en los comienzos de mi carrera docente, es hacer algunas consideraciones sobre el constitucionalismo, el derecho constitucional y la relación dialéctica entre derecho y política que se advierte en el fenómeno constitucional y cómo ella puede ser analizada.

I. Constitucionalismo y Derecho Constitucional

El constitucionalismo es un proceso histórico que, nacido de las cuatro grandes revoluciones modernas (inglesa, norteamericana, francesa e hispanoamericana) y de las ideas políticas modernas, se ha desarrollado durante los siglos XIX, XX y XXI. Pretende lograr el sometimiento del proceso político a reglas, principios y valores jurídicos, y conseguir gradualmente una organización política conforme al principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana, que constituye su fundamento, sentido y finalidad última.

Por su parte, el Derecho constitucional es la rama del Derecho público que estudia la organización política fundamental del Estado y su funcionamiento. Conforme a la teoría constitucional personalista que postulamos, la igual e inviolable dignidad de la persona humana se presenta como principio y fin de todo el ordenamiento jurídico. Según lo señalado por Néstor P. Sagüés, el Derecho constitucional es el sector del mundo jurídico que se ocupa de la organización fundamental del Estado. El contenido de lo que es fundamental o no para un Estado depende del criterio jurídico-político de cada comunidad. Por supuesto, se refiere a la estructuración de los poderes básicos de ese Estado y a la delimitación de las facultades, competencias y atribuciones de este, así como al reconocimiento de los derechos personales y sociales que se reputen esenciales.³

³ Cfr. Néstor P. Sagüés, *Manual de Derecho constitucional*, 3.^a ed. (Buenos Aires: Astrea, 2019), 15.

El fenómeno constitucional está conformado por el encuentro del Derecho con la política, del mundo político con ese genial y civilizador invento humano que es el Derecho⁴. El Derecho constitucional pretende civilizar,

⁴ Describiendo el surgimiento del Derecho Público moderno, afirma Pedro Serna: “La primera de las transformaciones pone fin a un rasgo muy característico del Derecho occidental moderno: su pretensión de supremacía. Desde la ruptura de la unidad religiosa como consecuencia de la Reforma, Europa inició un camino de diferenciación progresiva entre la esfera pública y la vida privada, en el cual el Derecho estaba llamado a desempeñar un papel determinante: rota la unidad religiosa, la divergencia entre las convicciones morales, es decir, la ruptura ética, era simplemente cuestión de tiempo, y la coordinación y cohesión social no podía ser ya asegurada a la manera tradicional. Fue, por ello, confiada al Derecho, que hasta ese momento había permanecido casi exclusivamente circunscrito al ámbito de las relaciones privadas. Puede decirse que es en este momento cuando nace el Derecho público tal y como hoy lo conocemos. La nueva tarea encomendada al Derecho implicaba constituir a las reglas y procedimientos jurídicos en criterio supremo de resolución de controversias. Por su parte, y coincidiendo más o menos en el tiempo, la política misma inició un proceso que, si bien en un sentido suponía autonomizarla, es decir, desvincularla de la religión e incluso de la ética, de las que había dependido en la Antigüedad y, sobre todo, en la Edad media; de otra parte condujo a una racionalización, que se llevó a cabo mediante la despersonalización del poder y su estructuración institucional y burocrática. Esto no se podía hacer sino plasmándolo mediante reglas que definiesen instituciones y procedimientos, y fue así como la política, desvinculada de la moral y de la religión, adoptó nuevos compromisos, al hacer suya la forma del Derecho. Durante el transcurso de la Modernidad, el espacio y la actividad política han experimentado un proceso progresivo de formalización y juridificación que se plasma, sobre todo en la idea de “Rule of Law”, es decir, de sometimiento del poder al Derecho, y más débilmente en la de *Rechtsstaat* o Estado de Derecho, esto es, en la de actuación del poder conforme a reglas jurídicas. Este espíritu fue el que condujo a los redactores de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 a proclamar enfáticamente que “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*” (Cfr. Hervada-Zumaquero, 1992: 53). Si bien se mira, esta proclamación expresa la convicción política de la modernidad de que sólo la limitación material del poder mediante el respeto a los derechos fundamentales; y la limitación funcional mediante procedimientos que distribuyan competencias y aseguren controles, pueden hacer posible un orden político racional en el que puedan habitar ciudadanos libres (para más detalles, cfr. Aragón, 2002: 83 ss; 129 ss; 136 ss). A día de hoy, el Derecho todavía ostenta la pretensión de ser el quien delimita cuál es el ámbito de la esfera pública, cuál corresponde a la privada, qué reglas definen básicamente las actividades económicas, el funcionamiento del sistema financiero público y privado, y cómo se resuelven los conflictos cuando surgen incompatibilidades entre usos, costumbres o convicciones éticas e incluso religiosas (Robles, 1993: 141-147). Esta pretensión es identificada por la teoría jurídica actual como un rasgo esencial de todo sistema jurídico moderno, y se la denomina pretensión de supremacía (cfr. Raz, 1982: 152-153; y Raz, 1991: 176-177). Lo específico del Derecho es actuar siguiendo reglas. (Empleo la expresión ahora en un sentido general, prescindiendo de las distinciones técnicas al uso entre reglas, principios, etc., que no son necesarias en

racionalizar, humanizar, limitar y controlar el proceso político, que se manifiesta naturalmente violento, conflictivo y tiende continuamente al desborde y al exceso. Por esto, lo que más le incomoda al poder son los límites.

Buena parte del ideal constitucional viene expresado por aquella célebre respuesta del juez Coke al rey absolutista inglés Jacobo I, cuando éste pretendía manipular arbitrariamente la asignación de causas judiciales. El valiente y memorable juez, precursor del control judicial de constitucionalidad, le recordó al monarca que él, como rey, al igual que todo súbdito y autoridad pública, estaba sometido *non sub homines, sed sub Deo et leges* ('no a los hombres, sino a Dios y a las leyes'). Esa frase latina, que hoy preside el emblemático edificio de la Biblioteca de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, es una ajustada síntesis de buena parte de las pretensiones del constitucionalismo: no vivir sometido al poder arbitrario de los gobernantes, sino subordinados únicamente a la razón natural y a las leyes justas y legítimas, respetuosas de la igual e inviolable dignidad de la persona humana, una de cuyas consecuencias más directas e inmediatas es el respeto a la intangibilidad de la vida humana.

En ese mismo sentido, en el inicio de nuestra era constitucional, el Congreso Constituyente de Santa Fe, en su última sesión del 7 de marzo de 1854, exhortaba al pueblo argentino con las siguientes palabras: "En nombre de lo pasado y de las desgracias sufridas, el Congreso Constituyente les pide y aconseja la obediencia a la Constitución que han jurado. Los hombres se dignifican postrándose ante la ley, porque así se libran de arrodillarse ante los tiranos".

ese momento). Seguir reglas implica, de entrada, actuar según un comportamiento regular y previsible: es lo contrario de actuar según el capricho, las preferencias momentáneas o las necesidades coyunturales, meramente percibidas, pues para las eventualidades reales el Derecho tiene también sus mecanismos de excepción. Seguir reglas implica, pues, un cierto compromiso con pautas de actuación constantes a lo largo del tiempo. Además, seguir reglas jurídicas es actuar conforme a pautas de una índole o condición bien determinada. Lo específico de las reglas jurídicas es su orientación al logro de ciertos valores que podemos llamar valores jurídicos. La Filosofía neokantiana de la Cultura estableció la tesis, que hoy es un lugar común, según la cual todas las realidades culturales, tanto si se trata de objetos como si se trata de actividades, son artificios que han sido creados y desarrollados por la humanidad para ver hechos realidad ciertos valores o ideales: el arte, para la belleza; el saber económico, para la eficiencia en el empleo de los recursos o en la generación de riqueza; y el Derecho -como enfatiza Gustav Radbruch- para la justicia y la seguridad (Radbruch)", Serna, Pedro, "Política posmoderna y crisis de la razón jurídica", AFDUDC, n° 13, 2009, pág. 1089 y ss.

Hemos ya afirmado que el constitucionalismo es el intento de someter el proceso político a reglas, procedimientos y principios del Derecho. Es decir, procura encuadrar jurídicamente la actividad social consistente en la lucha por la obtención del poder político y su ejercicio desde los órganos de Gobierno. Se da en el proceso político una faz agonal, de lucha por la obtención del poder, y, a la vez, una faz arquitectónica, en la que se ejerce el poder conquistado.

Así como a partir del Derecho romano se intentó precisar el marco jurídico de las relaciones humanas básicas y, siglos más tarde, el Derecho comercial pretendió regular la actividad comercial de acuerdo a la nueva realidad del intercambio, modernamente el Derecho constitucional ha buscado lograr, con mayor o menor éxito, el encuadre jurídico de la actividad política, tanto en su dimensión agonal como en la arquitectónica y plenaria.

En todos esos fenómenos que hemos mencionado aparece siempre una actividad humana con sus propias características y requerimientos, y un régimen jurídico que pretende garantizar las exigencias de justicia en las relaciones que surgen en un determinado campo de la vida social. Afirma en este sentido André Hauriou:

Las diversas ramas del Derecho son sistemas de encuadramiento de las relaciones humanas para introducir en ellas el orden y la justicia. El Derecho civil es un sistema de encuadramiento de los comportamientos humanos en el ámbito de la familia y de las relaciones patrimoniales, para introducir en el mismo, seguridad, orden, equidad, etc. El Derecho mercantil es un sistema de encuadramiento de actividades de los comerciantes de cara a introducir orden, exactitud, sinceridad, justicia, etc. El Derecho laboral enmarca y reglamenta las relaciones entre jefes de empresa y asalariados, a fin de alcanzar objetivos del mismo orden. Este esfuerzo de encuadramiento, que ha tenido lugar muy pronto para el fenómeno de la vida de relaciones entre los individuos, al menos para el Derecho civil y mercantil, ha sido emprendido también, aunque más tardíamente, para las manifestaciones de la vida política. El resultado de este esfuerzo es lo que se llama Derecho constitucional. No obstante, es necesario señalar que el encuadramiento de la realidad política no es una empresa fácil, por tres razones. En primer lugar, porque la violencia es inherente en las relaciones políticas. En segundo lugar, porque la vida política tiene, además de la violencia, una espontaneidad y un poder de evolución considerables. Finalmente, porque los preceptos el Derecho

constitucional se dirigen a “actores jurídicos particularmente poderosos, que no siempre obedecen las reglas establecidas”.⁵

El constitucionalismo, como proceso histórico, y el Derecho constitucional, como disciplina jurídica, tienen uno de los más arduos desafíos que se ha planteado la historia humana: civilizar, racionalizar, juridizar y domesticar el siempre conflictivo proceso político consistente en la obtención del poder público y su ejercicio desde los órganos de Gobierno. Por ello, el Derecho constitucional se presenta como una rama medular sobre la que se sustenta todo el Derecho, al tiempo que la Constitución es la norma fundamental del ordenamiento jurídico.

I.1. Fines y técnicas del Derecho constitucional

El Derecho constitucional moderno aparece en su conjunto como un instrumento al servicio de una finalidad: lograr un poder político eficaz para el logro de los objetivos comunitarios (bien común político), pero, a la vez, limitado, previsible y respetuoso de los derechos de los ciudadanos y de los grupos sociales que integran el Estado.

Ampliando lo dicho hasta ahora, podemos señalar los siguientes fines que se propone lograr el Derecho constitucional a través de sus instituciones:

- a) la protección de la igual e inviolable dignidad de cada persona humana y de los derechos humanos que de ella se derivan;
- b) un ejercicio eficaz pero controlado del poder político;
- c) la lucha contra la arbitrariedad en el ejercicio del poder;
- d) el logro del bien común político accesible a todos los habitantes, logrado con la participación de todos ellos.

Para que esta finalidad sea posible, desarrolla una serie de técnicas e instituciones jurídicas que facilitan su obtención:

- la existencia de una Constitución rígida con la correspondiente separación entre Poder Constituyente extraordinario y poderes constituidos ordinarios;
- la supremacía constitucional;

⁵ André Hauriou, *Derecho constitucional e instituciones políticas* (Barcelona: Ariel, 1980), 27.

el control judicial de constitucionalidad a cargo de uno de los poderes constituidos que asegure la ya mencionada supremacía constitucional;

- la descentralización espacial del poder a través del federalismo;
- la división de funciones y las relaciones recíprocas de cooperación y control entre los poderes constituidos;
- la periodicidad en la duración de los mandatos y la limitación de las reelecciones;
- la representación política a través de la elección popular de las autoridades por el electorado en comicios transparentes, y la existencia de mecanismos de participación ciudadana en la toma de decisiones públicas (iniciativa popular, consulta popular, revocatorias de mandatos, audiencias públicas, etc.);—el reconocimiento de derechos humanos individuales y de incidencia colectiva, y la existencia de garantías tendientes a su protección efectiva;
- protección internacional (regional y universal) subsidiaria de los derechos humanos, mediante la existencia de tratados, organismos y tribunales internacionales sobre esta materia.
- El principio de legalidad para el ejercicio de las potestades estatales.
- Las normas y cláusulas programáticas.

Estos son los principales instrumentos y técnicas desarrollados por el Derecho constitucional para alcanzar sus altos fines. Que los logre depende, en buena medida, de su efectiva existencia y operatividad en la vida política del Estado.

II. La relación dialéctica entre Derecho y Política como clave del fenómeno constitucional

La propia realidad del fenómeno constitucional nos lleva de la mano a lo que consideramos el núcleo central del Derecho constitucional: la relación entre Derecho y política. El modo de pensar y resolver esta relación dialéctica del fenómeno constitucional incidirá decisivamente en el modo de concebir el Derecho constitucional y cada una de sus instituciones.

Esta trascendente cuestión estuvo de algún modo presente en los debates y contrapuntos entre Hans Kelsen, Carl Schmidt y Hermann Heller

que se sucedieron en la escuela alemana de Derecho constitucional en la segunda y tercera década del siglo xx⁶.

Para autores como Kelsen, el fenómeno constitucional es esencialmente jurídico y normativo y, como tal, debe ser “purificado” de todo elemento ético, político, sociológico, económico, etcétera. La Constitución es, para el jurista constitucional, solo norma jurídica, la principal de ellas, y así tiene que ser entendida. La Constitución no tiene, jurídicamente hablando, contenidos necesarios ni inherentes. Solo debe ser considerada en su aspecto formal como la norma que contiene el procedimiento de creación de las demás normas.

En cambio, para Schmidt, y en general para los autores decisionistas, la Constitución es fundamentalmente decisión política que se expresa jurídicamente mediante normas e instrumentos jurídicos⁷. Ellos no serían otra cosa que una simple fachada, *packaging* o envoltorio, de una decisión y realidad de poder subyacente que no es alterada ni condicionada en su esencia por las instituciones jurídicas. El fenómeno constitucional será esencialmente un fenómeno político y el derecho constitucional no será otra cosa que el “lenguaje del poder”, como recordara el Presidente Menem en su discurso de inauguración de la Asamblea Constituyente de 1994.

En esta visión decisionista del fenómeno constitucional convergen también la concepción marxista, que no considera a las instituciones constitucionales sino como superestructuras que ponen las relaciones de dominación económicas, que son las estructuras profundas que determinan la organización social y política de un Estado. También suscribirán visiones similares el realismo jurídico norteamericano y, más modernamente, el deconstructivismo de Foucault y Derrida.

Por su parte, Heller propondrá una concepción dialéctica de la Constitución y del Derecho constitucional en la que normas y realidades sociales interactúan y se influyen entre sí. Inspirados en parte en la concepción dialéctica helleriana, adherimos a una concepción político-jurídica del fenómeno constitucional. La raíz última de este fenómeno, su substancia,

⁶ Acerca de la célebre polémica entre Kelsen y Schmitt, puede verse con provecho la obra: de Miguel Bárcena, Josu y Tajadura Tejada, Javier, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escoba Editor, Salamanca, 2022

⁷ “La esencia de la Constitución no está contenida en una ley o norma. En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente”, Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 47.

es política, pero la dimensión jurídica condiciona y mejora esa dimensión política del fenómeno constitucional. En el marco del constitucionalismo, no se puede hacer política de cualquier modo: hay que respetar una juridicidad formal y material sin la cual la decisión política carece de legitimidad y eficacia. Es el Derecho el que racionaliza la naturaleza política del hombre, y, por lo tanto, no pueden pensarse de manera aislada. Sin dejar de ser político, el fenómeno constitucional está afectado por el Derecho que progresivamente lo va racionalizando, juridizando y asegurando derechos y libertades. Dicho de este modo, cabe afirmar que el Derecho constitucional es el encuentro entre dos mundos: política y Derecho. Por realizar un paralelismo, podríamos decir que el Derecho constitucional es como el Cabo de Hornos que une los océanos Pacífico y Atlántico.

Al analizar la relación existente entre el poder, objeto central de la política, y el derecho, sostiene Maurice Hauriou que “el poder es la libre energía que, gracias a su superioridad, asume la empresa del gobierno de un grupo humano por la creación continua del orden y del derecho”⁸. El poder político predominante se expresa y genera un orden jurídico que está llamado a regularlo y limitarlo en su ejercicio⁹.

Por su parte, Alberto Spota señala que el poder constituyente que da origen y modifica la constitución es “poder político que se juridiza al normarse”. Esa juridización es una transformación parcial del poder político que, sin embargo, no pierde su politicidad que continuará viva, aunque más condicionada y limitada, en la dinámica de todo el proceso constitucional. La acción de los poderes constituidos, también la de jueces, mantendrá ese componente de politicidad, de ciertos márgenes de discrecionalidad para configurar de una u otra forma, dentro de los casi siempre amplios, pero no ilimitados marcos constitucionales, la vida social, adoptando las decisiones

⁸ HAURIU, Maurice, *Derecho Público y Constitucional*, Madrid, Reus, 1927. Por su parte, Alberto Spota define al poder político como “la capacidad efectivizada en la acción producida realmente de condicionar el quehacer y devenir de una comunidad, como todo. Quienes, o quien, posean y practiquen en los hechos esa capacidad condicionante sobre el quehacer de una comunidad como todo poseen poder político”, Spota, Alberto Antonio, *Lo político, lo jurídico, el derecho y el Poder Constituyente*, Ed. Plus Ultra, Bs. As, 1993, pág. 17.

⁹ Nos recuerda Hannah Arent que “el poder solo es realidad donde palabra y acto no se han separado, donde las palabras no están vacías y los hechos no son brutales, donde las palabras no se emplean para velar intenciones sino para descubrir realidades, y los actos no se usan para violar y destruir sino para establecer relaciones y crear nuevas realidades”. Arent, Hannah, *La condición humana*, Paidós, Bs. As., 2009, pág. 223.

que considere más acertada en cada caso para la comunidad política. En eso consiste, precisando, el núcleo central de la vida política: la libre y fundada decisión de configurar la sociedad de un determinado modo a través del ejercicio del poder político.

La Constitución pretende fijar límites de procedimiento y de contenido al ejercicio del poder político de los órganos de gobierno, pero sin querer ni poder predeterminarlos por completo.

Es en la relación dialéctica de la Constitución jurídica y la Constitución real donde se desarrollan los procesos de la creciente juridización y judicialización del proceso político¹⁰. La Constitución jurídica mira y se orienta hacia la Constitución real a fin de intentar configurarla. La normatividad constitucional presionará sobre la normalidad política pretendiendo encauzarla a través de las previsiones normativas y exigiendo su cumplimiento. A su vez, la realidad social intentará ampliar o modificar las reglas constitucionales a través de lo que se ha dado en llamar la “fuerza normativa de lo fáctico”.

Seguramente la constitución jurídica es algo más que la hoja de papel a la que aludía Lasalle, pero tiene algo menos de poder normativo que un reglamento deportivo con su reglamentarismo y estrictez.

Podemos analizar las relaciones entre las dimensiones jurídicas y políticas del fenómeno constitucional acudiendo a una comparación analógica con los jugadores de un deporte, las reglas por la que éste se rige y el rol de los árbitros. Las reglas deportivas configuran en buena parte el juego, pero, en base a ella, los jugadores y los directores técnicos desarrollan sus propias estrategias de juego, sin poder desconocerlas ni violarlas. Los árbitros conocen y aplican el reglamento, pero no necesariamente han de saber las mejores estrategias de juego, ni ser ellos mismo buenos jugadores. Los protagonistas principales son los jugadores, no los árbitros, pero sin ellos y sin un reglamento escrito el juego deportivo corre un alto peligro de desnaturalización, de conflicto y violencia. Actualmente hemos decidido jugar al fútbol estableciendo un reglamento, contando con árbitros y lineman y, para algunas jugadas, utilizando también el VAR. Del mismo modo, hoy la vida política se enmarca en las reglas constitucionales, hay jueces que controlan la constitucionalidad de los actos de gobierno y, para determinadas situaciones donde están

¹⁰ Puede verse, entre otros, el reciente artículo de Jerónimo Lau, “La judicialización de la política”, *Revista Jurídica Austral*, Vol. 5, N° 1 (junio de 2024): 211-254.

comprometidos derechos fundamentales básicos y preferidos, aplicamos test estrictos de proporcionalidad y razonabilidad más estrictos.

El Derecho y la Política combinan en distintas dosis las influencias ideológicas, el respeto de las normas y procedimientos establecidos, la coactividad, la continuidad y el dinamismo¹¹, las relaciones de poder entre distintos actores, la previsión de las consecuencias de lo decidido. En términos relativos, podemos decir que el Derecho presta más atención que la Política al respeto a las normas y procedimientos establecidos y emplea en un grado mayor el elemento coactivo, mientras que la Política ofrece una mayor apertura relativa a la ideología, al dinamismo, al juego de poderes entre los actores y a las consecuencias de las decisiones. En términos weberianos, podríamos decir que la ecuación entre ética de la convicción y ética de la responsabilidad, tiende a ser más favorable a ésta última en la Política que en el Derecho.

En el escudo chileno se puede leer el siguiente lema: “por la razón o por la fuerza”. El derecho se apoya más en la razón, en argumentos “no forzados de las razones”, al decir de Habermas, mientras que en la acción política es la fuerza del poder, más que sus razones, la que tiende a predominar y pretende imponerse.

La relación entre Derecho y Política puede guardar una cierta analogía con los combates romanos entre el reciario y el secutor, un gla-

¹¹ Sintetizando la interesante postura de Hannah Arendt (Hannover 1906-Nueva York 1975) sobre la relación entre política y derecho, expone Alfonso Ballesteros: “la política surge de la capacidad eminentemente humana de la innovación, mientras que el derecho, de la capacidad para conservar. La política se refiere a la capacidad para actuar mientras que el derecho busca la constitución permanente de la libertad estableciendo los límites de ésta (...) Es necesario precisar que por “acción” (action, Handeln), en sentido arendtiano se debe entender la acción política al modo griego, como espontánea, extraordinaria, impredecible, perecedera y extralegal, por señalar sus rasgos principales (...) Por su parte el “derecho” ha de entenderse como sinónimo de “ley”, en un sentido amplio, como derecho objetivo, o bien como orden de los asuntos humanos que se establece a través de las leyes. Aunque Arendt describe el derecho o la ley de manera diversas, haciendo referencia ordenamientos históricos concretos que difieren entre sí (el nomos griego, la torah, la lex romana o la Constitución americana), lo que estos parecen compartir, desde su punto de vista es la búsqueda de estabilidad política y, en cuanto son un orden o aspiran a un orden, la limitación de la acción en mayor o menor medida. Así como se ve, la acción tiende a la transgresión espontánea de límites mientras que el derecho tiene como objetivo hacer posible la libertad de manera estable limitando para ello las posibilidades de la acción”, Ballesteros, Alfonso, *Innovación versus conservación. La tensión entre la política y el derecho en la obra de Hannah Arendt*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pág. 15 y ss.

diador equipado con armamento y armadura pesada. El recidario estaba munido de un tridente y una red con la que intentaba enredar y detener al secutor que poseía mejores armas. La desventaja de armas de recidario tenía que ser compensada con su habilidad y velocidad para “enredar” al secutor. El Derecho, naturalmente algo más débil que la política, debe con habilidad saber enredar y controlar a la política para poderla someter a sus designios.

III. El entrelazamiento de las dimensiones políticas y jurídicas del fenómeno constitucional presentes en algunas instituciones constitucionales

Consideramos que la presencia de estas dos dimensiones del fenómeno constitucional y sus relaciones mutuas son claramente visibles en muchas de las instituciones constitucionales. Entre ellas, mencionaremos algunas:

- La constitución es a la vez un documento político que expresan las decisiones de una determinada comunidad política sobre su organización y objetivos y una norma jurídica suprema que rige el ordenamiento jurídico de un país, estableciendo qué clases de normas existirán, cuál será su procedimiento de sanción, qué jerarquía existirá entre ellas y cuáles los contenidos esenciales que deberán respetar. *El poder constituyente, al fin y al cabo, es –como enseñaba Spota– “poder político que se juridiza al normarse”*¹². Pero con esa juridización no desaparece la dimensión política en la actuación de los poderes constituidos. Ella sigue siendo muy significativa, más allá de que ahora haya normas y principios jurídicos que pretendan regularla;
- En los actos estatales caben distinguir aspectos discrecionales y reglados, todos sometidos al derecho, pero de diverso modo. Así, en el ámbito del derecho administrativo, se distinguen los actos administrativos (p. ej. otorgamiento de un registro para conducir), los políticos (p. ej. nombramiento de un ministro o concesión de un indulto) y los institucionales (declaración del estado de sitio, de la intervención federal o de la guerra), según el grado de discrecionalidad con que puede actuar el órgano de gobierno o los organismos administrativos al momento de dictarlos. Los aspectos discrecionales aparecen más

¹² Cfr. Spota, Alberto Antonio, *Lo político, lo jurídico, el derecho y el Poder Constituyente*, Ed. Plus Ultra, Bs. As, 1993.

vinculados a la dimensión política, mientras que los reglados, son más propios de la dimensión jurídica. Es imposible reducir y anular por complejo la discrecionalidad, expresión del ejercicio del poder, de la politicidad irreductible presente en todo ejercicio de poder público;

- Los ordenamientos constitucionales prevén lo que podríamos llamar “válvulas de escapes” para encauzar la dinámica propia de la dimensión política amenaza con romper los moldes la juridicidad constitucional: las instituciones constitucionales como el estado de sitio, la intervención federal, las emergencias económicas, las amnistías e indultos, los decretos de necesidad y urgencia, la delegación legislativa, la antigua doctrina sobre las cuestiones políticas no justiciables, etc., son algunas de esas “válvulas de escape” de uso excepcional, previstas para la expansión de la dimensión política cuando ella no puede ser contenida por los cauces jurídicos ordinarios. Ellas son vistas con cierta desconfianza y descréditos por los juristas preocupados por mantener la fuerza de la juridicidad, a la vez que suelen ser reclamadas por los actores políticos para llevar adelante sus programas y acciones de gobierno;
- En el control judicial de constitucionalidad de algunos actos estatales, también se diferencia el grado de control en base a la distinción entre aspectos discrecionales y reglados. Así, p. ej, en la revisión judicial de un juicio político, ella se limitará, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, a examinar si se ha respetado el debido proceso, en tanto no se revisará la apreciación del Senado o del Jurado de Enjuiciamiento acerca si hubo o no mal desempeño. Algo análogo ocurre en el control de constitucionalidad de actos como la intervención federal, el estado de sitio o el indulto;
- En las condiciones para ser elegido juez, en especial de la Corte Suprema, se examinará y valorará no tan sólo sus conocimientos técnico-jurídicos, sino muy especialmente sus concepciones filosóficas y políticas, ya que se sabe que ellas pueden ser decisivas a la hora de ejercer la función judicial y resolver un caso de modo definitivo¹³;

¹³ Así el Prof. Kenneth Mack de la Escuela de Derecho de la Universidad de Havard, ha sostenido que El período reciente del año 2004 de la Corte Suprema norteamericana, “refuerza la percepción entre muchos en el público estadounidense de que, más que en cualquier otro período de la historia estadounidense moderna, el derecho —ya sea el derecho de interpretación de estatutos, el derecho administrativo o el derecho constitucional— tal como se refleja en la Corte, es simplemente política por otros medios”,

- En la resolución de los que hemos denominado “fallos institucionales”, además de razones y argumentos jurídicos, influyen claramente componentes de carácter político: la relación con los otros poderes de gobierno y con la opinión pública, las consecuencias que se pueden derivar del fallo, la incidencia en la configuración de la vida social que se pretende lograr a través del fallo, la consolidación o debilitamiento del propio poder institucional de la Corte Suprema, etc.¹⁴

disponible en https://hls.harvard.edu/today/evaluating-the-supreme-court-harvard-law-faculty-weigh-in-on-2023-scotus-term/?utm_campaign=06Jul2024&utm_medium=email&utm_source=hltnewsletterAlum. Esto también aparece reconocido por Alberto Bianchi, cuando al analizar el funcionamiento de la Corte Suprema norteamericana, afirma: “Si hay algo que define políticamente a los Estados Unidos es el bipartidismo, el cual se refleja no solo en el Congreso y en la Casa Blanca, sino también en la Corte Suprema. Cada presidente, con su mayoría en el Senado, ha logrado colocar en la Corte a jueces de su partido y ello divide al Tribunal. Si luego ello se refleja en los fallos, es una cuestión muy diferente. En algunos casos se nombran magistrados moderados y, en otros, se logran imponer a quienes representan tendencias más extremas. Buenos ejemplos de los primeros fueron Sandra Day O’Connor y Anthony Kennedy, entre los conservadores, y Stephen Breyer en los liberales. Entre los segundos militan William Rehnquist, Antonin Scalia, Clarence Thomas y Ruth Bader Ginsburg. Asimismo, a Stevens y Souter, nombrados ambos por jueces republicanos, los vemos luego ubicados en el ala liberal de la Corte. Es más, en *Bush v. Gore*, votaron en la minoría. Como resultado de ello, si bien es cierto que en este último quinquenio de la Rehnquist Court se produjeron una gran cantidad de fallos en los que la decisión se obtuvo con una escasa mayoría de 5-4, esta división no siempre es el fruto del triunfo sistemático de una tendencia política sobre la otra. Por el contrario, en muchos de estos casos fueron mayoría los conservadores, pero en otros tantos la alcanzaron los liberales, ayudados con los swing votes de Kennedy” y de O’Connor. No han faltado, por cierto, casos de sentencias unánimes, pues los hay en buena cantidad, pero ello no es la regla. Las disidencias, aun las cuantitativamente menores, son frecuentes. Todo ello impide calificar a la Corte del último quinquenio de la Rehnquist Court bajo un determinado signo político, al menos de una tendencia muy marcada, pues, en el balance general, los triunfos entre liberales y conservadores se reparten con bastante equilibrio. En algunos casos, asimismo, en la mayoría y minoría se alinean jueces de ambas tendencias y existen casos curiosos, como *Ashcroft v. ACLU* donde Scalia vota con los liberales; y Breyer, con los conservadores. Consecuentemente, la mayoría formalmente conservadora de 5-4, no se impuso brutalmente. Por el contrario, O’Connor y Kennedy, en particular, se encargaron de evitar que la Corte se convirtiera en un tribunal partisano, un objetivo que se cumplió durante este período con bastante éxito, si excluimos por supuesto el caso *Bush v. Gore*, donde la pertenencia a cada partido se hizo sentir con marcada influencia”

¹⁴ Hemos estudiado con profundidad este tema en nuestro libro *La Corte Suprema y el control político*, Ed. Abaco, 1999, donde remitimos.

- A la hora de resolver un determinado fallo institucional, formulamos en su momento la máxima de que la Corte Suprema ha de exigir el máximo respeto a la juridicidad constitucional vigente que sea compatible con el funcionamiento del sistema político en su conjunto, evitando llegar a situaciones de bloqueo que terminan perjudicando al poder más débil;
- El Derecho constitucional y la actuación de la Corte no se pueden comprender acabadamente si no se los inserta en la realidad política que les es propia, en los contextos históricos y políticos en que se desarrollan las instituciones y los procesos constitucionales¹⁵. Ello clave para entender las normas jurídicas incorporadas por el Poder Constituyente en el momento de la sanción o reforma de la Constitución, las leyes de contenido constitucional y las decisiones de nuestro más alto tribunal.

Conclusiones

Luego de haber examinado la naturaleza, el origen histórico, los fines y medios que emplea el constitucionalismo y la relación dialéctica entre las dimensiones políticas y jurídicas del fenómeno constitucional, podemos concluir que el Derecho no logra eliminar, absorber ni someter por completo a la dimensión política presente en todas las realidades e instituciones constitucionales que sigue presente en cada una de ellas. Sí, en cambio, la condiciona, encauza, modifica y limita, a la vez que dicho componente político del fenómeno constitucional intenta muchas veces evadir y quebrar esos límites y controles jurídicos. Es la tensión dialéctica, permanente, central e insalvable que se da en el fenómeno constitucional y en cada una de sus expresiones e instituciones.

Progresivamente, a lo largo de la historia, la dimensión jurídica del fenómeno constitucional ha conseguido importantes avances en su intento de controlar el ejercicio del poder público, sin lograrlo aún de modo pleno y absoluto. Esos avances se verifican en lo que hemos denominado como creciente proceso de juridización y judicialización del proceso

¹⁵ “Los politólogos dicen que la Corte es parte de la política a pesar de ser un tribunal de justicia, porque todo el derecho, incluido el derecho constitucional, es parte de la política”, Shapiro, M. (1989). *Morality and the Politics of Judging*. Tulane Law Review, 63(6), pp. 1555-1556). Agradezco a Jerónimo Lau esta cita.

político. Sin embargo, la dimensión política del fenómeno político sigue estando presente y tiende muchas veces a predominar en sus concreciones operativas y prácticas.

La buena relación entre las dimensiones políticas y jurídicas del fenómeno constitucional reclama que los actores políticos adopten la decisión “política” de respetar los principios, las normas y los procedimientos jurídicos como mejor modo de actuar políticamente, a la vez que el marco jurídico adopte la necesaria flexibilidad para encauzar con habilidad el proceso político, sin encorsetarlo ni bloquearlo y procurando evitar la excesiva sobrejudicialización de los procesos políticos.

Los operadores y estudiosos del Derecho Constitucional han identificar y reconocer con realismo la dialecticidad entre las dimensiones políticas y jurídicas presente en el fenómeno constitucional, en sus instituciones y en su dinámica histórica, procurando armonizarlas entre sí con inteligencia y creatividad.

UNA MIRADA DE CONJUNTO: 1983-1994

AN OVERVIEW: 1983-1994

EZEQUIEL SINGMAN¹

Resumen: El texto interpreta la reforma constitucional de 1994 en Argentina en perspectiva histórica y como proceso complementario del gran acontecimiento que fue el inicio del régimen democrático en el año 1983. A partir del filósofo alemán G. W. Friedrich Hegel, ofrece un marco teórico que permite interpretar los avances de la historia argentina en forma dialéctica, para pensar el período 1983/1994 y también los otros momentos constitucionales/fundacionales del país. Intenta de esta forma no hacer balances críticos de los contenidos del texto, de sus posibles aciertos y desaciertos. Se ocupa sucintamente de describir el temperamento social y la visión de pasado que como sociedad teníamos en aquel entonces, intentando así captar cuáles eran los valores y la perspectiva sobre la que se recostaron los protagonistas para pensar la reforma. De este modo resalta los primeros artículos del nuevo capítulo de derechos y garantías para destacar su importancia de cara al futuro. Sobre todo y más aún en el momento actual del país, en el que dichos elementos se vuelven cada vez más débiles y el malestar en la democracia conmina contra su continuidad, apareciendo en el horizonte, otros posibles caminos institucionales alternativos, no precisamente de mayor tolerancia o respeto a quienes piensan distinto.

Palabras clave: Régimen democrático, Dialéctica de la Historia, Reformas Constitucionales.

Abstract: The text interprets the constitutional reform of 1994 in Argentina from a historical perspective and as a complementary process to

¹ Master en «Sociologie Politique Comparative» (Francia), Lic. Ciencia Política y Abogado (UBA), Prof. de *Teoría del Estado*, *Teoría Política*, *Sistemas Políticos Comparados*, *Teoría Sociológica*, *Análisis Político y Social de la legislación* y *Teoría y Derecho Constitucional* (UBA, USAL, UAI).

the great event that was the beginning of the democratic regime in 1983. Based on the German philosopher G. W. Friedrich Hegel, it offers a theoretical framework that allows the interpretation of the advances in Argentine history in a dialectical way, to think about the period 1983/1994 and also the other constitutional/founding moments of the country. In this way, it tries not to make critical assessments of the contents of the text, of its possible successes and failures. It briefly describes the social temperament and the vision of the past that we had as a society at that time, thus trying to capture what were the values and the perspective on which the protagonists relied to think about the reform. In this way, it highlights the first articles of the new chapter on rights and guarantees to emphasize their importance for the future. Especially and even more so at the current moment in the country, in which these elements are becoming increasingly weaker and the unrest in democracy threatens against its continuity, with other possible alternative institutional paths appearing on the horizon, not precisely of greater tolerance or respect for those who think differently.

Keywords: Democratic regime, Dialectics of History, Constitutional Reforms.

I. Una historia de tensiones

Conforme pasan los años, la historia se va acortando, “acordeoneando” si se me permite el término. Cada vez más 1994 se acerca a 1983 y ambas fechas se alejan de nuestro presente en continuo avance. Esos dos años tan importantes para la historia institucional de nuestro país solo se llevan once años. De 1983 a hoy nos separan más de cuarenta años. Y de 1994 nos separan ya unos treinta.

Entre 1853, año de la Constitución actualmente vigente y 1860, año de su primera reforma que consagra la integración victoriosa de la Provincia de Buenos Aires al conjunto de las Provincias del Río de la Plata, hay tan solo siete años de intervalo. En esa oportunidad lo que se manifestó fue el triunfo de Buenos Aires y su puerto sobre el resto de las Provincias. Digamos mejor: el control y la supremacía de Buenos Aires y su puerto. Recién con las presidencias posteriores a Bartolomé Mitre, el Puerto le será “arrancado” a la Provincia (nacionalizado bajo la presidencia de Nicolás Avellaneda entre los años 1873 y 1876) y la Capital Federal descabezará a la Provincia de su principal Ciudad.

1853/1860 es una historia de tensiones.

De hecho, si fuésemos para atrás, para sumergirnos en la génesis de lo que hoy llamamos Argentina, el primer gran problema fue la declaración republicana, que era más bien una afrenta contra la madre patria, monárquica y católica, de quien Buenos Aires se estaba emancipando. Para afianzar ese acto de rebeldía, buscó conseguir y arrastrar tras de sí, el apoyo de todos los pueblos, antiguas intendencias y capitanías del virreinato del Río de la Plata. Estos pueblos, ahora devenidos en provincias/estados autonómicos, se disputaban entre la lealtad a la poderosa Lima, capital del Virreinato del Perú y sede del Santo Oficio o recostarse en el liberalismo protestante y comercial más cercano a Gran Bretaña, que profesaban (o no rechazaban tajantemente) las poblaciones y comunidades en el Río de la Plata. Aires de avance y progreso.

Sobre ese campo de ideas se recortan los momentos 1810-1816. Es una etapa histórica fundacional/constitucional, que se completa con la Asamblea del año 13, la declaración de la liga de los pueblos libres de 1815, el protectorado de Artigas de 1813-1820 y la Constitución de 1819.

Superada la etapa de emancipación (si se nos permite simplificar), la Batalla de Cepeda en el año 1820 inaugura la siguiente tensión: Unitarios y Federales. ¿Cuál es el modelo? Tenemos otros momentos constituyentes 1824-1827, con un Congreso y sus representantes, una constitución en 1826, la entrega de la Banda Oriental a manos del imperio del Brasil, y la emergencia de la figura de Juan Manuel de Rosas, sobre la que se asienta y resuelve la gobernabilidad y el nuevo orden. Este es el modelo que finalmente estalla en 1852 y nos transporta al nuevo momento constituyente.

Es la Constitución que juramos y que con idas, vueltas y reformas sigue vigente hace más de ciento setenta años. Por eso comenzamos allí este análisis. Todas estas fechas nos deben motivar a la reflexión sobre la posibilidad de repensar hacia atrás el esquema conceptual que plantearé unos párrafos más adelante.

Retengamos entonces hasta aquí que 1853/1860 es una historia de tensiones.

II. Segundo momento constituyente

La reforma de 1949, bajo la presidencia de Juan Domingo Perón, fue la consagración de la organización de las masas y su incorporación a la vida político social bajo una nueva identidad: la de los trabajadores y ciudadanos plenos, con todos los derechos políticos, sociales y econó-

micos. Es también la manifestación de la planificación total de la vida de las personas, aquí y en el mundo en general. Un camino que tiene un hito en 1912 con la consagración de la ley del sufragio universal (masculino), secreto y obligatorio.

Al mismo tiempo, ese modelo generó su antagonismo. No por ser menos intervencionista ni estatista, sino más bien por lo que podríamos considerar un “rechazo ideológico-político y cultural de clase”, un elitismo sectario logra imponerse al modelo peronista. Estas cúpulas dirigenciales vinculadas al poder hegemónico en materia económica, política y socio-cultural, son incapaces de aceptar el nuevo orden que incluye a las masas y les reconoce una existencia e identidad.

Con algo de éxito terminan provisoriamente con la socialización política. No obstante aquello fue solo una ilusión. Pero ocurrió. En 1955 acontece el Golpe de Estado denominado en la historiografía como “Revolución Libertadora” y el inicio de la persecución política al peronismo. Y en lo que aquí nos importa resaltar, al año siguiente y a través de una proclama del Gobierno de Isaac Rojas y Pedro Eugenio Aramburu, la derogación por decreto de la Constitución de 1949. En 1957 la incorporación del Art. 14bis a la vieja Constitución de 1853/60. El régimen político de aquel entonces necesitaba un texto que lo legitimase. Y al mismo tiempo ese nuevo y único artículo materializó la relación de fuerzas de la época. Los Derechos de los trabajadores y la organización gremial y cooperativa tenían aún larga vida. Entre 1949 y 1957 hay tan solo ocho años. Uno más que la distancia que separa a 1860 de 1853.

III. La dialéctica de la Historia

En un curso publicado en 1837, pero dictado en 1820, el filósofo alemán Fiedrich Hegel sostenía que cada época histórica corregía los fracasos de las épocas anteriores. Al mismo tiempo, en su Filosofía del Derecho, afirmaba que la historia avanza dialécticamente. ¿Qué quiere decir esto? Pues bien, en el modelo hegeliano los avances son de contención/superación. No anulando las diferencias antagónicas, sino más bien conteniéndolas bajo un nuevo esquema. Hegel no niega las históricas diferencias sociales, sino que cree ver en ellas el motor de la Historia. Un motor que la hace avanzar creando nuevas instituciones, que contienen esas contradicciones en modelos (llamémosle) “superadores”.

¿Acaso eso ocurre en nuestros modelos? ¿Nos puede servir este esquema conceptual para pensar los momentos constitucionales/fundacionales de la Argentina? Lo que sí me animo a pensar, y que motivó esta indagación, es que no casualmente estos momentos se dieron de a pares. Nunca fue un solo año, sino que fueron dos distintos, pero muy cerca unos de otros.

Veamos:

1853/60

1949/57

1983/94

Bien. ¿Cómo pensar cada conjunto?

Creo a priori que ni en el modelo 1853-1860 ni en el otro par 1949-1957 ocurre lo que decía Hegel. Tal vez siendo algo condescendientes, podríamos amoldar teoría y corroboración empírica. Un poco de reparación o de corrección podrían haber. Me refiero a eso que afirmaba el autor, que *la historia corrige los fracasos anteriores*. Pero es más notoria la ruptura y la negación que la integración de un momento en otro nuevo. Tal vez no son esos momentos de superación de los que Hegel hablaba, sino que se trató de fotos que reflejaron la forma en que algunas tensiones se resolvieron, diría, de manera provisoria.

El modelo que más se ajusta al esquema conceptual hegeliano es este que analizamos en este texto. Afirmemos: 1994 consolida a 1983.

Al primer capítulo de la Constitución, sobre Declaraciones, Derechos y Garantías se le agrega otro nuevo que lo complementa.

El año 1983 pone en vigencia nuevamente la Constitución de 1853/60-1957, pero ese año no representa eso; en nuestra retina y memoria histórica colectiva, ese año representa la Democracia; No obstante esa democracia que comenzó a materializarse en la práctica, no tuvo prontísima recepción en los textos. No estaría “positivizada” como dicen las/os juristas. Disculpenme el trabalenguas: esa Democracia que se pone en práctica en 1983, recién se expresará en el texto de 1994.

Se daría entonces una doble contención en dos años distintos, pero que pueden ser vistos hoy como un conjunto. Entre los dos consolidamos el liberalismo republicano representativo y federal original de 1853/60 por un lado (Art. 1); y por el otro la democracia y la participación popular que allí, en ese texto, estaban ausentes, pero que desde 1912 existían y era imposible negarlo si queríamos consolidar una vida pacífica en comunidad.

IV. Nuevas declaraciones, espíritu de época

El nuevo capítulo sobre derechos y garantías comienza en el Art. 36, afirmando claramente y por primera vez en el texto que somos democráticos y adoptamos ese sistema como nuestra forma de gobernarnos. El Art. 37 pone en vigencia la Ley Sáenz Peña de 1912, tantas veces interrumpida a lo largo del Siglo XX, que le da sentido al mecanismo y principio del articulado anterior: *“Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio”*. El Art. 38 refuerza los anteriores, pues ¿cómo vamos a elegir gobernantes si no podemos votar ni organizarnos libremente en función de nuestras ideas y preferencias? *“Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático.”*

Quienes no vivieron los años de violencia política (entre los que me encuentro), no pueden alcanzar a comprender la importancia de tan categórica afirmación. Contrariamente, para aquellas y aquellos que vivieron la persecución política, la tortura, la violencia, la clandestinidad como forma de vida, y la proscripción que impidió elegir libremente candidatos e ideas, esta consigna es la máxima expresión de reivindicación del goce pleno de los derechos políticos. Se afirma allí que la violencia nunca más debería ser una opción para resolver nuestros conflictos y diferencias. Y que también tenemos que aceptar que quien pierde acompaña y quien gana gobierna. Es muy sencillo decirlo, pero muy difícil llevarlo a la práctica.

Los Artículos 39 y 40, continúan bajo la misma temática: la participación y opinión popular que materializa a la democracia. A pesar de la constante crítica que les han endilgado, cargan en su espíritu el modelo Democrático-Russoneano en el que se inspiraron algunos de nuestros patriotas, como por ejemplo Mariano Moreno. El ala más conservadora de Mayo lo apodaba “jacobino” ó “robepierriano”. En la constitución revolucionaria de 1793 en Francia ya aparecían los elementos democráticos y participativos como el sufragio universal para mayores de dieciocho años o la posibilidad de las iniciativas populares. En estas latitudes, demoramos dos siglos de historia en aggiornar el modelo republicano y representativo (artículos uno y veintidós del texto fundamental) junto con el democrático-popular. En 1983 dimos un primer paso y 1994 terminó de consolidar ese cambio fundamental.

V. Una mirada positiva

Desde que comencé la docencia, en el año 2002, las críticas a las reformas de la Constitución de 1994 no han faltado nunca. Toda la integralidad de la reforma ha sido criticada en todos los aspectos. Hay unanimidad en cuanto a considerar positiva la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. Salvo este aspecto, en el resto de las modificaciones hemos escuchado y leído voces favorables y críticas en todas las materias. Y en algunas de ellas, solo críticas, como por ejemplo, la incorporación del Jefe de Gabinete que no generó la atenuación del hiper presidencialismo², la recepción de las facultades legislativas en cabeza del Poder Ejecutivo (Arts. 99 Inc. 3 y 76), la incorporación del tercer senador provincial, los órganos de control parlamentarios que no funcionan, el nombramiento y protección de los jueces, su duración, forma de designación y su rol, la legislación (casi nula) sobre el Control de Constitucionalidad, la falta de resolución de la Coparticipación Federal de Impuestos, la propiedad de las energías y los recursos naturales en cabeza de las Provincias³, la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. Podríamos seguir, pero poco sentido tendría aquí. Han habido y seguirán habiendo importantes observaciones a estos y otros tantos institutos nuevos, novedosos pero también ambiguos y deficientes.

Al mismo tiempo, durante todo este año que transcurre más que en otros, y con motivo de los treinta años de la reforma, proliferó la producción audio visual de testimonios con anécdotas, infidencias, revisiones y detalles de aquel gran acontecimiento, que marca un hito en la historia de nuestro país. Hemos escuchado los pormenores, las chicanas, anécdotas, críticas, acuerdos espurios, otros no tanto. Mesas redondas, congresos, debates abiertos, podcasts de los constituyentes, noticias, seminarios, conferencias, etc.

² Sin profundizar, solo afirmo que el hiper-presidencialismo está relacionado con la coparticipación federal de impuestos, la forma de recaudar y distribuir los recursos, asociado a la separación entre cámaras legislativas y facultades de los gobiernos de provincias respecto del poder central y la imposibilidad de interrumpir su mandato fijo de cuatro años.

³ La nueva matriz energética y las comunicaciones nos ponen en un nuevo desafío que nos lleva a pensar en la posibilidad de la disolución de la Argentina. Este nuevo escenario era imposible de advertir en aquel entonces, en el que nuestra historia estaba signada por la centralidad del puerto en Buenos Aires y la tensión entre una Argentina desarrollista/ industrial con/sin distribución de la riqueza o productora de materias primas con poco valor agregado.

Todo muy valioso por cierto. Y más para quienes nos apasionamos por estos temas. En ellas pudimos advertir el cuestionamiento al Pacto de Olivos entre el entonces presidente Carlos Saúl Menem (que buscaba su reelección y la constitución de 1853 le vedaba) y Raúl Alfonsín, como presidente del mayor partido de la oposición, en decadencia en ese entonces (lo que se manifestaría en la elección de los convencionales constituyentes).

Soy parte de esas críticas. Siempre lo fui, tal vez llevado consciente o inconscientemente por las corrientes de tribunas doctrinarias que hablaban constantemente de las fallas en el sistema democrático. Ciertamente el tema es mucho más complejo que esta simple afirmación. Creo no obstante que es tiempo de dejar al menos por ahora las críticas de lado y tratar de comprender el contexto del año 1994 y el pasado de esos protagonistas. Cada época tiene un pasado distinto. Nuestro pasado, en 2024, no es el mismo pasado que tenían los constituyentes de la Convención. Y la democracia de aquel entonces recién se iniciaba. En términos futboleros, la pelota recién empezaba a rodar. No sabíamos cuáles serían los obstáculos o problemáticas futuras a las que el texto habría de enfrentarse. Es muy sencillo ahora criticar el articulado; es correcto hacerlo, porque es a partir de dichas críticas que podríamos vehiculizar futuras reformas. Pero quisiera en el presente intentar comprender más que polemizar. Porque insisto, el pasado de la generación del '94 es muy distinto al nuestro, y por lo tanto, no podemos criticar con la mirada de hoy, a aquellas mujeres y hombres que sancionaron aquella reforma.

VI. El pasado de 1994

Viajemos rápidamente en el tiempo a aquel entonces, ¿cuál es el pasado de esos convencionales? ¿Cuáles fueron las historias vividas? ¿De qué procesos y acontecimientos fueron contemporáneos? ¿Cuál sería su mayor anhelo?

Si nos remontamos al pasado inmediato de las y los convencionales constituyentes, y pensamos básicamente en la esfera propia de la actividad política propiamente dicha ¿cuáles eran los humores y diálogos en las familias, en las organizaciones sociales intermedias de la sociedad civil, en las agencias estatales, las escuelas, las policías, universidades, etc.?

Claramente la reelección de Carlos Menem sería uno de los temas excluyentes. Para convocar a la Asamblea Constituyente el entonces presidente amenazó con hacerse reelegir mediante un referéndum popular, sin que dicho mecanismo respondiera a las leyes entonces vigentes. El Plan

de Convertibilidad en el plano económico vehiculizaba la alta estima en la imagen presidencial. Las elecciones para renovación de la Cámara de diputados en 1991 y 1993 habían sido favorables a aquella gestión y al frente de partidos que lo integraba, con el Justicialista a la cabeza.

En 1993 la segunda fuerza era el Partido Radical (UCR). Pero las encuestas de opinión le hacían ver a su líder que la foto de 1994 no era la misma que en las últimas elecciones, como se mencionó más arriba. Previo a las elecciones de los convencionales, Raúl Alfonsín pensaba que estaba contra la pared porque el riojano Menem se haría reelegir con o sin su acuerdo; es decir que muy probablemente y al margen de la institucionalidad vigente forzaría los mecanismos existentes llevándolos a los límites y umbrales de lo éticamente correcto y permitido en cuanto a la ingeniería democrático-electoral. Ante el dilema, el viejo caudillo radical optó por dar el acuerdo considerando la posibilidad de “agregar cláusulas” que en su visión servirían de atenuantes a la concentración de poder en cabeza del ejecutivo.

¿Qué más había en la memoria colectiva de aquellos años? Sin lugar a dudas, el Juicio a las Juntas del año 1985, las leyes de Obediencia debida y Punto Final, las asonadas contra el orden institucional de las aún muy activas fuerzas militares: El levantamiento *Carapintada* liderado por Aldo Rico en Campo de Mayo durante la semana Santa de 1987, otros dos intentos en 1988, en donde aparece el nombre del Coronel Mohamed Ali Seineldin, y otra tensión en el Regimiento de La Tablada, en enero de 1989. Apenas inicia su mandato, entre finales de 1989 y el año 1990, Carlos Menem indulta a muchos de los protagonistas de la violencia de las décadas pasadas, que habían sido juzgados en años recientes. A este conjunto normativo montado por Menem y Alfonsín se lo conoció posteriormente como las *Leyes de Impunidad*.

Claramente lo que subyace es la violencia política. Esa es la página que se proponen dar vuelta en la historia del país para pasar a un nuevo capítulo. Más allá de la infinidad de detalles, intereses y mezquindades de los actores de aquella época, el paso del tiempo nos hace ver todo de manera minúscula. Incluso ahora cada vez más, hasta la posibilidad de reelección del mandato presidencial, otrora el motor de la reforma.

El temperamento de la época impone una ética, y ésta se relaciona con el valor de la democracia, más allá de esos actores y acuerdos. El sociólogo francés Emile Durkheim diría que hay hechos sociales que se imponen a las conductas individuales de los hombres e incluso las determinan. Esas conductas individuales, muchas veces reprochables, no pudieron escapar

del hecho social construido a favor de un diálogo pacífico que se impuso de cara al horror vivido en todas las décadas pasadas e incluso desde el origen de la formación del Estado Argentino, y digámoslo también, de cualquier Estado en realidad. Nadie mejor que Tomas Hobbes, que puso a la Guerra en el centro de cualquier análisis como algo subyacente que es nuestro deber tratar de evitar a partir de acuerdos entre partes antagónicas.

VII. El legado y el futuro

El legado que deja la reforma excede con creces a esas mujeres y esos hombres. Hoy es otro escenario. Hace treinta años, otra era la racionalidad, la moralidad, la forma de comunicar(nos), otros tiempos, menos veloces tal vez. Algo más contemplativos. Por supuesto que muchas/os filósofas/os se adelantaron y vieron en aquellos tiempos lo que podría ocurrir hoy. Pero ¿cuántos de esas/os filósofas/os hay? ¿Quiénes son capaces de pensar/proyectar los problemas del futuro?

Celebro que fuimos capaces alguna vez de generar un consenso tan amplio, tan grande, para diseñar -aun con todas las falencias que conocemos- una ingeniería constitucional para una comunidad de cara al futuro. En un momento en que la propaganda del mundo en Occidente se dirigía hacia el final de la Historia, la democracia liberal, la caída del muro y el fin de la Unión Soviética y el comunismo, lo que se plantearon las/os constituyentes fue también ser parte de esa historia, al pretender solucionar el temor a la violencia en el futuro, en función de los problemas de ese pasado (local e internacional), que era el de la participación y la violencia política, iniciada en el S. XIX y nunca concluida.

Tal vez ese sea el mayor y más importante legado que deja una generación que vivió la violencia política-social como ninguna otra. Se trata aquí entonces de homenajear y enaltecer a quienes se animaron a proyectar un futuro mejor dejando de lado diferencias insalvables, intereses sectoriales y/o particulares en pos de un futuro para todas y todos.

Tal vez en el futuro la lectura que debamos hacer, o que tengan las nuevas generaciones de este bendito país (si es que sigue habiendo argentina), sea 1983/1994. Todavía estamos cerca, aún los protagonistas somos contemporáneos. Pero el tiempo pasa inevitablemente. El estrechamiento de los años y la pérdida de profundidad serán una realidad inevitable. A tan solo cuarenta y treinta años, lo que empezamos a ver es ese lento proceso. Tengamos una visión optimista entonces.

UN SALDO NEGATIVO EN EL BALANCE DE UNA REFORMA CON LUCES Y SOMBRAS

A NEGATIVE BALANCE ON THE BALANCE SHEET OF A REFORM WITH LIGHTS AND SHADOWS

FÉLIX V. LONIGRO¹

Resumen: La reforma constitucional del año 1994, ha sido la más importante y extensa de las seis que ha tenido la Carta Magna de 1853/1860. Como toda reforma integral, muestra aspectos que merecen ponderarse positivamente, y otros que son negativos. En el balance, por su significancia institucional pesan más los negativos, a los que se suma la oportunidad que se ha perdido, de mejorar y corregir cuestiones de menor trascendencia, pero que hubieran servido para aumentar la calidad técnica de nuestra Ley Fundamental.

Palabras clave: reforma constitucional, reforma integral, aspectos negativos y positivos.

Summary: The constitutional reform of 1994, has been the most important and extensive of the six that the Magna Card of 1853/1860 has had. Like any comprehensive reform it shows aspects that are negative. In the balance, due to its institutional significance, the negative ones weigh more, to which is added the opportunity that has been lost, to improve and correct issues of lesser importance, but that would have served to increase the technical quality of our Fundamental Law.

Keywords: Comprehensive reform, negative and positive aspects .

¹ Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la UBA. Especialista en derecho constitucional. Profesor Titular de Derecho Público (Facultad Ciencias Económicas UBA). Profesor Regular Adjunto de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho UBA. Autor de un Manual de Derecho Constitucional y de otros cinco libros sobre historia y derecho constitucional. Consultor legislativo.

I. Introducción

Dentro de la tipología que las diferentes constituciones del mundo presentan, la de la Argentina, sancionada el 01/05/1853, es *reformable rígida*.

En efecto, es el mismo texto constitucional el que, en su artículo 30, prevé la posibilidad que la Ley Fundamental pueda ser reformada “*en el todo o en cualquiera de sus partes*”, y es la misma norma la que establece un procedimiento rígido de reforma, es decir, que reviste complejidad y que no se lleva a cabo con facilidad, ni con la sanción de una ley común y corriente.

El proceso de reforma previsto en nuestra Constitución Nacional (CN), contiene dos etapas: a) *la pre-constituyente*, en la que interviene el Congreso de la Nación, declarando la necesidad de la reforma, y b) *la constituyente*, en la que participa una Convención que especialmente debe ser convocada para tal fin, que es la que debe “efectuar” la reforma.

A la hora de “efectuar” la reforma, la citada “Convención” ejerce el llamado *poder constituyente derivado*, y es por tal motivo que, aunque el texto constitucional no lo indique expresamente, a la luz del sistema democrático representativo que rige en nuestro país -en el que la titularidad del “poder” está en cabeza de la población-, a los convencionales constituyentes que integran la convención reformadora, debe elegirlos el pueblo.

Desde que se sancionó la CN, en 1853 -oportunidad en la que se desarrolló el llamado *poder constituyente originario*-, el texto tuvo siete modificaciones. Fue en los años 1860, 1866, 1898, 1949, 1957, 1972 y 1994.

Podría considerarse, con razón, que la de 1860 no fue estrictamente una reforma, sino el final del *proceso constituyente originario* que se había iniciado en 1853. En efecto, en 1852 la provincia de Buenos Aires se había separado del resto del país, después de haber rechazado el *Acuerdo de San Nicolás* celebrado el 31 de mayo de ese año, y por lo tanto no participó de la redacción de la CN de 1853. Seis años después, a través del *Pacto de San José de Flores* del año 1859, la provincia disidente se unió nuevamente al resto del país, y propuso las reformas que terminaron impactando, en el texto constitucional, en 1860.

Luego, si se atiende a este argumento, y se considera que la de 1860 no ha sido una “reforma, sino la culminación del proceso constituyente originario, se puede afirmar que la Constitución de 1853-1860 tuvo, posteriormente, las reformas señaladas en los últimos seis, de los siete años mencionados *ut supra*.

El objetivo de esta nota es referirme a la reforma de 1994, que no solamente fue la última, sino también la más importante y extensa que se le hizo a nuestra CN, y de la que, en agosto de este año 2024, se han cumplido treinta años.

II. Análisis de la validez formal de la Reforma de 1994

El 29 de diciembre de 1993, el Congreso de la Nación sancionó la Ley Nro. 24309, a través de la cual se declaró la necesidad de reforma constitucional. Con la sanción de esta norma se cumplió, al menos formalmente, con la etapa pre-constituyente prevista en el artículo 30 de la Ley Fundamental.

Sin embargo, una de las dudas que plantea el texto de la norma constitucional referida, es el que se relaciona con el sentido y alcance que debe asignársele a la expresión “*la necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso*”. Concretamente corresponde preguntarse qué significa “declarar” la necesidad de reforma.

¿Debe limitarse el Congreso, simplemente, a declarar que es necesario modificar la Constitución? ¿o debe proponer una reforma concreta, para que luego la Convención Constituyente la apruebe o rechace?

Entiendo que las alternativas mencionadas son extremas, y que el Congreso, a la hora de “declarar” la necesidad de reforma en los términos del artículo 30 de la Ley Fundamental, debe señalar cuál o cuáles son los temas cuya necesidad de reforma promueve. Luego, la Convención Constituyente tiene la discrecional facultad de: a) *rechazar las reformas de los temas mencionados en la ley previamente sancionada por el Congreso*, o b) *hacer la reforma*; y, en este último caso, c) *hacerla como lo considere adecuado, en todos o en algunos de los temas delimitados por el legislador*.

En otros términos, más allá de la discusión acerca de la existencia, o no, de contenidos pétreos o inmodificables, cuyo análisis excede el marco de esta nota, la única limitación que tiene la convención reformadora, es temática.

Significa, entonces, que la Convención Constituyente debe circunscribir su ámbito de actuación a los temas cuya declaración de necesidad de reforma fue previamente realizada por el Congreso, y cualquier exceso temático en el que incurriera la Convención Constituyente, podría generar una posterior “nulidad” por parte de la Justicia, tal como ocurrió en el caso “*Fayt, Carlos c/Estado Nacional*”, cuya sentencia fue dictada el 19/08/1999.

En esta causa, el juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Carlos Fayt, hizo un planteo judicial solicitando la declaración de nulidad del cuarto párrafo del artículo 99, inciso 3° de la CN, agregado en la reforma de 1994, en el cual se estipulaba que los jueces nacionales, al llegar a los setenta y cinco años de edad, para poder continuar en el cargo deben requerir una nueva designación presidencial, y obtener un nuevo acuerdo del Senado.

El juez accionante en esta causa, argumentó que el constituyente reformador, al agregar dicha disposición, se había excedido en sus potestades, en la medida que la Ley Nro. 24309 (declarativa de la necesidad de reforma en 1994), no había previsto que era necesario modificar *la duración de los jueces en el cargo*, y que por lo tanto la norma cuestionada resultaba decididamente nula, lo cual fue aceptado por el máximo tribunal en la sentencia antes mencionada.

Dieciocho años más tarde, ya con otra composición, el máximo tribunal revirtió aquella doctrina, declarando la validez constitucional de la limitación de edad dispuesta en el artículo 99 inciso 4° de la Ley Suprema. Fue en el caso “*Schiffirin, Leopoldo C/ Poder Ejecutivo Nacional*”, cuya sentencia se dictó el 28/03/2017, en la que la Corte sostuvo que la voluntad de las convenciones constituyentes es soberana, y que cuando en el año 1994 el Congreso había declarado la necesidad de reforma constitucional, si bien no señaló concretamente la necesidad de reformar la inamovilidad de los jueces en sus cargos, autorizó a la Convención a “actualizar las atribuciones del presidente de la Nación”, entre las cuales está la de designar jueces.

Lo cierto es que, en el caso de la reforma constitucional llevada a cabo en 1994, la Ley Nro. 24.309 que declaró la necesidad de reforma, no solamente produjo dicha “declaración”, sino que, además, prácticamente armó la reforma.

Veamos. La referida ley contenía dos partes bien diferenciadas:

- Un “núcleo de coincidencias básicas”, en el que el legislador declaró la necesidad de reforma de trece tópicos constitucionales, pero, además, dispuso que, una vez reunida la Convención Constituyente que los trataría, ésta debía limitarse a aprobar o a rechazar, en conjunto, bajo pena de nulidad, a la totalidad de los temas allí contenidos. Pues para que ello fuera posible, la ley declarativa de necesidad de reforma debió dejarla previamente armada, para que, como lo señalé, fuera luego ratificada o rechazada, en su totalidad, por el constituyente.

- Un conjunto de temas que el Congreso “habilitaba” para la libre discusión en la Convención Constituyente.

Graciosamente, el legislador declaraba la necesidad de reforma de todas las cuestiones contenidas en ambos grupos temáticos, pero también decidía en cuáles de ellos los constituyentes podían debatir y en cuáles no.

Es indudable que la formalidad de la declaración de la necesidad de reforma (propia de la etapa pre-constituyente del proceso), estaba cumplida, pero también lo es que se vulneró claramente lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley Fundamental para la etapa constituyente, en el que se prevé que la reforma debe ser “efectuada” por una Convención especialmente convocada al efecto.

Pues en el caso concreto, que la Ley Nro. 24309 haya sido sancionada con el quórum constitucionalmente previsto (dos tercios de la totalidad de los miembros de cada cámara); que la Convención se haya convocado; que haya sido elegida por el pueblo el 10 de abril de 1994, y que ella ratificara el contenido de todos esos temas, no le quita inconstitucionalidad parcial a esa reforma -al menos en lo que se refiere al contenido del Núcleo de Coincidencias Básicas-, en cuyo proceso, los que debían hacerla -los constituyentes- fueron cercenados en su libertad de analizar gran parte de las cuestiones cuya declaración de necesidad de reforma había sido planteada.

Los temas contenidos en el señalado Núcleo de Coincidencias Básicas, fueron los siguientes:

- a) Creación de la figura del jefe de Gabinete.
- b) Reducción del período presidencial a cuatro años, con reelección inmediata, por una sola vez, del presidente y vicepresidente de la Nación.
- c) Eliminación del requisito que exigía pertenencia a la religión católica apostólica y romana para ser presidente y vicepresidente de la Nación.
- d) Ampliación de la cantidad de senadores (tres por provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, debiendo pertenecer uno al partido político que en cada unidad federativa gana la elección, y uno al de le sigue), con reducción del período a seis años y elección directa de los mismos.
- e) Elección directa del presidente y vicepresidente, con doble vuelta (*balotaje*).

- f) Asignación de autonomía a la ciudad de Buenos Aires y elección directa de su jefe de Gobierno.
- g) Agilización del trámite para la sanción de las leyes, regulación de los decretos de necesidad y urgencia, autorización al Congreso para delegar sus potestades al Presidente y extensión de las sesiones ordinarias del Congreso.
- h) Creación del Consejo de la Magistratura
- i) Modificación del sistema para la designación de los jueces federales, ampliándose a dos tercios el acuerdo que el Senado debe prestar para la designación de los de la Corte; y la participación del Consejo de la Magistratura para la selección de jueces inferiores.
- j) Remoción de los jueces inferiores mediante un Jurado de Enjuiciamiento.
- k) Reconocimiento constitucional de la Auditoría General de la Nación, y la designación de su presidente a propuesta del partido político de la oposición con más cantidad de legisladores en el Congreso.
- l) Agravamiento del quórum necesario para sancionar leyes sobre partidos políticos y sistemas electorales (mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara).
- m) Asignación, al Congreso Nacional, de la facultad para intervenir federalmente a las provincias y a la ciudad de Buenos Aires.

La necesidad que todas estas cuestiones fueran votadas en conjunto, respondía a las circunstancias políticas del momento. En 1994 gobernaba el país Carlos Saúl Menem, quien lo venía haciendo desde el 08/07/1989, y según el texto constitucional vigente (que preveía un período presidencial de seis años, sin reelección inmediata), su período terminaba, irremediablemente, el 8 de julio de 1995. Por lo tanto, en 1993, comenzó a elaborarse la idea de reformar la Constitución con el único objetivo de eliminar la cláusula que impedía la reelección inmediata del presidente y vice.

Como el gobierno no tenía mayoría suficiente en las Cámaras del Congreso para declarar la necesidad de reforma constitucional, al entonces presidente Menem se le ocurrió convocar a una consulta popular para que la gente expresara si aceptaba, o no, un proyecto de ley declarativo de la necesidad de reformar la Constitución, mediante el cual se proponía modificar la disposición constitucional que impedía la reelección presidencial inmediata.

Teniendo en cuenta la popularidad que aún tenía el presidente hacia el año 1993, la principal fuerza de la oposición (UCR), a través de quien

entonces era su líder, Raúl Ricardo Alfonsín, intentó evitar la convocatoria de esa consulta popular, para lo cual se acercó al entonces presidente de la República, a fin de proponerle un “pacto” mediante el que se contemplaran los intereses del oficialismo y de la oposición en el proyecto de reforma constitucional lanzado.

La citada reunión tuvo lugar en la quinta presidencial de Olivos, y allí comenzó a gestarse el acuerdo al que luego se arribó, y que la historia conoce con el nombre “Pacto de Olivos”, en el que trabajaron básicamente los equipos técnicos del peronismo y del radicalismo, sobre la base de los lineamientos generales previamente pergeñados por los líderes mencionados.

El interés del peronismo estaba concentrado en lograr la reelección presidencial, para un segundo período consecutivo del entonces presidente Menem. El radicalismo concedía ese anhelo, pero al mismo tiempo, su interés era lograr, como contrapartida, que en la Constitución Nacional se incluyeran, entre otros temas, el tercer senador por provincia, la elección directa del presidente y vice, el balotaje, y la regulación constitucional de esa nefasta práctica presidencial que Carlos Menem venía desarrollando sin límites, que consiste en el ejercicio presidencial de potestades legislativas a través de los decretos de necesidad y urgencia (DNU).

Todas las partes intervinientes debían asegurarse que, en el desarrollo del proceso de reforma, en el que había que convocar al pueblo para elegir a los integrantes de la Convención Constituyente, el resultado de la misma no pusiera en riesgo los acuerdos previamente elaborados.

Era necesario, por lo tanto, elaborar un proyecto de ley que, más allá de declarar la necesidad de reforma, armara la misma -al menos en aquellas cuestiones que habían sido previamente negociadas-; enviarlo al Congreso; instruir a los legisladores de ambos partidos para que la sancionen; y convocar a elección popular de los convencionales constituyentes, para que, sobre la base de lo previsto en la ley declarativa, votaran por sí o por no a ese conjunto de reformas ya pre-acordados en el “pacto”.

Es decir, se trató de armar, políticamente, un proceso constituyente que estuviera dirigido íntegra y prolijamente desde el comienzo hasta el final, en el cual debían cumplimentarse formalmente los pasos establecidos en el artículo 30 CN, pero a la vez debían amalgamarse los intereses y necesidades de una negociación política, en la que, el peronismo y el radicalismo, tenían que asegurarse que lo que se negociaba en el proceso previo a la reforma, se plasmara y cumpliera luego en el proceso específico de la misma.

Indudablemente el objetivo se cumplió, pero las referidas necesidades políticas viciaron el proceso de reforma, por cuanto, ni el Congreso que declara la necesidad de reforma es el que debe “hacerla” (ni siquiera parcialmente, tal como lo hizo al sancionar la ley 24309 y su Núcleo de Coincidencias Básicas), ni debe condicionar, más que temáticamente, la potestad y libertad de los convencionales constituyentes a la hora de hacer la reforma (tal como ocurrió en 1994, al obligarlos a votar, por todo o por nada, una friolera de trece ítems, por cierto hartos relevantes).

III. Análisis del contenido de la reforma

Más allá de la crítica formulada al proceso de elaboración de la reforma constitucional de 1994, analizaré, a continuación, el contenido de la misma desde un punto de vista global, destacando *cuáles fueron las modificaciones plausibles, cuáles las negativas, y cuales fueron las omisiones en las que ha incurrido el constituyente reformador*.

III.1. Reformas de consideración positiva

Entre las reformas que podrían considerarse positivas, según mi criterio, están las siguientes:

A. La elección directa del presidente y vicepresidente de la Nación, con balotaje.

Hasta 1994, en la Argentina regía el sistema de *elección indirecta* de la fórmula presidencial, a través de un Colegio Electoral; salvo durante las elecciones desarrolladas en marzo y septiembre del año 1973, en las que, merced a la vigencia de la reforma constitucional de 1972 -posteriormente dejada sin efecto-, triunfaron, respectivamente, las fórmulas integradas por Héctor Cámpora y Francisco Solano Lima, y por Juan Domingo Perón y María Estela Martínez. En estas elecciones se utilizó el *sistema directo, con doble vuelta*, aunque, en ningún caso, esta última llegó a desarrollarse.

El último presidente elegido mediante el sistema indirecto fue Carlos Saúl Menem en 1989, quien seis años después, en 1995, fue reelecto en el marco de la vigencia de la Constitución reformada en 1994.

Están quienes critican al sistema electoral directo para la elección presidencial, afirmando que favorece a los distritos más poblados, en de-

trimento de aquellos que menos lo están, beneficiando fundamentalmente a la provincia de Buenos Aires. No comparto el criterio, porque el referido desnivel no lo genera el sistema electoral, sino la paupérrima distribución de la población en el territorio que existe en nuestro país, demostrable con dos datos concretos: *la provincia de Buenos Aires contiene al cuarenta por ciento de la población total del país, y la mitad de las provincias argentinas tiene menos de un millón de habitantes.*

Sostener al sistema indirecto en función de estas circunstancias, es desconocer que, por un lado, el problema se resuelve adoptando medidas tendientes a lograr, en el mediano y largo plazo, que esa distribución territorial sea más razonable; pero, además, por otro lado, en el antiguo sistema indirecto, las provincias enviaban, al Colegio Electoral, una cantidad de representantes en función de sus respectivas poblaciones, motivo por el cual, el problema de la desnivelación antes señalada también existía con ese sistema electoral.

Por su parte, las negociaciones que muchas veces se hacían en el seno del Colegio Electoral, hacían que pudieran resultar elegidos, como presidente y vicepresidente de la Nación, los integrantes de una fórmula que, en la elección popular, tal vez habían logrado menos votos, lo cual podría ser lesivo para el régimen democrático representativo.

Con respecto al balotaje o doble vuelta electoral, si bien considero que es conceptualmente positivo, son hartamente criticables los porcentajes con los que ha sido regulado en la reforma de 1994, resultando inadmisibles que una fórmula pueda triunfar, en primera vuelta, habiendo obtenido menos de la mitad de los votos afirmativos y válidos –siendo suficiente que supere el 45%–, o habiendo logrado entre el 40% y el 45% de votos afirmativos y válidos, y más de diez puntos porcentuales sobre el segundo.

Debería haberse previsto el sistema de balotaje tradicional que rige en los países que lo contemplan (tales como Francia, Brasil, Chile, Colombia, Bolivia o Ecuador), en los que un candidato solo puede triunfar, en segunda vuelta, cuando supera la mitad de los votos afirmativos y válidos.

Es tal la ligereza con la que se ha diagramado nuestro sistema de doble vuelta electoral, que ni siquiera se ha brindado una solución para el supuesto de que fueran dos las fórmulas que superaran el 45% de los votos afirmativos y válidos.

Es por estos argumentos que, si bien comparto que se haya instaurado un sistema de doble vuelta, en la reforma constitucional de 1994, considero que ha sido defectuosamente implementado.

B. La reelección presidencial

Si bien sostengo que las “reelecciones” son contrarias al espíritu mismo de la una Constitución, cuya esencia es limitar el ejercicio del poder en el tiempo, incluyo a la reelección presidencial inmediata prevista en nuestra CN, desde 1994, en el listado de las reformas positivas, ya que se dispuso un acortamiento del período presidencial, de seis a cuatro años, y la reelección inmediata es por única vez.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de pronunciarse, sobre el particular, en la opinión consultiva 28/2021 solicitada por la República de Colombia. Allí manifestó que una reelección presidencial debe considerarse “indefinida” cuando la permanencia en el cargo se extiende por más de dos períodos consecutivos. A la luz de este criterio, la contemplada en nuestra Carta Magna en 1994, no es una reelección indefinida, lo cual preservaría al sistema republicano fundado en la renovación periódica de autoridades.

Sin embargo, considero criticable que el constituyente reformador haya contemplado la posibilidad que un ciudadano, después de gobernar durante dos períodos consecutivos, luego pueda hacer nuevamente lo mismo, dejando un período en el medio. En un Estado de Derecho, en el cual los gobernantes están sometidos a límites constitucionales en el ejercicio del poder -no solo en cuanto al contenido sino además en cuanto el tiempo durante el cual lo ejercen-, es inadmisibles que, a un mismo ciudadano, en veinte años, se le permita conducir los destinos del país durante dieciséis.

Considero mucho más compatible con los postulados de un Estado de Derecho, que si un ciudadano ejerció dos veces la presidencia, sea en forma consecutiva o no, no tenga la posibilidad de hacerlo nuevamente en el futuro, tal como ocurre, por ejemplo, en los EE.UU.

C. Eliminación del requisito de pertenencia a la religión católica, apostólica y romana

En la Convención Constituyente de 1853, hubo tres sacerdotes: Pedro Centeno, Benjamín Lavaisse y Juan Manuel Pérez. La discusión acerca del sostenimiento del culto católico, apostólico y romano, consumió uno de los once días que la Convención le dedicó al debate y votación de los ciento siete artículos que contenía el texto original.

La *confesionalidad* del Estado Argentino, dispuesta en la Constitución primigenia, resultaba evidente, lo cual se vio reflejado en la determinación de

uno de los requisitos que los constituyentes exigieron para acceder a la primera magistratura: pertenecer a la “comunidad católica, apostólica y romana”.

Ese requisito se mantuvo hasta la reforma constitucional de 1994, durante la cual fue acertadamente eliminado.

En la actualidad, para ser presidente y vicepresidente de la Nación, es suficiente ser argentino nativo o por opción, contar con treinta años de edad, residencia de dos años en el país, y si la ciudadanía argentina se obtuvo por opción, haberla logrado con seis años de antelación.

Celebro que ese requisito haya sido eliminado del texto constitucional, porque lo considero discriminatorio en un país en el que rige la libertad de cultos, a la luz de lo dispuesto en el mismo texto constitucional, en su artículo 14.

D. La elección directa de los senadores nacionales; la incorporación de un tercer senador; por unidad federativa, perteneciente a la primera minoría; el acortamiento del período senatorial y la renovación del cuerpo cada dos años

Hasta el año 1994, la Constitución Nacional preveía la existencia de dos senadores por provincia y dos por la Capital Federal, sea cual fuera la sede de las autoridades nacionales. Los dos senadores que cada unidad federativa enviaba al Senado, eran elegidos por la legislatura de la provincia a la que representaban (para los senadores por la capital federal existía Colegio Electoral); todos los senadores duraban nueve años en ejercicio de sus cargos, y el Senado se renovaba por tercios cada tres años.

Desde la reforma constitucional aquí analizada, existen tres senadores por provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires (la Capital Federal, como tal, ya no tiene representación en el Senado); la elección es directa por el pueblo de la provincia a la que representan; de los tres senadores por unidad federativa, dos corresponden al partido político que triunfa en la misma, y el tercero al partido político que obtiene el segundo lugar; el período de los senadores dura seis años, y la renovación de la cámara es cada dos años, renovándose un tercio de los senadores, por distritos (es decir, cada dos años se renueva un tercio del Senado, pero en cada ocasión, son ocho las provincias cuyos pueblos son convocados a elegir a los tres senadores que cada una envía el Congreso Nacional). Significa entonces que, si bien el Senado se renueva cada dos años, el pueblo de cada unidad federativa renueva a sus tres senadores cada seis.

Califico como positivo que, a los senadores, también los elija el pueblo en forma directa, así como también que exista representación minoritaria (aunque sea de la primera minoría de cada distrito: sistema de lista incompleta), y que el período senatorial no sea cuasi vitalicio, como ocurría cuando los senadores duraban en sus cargos nueve años, lo cual resultaba ser contrario al postulado propio de todo sistema republicano, fundado también en la posibilidad popular de renovar periódicamente a sus representantes.

E. Inicio de las sesiones ordinarias del Congreso, aun cuando el presidente de la Nación no ejerciera su derecho a “hacer la apertura” de las mismas; y extensión de las mismas

Hasta la reforma de 1994, el texto constitucional disponía un período de sesiones ordinarias de cinco meses: desde el 1ro. de mayo hasta el 30 de septiembre de cada año.

Si bien el presidente de la República también tenía, hasta 1994, la atribución de “hacer la apertura” de las sesiones ordinarias del Congreso, se discutía qué ocurría con la actividad legislativa si el primer mandatario no se presentaba a ejercer dicha potestad, por cuanto parecía que el inicio de aquella quedaba supeditado a que, efectivamente, hiciera dicha apertura.

Pues ese debate quedó afortunadamente zanjado desde la reforma de 1994, en la cual el constituyente dispuso que “*ambas cámaras se reunirán, por sí mismas, en sesiones ordinarias, todos los años desde el 1ro. de marzo hasta el 30 de noviembre*”.

La expresión “por sí mismas” refleja que el Congreso no necesita que el primer mandatario, cada año, haga la apertura de las sesiones ordinarias para comenzar su actividad legislativa.

Del mismo modo debe evaluarse positivamente que se haya extendido el período de sesiones ordinarias, de cinco a nueve meses, por cuanto las épocas han cambiado, y los legisladores ya no demoran en viajar desde sus respectivas provincias hasta la Capital Federal, ni viceversa, y en consecuencia no era razonable que los legisladores sesionaran ordinariamente tan solo cinco meses año.

F. Simplificación del proceso de formación de las leyes

Hasta 1994, cuando una de ambas cámaras daba media sanción a un proyecto de ley, si la otra cámara lo modificaba, el proyecto volvía a la de origen, la que, si rechazaba esas modificaciones efectuadas por la cámara

revisora, enviaba a ésta nuevamente el proyecto, la cual, para insistir con sus propias modificaciones, necesitaba dos tercios de votos. Esto significaba que el proyecto de ley podía pasar dos veces por la cámara de origen y otras dos por la revisora.

Desde 1994, si la cámara revisora modifica un proyecto de ley previamente aprobado por la de origen, vuelve a ésta para definir la cuestión, ya que, si insiste en su proyecto original con el mismo cuórum con el que la cámara revisora efectuó las modificaciones, el proyecto de la cámara de origen ya no vuelve a la revisora, sino que directamente pasa el Poder Ejecutivo para su promulgación o veto.

La simplificación del trámite legislativo debe ser positivamente considerada, pero se ha cometido el error de no aclarar dos cuestiones relevantes:

- Si la cámara de origen, a la hora de recibir en devolución un proyecto modificado por la cámara revisora, debe limitarse a insistir con su proyecto original, o si puede aceptar algunas modificaciones y otras no.
- Si cuando el Congreso recibe, en devolución, una ley previamente sancionada, como consecuencia de un veto presidencial, las cámaras deben limitarse a insistir con aquella en conjunto, o si pueden insistir solo en algunos aspectos, aceptando el veto presidencial en otros.

G. La intervención federal como potestad del Congreso de la Nación

También ha sido positivo que el constituyente de 1994, haya aclarado que la facultad de intervenir federalmente a una provincia corresponde el Congreso, lo cual no estaba previsto hasta entonces.

Siempre se interpretó que dicha potestad, efectivamente correspondía al órgano legislativo, por un lado, porque es en él –concretamente en el Senado– en el que están representadas las provincias, y por otro, porque existen los llamados “poderes implícitos” del Congreso, en función de los cuales, si una facultad está constitucionalmente asignada al Gobierno Nacional, sin especificación alguna acerca del órgano que debe ejercerla, corresponde que lo haga el Parlamento.

En efecto, esa facultad de “*hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes.... concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación*”, es la que da contenido a los mencionados “poderes implícitos” consagrados constitucionalmente desde 1853.

H. Asignación de superioridad jerárquica de los tratados internacionales por sobre las leyes nacionales

Esta es otra cuestión que, hasta 1994, generó múltiples debates, a tal punto que, nuestro máximo tribunal, en una doctrina encontrada con el principio internacional “*pacta sunt servanda*” (que se traduce como “todo pacto internacional obliga a las partes”), sostenía que la norma posterior prevalecía sobre la anterior.

Esta posición cambió desde el año 1983², desde el cual la Corte pasó a considerar que los tratados internacionales prevalecían por sobre las leyes, hasta que el constituyente de 1994 ordenó la problemática en el mismo sentido que esta última jurisprudencia. En efecto, el actual Art. 75 Inc. 22 dispone que “*los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*”. Con esto quedó zanjada una problemática que se presentaba frente a colisiones normativas entre leyes y tratados internacionales.

I. Constitucionalización del delito de “atentado contra el orden institucional y el sistema democrático” (Art. 36)

Las experiencias vividas en Argentina, desde 1930 hasta 1983 (período de cincuenta y tres años en los que se produjeron seis “golpes de Estado” y durante los cuales se vivieron veintidós años de gobiernos militares), hicieron que los constituyentes de 1994 incorporaran una disposición al respecto, describiendo una acción delictiva de la siguiente manera:

Art. 36: “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 art. 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos, y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas... Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enri-

² Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Cabrera c/ Comisión Mixta de Salto Grande; 05/12/1983.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Mixta de Salto Grande” 07/07/1993.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo s/ Recurso de Hecho” 07/07/1992.

quecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos...”.

Como se puede observar, se describen dos acciones delictivas:

- *Ejecutar “actos de fuerza” contra el orden institucional y el sistema democrático.*
- *Enriquecerse ilícitamente con recursos públicos, lo cual se denomina comúnmente “corrupción”.*

Si bien ha sido positivo que se haya tenido la previsión de declarar la nulidad absoluta de cualquier acto de fuerza contra las instituciones y la democracia, el constituyente de 1994 fue muy desprolijo a la hora de tipificar esta conducta.

Obsérvese que, en el primer caso, el constituyente reformador describió con ambigüedad la acción considerada delictiva (ya que no queda claro cuándo se perpetran “actos de fuerza”), y dispuso una sanción, con cierta precisión, al imponer, a quienes lo hicieren, *una inhabilitación a perpetuidad para ocupar cargos públicos y la exclusión de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.*

Sin embargo, esas no son las únicas sanciones previstas para quienes cometen dicho delito, porque también se aplica la pena de quienes incurren en el previsto en el Art. 29, cual es el de la “concesión de facultades extraordinarias”. Ocurre que, en este artículo, no se consigna la sanción para quienes conceden facultades extraordinarias, sino que se deriva, a su vez, a la pena de los traidores a la patria prevista en el Art. 119, el que a su vez delega la determinación de la pena al Congreso de la Nación. Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que la pena prevista por el Código Penal para el delito de “traición a la patria”, no solo es aplicable al delito de “concesión de facultades extraordinarias”, sino también al “atentado contra el orden constitucional y el sistema democrático”.

Pero, además, es necesario recurrir al Código Penal para determinar en qué consiste exactamente la expresión “actos de fuerza”. En este sentido, el Art. 226 la describe como un *alzamiento 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.*

De cualquier modo, este artículo fija penas diferentes de las previstas en el artículo 36 de la C.N., ya que esta deriva a las penas de traición a la

patria, para la cual el Código Penal ha estipulado penas de *prisión de diez a veinticinco* años.

Como se puede observar, las dificultades para la determinación de la pena del delito previsto en el artículo 36 no son escasas, y el juzgador debe hacer un equilibrio entre el texto constitucional y el Código Penal que lo reglamenta en este aspecto.

Ahora bien; como lo señalé antes, para el artículo 36 de la Ley Fundamental, la realización de “actos de fuerza” o alzamiento armado contra las autoridades, no es la única forma de cometer este delito, ya que, en el quinto párrafo, dispone que *“atentarán también contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado, que conlleve enriquecimiento...”*.

Significa entonces que, enriquecerse con recursos públicos, también constituye una forma de cometer el delito previsto en el artículo 36 de la Ley Suprema. Se trata de la figura de la *corrupción*, a la que el Código Penal, en sus artículos 172, 173 y 174 califica como *estafa, defraudación o administración fraudulenta*.

Queda claro, entonces, que, para la Ley Suprema, la corrupción es una forma de atentar contra la democracia; sin embargo, el constituyente reformador de 1994 fue muy desprolijo al determinar las penalidades o sanciones para quienes incurren en alguna de las formas previstas para la comisión del señalado delito. En efecto, si a quienes atentan contra la democracia por medio de actos de corrupción, se le aplicaran las mismas penas que la norma constitucional prevé para quienes incurren en este delito por medio de la realización de “actos de fuerza”, correspondería, a aquellos, una inhabilitación a perpetuidad para ocupar cargos públicos, y, además, la pena no podría ser indultada ni conmutada por el presidente de la Nación.

Sin embargo, para los casos de corrupción o administración fraudulenta, la Constitución Nacional indica que, sus autores, tendrán una *“inhabilitación por el tiempo que las leyes determinen, para ocupar cargos o empleos públicos”*. Pues, para estos delitos, el Código Penal prevé una pena máxima de seis años de prisión, que, de aplicarse (como siempre que para el Código Penal se aplica una pena mayor a los tres años), conllevaría la inhabilitación para ocupar cargos públicos durante el período de la condena, y no “a perpetuidad” como indica la Ley Fundamental.

Esta desprolijidad genera controversias, por ejemplo, a la hora de definir si la expresidente Cristina Fernández, que en el año 2022 fue condenada por “administración fraudulenta” (grave delito doloso contra el Estado),

y que, por lo tanto, incurrió en una de las conductas constitucionalmente tipificadas como “atentado al sistema democrático”, podría, eventualmente, ser beneficiada con un indulto. La controversia se plantea por cuanto la prohibición constitucional de indultar a quienes atentan contra el orden constitucional y la democracia, aplica a quienes lo hacen por medio de “actos de fuerza”, pero no por medio de “actos de corrupción”.

Pues creo que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 36 de la misma, si bien la inhabilitación para ocupar cargos públicos que correspondería a quienes atenten contra el sistema democrático, enriqueciéndose con fondos públicos, debe ser la prevista por la legislación, y no la perpetua, entiendo que, tal como también lo dispone la norma constitucional para quienes incurren en actos de fuerza, las penas impuestas no deberían ser susceptibles de ser indultadas ni conmutadas por el presidente de la República, toda vez que siempre debe hacerse prevalecer al texto constitucional por sobre el Código Penal.

III.2. Reformas de consideración negativa

Mientras tanto, entre las reformas que, a mi criterio, merecen una ponderación negativa, están las siguientes:

A. La constitucionalización de los decretos de necesidad y urgencia, y de la delegación legislativa.

El presidente de la Nación tiene, ordinaria y regularmente, la posibilidad de dictar tres tipos de decretos: los *autónomos* (a fin de ejercer las potestades que la Constitución Nacional le asigna), los *ejecutivos* (que son los que dicta para ejercer una de sus facultades constitucionales, cual es la de reglamentar a las leyes), y los de *promulgación parcial de leyes* (que utiliza para promulgar parcialmente una ley, cuando previamente ha vetado una parte de ella).

Sin embargo, aunque no sea compatible con un sistema republicano de gobierno, los primeros mandatarios también suelen utilizar decretos, cuyo objetivo, insólitamente, no es ejercer atribuciones de su competencia constitucional, sino del Congreso.

Para desarrollar esta deleznable práctica antirrepublicana, que lamentablemente, antes de la reforma constitucional de 1994, ya había sido avallada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los presidentes apelan

a los denominados “decretos de necesidad y urgencia”, así como también a los “decretos delegados”.

La diferencia entre ambos, es que, los primeros son utilizados, por el presidente, para ejercer potestades legislativas, aún sin la previa autorización del Congreso; mientras que los decretos delegados son los que el primer mandatario dicta para ejercer atribuciones legislativas, cuando previamente el Congreso lo ha autorizado, delegándoselas.

Si bien la cuestionable práctica constitucional de ejercer atribuciones legislativas por medio de los referidos decretos, fue incrementándose desde la recuperación de la democracia en 1983, el constituyente reformador de 1994, con la proclamada intención de ponerle límite, no ha tenido mejor idea que blanquearla, motivo por el cual, desde entonces, es la misma Ley Suprema de la Nación, la que habilita a los presidentes a ejercer atribuciones del Congreso, y a éste, a delegar las propias al primer mandatario, a pesar de disponer la vigencia de un sistema republicano de gobierno -basado en la división de poderes-, y de prohibir a los legisladores, en su Art. 29, que concedan facultades propias al presidente de la Nación.

Pondero muy negativamente que el reformador de 1994 haya autorizado el ejercicio de potestades legislativas al presidente de la Nación, aun cuando haya tenido, al hacerlo, la intención de fijar límites y condiciones a esa práctica. Veamos.

En relación con los decretos de necesidad y urgencia, el artículo 99 inciso 3 de la CN, comienza efectuando una rotunda declaración: *“El Poder Ejecutivo no podrá, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”*.

Pero la expresión “bajo pena de nulidad absoluta e insanable”, es definitivamente incompatible con las excepciones que se consignan en los dos párrafos siguientes de la norma referida, no solamente por la contundencia del texto transcrito, sino porque, además, las mencionadas excepciones se plantean con condiciones excesivamente laxas y ambiguas.

En efecto, la Ley Fundamental permite que el presidente ejerza potestades legislativas cuando existan “circunstancias excepcionales” que le impidan esperar el trámite formal del Congreso para sancionar una ley, y cuando no se trate de temas impositivos, penales, electorales ni referentes a los partidos políticos. Además, exige que el correspondiente decreto lleve la firma de todos los ministros y del jefe de Gabinete, así como también que luego intervenga el Congreso de la Nación, para aprobarlo o rechazarlo (creándose una Comisión Bicameral Permanente con el objetivo de anali-

zar el decreto, emitir un dictamen, y posteriormente enviar el instrumento analizado, junto al dictamen señalado, al plenario de las cámaras, las que decidirán sobre su vigencia).

La ambigüedad de la expresión “circunstancias excepcionales” es tal, que prácticamente siempre las hay en la consideración de los primeros mandatarios. Es por ello que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido que definir el sentido y alcance de la misma, estableciendo que, se configura dicha excepcionalidad, cuando *“las cámaras no puedan reunirse por causa de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o de desastres naturales que impidiesen su reunión, el traslado de los legisladores a la Capital Federal, o 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”*³

La limitación temática también es muy pobre, teniendo en cuenta que el Congreso tiene asignadas, por vía constitucional, aproximadamente sesenta potestades. Solo cuatro escapan al ejercicio presidencial por medio de los analizados decretos de necesidad y urgencia (cuestiones penales, tributarias, electorales y de partidos políticos), lo cual hace que el primer mandatario tenga la posibilidad de emitirlos sobre más del noventa por ciento de las materias asignadas, al Congreso, por la Constitución Nacional.

La necesidad que todos los ministros avalen, con sus firmas, el pertinente decreto, tampoco constituye una limitación, desde que es el mismo presidente el que los nombra y remueve, generándoles una dependencia que los priva de ejercer, con libertad, cualquier tipo de control sobre el primer mandatario.

Por último, respecto de la aprobación legislativa con la que los decretos de esta naturaleza deben contar, el mismo constituyente reformador le ha delegado, al mismo Congreso, la tarea de regular su propia intervención en el trámite de aprobación o rechazo de los referidos instrumentos.

Pues en el año 2006, el Congreso sancionó, para ello, la Ley Nro. 26122, que lejos de condicionar y dificultar el ejercicio de potestades legislativas por parte de los primeros mandatarios, se las ha facilitado, disponiendo, entre otras cosas, que la aprobación de una sola de las cámaras

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Verrocchi Daniel c/ PEN” 18/9/99. Fallos 322.1726

es suficiente para que el decreto en cuestión se mantenga vigente; así como también que el mismo tiene vigencia desde su publicación en el Boletín Oficial. Por si ello fuera poco, ni el constituyente ni el legislador han previsto un plazo para que el Congreso se pronuncie expresamente sobre el decreto, lo cual hace posible que se perpetúe su vigencia mientras el cuerpo legislativo haga silencio al respecto.

Como puede verificarse, en la práctica, que el órgano constitucionalmente elegido para poner límites al presidente a la hora de ejercer potestades legislativas, haya sido el mismo Congreso, titular de las mismas, no ha logrado que éste se constituya en un celoso guardián de sus atribuciones.

Del mismo modo, y con relación a los decretos delegados, el reformador de 1994 habilitó al Congreso para que transfiera sus potestades al presidente, con condiciones tan ambiguas como las dispuestas para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia.

En este caso el texto del artículo 76 también comienza con una declaración rotunda (*“se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo”*), que luego relativiza con la ambigua expresión *“salvo en materias determinadas de administración y emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”*. Otra vez el constituyente fija requisitos ambiguos para intentar contener una práctica lesiva del sistema republicano, que además está tipificada como delito por el propio constituyente, en los términos del artículo 29 de la Carta Magna.

Advierto que, según el texto constitucional reformado en 1994, los decretos que el presidente está autorizado a dictar para ejercer facultades delegadas (decretos delegados), deben seguir el mismo trámite que los de necesidad y urgencia.

En definitiva, desde 1994 se ha desdibujado el perfil del sistema republicano de gobierno instaurado en 1853, a tal punto que, en la actualidad, a los presidentes les resulta más fácil ejercer atribuciones del Congreso que al Congreso mismo, teniendo en cuenta que, para ejercer una potestad propia a través de una ley, se requiere la voluntad formal de ambas cámaras, mientras que si esa potestad legislativa la ejerce el primer mandatario, es suficiente con el dictado de un decreto y la aprobación de sólo una de aquellas.

La experiencia de los últimos treinta años, prolifera en el ejercicio presidencial de potestades legislativas, es lo suficientemente contundente como para eximirme de mayores comentarios al respecto.

B. La incorporación de la política en el ámbito del Poder Judicial, a través del Consejo de la Magistratura

El Consejo de la Magistratura es un órgano creado por la CN, durante su reforma de 1994, en el ámbito del Poder Judicial de la Nación. Si bien su potestad más conocida es la de seleccionar –vía concurso de oposición y antecedentes– a jueces federales de primera y segunda instancia, también es un órgano que inicia el procedimiento de remoción de esos jueces, ejerce facultades disciplinarias sobre los mismos, administra los recursos del Poder Judicial y dicta el reglamento para la Justicia.

Como fácilmente se advierte, se trata de un órgano al que la CN (artículo 114) le ha asignado varias e importantes atribuciones. Sin embargo, no éste el problema, así como tampoco lo es que deba estar integrado por abogados, jueces y académicos. Sí, en cambio, constituye un enorme retroceso republicano que, según el constituyente, este órgano del Poder Judicial también deba estar conformado por miembros de la corporación política (legisladores y representantes del Poder Ejecutivo), cuando se trata de un ámbito en el que la presencia de ese tipo de funcionarios, debería estar vedada.

También es preocupante que la misma ley suprema que ha creado a este órgano, le haya delegado al Congreso –órgano de naturaleza política por excelencia- la potestad determinar qué cantidad de jueces, abogados y políticos debe tener. Obsérvese que, el Congreso de la Nación, en el año 2006 sancionó la Ley Nro. 26080, mediante la cual se dispuso que el Consejo de la Magistratura estaría integrado por un total de trece miembros, siete de los cuales debían ser políticos (tres diputados, tres senadores y un representante del presidente de la Nación), así como también por tres jueces, dos abogados y un académico.

Afortunadamente, dicha composición del Consejo (en la que más de la mitad de sus integrantes pertenecían a la corporación política), fue declarada inconstitucional en el año 2021⁴, por no haber respetado el “equilibrio” entre estamentos previsto en la Ley Fundamental; devolviendo vigencia a la ley anterior (Nro. 24937), que disponía una integración de veinte miembros, y asignaba la presidencia del órgano al presidente de la Corte.

Del mismo modo, el máximo tribunal exhortó al Congreso para que, en un plazo “razonable”, sancione una nueva ley respetando ese referido

⁴ “Colegio Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ Estado Nacional s/ Proceso de Conocimiento” 16/12/2021 R. 369 XLEIX. REX

“equilibrio”. Pues han transcurrido casi tres años, y la “razonabilidad” del plazo conferido se ha diluido por el transcurso del tiempo, sin que el Congreso acatara la manda judicial.

Con la creación del Consejo de la Magistratura, el constituyente ha diseñado un “Caballo de Troya” a través del cual la política ingresó en el mundo del Poder Judicial, lo cual es cuestionable a la luz del sistema republicano que la misma Constitución Nacional consagra.

Por lo demás, si el constituyente reformador dispuso la existencia de jueces, abogados, legisladores, académicos y representantes del Poder Ejecutivo, al menos hubiera tenido que definir la cantidad de cada uno de ellos, para evitar que fuera la misma “política” (el Congreso de la Nación), la que tome esa decisión. La realidad indica que, la decisión legislativa en ese sentido, termina atendiendo a intereses coyunturales y políticos de los gobiernos de turno, lo cual es potencialmente peligroso para la salud del sistema republicano, entre cuyas características está la independencia del Poder Judicial.

C. La limitación de edad para la permanencia de los jueces federales

Como lo señalé *ut supra*, uno de los pilares de todo sistema republicano de gobierno es el de la independencia del Poder Judicial, la que puede lograrse de diferentes maneras: *una de ellas la de asegurar la inamovilidad de los jueces en sus cargos*.

“Inamovilidad” significa que la continuidad de los jueces no depende de la voluntad de un órgano político de gobierno (Congreso o Ejecutivo), salvo que el magistrado cometiera algún delito o incurriera en mal desempeño, en cuyo caso corresponde la aplicación del juicio político -si se trata de un juez de la Corte-, o del procedimiento de destitución en el que interviene el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento -si se trata de un juez inferior-. Pues la única manera de garantizar la referida inamovilidad de un juez en su cargo, es asegurándole que lo conservará mientras dure su buena conducta.

Sin embargo, no atentaría contra la garantía de inamovilidad la fijación constitucional de un límite de edad para la continuidad de los magistrados, en la medida que, al alcanzarla, se vieran obligados a retirarse o jubilarse, porque los jueces no dejarían sus cargos por decisión individualizada de otro órgano, sino por la decisión general de una norma, aplicable a todos los casos, como lo es una Constitución Nacional

Pero no fue ello lo que ocurrió en 1994. En esa oportunidad, tal como lo señalé en el punto I de esta nota, el Congreso de la Nación declaró la necesidad de reforma constitucional (Ley Nro. 24309) sin incluir, en el temario, la cuestión de la duración de los jueces en sus cargos; y a pesar de ello, luego, la Convención Constituyente fijó un límite de edad a los setenta y cinco años, pero no para que los jueces se jubilen, sino como condición de continuidad, disponiendo que, para poder mantenerse en sus cargos, deben contar con la voluntad del presidente de la Nación (quien decide la renovación de los mismos) y del Senado (que presta el acuerdo necesario).

Pues dicha norma no sólo afectó claramente la garantía de inamovilidad de los jueces, sino que, además, constituyó un exceso en las atribuciones de la referida Convención, ya que, insisto, la duración de los jueces en sus cargos no había sido un ítem cuya necesidad de reforma hubiera sido declarada por el Congreso.

Es por éste último motivo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Fayt” (1999), dispuso la nulidad de dicho límite de edad; y varios años después, en el año 2017, ya con otra integración respecto de la que se había pronunciado en “Fayt”, y con la impecable disidencia del juez Carlos Rosenkrantz, la Corte dictó sentencia en el caso “Schiffrin”, argumentando que: 1) *la Convención Constituyente de 1994, al estipular el límite de los setenta y cinco años, no había excedido sus potestades, y 2) que tampoco había afectado la garantía de inamovilidad de los magistrados.*

Con relación al segundo ítem, al fijarse una condición de continuidad de los jueces (cumplir la edad antes referida) dependiente de la voluntad del Presidente y del Congreso, no cabe ninguna duda de que se ha vulnerado la garantía de inamovilidad que aún continúa vigente en el texto del artículo 110 de la Carta Magna (no reformado en 1994), según el cual los jueces duran en sus cargos mientras dure su buena conducta.

Considero que, el mencionado, ha sido otro aspecto negativo de la reforma constitucional cuyo análisis estoy desarrollando en esta nota.

D. La constitucionalización de la coparticipación federal

La Constitución Nacional dispuso la vigencia de un sistema federal de gobierno para nuestro país. Fue por ello que debió efectuar un reparto de potestades entre el Gobierno de la Nación y las provincias. Esa distribución o reparto de competencias, es lo que constitucionalmente se denomina

“coordinación” de potestades entre ambos niveles de autoridades. Entre las atribuciones a repartir, obviamente están las tributarias.

Esto, en la práctica, significa que hay impuestos que deben ser creados y recaudados por el gobierno de la Nación, y otros por las provincias. Ello, a fin de evitar la doble imposición, es decir, la injusta e indebida situación en virtud de la cual un contribuyente debe pagar dos veces el mismo impuesto: uno nacional y otro local.

Para hacer este reparto de potestades, el constituyente utilizó una clasificación impositiva, que es la que divide a los impuestos en “directos” e “indirectos”. Los primeros son los que gravan manifestaciones visibles de riqueza (ganancias, bienes personales, ingresos brutos, etc.); los segundos son los que se pagan con el consumo de bienes y servicios, o con la prestación de éstos últimos (por ejemplo, el IVA), o con la importación y exportación de mercaderías. Los derechos de importación y exportación son indirectos externos; los otros son indirectos internos.

La Constitución Nacional, en 1853, asignó al Gobierno Nacional la facultad de sostener sus gastos con el producido de los derechos de importación y exportación (indirectos externos), mientras que las provincias tendrían que mantenerse con los demás. Se previó que, en circunstancias excepcionales, el Gobierno Nacional también podría recaudar impuestos directos, pero proporcionalmente iguales en todo el territorio y por tiempo determinado.

En 1994 se mantuvo este esquema, pero en cuanto a *los impuestos indirectos internos*, se estableció que sería una potestad concurrente entre el gobierno de la Nación y las provincias. Este “pequeño” cambio, en realidad fue “enorme”, porque, desde entonces, el Gobierno Central puede crear y recaudar todos los impuestos: *los directos en forma excepcional, los indirectos internos como facultad concurrente con las provincias, y los indirectos externos*.

Como se puede observar, este esquema tributario, así planteado, puede provocar doble imposición. Fue por eso que, en 1994, se dispuso que, cuando un impuesto corresponde a la provincia, pero excepcionalmente lo recauda el gobierno de la Nación, se reparte entre todos; lo mismo cuando se trata de un impuesto indirecto interno que crea y recauda la autoridad nacional. Esto se llama “coparticipación federal de impuestos”; es decir, un régimen en el cual, el Gobierno Nacional crea y recauda impuestos que corresponden a las provincias, se queda con una parte de la recaudación y el resto lo reparte entre ellas.

Este sistema, que viene rigiendo para el impuesto a las ganancias desde hace casi cien años (ya que desde entonces el gobierno de la Nación lo crea por tiempo determinado eternamente renovable), en 1988 fue regulado por la hoy vigente ley de coparticipación federal (que fue sancionada para regir durante dos años, pero que aún goza de muy buena salud), y luego constitucionalizado en 1994.

¿Cuál es el motivo por el que se creó la coparticipación federal?: *la pésima distribución de la población en el territorio*. Los datos son dramáticos: la mitad de las provincias tienen menos de un millón de habitantes; en la de Buenos Aires está el cuarenta por ciento de la población, y en las patagónicas hay menos de un habitante por kilómetro cuadrado. Ello hace que se produzca un gran desequilibrio económico entre las diferentes provincias, porque sin recurso humano (población), no puede haber producción, inversiones ni crecimiento económico. Como consecuencia, con escasa población, la posibilidad de recaudar disminuye.

Este serio problema demográfico es el que debe solucionarse para que, en el mediano y largo plazo, cada provincia pueda sustentarse y mantenerse con su propia recaudación impositiva. Mientras ello no ocurra, las provincias menos pobladas deberán seguir recibiendo fondos obtenidos de la recaudación tributaria generada en las provincias más pobladas.

De modo que la coparticipación federal puede ser admitida como un remedio temporario mientras se resuelve ese desequilibrio poblacional; sin embargo, el constituyente de 1994 no tuvo mejor idea que constitucionalizar “el parche”, haciendo que la solución que, como lo adelanté, debiera ser temporaria, se eternice por haber sido incorporada, en 1994, al texto constitucional.

El sistema, según la ley sancionada en 1988, funciona así: el Gobierno Central crea y recauda impuestos que corresponden a las provincias, y a fin de repartirlos o coparticiparlos, primero arma un fondo de recaudación, sustrae un 15% que lo imputa a la seguridad social, y al 85% que queda, tomándolo como un cien por ciento, lo divide en dos partes. El 42% se lo reserva y el 55 % lo reparte entre las provincias. El 3% restante se destina a las provincias de Santa Cruz, Chubut y la de Buenos Aires, que retiene casi el dos por ciento de ese porcentaje. Esta ley funciona como una reglamentación de lo dispuesto, en este aspecto, por la CN en su artículo 75 inciso 2.

No hay, pues, nada más unitario que la coparticipación federal de impuestos. El problema, tal como lo señalé, es que se ha incorporado a la Constitución, motivo por el cual, desandar el camino implica desarrollar

un procedimiento complejo, como lo es el necesario para reformar la Carta Magna en los términos de su artículo 30.

La constitucionalización de este sistema, al que considero adecuado denominar “coparticipación unitaria” de impuestos, ha significado un retroceso en materia de federalismo.

E. La creación de la Jefatura de Gabinete

El jefe de Gabinete es un funcionario cuyo cargo fue creado, por la Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, aunque el primero de ellos (Eduardo Bauzá), recién asumió el 8 de julio de 1995, tal como lo había dispuesto la disposición transitoria Nro. 12 del cuerpo normativo constitucional. Ese día, Carlos S. Menem inició su segunda presidencia.

Según lo estipulado por la Ley Nro. 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma constitucional que se llevó a cabo en el año 1994, la creación de esta figura institucional tuvo por objetivo *atenuar el sistema presidencialista* (Art. 2º, ley cit.). De cualquier manera, la innovación no cumplió con el objetivo perseguido, por cuanto el jefe de Gabinete continúa siendo un funcionario que depende directamente del presidente de la Nación, y no se ha erigido en un jefe de Gobierno, al estilo de los sistemas parlamentarios, capaz de absorber, en épocas de crisis, responsabilidades políticas que salvaguarden la figura del primer mandatario, quien es el real jefe de Gobierno por disposición constitucional (Art. 99, Inc. 1º).

En el caso argentino, el jefe de Gabinete es apenas el “jefe de administración general del país” (artículo 100, inciso 1º, C.N.), y hasta inclusive podría decirse que, esa jefatura, es meramente formal, porque, en la realidad, como el constituyente reformador ha dispuesto que el primer mandatario es “responsable político de la administración del país” (artículo 99, inciso 1º), y además “jefe de Gobierno”, indudablemente es él el verdadero “jefe” de la Administración Pública.

Por lo tanto, más allá de las atribuciones que la Ley Fundamental le asignó al jefe de Gabinete, la reforma no llegó a relativizar, siquiera, el régimen presidencialista, lo cual hubiera ocurrido, efectivamente, si las jefaturas de Gobierno y de Estado, hubieran recaído en diferentes funcionarios.

Si, además, se observan las potestades que el constituyente reformador asignó a esta figura ministerial, se podrá verificar que se trata de una suerte de “cadete calificado”. En efecto, entre dichas atribuciones podemos encontrar algunas que avalan esta afirmación: *coordinar, preparar*

y convocar las reuniones de Gabinete de Ministros, presidiéndolas si el presidente estuviera ausente; confeccionar los informes verbales y escritos que las Cámaras soliciten al Poder Ejecutivo; firmar los reglamentos de ejecución, los delegados y los de necesidad y urgencia; realizar los actos que el primer mandatario le delegue; y llevar, personalmente, al Congreso los decretos de necesidad y urgencia, y los proyecto de ley de presupuesto y de ministerios.

No solamente esta figura institucional genera más e innecesaria burocracia, sino que nada aporta a la calidad en el funcionamiento del sistema político que rige en el país, y a la luz de la experiencia de los últimos treinta años, no ha cumplido el objetivo proclamado en la ley declarativa de la necesidad de la reforma que se sancionó en el 29 de diciembre de 1993.

III.3. Omisiones en las que ha incurrido el constituyente reformador

Una reforma constitucional no es una tarea institucional de fácil concreción. En efecto, se requiere un cuórum elevado para sancionar la ley declarativa de necesidad de reforma, y luego debe abrirse un proceso electoral en el cual los partidos políticos, en función de los temas cuya necesidad de reforma fue previamente declarada por el Congreso, deben definir una posición, proponer a los candidatos para la Convención Constituyente que debe “efectuar” la reforma, y someterse a la elección popular destinada a elegir a sus integrantes (los convencionales constituyentes), que luego debatirán si proceden a reformar las cuestiones indicadas por el Congreso, o si consideran conveniente no hacerlo; y de avanzar en la reforma, definir cómo debe llevarse a cabo.

Indudablemente el proceso no es fácil de realizar; motivo por el cual, cuando se logran los consensos necesarios para ello, es conveniente aprovechar la ocasión para pulir el texto constitucional, y mejorar aquellos institutos que están deficientemente regulados.

Pues aun cuando la del año 1994 fue una reforma muy amplia, se perdió la ocasión de mejorar, corregir o adaptar la redacción de algunas de sus normas.

Algunos ejemplos son los siguientes:

- A. Se perdió la oportunidad para definir, con mayor precisión, el sentido y alcance del término “sostener”, utilizado en el artículo 2 CN, que oficializó el culto católico, apostólico y romano, sobre

todo para que quede claro si, ese vocablo refiere a un sostenimiento económico, tal como lo señaló el dictamen presentado por la Comisión Redactora del texto constitucional, al resto de los convencionales constituyentes, en abril de 1853.

- B. Del mismo modo, en el artículo 5 CN, en el que se dispone que las provincias deben organizar sus regímenes municipales, si la intención del constituyente fue obligarlas a otorgar autonomía a estos últimos, tal como se dispuso en el artículo 123, ello debería haberse consignado en el mismo artículo 5, y no ciento dieciocho artículos más adelante.

Es cierto que la ley declarativa de necesidad de reforma había dispuesto que no podían hacerse modificaciones en la parte dogmática de la Constitución Nacional, bajo pena de nulidad. Pues esa prohibición genérica ha sido exagerada, porque finalmente, al menos en cuanto a la potestad que hasta 1994 tenían las provincias de decidir su organización municipal, desde el referido artículo 123 CN, la Convención Constituyente terminó vulnerando esa limitación, modificándose desde allí la parte dogmática, haciendo que, a mi juicio, la determinación constitucional de la autonomía municipal sea nula.

- C. Por su parte, en el artículo 6 CN, se ha perdido la oportunidad de regular con mayor precisión al instituto de la intervención federal, respecto del cual no se define el sentido y alcance de la misma, ni las potestades del interventor eventualmente designado para ejecutarla.
- D. En el artículo 25 CN, se ha omitido eliminar la palabra “europea”, a la hora de asignar, al Gobierno Nacional, la potestad de fomentar la inmigración. En las circunstancias internacionales de la época en la que se sancionó la Ley Fundamental, el término resultaba lógico, toda vez que los hábitos de laboriosidad y progreso provenían del viejo continente; pero las cosas ya no son iguales que entonces, y la norma debería haberse actualizado.
- E. Además, en el artículo 30 CN, se podría haber aprovechado para resolver algunas lagunas jurídicas que presenta el proceso de reforma constitucional allí previsto.

Por ejemplo, se debería haber definido si la declaración de necesidad de reforma debe formularse mediante una ley, o si es posible efectuarla a través de una resolución conjunta de ambas

cámaras. Del mismo modo debería haberse aclarado si el quórum para realizar dicha “declaración” es de dos tercios sobre la totalidad de los miembros de cada cámara, o si es sobre los presentes; así como también definirse el alcance de la declaración de necesidad de reforma.

Al mismo tiempo debería haberse definido quién elige a los convencionales constituyentes, y cuáles son los límites que tienen a la hora de ejercer el poder constituyente derivado.

Ello, independientemente de que ha sido la costumbre la que ha venido a definir que la necesidad de reforma debe ser expresada a través de una ley, y que a los convencionales constituyentes los elige el pueblo a través del sufragio.

- F. También en el artículo 40, en el que el constituyente incorporó a la “consulta” como mecanismo de participación popular, hubiera sido prolijo que se definieran con precisión cuáles son los temas que no pueden ser sometidos a dicha compulsa.

El reformador prefirió delegar esa determinación al Congreso de la Nación, utilizando un criterio diferente a la hora de incorporar a la iniciativa popular en el texto constitucional (artículo 39 CN), en el que sí se mencionaron específicamente los temas que no son objeto de iniciativa por parte del pueblo (penales, impositivos, presupuestarios, reforma constitucional y tratados internacionales).

- G. En el artículo 45 CN, debería haberse eliminado la referencia a la determinación de la cantidad de diputados nacionales, en función de uno cada treinta y tres mil habitantes, toda vez que dicha proporción, incluida en la reforma constitucional de 1898, ya no responde a la realidad de un país que, desde entonces, ha decuplicado su población. Sobre todo, teniendo en cuenta que fue en esa misma reforma, en la que se delegó al Congreso la tarea de actualizar dicha relación diputado-habitantes, después de la realización de cada censo.
- H. Por su parte, debería haberse eliminado el artículo 46 CN, por cuanto refiere a la cantidad de diputados que cada unidad federativa debía elegir para la conformación de la “primera Legislatura”. Lo mismo aplica al artículo 47 CN, que refiere a la “segunda Legislatura”, es decir, a la renovación que debía hacerse, en la Cámara de Diputados, en el año 1855; y al artículo 49 CN, en el que se autoriza a las provincias a adoptar las medidas necesarias

para elegir a los diputados nacionales en forma directa, hasta que se sancionara una ley nacional para ello.

- I. También debería haberse actualizado el artículo 51 CN, en el cual se dispone una nueva elección popular para cubrir las vacantes de diputados que eventualmente pudieran producirse, toda vez que, en la actualidad, en las listas de candidatos se prevé la existencia de suplentes. El mismo criterio aplica al artículo 62 CN, que efectúa la misma previsión para cubrir las vacantes de los senadores nacionales.
- J. En otro orden, inexplicablemente se ha mantenido, en el artículo 55 CN, el requisito de contar con “una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente” para poder acceder al cargo de senador nacional, que por imperio de lo dispuesto en los artículos 89 y 11 CN, son extensibles al presidente y vicepresidente de la Nación, así como también a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, respectivamente.

Vale la pena señalar que dicho requisito jamás ha sido exigible, y por lo tanto debe considerarse derogado por el desuso (*costumbre contra legem*). Ese es el motivo por el cual debería haberse aprovechado esta extensa reforma de 1994, para quitarlo del texto constitucional.

- K. En el artículo 63 CN, se podría haber aprovechado la oportunidad para definir si, en las sesiones extraordinarias del Congreso al que el presidente de la Nación puede convocar, solo se pueden tratar los proyectos de ley por él enviados, o si los legisladores pueden aprovechar para dar tratamiento a otros proyectos.

Del mismo modo, en esta misma norma, podría haberse aclarado si solo el primer mandatario puede prorrogar las sesiones ordinarias, o si también puede hacerlo el mismo Congreso.

- L. En el artículo 64 CN, debería haberse eliminado la potestad de cada cámara del Congreso, de ser “juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros, en cuanto a su validez”, toda vez que ello ha sido una potestad que el mismo Congreso ha delegado a la justicia nacional electoral.

Por disposición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵, en la actualidad, dicha atribución legislativa se reduce a verificar

⁵ “Bussi, Antonio Domingo c/ Estado Nacional (Congreso de la Nación–Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados”. 13 de julio de 2007.

que los diplomas de los legisladores electos, hayan sido regularmente emitidos por la autoridad competente (que es la Junta Nacional Electoral).

- M. También debería haberse definido si el cuórum de dos tercios, previsto en el artículo 66 CN para el ejercicio de las potestades disciplinarias de cada cámara sobre sus propios miembros, así como también la remoción y el desafuero de los mismos, debe calcularse sobre la totalidad de los miembros, o sobre los presentes.
- N. Respecto del mencionado “desafuero” previsto en el artículo 70 CN también hubiera sido una buena ocasión, la de la reforma de 1994, para regular mejor el instituto; por ejemplo, definiendo si, desaforar a un diputado o a un senador, es potestad de cada cámara o si un legislador puede prescindir de sus inmunidades cuando es denunciado o querrellado penalmente; si procede únicamente cuando el juez lo requiere o si las cámaras pueden desaforar de oficio; y si el desafuero es válido únicamente para poner al legislador a disposición del juez que lo reclama, o si también otros magistrados pueden aprovechar para ordenar la detención de un legislador privado de sus inmunidades.
- O. En el artículo 72 CN, hubiera sido deseable que se consignara que, la incompatibilidad de un gobernador para ser legislador, no solo aplica a su condición de gobernador de la provincia cuyo pueblo lo ha elegido, sino también a la posibilidad que pueda representar, simultáneamente a su cargo ejecutivo local, en el Senado de la Nación, a otra unidad federativa.
- P. En materia de atribuciones del Congreso, hubiera sido prudente compatibilizar las potestades de organización asignadas al mismo en artículo 75 inciso 27 CN, respecto de las Fuerzas Armadas, con las que también tiene asignadas, respecto de esa misma organización, el presidente de la República, en el artículo 99 inciso 14.
- Q. Una de las causas de acefalía presidencial previstas en el artículo 8 CN, es la ausencia de la Capital Federal, la cual generaba la necesidad que el primer mandatario fuera reemplazado cuando salía de la misma. Pues ello tenía sentido con el esquema de transportes que había en 1853, por el tiempo que, en esos años, consumía el traslado de los funcionarios dentro del país, que tornaba necesario un reemplazo cada vez que el presidente salía del territorio de la Capital Federal.

En la actualidad, la salida de la Capital Federal no provoca una acefalía presidencial, como sí ocurre cuando el primer mandatario sale del país, motivo por el cual, esta disposición constitucional, debería haber sido modificada por la expresión “ausencia del territorio de la Nación”.

- R. Asimismo, a la hora de asignar rango constitucional al Ministerio Público, el constituyente hubiera debido definir quién y cómo se elige al Procurador General de la Nación y al Defensor General de la Nación, así como también quién y cómo se los remueve. Por la omisión constitucional, ello debió ser resuelto por las leyes orgánicas del ministerio público fiscal y el de la defensa.

Del mismo modo, si el constituyente asignó fueros a los integrantes del Ministerio Público, también debería haber definido el procedimiento para el desafuero. Ello también es aplicable a la figura del Defensor del Pueblo.

- S. Por último, cuando el constituyente de 1853 efectuó el reparto de competencias entre la Nación y las provincias, dispuso, en el artículo 121, que éstas conservan las potestades no delegadas expresamente al Gobierno Nacional. En función de esta norma, que coordina las atribuciones entre el Gobierno Central y las provincias, está claro que, para éstas últimas, está prohibido ejercer las potestades que la CN ha delegado al Gobierno Federal, y que se encuentran mencionadas a lo largo del todo el texto de la Ley Suprema, y particularmente en los artículos 75 y 99.

Por lo tanto, es absolutamente innecesaria la primera oración del texto constitucional contenido en el artículo 126, según el cual “las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación”, y más innecesaria aún, es la enumeración que a continuación realiza la norma señalada, en la que se enumeran, expresamente, “algunas” de esas facultades delegadas al Gobierno Central.

Esta es otra de las desprolijidades del texto constitucional anterior a la reforma de 1994, que en ésta podría haber resuelto, eliminando al actual artículo 126.

IV. Conclusión

En definitiva, si bien la reforma del año 1994 ha sido una demostración de cómo la clase política puede, en ciertas y determinadas circunstancias,

ponerse de acuerdo en temas tan relevantes como una reforma constitucional –habiendo sido el Pacto de Olivos la vía para encauzar dicho acuerdo–; y si bien pueden advertirse contenidos plausibles, también es cierto que, en el balance final, se advierte que, después de dicha reforma, se proyectan más sombras que luces sobre nuestra Ley Fundamental, la que, desde entonces, luce menos republicana y menos federal que antes.

Menos republicana por haber desdibujado la división de poderes, permitiéndole al presidente ejercer potestades legislativas a través de los DNU, y por haber permitido la delegación legislativa en el primer mandatario. En este sentido no descarto las buenas intenciones de los constituyentes, pero la regulación de estos institutos ha sido tan deficiente, que desde la misma Ley Suprema se ha generado un foco de inseguridad jurídica en detrimento de la república como sistema político.

Lo mismo ha ocurrido con la incorporación de la clase política en un órgano del Poder Judicial, como el Consejo de la Magistratura, al que se le han asignado tan relevantes potestades, y con la fijación de un límite de edad para la continuidad, en sus cargos, de los magistrados federales, haciendo depender la misma de la voluntad del presidente de la Nación.

Y por su parte, la constitucionalización de la coparticipación tributaria (dando origen a un régimen impositivo unitario) y la obligación impuesta a las provincias de asignar obligatoriamente autonomía a sus municipios, son decisiones adoptadas en el proceso reformador de 1994, que han mermado la intensidad del federalismo previsto en el texto constitucional desde 1853.

Por las consideraciones expuestas; por el desarrollo del proceso reformador (en el que los convencionales constituyentes fueron limitados en su accionar a través de la ley declarativa de necesidad de reforma y su Núcleo de Coincidencias Básicas, al que debieron votar en bloque, a favor o en contra); y por la oportunidad que el constituyente reformador ha perdido, de aclarar y corregir algunas normas constitucionales confusas, así como de eliminar otras ya vetustas; a treinta años de la reforma constitucional analizada, tengo la convicción que, independientemente de los aspectos positivos que he señalado, el balance final ha sido negativo.

**APOSTILLAS ACERCA DE LA
REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994
(RECUERDOS DE UN ASESOR)**

*REMINDINGS ABOUT THE 1994 ARGENTINIAN
CONSTITUTIONAL AMENDMENT (REMEMBERINGS
OF AN ASSISTANCE)*

EDUARDO PABLO JIMÉNEZ¹

“Lo que nace y lo que muere se entrecruzan; el cambio coincide con la crisis de la que intentamos salir, seguramente la más grave y profunda de este siglo, y lo que buscamos implantar es la democracia como forma de gobierno; pero también como forma de vida, como sistema político, como estilo de convivencia entre los hombres. No habremos triunfado hasta que estas dos dimensiones se hayan hecho una, hasta que las rutinas del autoritarismo que marcaron nuestras vidas sean transformadas por las rutinas de la democracia”

Raúl Alfonsín

Resumen: El presente trabajo narra las vivencias habidas en la Convención Constituyente, en mi calidad de asesor del Dr. Raul Alfonsín, resal-

¹ Eduardo Jiménez es Doctor en Derecho (UNMDP) y Magister en Derecho y Gestión Ambiental (Universidad del País Vasco, España). Es además Catedrático concursado en la asignatura “Teoría Constitucional” y Profesor Adjunto concursado a cargo de la asignatura Derechos Humanos y Garantías, ambas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Autor de alrededor de 200 artículos en publicaciones nacionales, peruanas, españolas e italianas y una decena de libros en el área de su especialidad, ha sido Profesor Visitante en la Universidad católica (Lima Perú), Universidad de Salamanca, Complutense, Carlos III (Madrid) y Valencia (España) y Cagliari (Italia). Fue asesor del bloque de la UCR en el proceso de reforma a la Constitución Nacional, habido en el año 1994. A la fecha se desempeña como Juez Federal, integrando la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Mar del Plata.

tando ciertos aspectos relevantes en punto a la legitimidad de tal proceso reformador, como, asimismo consideraciones acerca de las luces y sombras que la atravesaron. Para culminar ofrezco un detalle acerca de ciertas cuestiones que aun mereciendo propuestas, no llegaron a plasmarse como producto de la Convención Constituyente.

Palabras Claves: Pacto de Olivos–Convención Constituyente – Núcleo de Coincidencias básicas- Participación democrática.

Summary: This work narrates the experiences of the Constituent Convention, in my capacity as advisor to Dr. Raul Alfonsín, highlighting certain relevant aspects regarding the legitimacy of such reform process, as well as considerations about the lights and shadows that they crossed it. To conclude, I offer a detail about certain issues that, although worthy of proposals, were not reflected as a product of the Constituent Convention.

Keywords: Pact of Olivos–Constituent Convention–Core of basic coincidences–Democratic participation.

I. Introductorio

El año 1994 me depararía una experiencia increíble. Impar. La Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, a pedido de Raúl Alfonsín, había seleccionado un grupo de docentes/investigadores que me incluía, para acompañar a los convencionales que integrarían el bloque de la UCR., pero particularmente al ex presidente, trabajando como sus asesores en el proceso de reforma constitucional que se había gestado a partir del recordado “Pacto de Olivos”, celebrado entre Raúl Alfonsín y Carlos Menem, en su carácter de líderes de los dos partidos políticos pre-valecientes en ese entonces: el Justicialismo y la Unión Cívica Radical. –

Mi inclusión en ese grupo de asesores, implicaba, en mi calidad de constitucionalista, un logro mayúsculo: participar en un proceso democrático de reforma constitucional.

El grupo que me tocó integrar², participó en la primera etapa de la Convención, durante la cual fueron elaborados los diversos proyectos de reforma que oportunamente fueron elevados a la “Comisión de Redacción”. A partir de allí se integraría el segundo grupo que envió la UNMDP.

² Del que puedo recordar entre otros compañeros de tarea, a Daniel Vicente, H. Herrera, Armando Abruzzo, y Guillermo Lorenzo. En general, actuamos bajo la coordinación de Alejandro Tullio, quien luego fuera Director Nacional Electoral, y en muchas ocasiones, como particularmente sucedió en mi caso, cumpliendo órdenes directas de Raúl Alfonsín. -

Cabe recordar que para todos había sido un “alivio” la generación del “Pacto de Olivos”³ el que, aunque básico, acotado y en cierta manera, algo mezquino respecto de las temáticas a ser abordadas y el modo en que ellas debían ser votadas por los convencionales constituyentes, había implicado una instancia superadora respecto de los deseos del entonces presidente Carlos Menem, quien al no lograr las mayorías requeridas por el artículo 30 del Texto Fundamental para declarar la necesidad de la reforma de la Constitución, había efectuado un llamado a “consulta popular no vinculante” para recabar desde el voto popular, una legitimidad que le permitiese [en forma inconstitucional] superar el escollo impuesto en forma expresa por la propia constitución a tal fin.

Celebrado el “acuerdo” que concitó las mayorías necesarias para que el Congreso declarase la necesidad de la reforma en términos compatibles con la manda constitucional, se dejó sin efecto el – cuanto menos irregular– llamado a consulta popular que el presidente Menem había convocado a tal fin⁴. Y el mismo enmarcó la dirección política tanto de los legisladores nacionales, al declarar la necesidad de reforma del texto Fundamental, como además el modo en que debía procederse a su votación⁵.

³ Cuyo texto completo, denominado “Acuerdos coincidentes sobre las modificaciones propuestas a la Constitución Nacional” firmado por Carlos Menem y Raúl Alfonsín, puede ser consultado por el lector en la edición del periódico capitalino “La Nación” del 14/02/1993 (pág.14). -

⁴ Recurriendo a una apretada síntesis, podemos señalar que, hacia finales del año 1993, el PEN intentaba generar a toda costa, el “consenso” que, en forma genérica, y por imperativo constitucional, se requiere para declarar la necesidad de reformar la Constitución [Art. 30 CN]. Al no lograrse ese consenso en el ámbito del Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo echó mano a una discutida y discutible convocatoria a “consulta Popular No Vinculante (Dec. 218/93 [EDLA 1993-B-1649]//), cercando a la oposición política (UCR) que en tal fecha ya padecía de serios conflictos internos de poder, y crisis exterior de legitimidad. Así, el Partido Justicialista, negociando y presionando a la vez a su principal oposición política consigue generar fuera del Congreso el necesario “consenso” para habilitar la ansiada reforma constitucional, lo que para muchos significaría – sin ambages –, acceder al fin querido por el Presidente Menem: obtener la posibilidad de su reelección inmediata, luego de seis años de gobierno. -

⁵ Así las cosas, la consecución del “acuerdo” significó, en esencia, por parte del justicialismo, llegar a la posibilidad de reelección inmediata del Presidente en funciones (Menem) y por parte de la UCR, destacar una presencia en la reforma, incluyendo la mayor cantidad posible de controles al Poder Ejecutivo, que su más débil posición negociadora podía generar. Esto se tradujo en el intento de amortizar la concesión de la reelección inmediata, con la implementación del sistema de controles sugerido por el propio radicalismo en lo que oportunamente se denominó “Proyecto Nino de reforma

Así, las dos partes intervinientes en el “Pacto de Olivos” acordaron que la Convención votase en conjunto, por sí o por no, un núcleo cerrado de artículos que contuviese la amalgama central de ambas propuestas, que podía ser ampliamente discutido, pero su aprobación o rechazo debía ser efectuado “en bloque”. Pero también había una serie de temas “abiertos” (temas habilitados para debate), que podrían ser tratados y votados separadamente.

Así, una vez decidida la necesidad de reformar la Carta Fundamental por las dos terceras partes de los miembros totales del Congreso, la Convención Constituyente elegida a tal fin aprobó su reglamento de funcionamiento, el que en sus Arts. 127 y 128 plasmó las señaladas reglas del mencionado “acuerdo de Olivos”.

II. Una cuestión que motivó adhesiones y rechazos por parte de la comunidad jurídica: (el modo de votación del denominado “núcleo de coincidencias básicas”)

Ambos signatarios del “Acuerdo de Olivos” consideraban que tanto el proceso de reforma constitucional, pero en particular el modo en que se había articulado el denominado “Núcleo de Coincidencias Básicas”, configuraba en los hechos, un “sistema”⁶. Así, el Convencional Alfonsín, en su discurso de réplica al Convencional “Chacho” Álvarez señaló que en su momento el Congreso de la Nación, y luego la propia Convención Refor-

constitucional”, instrumentado años atrás en los dos dictámenes que emitió el Consejo para la Consolidación de la Democracia, ambos editados por EUDEBA; el primero de ellos en noviembre de 1986, y el segundo en 1987. Debo rescatar aquí, a modo de imperativo ético, y además como homenaje a la memoria del Maestro Carlos Nino, fallecido antes de operarse la reforma, que en un trabajo póstumo suyo [versión textual de la conferencia pronunciada en agosto de 1983, tres días antes de morir, recogida por “La Ciudad Futura/Suplemento 12, pág. 21 y ss.), descalificó a la que denominó “reforma menemista”, sindicándola como signo de degradación de la democracia (Se recomienda la lectura del texto completo). Allí, Nino restaba todo tipo de efecto controlador a la “desconcentración” que proponía e dictamen referenciado, si a ello se le sumaba la aptitud de reelección inmediata del Presidente Carlos Menem. -

⁶ Así lo hemos expuesto nosotros, y aún seguimos sosteniendo esta postura, más allá del acierto o fracaso del contexto de la reforma en sí. Recomendamos, por para ahondar en esta interesante cuestión, la lectura de nuestro trabajo “La Reforma Constitucional de 1994 concebida como “sistema” (ED, suplemento “Temas de Reforma Constitucional” del 20/06/1995, pág. 34 y ss.). -

madora de la Constitución, habían determinado un modo de votación que involucraba las propuestas que integraban tal “núcleo”, lo que no significaba cercenar derechos fundamentales de ningún convencional, ya que los derechos no son de la mayoría ni de la minoría, sino derechos individuales que todos los convencionales tienen y se encuentran dispuestos a ejercer.

Con ello se pretendía significar que tal modalidad de votación no era lesiva de derecho alguno, sino que resultaba altamente significativa respecto de la coherencia que debía tener ése sistema, a partir del modo en que se llegó a concatenar su formulación.

Agregó el Convencional Alfonsín en su discurso que “(...) las partes en el “Pacto de Olivos” y luego el Congreso de la Nación, definieron en todo lo que es el “Núcleo”, ése sistema de ideas que restan fuerza al presidencialismo argentino” enfatizando además que “(...) todas las medidas que constituyen el Núcleo de Coincidencias Básicas están vinculadas a esa idea, y por eso, constituyen un sistema”.

Ofrece luego el ex presidente, la razón fundamental por la que estima la necesidad de votar de esa manera, al proponer que las medidas eran inescindibles, agregando que “(...) tan sistema es, que no sería nada si no fuera sistema. No existiría ésta convención. Jamás hubiéramos votado una ley declarando la necesidad de la reforma si no hubiera sido un sistema, porque nuestro voto a favor de la reelección del presidente está estrictamente vinculado a la otra idea, es decir, a la necesidad de limitar el presidencialismo argentino”⁷

En definitiva, queda claro por dos razones en particular, que la modalidad de votación de los contenidos del “Núcleo de Coincidencias Básicas” por parte de los convencionales actuantes en el recinto, fue constitucional y legítima: en primer lugar, porque ya se votara a ese conjunto de propuestas por sí, o por no, la última palabra la tenían los constituyentes. Además, el propio Reglamento de la Convención ratificó por mayoría de sus miembros esa forma de votación.

Dicho lo anterior, consideramos nosotros que se trató de un acuerdo sumamente acotado, que dejó el mínimo margen de acción a los constituyentes en ese punto. Hubiésemos preferido una mayor apertura para la discusión. Pero la desconfianza entre los “pactistas” era enorme y no quedaba margen para concesiones. Al punto que una vez logrado el acuerdo acerca de la reelección inmediata situada en el texto constitucional, los

⁷ Cfr. Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, pág. 969 y ss. -

controles que proponía el radicalismo frente a tal habilitación normativa, no pudieron ser “cerrados” por la Convención, difiriéndose su regulación final a una ley posterior que debería sancionar el H. Congreso de la Nación, o al propio arbitrio del Presidente⁸.

Con todo, consideramos nosotros que el proceso constituyente de 1994, más allá de sus aciertos o errores estuvo siempre dotada de “legitimidad de origen”⁹, lo que claramente se apoya en los siguientes factores: a) la ley de convocatoria fue aprobada en el Congreso con el voto favorable de 2/3 de los miembros de cada cámara legislativa; b) Los convencionales fueron electos sin proscripciones de ninguna especie¹⁰; c) todas las representaciones políticas se mantuvieron presentes hasta la sanción del texto reformado¹¹ d) la propia Convención aprobó el dicta-

⁸ Así, tanto el Ministerio Público, que fuera creado como único órgano extra poder de nuestro sistema constitucional, debió ser definitivamente integrado por una ley posterior, al igual que el Ombudman, o el Consejo de la Magistratura. Respecto del control de los Decretos de Necesidad y Urgencia, ello se dio con mucho retraso, con el dictado de una ley “opaca” y carente de la debida institucionalidad. Es mi pensamiento que el legislador común no debió cerrar el trabajo inconcluso de la constituyente. El desastroso resultado de tal delegación, puede ser vista en las omisiones e incongruencias de las leyes que a la fecha han regulado estos institutos. Mención aparte merece la figura del “Jefe de Gabinete de Ministros” cuya implementación queda librada al propio Presidente. Es la gran deficiencia que nuestro colega Roberto Gargarella ha advertido en el funcionamiento de lo que denominó la “sala de máquinas de la Constitución”

⁹ Así, María Angélica Gelli señaló con acierto (Cfr. De su autoría “Las Reglas del Debate Democrático y la Representación de la Convención Reformadora”, “LL” del 12/10/1994 y, en particular “Relación de Poderes en la Reforma Constitucional de 1994”, “LL” del 28/09/94) que “(...) con sus imperfecciones, y a pesar de las pequeñeces sectoriales, la legitimidad “de origen” de la reforma constitucional, fue finalmente consolidada”.

¹⁰ Aun no compartiendo nosotros la postura asumida por Vanossi en tal momento histórico, es del caso enfatizar aquí su posición, al alegar la proscripción del sector político de la UCR al que entonces pertenecía en el marco del proceso constituyente. Nosotros asumimos esa postura, en todo caso, como una “auto proscripción”, nacida a partir de un imperativo ético mal entendido. Sin perjuicio de ello, asumió el reconocido constitucionalista que una vez sancionada la reforma, ella se constituye en un “hecho consumado”, marcando entonces, a partir de tal afirmación, una profunda preocupación respecto del proceso de su implementación. Nosotros compartimos esta última preocupación institucional, que resultó ser sumamente certera, en varios de sus aspectos. Ver para cotejo, de este autor “La Constitución Evanesciente” (“LL” del 1 y 2 de diciembre de 1994)

¹¹ Ello resulta válido aun compatibilizando el retiro de la convención por parte de los convencionales que representaron a la provincia de Neuquén: Jaime de Nevares, y Edith Galarza, lo que a todo evento representa un mínimo porcentaje de deserción. -

men de mayoría, rechazando los proyectos de resolución por los que se planteaba la nulidad del Art. 5 de la Ley 24.309, estableciendo asimismo su propio reglamento, con la especificación habida en los Art. 127 y 128 (Capítulo XVI); e) No se registró la existencia de ningún voto negativo, al momento de la jura del texto definitivo de la reforma; f) Respecto de la actuación pre-constituyente, y aun de la labor desplegada por la Convención frente a impugnaciones judiciales, operó la denominada “norma de habilitación”¹².

III. “Luces y sombras” derivadas de la actuación de la convención constituyente

Era un convencimiento generalizado en la sociedad argentina, que una vez constituida la Convención Constituyente y aprobado su reglamento, el trabajo sería concreto y de muy corta duración, limitándose los convencionales a votar el “núcleo de Coincidencias Básicas” y en particular, la cláusula de la reelección inmediata, tan ansiada por su posible beneficiario: el entonces Presidente en ejercicio Carlos Menem.

Pero, para sorpresa de todos, ello no sucedió de esa manera. Resulta algo difícil explicarlo, pero para todos quienes integraron el elenco de constituyentes, así como el de sus asesores, se generó una particular mística referida a la necesidad de consensuar una “buena reforma”, ello más allá del resultado finalmente logrado en Santa Fe.

Fue en tal contexto, que una vez recibidos todos los proyectos por la más que influyente Comisión Redactora, se decidió que la primera cláusula en ser tratada sería la vinculada a un tema “habilitado para el debate” y no el “núcleo de Coincidencias Básicas”.

Se trató de la norma de defensa del orden constitucional, que incluía, además, una “cláusula ética” condenatoria de los actos de corrupción que conllevasen enriquecimiento patrimonial. Fue ésta, entonces, la primera norma que la Convención Reformadora de 1994¹³ aprobó en el “pleno” del

¹² Ver, al respecto, CSJN “Polino, Héctor y otro c/PEN, del abril 7-1994 (“ED” 157-441), “LL” 1994-C-291), y “Romero Feris, Antonio José c/Estado Nacional/PEN s/Amparo” julio 1-1994 (“ED” 158-546). -

¹³ Expreso aquí mi adhesión a la opinión de quienes sostienen que la presente modificación, significó una reforma a la Constitución de 1853, y no la producción de una *nueva constitución*. Así, con apoyo en la norma de interpretación dispuesta en el art. 75, inc. 22,

paraninfo santafesino. Lo que inusualmente, se produjo por “aclamación”, después de un esclarecedor debate, producido en el recinto.

Era éste el primer tema habilitado para debate por la Ley 24.309, que finalmente obtuvo aprobación con la notoria ausencia, al momento de la votación, del bloque constituyente del MODIN¹⁴.

En realidad, y más allá de mis discrepancias con algunos de los resultados del proceso reformador de 1994, y las actitudes personales de la mayoría de los Convencionales, frente al cumplimiento de las normas que ellos mismos aprobaron como texto fundamental de la República, creí necesario concitar apoyo a esta nueva estructura normativa que vuelve a rescatar como en 1853, el matiz histórico que posee nuestra Constitución. Con ello pretendo indicar que la “constituyente” ha ofrecido en este caso, en particular, principios para el futuro, que parten del recuerdo de lo que sucedió en el pasado, y que el pueblo no está dispuesto a sepultar¹⁵.

En este sentido, resulta aleccionador recordar la expresión de los propios constituyentes, al alegar respecto de la norma en estudio.

Así, señaló la Convencional Rosa Llugdar (UCR.) en su inserción¹⁶, que “se ha trabajado con absoluta conciencia de que a la democracia se la defiende día a día, pero además, en el convencimiento de que cada país debe rescatar su historia y prevenir la repetición de sus errores pasados. Por ello, la norma propuesta no será una alegación vacía de contenido, sino una exhortación a la ciudadanía y a los Poderes Públicos a no claudicar y a seguir en la senda democrática, toda vez que, en

de la Constitución vigente, se puede deducir que los nuevos contenidos constitucionales han de adecuarse a los viejos lineamientos ofrecidos por nuestra Norma Fundamental, y no a la inversa.

¹⁴ Posiblemente, a fin de acompañar la posibilidad de aprobar esta primera norma por aclamación, y sin votos en contra.

¹⁵ Estimo que esta formulación normativa, asemeja a lo debatido y aprobado también en Santa Fe, en referencia al art. 29 (subsistente, con igual numeración, en la Constitución vigente). Más allá del diverso debate que concitó aquella cláusula constitucional, del que cabe prescindir en el presente comentario, no cabe duda de que fue generado en una genuina experiencia histórica argentina, y no el producto de una mera traslación normativa.

Ha dicho en este sentido el maestro Bidart Campos (*Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T° I, edit. Ediar, 1994, pág. 690) del art. 29, que “tal vez ésta es la norma más genuinamente autóctona de nuestra Constitución, que proyecta plausibles garantías hacia el futuro de los argentinos, desde una dura experiencia vivida”.

¹⁶ Ver la versión taquigráfica de las sesiones, pág. 1512.

la Argentina de la consolidación democrática, *el pueblo tiene memoria, lo hace saber, e instruye a los Poderes Públicos en su consecuencia*” (el remarcado nos pertenece).

También enfatizaba el Convencional Bassani (UCR.)¹⁷ “la necesidad de que la nueva constitución refleje la experiencia histórica de los argentinos frente al militarismo”.

Y entendemos que es propicio aquí comentar al lector la profunda relación que la norma en comentario posee con la actitud de los argentinos frente al militarismo. Ya señalábamos, mucho antes de esta instancia reformadora de la Constitución Nacional¹⁸ y frente a la perspectiva de su enmienda; que no se podía prescindir allí de una fórmula de consenso, que rescatase nuestra experiencia histórica frente al “militarismo” y la denominada “doctrina *de facto*”, pues estaba convencido (y aún hoy lo estoy), de que el recuerdo es una importante arma contra los efectos que la “erosión en la conciencia constitucional” produce en la democracia de nuestros días.

Es por ello que cabe volver otra vez a la cita del Convencional Bassani, quien –de algún modo– reprodujo en el paraninfo santafesino nuestro sentir, al expresar lo siguiente: “Cuanto de nuestro subdesarrollo le debemos a esta permanente alteración institucional. Cuanto de nuestra, en muchos casos no tan buena imagen externa, le debemos al permanente golpismo en la Argentina, cuántas familias argentinas han quedado mutiladas por un golpismo irracional. Frente a esto, desde el Bloque de la UCR., y seguramente desde todos los bloques políticos, hemos trabajado para buscar un consenso mínimo, elemental, para una norma que refleje la argentina del pasado, que seguramente no queremos para el futuro”¹⁹.

Expresaba también en el recinto el Convencional Antonio Cafiero (PJ.)²⁰ que “se trata de una cláusula poco frecuente y si se quiere, novedosa en la legislación constitucional comparada. Debemos admitir que cada país, en su momento y a su tiempo, ha tratado de tutelar su orden constitucional, conforme a sus propios antecedentes históricos. No existe una regla universal; cada país ha vivido sus vicisitudes y ha salido a su encuentro

¹⁷ Ver en la versión taquigráfica de las sesiones, pág. 1510.

¹⁸ De nuestra autoría “La reforma de la Constitución Nacional” publicado en revista *Relieve*, N° 0, Universidad Nacional de Mar del Plata, 1987.

¹⁹ Ver, en la versión taquigráfica de las sesiones, pág. 1510.

²⁰ Ver, en la versión taquigráfica de las sesiones, pág. 1393.

forjando normas de defensa de este bien tanpreciado como es el orden constitucional y el sistema democrático”.

Ofreció también el nuevo artículo, una norma que equipara la corrupción con un delito que tiene el mismo significado que el atentado contra el orden democrático²¹.

Quizá la lectura de este segundo tema, deba ser entendida en modo tal que se interprete que la corrupción es un elemento integrante de toda modalidad de gobierno autocrático y asimismo, una grave patología que asecha al sistema democrático y hay que combatir. De allí la necesaria ilación de ambas cuestiones en un solo artículo de la Constitución, aunque originalmente los temas fueron tratados independientemente.

Permítaseme indicar que tampoco hemos sido desde la enseñanza universitaria, ajenos al tratamiento de la problemática de la corrupción y su impacto en la profesión de fe democrática y los derechos humanos en particular²².

Creo entonces, que en eta ocasión, la Convención Constituyente ha captado, desde el principio de “fundamentalidad” o “captura”²³, la regla de la defensa del orden constitucional y la bandera del combate a la corrupción, a fin de positivizar los siguientes objetivos:

²¹ Y los duros tiempos por los que hoy transita nuestra República, dan acabada cuenta de la realidad de tal aserto. Es una pena, que muchas veces, los escritores no hagan carne de lo que oportunamente escriben, predicando con el ejemplo y su obrar, aquello que normativizan para regir la conducta de “todos”.

²² Sugerimos cotejar, para profundizar la cuestión, la lectura de un trabajo de nuestra autoría: “Corrupción y ética pública (Algunos apuntes institucionales)”, publicado en *El Derecho*, del 21 de julio de 1997 (Nº 9.297), págs. 1 y ss. Resulta evidente que la cuestión de la “corrupción” ha asumido particulares contornos en América Latina, acentuados por el ingrediente que significa la recurrencia de gobiernos *de facto* que la han involucrado, tal se lo ha expresado más arriba, como componente esencial. No olvidamos, a los fines de la sugerencia, que sobre el tema se ha escrito mucho, y de muy buena factura. En particular, se recomienda la siguiente bibliografía: JIMÉNEZ DE PARGA, MANUEL: *La ilusión política*, edit. Alianza, Madrid, 1993, Cap. VI; ÁVILA BERNAL, ÁLVARO: *Corrupción y expoliación en América Latina*, edit. Grijalbo, México, 1987; GRONDONA, MARIANO: *La corrupción*, edit. Planeta, Buenos Aires, 1993; BIDART CAMPOS, GERMÁN y HERRENDORF, DANIEL: *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, edit. Ediar, Buenos Aires, 1991, parte quinta; VANOSSI, JORGE REINALDO: “La problemática constitucional de la corrupción” en *Boletín Informativo de la Asociación de Profesores de Derecho Constitucional*, agosto de 1993.

²³ Excelentemente explicitado por NÉSTOR SAGÜÉS, en su “*Los principios específicos del Derecho Constitucional*”, edit. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1993, Cap. V.

1. Rescatar, en la Carta Fundamental, conductas sociales que el pueblo conoce y rechaza
2. Impartir reglas claras respecto de lo que el Pueblo desea que se haga, y de lo que desea que no se haga a este respecto.
3. Indicar una clara directiva al Congreso, que no habrá de ser desoída.
4. Reflejar la conciencia histórica del Pueblo Argentino, hacia las futuras generaciones.

Con fundamento lo antes descripto, podemos dejar sentado que esta nueva norma no fue fruto de la actuación de “algún convencional” que en forma aislada propugnase tal formulación, sino que el sentir a este respecto resultó ser en la Convención, generalizado. Prueba cabal de ello lo ha sido la gran cantidad de proyectos presentados, con algunas variaciones, propias de sus autores, en el sentido del despacho que finalmente se aprobó, unificando los dos modos de propuestas que fueron tratadas en la comisión respectiva²⁴

II-a. El tratamiento desbrozado de una temática, que considero esencial para la salud de la República (El trabajo interno de los convencionales)

Las cuestiones que –abordando estas dos temáticas íntimamente ligadas– fueron concentradas en un solo despacho por la Comisión Redactora²⁵, ingresaron en la Comisión de “participación democrática”²⁶ en forma de propuestas independientes, que ofrecieron dos direcciones:

- Proyectos sobre normas de ética pública.
- Proyectos sobre normas de protección al orden constitucional.

Ello mereció la producción de dos despachos que la comisión de “participación democrática” giró oportunamente a la de “redacción”.

²⁴ Que pueden ser cotejadas en los 42 cuadernillos editados por la Convención Nacional Constituyente. En total, y con referencia a todos los temas con habilitación de tratamiento, se presentaron 1.178 proyectos de reforma a artículos de la Constitución Nacional.

²⁵ Constituida por 50 miembros, esta comisión fue sin dudas la de mayor importancia política dentro de la Convención, temida por sus posibles “recortes normativos” a los proyectos que obligadamente cada comisión debía remitirles, antes de ser elevados al recinto para su discusión final y eventual sanción. Era presidida por el Convencional Corach (P.J.).

²⁶ Presidida por Antonio Cafiero (P.J.).

El primero de ellos, referido a la ética pública, estaba redactado en la siguiente forma:

“Es condición esencial para el desempeño de los cargos públicos la observancia de la ética pública. Atenta contra el orden democrático quien haya cometido delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento patrimonial, quedando inhabilitado a perpetuidad para ocupar cargos o empleos públicos, sin perjuicio de las penas que la ley establezca.

“Las autoridades de la nación y los funcionarios hasta la jerarquía que la ley establezca, estarán obligados al entrar en funciones y al cesar de las mismas, a efectuar manifestaciones de bienes por sí, su cónyuge y personas que la ley determine.

“Los mismos no podrán, durante el ejercicio de sus funciones y hasta dos (2) años después de haber cesado en las mismas, patrocinar o representar causas judiciales de contenido patrimonial en contra del Estado, salvo que lo hicieren por derecho propio; tampoco podrán desempeñarse en órganos de dirección de empresas privadas que presten servicios públicos o contraten con el Estado.

“El Congreso dictará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”.

El segundo, referido a la defensa del orden constitucional y el sistema democrático²⁷, ofrecía la siguiente redacción:

“Esta Constitución mantendrá su vigencia aun cuando se interrumpa su observancia por actos de cualquier naturaleza contra el orden constitucional y el sistema democrático. Los actos opuestos a ella serán insanablemente nulos. La reparación patrimonial de los mismos, la responsabilidad que originen y la persecución de los delitos por la violación de derechos humanos, serán imprescriptibles.

“Quienes atenten contra esta Constitución y el Sistema Democrático cometen delito de sedición en los términos del artículo 22

²⁷ Ver el Dictamen de Comisión N° 3, emitido por la Comisión de Participación Democrática en fecha 29 de junio de 1994, y arribada a la Comisión de Redacción en fecha 4 de julio de 1994, incluyendo un despacho en “minoría”, suscripto por los Convencionales Pontussi y Caballero Martín.

y se harán pasibles de la pena impuesta a los infames traidores a la Patria, siendo inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos, sin que corresponda conmutación, indulto o amnistía.

“Quienes desempeñen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución y de las Constituciones Provinciales, durante regímenes de facto, serán pasibles del mismo tratamiento.

“Todos los habitantes gozan del derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos previstos en el párrafo segundo”.

Ambos despachos fueron a su tiempo, fundidos por la Comisión Redactora, conformando así, el siguiente:

“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 insanalemente nulos.

“Sus autores incurrirán en el delito de sedición, siendo pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y de la conmutación de penas.

“Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de esos 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”.

Luego de arribado el artículo al recinto, el mismo fue explicitado por Carlos Corach²⁸, aunque la consideración en general la produce el miem-

²⁸ Como antes se indicó, el Presidente de la Comisión Redactora.

bro informante de la Comisión, Convencional Antonio Cafiero²⁹. Cabe agregar aquí que el debate se nutrió en el recinto con numerosas intervenciones, y muchas inserciones del discurso de Convencionales que optaron por tal agregado, sin hacer uso de su palabra en aquella ocasión. De tal bagaje doctrinario, hemos rescatado la intervención del Convencional Antonio M. Hernández, ya que fue la única que ameritó modificación al dictamen principal³⁰.

Finalmente, la norma obtuvo su definitiva redacción, y se elevó a discusión en el recinto, con el siguiente texto:

“Art. 36: 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 por 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 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”.

²⁹ Cotejar la versión taquigráfica de las sesiones, en págs. 1393 y ss.

³⁰ Vicepresidente de la Comisión de Redacción, y asimismo prestigioso constitucionalista. Su exposición puede leerse en la versión taquigráfica de las sesiones, págs. 1486 y ss.

II-b. Análisis de la norma definitiva de protección al orden constitucional (Los aportes de la doctrina)

El artículo sancionado³¹, comienza con una declaración³², que intenta preservar el valor epistemológico que la democracia posee. Es la asunción de una postura jurídica frente a eventuales nuevas posiciones autoritarias que intenten enfrentar la validez o legitimidad de esta trascendente norma. Y aún como preservación de la memoria histórica, de cara a aquellas pretéritas que motivaron el dictado de la norma: “*Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático*”, reza el texto supremo.

El indudable carácter de declaración de este primer párrafo del artículo, se reafirma con la lectura del informe del Convencional Hernández³³, quien refirió acerca del punto, lo siguiente: “Las declaraciones son enunciados solemnes que la Constitución se hacen sobre el hombre, la sociedad y el Estado. En este sentido, la norma también es una declaración en el más alto grado, se asienta en la dolorosa historia que vivimos y en la profunda convicción que tenemos sobre la eficacia de la democracia para el tiempo por venir. Expresa ampliamente el consenso de esta magna Convención Constituyente y consideramos altamente valioso que sea incorporada al texto constitucional”.

Creo firmemente, que no debe verse a este enunciado constitucional como una expresión lírica o aún utópica, desprovista de sentido jurídico alguno, ya que claramente, la estructura normativa en estudio intenta establecer efectos disuasorios para quienes alienten este tipo de expectativas en el futuro³⁴ y aún una línea institucional de acción para los Poderes Públicos frente a este tipo de acciones, de ahora en más.

³¹ Quizá el lector advierta que los conceptos aquí vertidos reiteran lo sostenido por nosotros, con menor detalle técnico, en nuestro *Derecho Constitucional Argentino*, T ° 1, edit. Ediar, 2000, Capítulo IV, pero creí necesario reiterar ahora esos conceptos y no ofrecer citas en el punto, ello a fin de patentizar la unidad conceptual de la propuesta.

³² Por ello, el Capítulo Segundo del texto supremo, denominado “Nuevos Derechos y Garantías”, bien pudo haberse caratulado, con mayor propiedad técnica “Nuevas Declaraciones, Derechos y Garantías” respetándose asimismo la unidad conceptual respecto del título del Capítulo Primero (Declaraciones, Derechos y Garantías).

³³ Cotejar las versiones taquigráficas de la Convención Constituyente, pág. 1487.

³⁴ Así, ha explicitado el Convencional Cafiero en su alocución en el recinto, que “Seguramente alguien podrá decir que es utópico y hasta risible que se considere que por el hecho de que exista una cláusula de defensa del orden constitucional o la defensa de la ética en contra de la corrupción, no va a haber más golpes de Estado ni corruptos en el país. No es esa nuestra pretensión (...) no tenemos pretensiones utópicas, sino que queremos establecer

La norma integra también lo que se ha dado en denominar “Derecho Penal Constitucional”³⁵. La sanción se especifica y determina en el 2º párrafo del artículo.

Aquí cabe remarcar la acertada intervención del Convencional Hernández, quien indicó en forma adecuada, que el despacho que había arribado de la Comisión Redactora para su aprobación en el recinto podía generar equívocos, pues en él se hacía referencia a la denominación del delito de sedición.

La cuestión se complicaba, desde que el art. 22 ya especificaba el delito de sedición. En consecuencia, y tal lo advertía Hernández, de sancionarse la norma tal se la había proyectado, tendríamos dos modalidades de un mismo delito, concebido en épocas y con sentido evidentemente diferentes: o sea, la sedición del artículo 22³⁶, y la sedición del art. 36.

Por ello, al aceptarse la propuesta de Hernández, se borró del texto definitivo tal referencia, por lo que el artículo finalmente votado como 36, solamente explicita cual será la sanción, y no es problemático que tres delitos distintos (el del artículo 29, el del artículo 36 y el del art. 127) sean pasibles de igual pena (la de los infames traidores a la patria).

De todos modos, la conducta reprochable en estudio no carece finalmente de denominación, ya que el propio artículo expresa luego que atentará *asimismo* contra *el sistema democrático* (párrafo 5º) quien cometa grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento patrimonial. Es que debe interpretarse, que el delito de atentado contra el sistema democrático puede ser cometido tanto por aquellos que infringen el 1º párrafo como los que infringen el 2º párrafo del art. 36 del texto supremo³⁷.

La norma estipula la nulidad absoluta de tales actos de fuerza e instala la posibilidad de revisar los actos dictados por un gobierno de facto. Dispone una modalidad de inhabilitación a perpetuidad para sus autores

efectos disuasorios para quienes alienten este tipo de expectativas en el futuro” (cfr. *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, págs. 1398/1399).

³⁵ Al cual también integran los artículos 15, 22, 29 y 127 de la CN.

³⁶ Que según la norma no modificada en 1994 “*sólo consistiría*” en la acción allí enunciada, lo que descontextuaba el sentido del art. 36 de la propia Carta Fundamental.

³⁷ Lo que no es conflictivo, desde que no existe norma alguna en la Constitución Nacional que estipule que “*sólo atenta contra el orden democrático*” el que cometa una determinada violación institucional, excluyendo a otras. Debemos recordar, además, en este punto, que en el informe del Convencional Cafiero ya se hablaba (fs. 1399) de cláusula de defensa del orden constitucional *o de* defensa de la ética en contra de la corrupción.

excluyéndolos de la posibilidad de indulto o conmutación de penas por tales hechos. Se observa aquí otra resultante de la experiencia histórica de los argentinos, contraria a la formulación de indultos presidenciales, o aun conmutaciones de penas para quienes cometan este tipo de delitos, íntimamente consustanciado con el respeto a los Derechos Humanos.

La sanción dispuesta por el artículo, se extiende respecto de quienes cometan este tipo de delitos en las Provincias³⁸, determinando la responsabilidad civil y penal de sus actos, declarando que las acciones respectivas serán imprescriptibles³⁹.

También explicita la norma un derecho que antes podía haberse considerado como “implícito” en la Constitución Nacional⁴⁰: el de resistencia, encorsetado en la siguiente formulación: *“Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo”*.

Aunque la Constitución no lo diga expresamente, sostenemos, siguiendo aquí a María Angélica Gelli⁴¹, que este derecho asiste no solamente a los ciudadanos, sino también a los habitantes de la Argentina no ciudadanos,

³⁸ Cabe aquí destacar que aun antes de la reforma a la Constitución Nacional ya varias provincias habían reglado en sus constituciones la defensa del orden constitucional. En este sentido, el propio Convencional Antonio Cafiero rescató, como la más perfecta de esas cláusulas, a la incluida por la reforma constitucional cordobesa, en 1986.

Debe señalarse que, en mayor o menor medida, alternativa o acumulativamente, posteriores reformas constitucionales provinciales han establecido ésta figura. Aun la reforma constitucional de la Provincia de Buenos Aires, efectuada en modo concomitante con la nacional, comenzó un camino en igual sentido, receptado la figura en su actual art. 3°.

³⁹ Tal enunciación fue particularmente resistida por el Convencional Etchenique (MODIN), quien sostuvo en el recinto que enunciar la imprescriptibilidad de las acciones civiles era una enormidad, enfatizando que según nuestra organización constitucional, los únicos delitos imprescriptibles son los que constituyen crímenes internacionales contra la humanidad contemplados en la Convención para la Prevención y Penalización de Genocidio del 9 de diciembre de 1948, agregando luego que “mayor enormidad, si cabe, es la de extender esa imprescriptibilidad a las acciones civiles de reparaciones de daños causados por el delito, que ni siquiera se les ocurrió a los redactores del referido convenio internacional” (versiones taquigráficas, pág. 1409).

⁴⁰ Tal es la opinión del Convencional Hernández, según surge de sus dichos en versión taquigráfica a cuya lectura remitimos para más abundamiento sobre la cuestión.

⁴¹ Gelli, María Angélica: *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Fondo Editorial La Ley, 2001, pág. 289.

ya que entendemos que el derecho a la “resistencia” no es meramente un derecho político, sino un derecho civil de toda la sociedad.

Es interesante destacar ahora cual fue el sentido que los constituyentes quisieron dar a este derecho. En este contexto, el propio miembro informante explicitó el sentido del término “derecho de resistencia a la opresión” al aclarar que no se hace referencia aquí al derecho, en su formulación clásica, sino que admite que en el país existe una forma “Argentina” del derecho a resistir, que no consiste precisamente en tomar las armas, refiriendo al caso de la “abstención revolucionaria” o el “voto en blanco”⁴².

De todos modos, es bueno recordar que ya en el II Dictamen del Consejo Para la Consolidación de la Democracia, se había sugerido que “debe consagrarse el derecho a desobedecer a estos gobiernos, desconociendo la obligatoriedad de sus actos y sancionando a quienes lleven a cabo el hecho de fuerza o colaborasen con él, y declarando la imprescriptibilidad de estos delitos”⁴³.

En su parte final, el artículo en análisis instala de manera expresa, un nuevo concepto: el de equiparar constitucionalmente a la corrupción con el “golpe de Estado”, generando una invocación final al Congreso, para sancionar una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función. Recordamos que en cumplimiento de tal mandato, el Congreso dictó la Ley 25.188⁴⁴, y además, el artículo 13 de la Ley 25.233, modificatoria de la Ley

⁴² Informe del Convencional Antonio Cafiero, cotejar en “Versión Taquigráfica...”, pág. 1399.

⁴³ *II Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, pág. 48. Obsérvese que aquí se enuncia la imprescriptibilidad de delitos, y no de acciones civiles, como lo dispone la norma sancionada por la Convención Constituyente.

⁴⁴ Denominada “Ley de ética de la función pública” (BO. 01/11/99), reglamentada por Dec. P.E.N. N° 164/99 (B.O. 07/01/2000). Esta norma prevé esencialmente los deberes y las pautas de obrar ético, requeridos para todo agente de la función pública. A las demandas de honestidad, probidad, rectitud y buena fe, la norma añade el requerimiento de austeridad republicana. Toda una traza de “ciencia ficción”, en los tiempos que corren. Pero es que realmente no podemos condenar una “buena norma” por la actuación de los “malos funcionarios. Es bueno saber a este fin, que, según la Ley citada, las actuaciones de la Comisión Nacional de Ética Pública pueden iniciarse por denuncia de cualquier persona, y, en consecuencia, el control del obrar ético de los funcionarios, puede instarse por cualquier ciudadano. Siguiendo esta línea de acción la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció por Acordada (N° 1/2000, *Fallos*, CSJN, 323:1287) el Registro de Declaraciones Juradas de los miembros de la judicatura; lo que nosotros estimamos como un tenue y tibio intento de darle fuerza jurídica a la norma constitucional, desde

de Ministerios⁴⁵, creó la denominada “Oficina Anticorrupción”, ubicada en el contexto del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, cuyo fin es coordinar en forma concurrente con la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, programas de lucha contra la corrupción en el Sector Público Nacional, encontrándose dotada de la posibilidad de ejercer la acción pública⁴⁶.

Respecto del modo de corrupción constitucionalmente punible, es aquel que derive en un grave delito doloso contra el Estado, que conlleve enriquecimiento. Ya hemos señalado antes de ahora que la corrupción era connatural a los gobiernos autocráticos, y representa la más grave patología de los gobiernos democráticos. Por ello es que estimamos saludable y acertada tal equiparación, a los fines de la redacción de la norma. A sabiendas de que ninguna cláusula constitucional posee *per se* idoneidad para poner fin a la corrupción, pero, aun así, su utilidad reside en que ellas pueden moldear y condicionar la voluntad de grupos e individuos.

Con altura ha admitido a su tiempo, el hoy fallecido Convencional Auyero que “como nunca, es evidente que la principal amenaza a la democracia emerge de nuestra propia incoherencia e inoperancia. la decadencia moral como “clase política” es el principal peligro para la democracia”⁴⁷.

Y frente a tal manifestación, cabe también recordar el hecho cierto de que los militares son una “elite atenta” que busca constantemente indicios (...) Y éstos son los indicios que la clase política y la ciudadanía deben ofrecer a fin de democratizar definitivamente a nuestros milita-

su implementación. Los hechos recientes, y la posición de la clase política nacional frente a la ciudadanía, parecen darnos la razón.

⁴⁵ BO. 14/12/99.

⁴⁶ De todos modos, bien expone María Angélica Gelli en el punto (*op. cit.*, pág. 291), que más allá de los loables fines que informaron la creación de esta oficina, tanto su conveniencia como su constitucionalidad suscitaron poderosas dudas, ya que sus facultades se superponen con las de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas y las del Ministerio Público, con la generación de un notable dispendio burocrático innecesario. En definitiva, los tiempos que corren también han señalado palmariamente la ineficacia del obrar de éstas oficinas. Lo bueno es que –como bien sostuvo a su tiempo el Juez norteamericano Brandeis – “La luz del sol es el más poderoso de los desinfectantes”. Y en estos días, el sol pareciera no alumbrarlo todo...

⁴⁷ Cotejar las versiones taquigráficas de la Convención Nacional Constituyente, pág. 1508. Sirva esta fabulosa pieza de autocritica de la clase política, como prenda de homenaje a la memoria del Sr. Auyero, recientemente fallecido; hombre de gran entereza y conducta cívica irreprochable.

res, quienes merecen un honroso reencuentro con la ciudadanía en el marco de la sociedad democrática que entre todos debemos reconstruir en la Argentina.

Pero ello no debe alejarnos del gran fracaso que ha implicado hasta la fecha, la imposición constitucional de lucha contra el flagelo, que lamentablemente hoy representa el altísimo grado de corrupción que presenta nuestra sociedad.

III. Acerca de las luces y las sombras aportadas por los constituyentes de 1994

Ha señalado en este punto nuestro colega y amigo Guido Risso⁴⁸ que pese a las innovaciones aportadas por ésta reforma, el sistema constitucional argentino mantiene hoy intacto el viejo sistema de poder, lo que ha generado “(...) tal asimetría entre los nuevos derechos y la tradicional organización del Poder, que finalmente funcionó como un boomerang contra toda la efectividad de todos estos nuevos derechos agregados”

Creo sinceramente que el “diseño del Poder” en nuestra constitución ha sido alterado, aunque en favor de avalar una mayor concentración de poder en el presidente argentino, dejando además el constituyente, como consecuencia de su labor, un serio daño en la “sala de máquinas”. Pero lo expuesto no implica que el sistema constitucional no haya plasmado, asimismo, su preferencia por un modelo social demócrata y solidario. –

Puedo animarme a enfatizar con Risso, que nuestra sociedad persiste en exacerbar su “anomia” desconociendo en su andar cotidiano, la vigencia del texto fundamental que nos rige. Y esto ha sucedido también con la constitución originaria de 1853, cuya pretendida vigencia ha coexistido con 50 años de golpes de Estado en el país⁴⁹, lo que conllevó el comienzo de una demoledora destrucción de nuestra institucionalidad, que continuó – lamentablemente – luego de operada la reforma de 1994. –

⁴⁸ Ver, en “Conversatorio constitucional a 30 años de la reforma del ‘94” (INFOBAE, del 15/9/2024). -

⁴⁹ Acaecidos en 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976, permitiendo la instalación del “pretorianismo” entre nosotros, lo que trabajosamente pudo superarse a partir de la recuperación democrática en 1983, con el gobierno de Raúl Alfonsín, pero no ha podido con la escala de corrupción y empobrecimiento político y social que desde entonces ha minado a la República recuperada

Estimo, por lo tanto, que la reforma modernizó y amplió el bagaje de derechos, destacando como altamente eficiente en ese camino, la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos indicados en el Art- 75 Inc. 22, 2º parte del Texto Fundamental. También la indicación solidaria expresada en el Art. 75 Inc. 23 ofreciendo además idóneas herramientas para fortalecer nuestro alicaído federalismo, reafirmando el camino económico y social que debe adoptar la sociedad argentina.

Aun así, no pudieron los convencionales – pese a su tibio intento – generar controles republicanos efectivos que detengan el nocivo avance del hiperpresidencialismo que hoy anida en nuestro sistema, enfatizado con la perspectiva de que el presidente pueda asumir efectivamente el rol legislativo, con la posibilidad del dictado de decretos de necesidad y urgencia⁵⁰, y la amplitud con que se ha permitido la delegación legislativa⁵¹ por parte de un alicaído Congreso de la Nación, que no consigue recuperar el rol institucional que desde sus orígenes, en 1853, ha sido llamado a ocupar en la República y nunca asumió con la deseada plenitud.

Por otra parte, el burocratizado y hoy demasiado politizado Consejo de la Magistratura no ha aportado demasiado para preservar la independencia de nuestro Poder Judicial, solo tenuemente “refrescada” a partir de habérsele dado una mayor publicidad a los procedimientos de selección de Magistrados, en la Constitución y en la Ley.

IV. Breve noticia sobre aquellas propuestas que finalmente, no fueron plasmadas en el texto definitivo

Es sabido que la Ley 24.309 fue la plasmación jurídica del hecho político que significó la celebración del denominado “Acuerdo de Olivos”, debiendo destacarse además que el contenido de tal acuerdo, ratificó el concepto de “soberanía limitada” que debe detentar la Convención Constituyente que es llamada a provocar una reforma parcial al texto fundamental⁵².

⁵⁰ Cfr. Art. 99 Inc. 3º CN. -

⁵¹ Cfr. Art. 76 CN. -

⁵² Así, tratándose – como se trató – de un supuesto de Poder Constituyente reformador [no revolucionario], es la propia Carta Magna la que a la postre impone las características y la modalidad del cambio de que se trate. Así, he señalado antes de hoy (ver, para cotejo,

Ya he señalado párrafos más arriba que hubiese deseado, en lo personal, menos condicionamiento y más libertad para el tratamiento temático en la constituyente, pero enfatizo ahora, como lo hice en el pasado⁵³ que esta novedad se basó en la regla de que el Congreso de la Nación, al ejercer su rol pre-constituyente, puede condicionar a la Convención, a sabiendas de que la manera de condicionamiento elegida como derivación de los “acuerdos de Olivos”, implicó “encorsetar” a la Convención con demasiada rigidez. Pero es también cierto que los convencionales tenían aquí – como corresponde – la última palabra con la posibilidad de negar tal cambio propuesto votando negativamente a los contenidos del “núcleo de coincidencias básicas”

Reitero entonces que de lo antes enunciado no pudo derivarse la ilegitimidad del proceso reformador habido en 1994, sino más bien que éste se gestó en el contexto de un acentuado marco de decadencia ética y moral en la sociedad que lo generó, y que – lamentablemente–aún continúa. –

Dicho lo anterior, cabe también expresar que la Ley 24.309 instituyó, además de los contenidos del “Núcleo de Coincidencias Básicas”, otros 16 temas de libre discusión por parte de los Sres. Convencionales. De entre ellos, existieron dos que, si bien ameritaron la elaboración de proyectos, no culminaron en la sanción de artículo alguno que nutriese con ellos el texto final de la reforma. Ellos fueron: a) Facultades del Congreso respecto de pedidos de informes, interpelación, y **comisiones de investigación**; y b) Creación de un Consejo Económico y Social, con carácter consultivo.

En lo referido a la primera cuestión, existió una propuesta [sugerida por Raúl Alfonsín], referida a las Comisiones de Investigación, a modo de sustitución del viejo artículo 63 de la CN. Ella señalaba, en lo pertinente, que;

“En Defensa del interés público y la paz social, las Cámaras pueden ordenar y producir medidas probatorias, respetando las facultades propias del Poder Judicial”

mi Derecho Constitucional Argentino” EDIAR, 2001, T ° 1, pág. 254 y ss.), que “(...) en el caso, fue ardua la discusión referida a las fuertes pautas de limitación que el Congreso impuso en su rol pre-constituyente a la Convención Reformadora al definir un modo específico de votación respecto de una cantidad de puntos, a los que genéricamente se denominó “el núcleo de coincidencias básicas”, además de proponer otros 16 temas de libre tratamiento por parte de los convencionales. -

⁵³ Cfr., de mi autoría “Derecho Constitucional Argentino, T ° 1, pág. 254, EDIAR, 2001 -

Ella, definía con precisión las facultades de las comisiones investigadoras, especificando sus funciones con adecuada garantía de la defensa en juicio y los derechos de los investigados, ya que las mentadas “comisiones de investigación” estaban expresamente en el proyecto, inhibidas de avanzar respecto de aquellos roles que son incumbencia del Poder Judicial [por caso, en la pretendida facultad que en alguna ocasión esas comisiones se arrogaron, una vez conformadas, para allanar domicilios y que fuera oportunamente fulminada por nuestra Corte Suprema de Justicia⁵⁴.

Lamentablemente, y por falta de consenso, esta propuesta no prosperó. —

Respecto de la segunda, rescatamos al proyecto presentado por el Convencional (PJ Córdoba) Juan Carlos Maqueda⁵⁵ [Luego, Legislador Nacional, finalmente integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación], que señalaba en lo pertinente:

Artículo...: El Consejo Económico y Social, como órgano de consulta de los Poderes Públicos del Estado; estará integrado por los representantes de la producción, el trabajo, la ciencia y la cultura. Su composición, organización y funcionamiento se regularán por una ley.

En línea con el modelo económico y social impuesto por los reformadores de 1994, esta propuesta normativa respetaba, además, la imposición de la Ley 24.309, en el sentido de que su rol debía ser consultivo.

Claramente la idea era dotar a los sectores del trabajo, de la producción, de la ciencia, de los profesionales y de la cultura, de mayor participación social y democrática. Compartimos estos fundamentos, aunque nuestra crítica al proyecto radica en que nuevamente se incurre, para completar la organización y funcionamiento, al trabajo posterior que el constituyente encomienda legislador común. Creo que ello que resta solidez al mandato constitucional y lo deja expuesto a los vaivenes políticos de momento, lo que claramente acaeció con la regulación, en igual sentido, de otras figuras incorporadas por la reforma de 1994⁵⁶.

⁵⁴ Me refiero específicamente a los obrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Autos “Guillermo Walter Klein s/Facultades del Poder Judicial-Poder Legislativo-Poder Ejecutivo/Control de Constitucionalidad-Acción de Amparo-Requisitos-Actos u omisiones de Autoridades Públicas-Acción Meramente Declarativa”, Sentencia del 29/08/1986 (K000000029)

⁵⁵ Presentado el 24/06/1994, TC 1433/21. -

⁵⁶ Me refiero aquí a los casos del Defensor del Pueblo, Consejo de la Magistratura y Ministerio Público, entre otros, que en definitiva debilitaron la rigidez del texto constitucional en el punto, instituida por el Art. 30 CN.

Para culminar este acápite, me referiré a lo que fue una inquietud constante de Raúl Alfonsín en el devenir del proceso constituyente⁵⁷ en el sentido de que – según su entender – debía ser presentado a la Comisión Redactora de la Convención Constituyente, un proyecto de cláusula constitucional que abordase la posibilidad de objeción de conciencia de quien acreditase detentar tal calidad, ante la convocatoria ciudadana al entonces “servicio militar obligatorio”. Si bien tal postura no prosperó pues a raíz de lo acaecido en el caso “Carrasco”⁵⁸ se había derogado la legislación sobre Servicio Militar Obligatorio, esa tesitura no nos convence.

Es que el Servicio Militar Obligatorio puede volver a ser implementado por ley del Congreso, y sería importante que ante la “tajante” cláusula del Art. 21 de nuestro texto fundamental, el ciudadano convocado tuviese la posibilidad de esgrimir tal garantía, para el caso de acreditar su condición de “objeto”.

VI. Breves conclusiones de cierre

“Que vivas tiempos interesantes”, decían los antiguos asiáticos cuando deseaban alabar al amigo. Y vaya si los tiempos que vivimos son interesantes.

La República está hoy desarticulada, y la ciudadanía, estupefacta. Puedo rescatar, empero, que en medio de tal regresión institucional, al menos nadie ha clamado seriamente por la vuelta de los militares, para regir los destinos de nuestra Nación⁵⁹.

⁵⁷ Cabe recordar aquí que el Dr. Alfonsín decidió no presentar proyectos en lo personal, aunque monitoreó el obrar de los Convencionales del bloque (UCR) quienes siempre lo consultaron sobre el quehacer constituyente. Recuerdo que era de los primeros en arribar al paraninfo, y siempre uno de los últimos en salir al terminar la jornada. -

⁵⁸ Este caso paradigmático, abordó la situación del soldado conscripto Carrasco, muerto en un cuartel militar de Zapala [Neuquén] en 1994, y fue la bisagra a partir de la cual se puso fin al servicio militar obligatorio, durante el gobierno constitucional de Carlos Menem. Atento la repercusión política y social que suscitó el caso Carrasco, adunado ello a la necesidad de establecer recortes en el presupuesto de Defensa, Menem suprime por decreto el servicio militar obligatorio, convirtiéndolo a voluntario, lo que se mantiene así hasta el día de hoy. -

⁵⁹ A fuer de ser honestos, tampoco las Fuerzas Armadas han interferido en los sucesos recientes, más allá de los requerimientos de la autoridad civil, y en tanto tales reclamos han sido constitucionales. Quizá la historia ofrezca oportunamente, un lugar de reivin-

Descontando que el presente trabajo solo representa la inquietud de un “mínimo” aporte a la consolidación de la democracia en Argentina, he de poner de resalto al lector que hoy en día, habiendo transcurrido ya tres décadas del momento histórico en que se operó la reforma constitucional de 1994, no hemos logrado aún, generar la estabilidad del sistema democrático en el contexto solidario y progresista imaginado por los reformadores.

Pero ello no implica que debamos bajar los brazos: es que cuando nos referimos a la construcción de nuestra democracia, no podemos simplemente quedarnos en una abstracción técnica que olvide los sufrimientos y desazones de la sociedad real. Señalaba en el punto Raúl Alfonsín⁶⁰, que aquí “(..) nos estamos refiriendo a la fundación de un sistema político que se traduzca en la adopción de rutinas democráticas asumidas y practicadas por el conjunto de la ciudadanía”.

Pero la construcción debe realizarse en el marco de un obrar solidario, en el que las mayorías victoriosas en comicios regulares, acepten también los controles republicanos que el sistema constitucional impone, generando así los necesarios equilibrios de la libertad, fuera del cual no es posible construir ninguna sociedad estable y progresista.

Hoy, las nuevas opciones de progreso y crecimiento, deberán darse necesariamente dentro de la estructura democrática. En tal contexto, la sociedad futura espera por una reconstrucción institucional pacífica, solidaria de la que nuestros hijos y nietos se sientan orgullosos.

Y, lamentablemente, el tiempo vivencial que nos contiene ya casi se agota. Aunque siempre deja la esperanza de un intento más.

Eduardo Pablo Jiménez

dicación para las fuerzas armadas de estos duros tiempos, y su indiscutida sujeción al Poder Civil, tal lo dispone la Constitución Nacional.

⁶⁰ Del autor citado “El Poder de la Democracia” Edit. Fundación Plural, Buenos Aires, 1987, pág. 45

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA A TREINTA AÑOS DE LA REFORMA DE 1994

THE JUDICIAL COUNCIL THIRTY YEARS AFTER THE 1994 REFORM

MARÍA GABRIELA ABALOS¹

Resumen: El Poder Judicial en el derecho argentino ha seguido principalmente el modelo norteamericano desde el texto constitucional del siglo XIX, por lo que el posterior ingreso del Consejo de la Magistratura fruto de la reforma constitucional de 1994, claramente identificado con el modelo continental europeo de organización judicial, ha generado un sin número de interrogantes que se visualizan desde los debates de la Convención Constituyente de 1994, pasando por el texto aprobado, las normas legislativas sancionadas en su consecuencia y la rica interpretación jurisprudencial. En el marco de este trabajo, a treinta años de la reforma constitucional, se hará hincapié en la confrontación en torno al Consejo de la Magistratura y su integración, entre la interpretación legal y la jurisprudencial rescatando acuerdos y tensiones. Para ello se pasará revista a la interpretación constitucional a través de las cuatro leyes reglamentarias emanadas del Congreso y la respuesta de la Corte Suprema de Justicia en sus precedentes emblemáticos puntualizando principalmente lo resuelto en torno a la integración del Consejo de la Magistratura y su impacto en la independencia judicial.

Palabras claves: Consejo de la Magistratura. Poder Judicial. Independencia Judicial.

¹ Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales, Especialista y Magister en Magistratura y Gestión Judicial, Profesora titular Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UNCuyo, Profesora titular Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U Mendoza. Jueza del Tribunal de Gestión Judicial Asociada en lo Tributario Mendoza.

Summary: The Judicial Branch in Argentine law has mainly followed the North merican model since the constitutional text of the 19th century, so the subsequent entry of the Council of the Judiciary as a result of the constitutional reform of 1994, clearly identified with the European continental model of judicial organization , has generated countless questions that can be seen from the debates of the 1994 Constituent Convention, through the approved text, the legislative norms sanctioned in its consequence and the rich jurisprudential interpretation. Within the framework of this work, thirty years after the constitutional reform, emphasis will be placed on the confrontation around the Council of the Judiciary and its integration, between legal and jurisprudential interpretation, rescuing agreements and tensions. To do this, the constitutional interpretation will be reviewed through the four regulatory laws emanating from Congress and the response of the Supreme Court of Justice in its emblematic precedents, mainly pointing out what was resolved regarding the integration of the Council of the Judiciary and its impact on judicial independence.

Keywords: Judicial Council. Judicial Power. Judicial Independence.

I. Introducción

La configuración del Poder Judicial en el derecho argentino encuentra su fuente de inspiración en el modelo norteamericano desde el texto constitucional del siglo XIX, confiriéndole incumbencias de alta política². Con el devenir de la reforma constitucional de 1994, siguiendo una ola de movimientos reformistas en Latinoamérica que receptó muchas de las instituciones del constitucionalismo europeo, se incorpora el Consejo de la Magistratura, propio de los regímenes parlamentarios.

Ello es un gran punto de tensión, ya que el modelo constitucional norteamericano parte de concebir al Poder Judicial como un órgano con una cuota de poder real y, por lo tanto, corresponsable de la tarea de gobernar. Ello se traduce en un Poder Judicial con la función esencial de revisar la constitucionalidad de los actos de los demás poderes, asumiendo el rol de árbitro del proceso político que tiene en sus manos interpretar las cláusulas constitucionales en última y definitiva instancia,

² Así lo expresa Midón, Mario A.R.; *Derecho Constitucional de los poderes*; Resistencia, Contexto; 1era. Edición, 2019; p.762.

y cubrir las lagunas del texto constitucional³. En este modelo se pregona el autogobierno del Poder Judicial, concentrando en la Corte Suprema, la representación autónoma del organismo y el control disciplinario de todos sus integrantes, con excepción del nombramiento y remoción de éstos, y se avanza hasta la autarquía del Poder Judicial, con sus diversas modalidades: planificación del presupuesto judicial –vinculando al Poder Legislativo a su aprobación–, determinación de las rentas y ejecución presupuestaria; y auto-administración del tesoro judicial⁴.

Mientras que, a la inversa, el modelo europeo se caracteriza por propender a reducir la función política del Poder judicial, restringiendo su cometido a lo estrictamente jurídico, y en este sentido, para el ejercicio de aquellas funciones judiciales que rozan la actividad política, como es el control de los actos de gobierno, se crea un Tribunal que, ubicándose fuera de la organización judicial, tiene la misión de controlar la constitucionalidad de las leyes y en

³ Ver el desarrollo en Pérez Guilhou, Dardo; *El Poder Judicial: órgano político y estamental*; en Pérez Guilhou, Dardo y otros; *El Poder Judicial*; Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos; Buenos Aires, Depalma; 1989; p. 83. Vanossi agrega que “la potestad interpretativa de los jueces es una forma genuina de ejercicio del llamado poder político” (Vanossi, Jorge R.; “El poder constituyente de los jueces, con referencia al control de constitucionalidad”; LL 1977-1079). En ese sentido, en particular la Corte Suprema “... a través de sus fallos no sólo decide en el sentido judicial del término, sino que además gobierna, entendiéndose por ello la fijación de políticas que emanan de la interpretación, aplicación o invalidación de los múltiples actos de gobierno (leyes, reglamentos, etc.) que le son sometidos a su escrutinio constitucional” (Bianchi, Alberto; *Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema*; LL 1997-B-994). También se han ocupado del tema entre otros Bielsa, Rafael; “*El orden político y las garantías jurisdiccionales (Separación de Poderes y Vigencia del Derecho)*”, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, 1943, pp.35 y 36.; Bielsa, Rafael y Graña, Eduardo; *Justicia y Estado*; Buenos Aires, Ciudad Argentina; 1996; Bidart Campos, Germán J., *El Derecho Constitucional del Poder*, Buenos Aires, tomo II, Ediar; 1967; Spota, Alberto A., “La Corte Suprema de Justicia de la Nación como parte del poder político del Estado”, LL 1990-B, 979; Santiago, Alfonso (h.) y Alvarez, Fernando (coordinadores); *Función política de la Corte Suprema*; Buenos Aires, Abaco; 2000.

⁴ Ver Abalos, María Gabriela; *La autonomía presupuestaria del Poder Judicial. Una herramienta para garantizar la independencia judicial y la eficaz administración de justicia*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2012. También “El poder judicial y la autarquía: recepción en el derecho público provincial argentino”, en *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional*, Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés, Gerardo Eto Cruz, (coordinador), Lima, t. II, Adrus, 2011; pp. 875/899, “La Corte Suprema y a la autonomía presupuestaria del Poder Judicial”; en Revista “El Reporte Judicial”, Escuela de Capacitación Judicial, Poder Judicial de Chubut, Chubut, 2011; pp.72/76.

muchos casos, otro que se encarga de controlar la actividad administrativa. El gobierno y administración del Poder Judicial se difiere a un organismo extra poder o con autonomía plena, si se mantiene dentro de la órbita de aquél, denominado usualmente Consejo de la Magistratura, que de ordinario se le asignan funciones de manejo presupuestario del Poder Judicial, de selección de magistrados y hasta de remoción de éstos⁵.

En síntesis, en el primer modelo el Poder Judicial es un órgano de poder que cogobierna con los demás, mientras que en el segundo, se limita a ser un mero departamento de la administración de justicia, subordinado al poder político, razón por la cual los consejos de la magistratura son instrumentos para conquistar, poco a poco, la independencia institucional mediante la transacción que supone un órgano con representantes políticos juntamente con representantes de otros grupos de poder y del mismo Poder Judicial⁶.

Las diferencias esbozadas dan lugar a un sinnúmero de interrogantes en el ordenamiento jurídico argentino con el desembarco del Consejo de Magistratura de manos de la reforma de 1994 y su rol en relación con el Poder Judicial⁷. Se visualizan las tensiones desde los debates en el seno de la

⁵ Sagüés, Néstor Pedro; “El Poder Judicial y el equilibrio institucional de los poderes del Estado”, en ED t.176-800, también Di Iorio, Alfredo J.; “Apuntes para el estudio del “apoderamiento” del Poder Judicial por parte del Poder Ejecutivo. Primera parte”; en *Jurisprudencia Argentina*; Suplemento *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*; 2009 – III- 2.

⁶ Así lo sintetiza Cayuso, Susana en *Constitución de la Nación Argentina comentada*; Buenos Aires. La Ley; 2006; p. 372. En el modelo continental europeo entonces, el principio es el de colaboración entre los poderes y no de división por lo que, los Consejos tienen, entre otras funciones, la de asegurar la independencia de la administración de justicia. (Sola, Juan Vicente; *Derecho Constitucional*; Buenos Aires; Lexis Nexis; 2006; p. 824).

⁷ Así lo advertía con claridad Badeni diciendo “... la eficacia de las teorías y del snobismo constitucional, cuando su expresión está desprovisto de un serio análisis previo sobre la realidad política y sociológica, depende del azar, que el trasplante de instituciones extranjeras, que se adecuen a las modalidades políticas y sociales de los pueblos donde se aplican, en modo alguno garantiza un resultado positivo en el ámbito de comunidades signadas por ideas, valores y tradiciones diferentes” (Badeni, Gregorio; *Tratado de Derecho Constitucional*; Buenos Aires; t. III; 3era. ed.; La Ley; 2010; p. 869). También Spota, Alberto A.; “Designación y remoción de magistrados. Precisiones en torno al Consejo de la Magistratura”, en *Comentarios a la Constitución*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Buenos Aires; 1995; p. 147. En coincidente sentido, Gelli, María Angélica; *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*; Buenos Aires; 5ta. Ed.; La Ley; 2018; p. 576, sin embargo advierte que no se vulnera ningún principio de la república democrática con esta inclusión.

Convención Constituyente, pasando por el texto constitucional aprobado, junto al devenir de las normas legislativas sancionadas en su consecuencia y la rica interpretación jurisprudencial que generan.

En el marco de este trabajo, a treinta años de la reforma constitucional, se hará hincapié en la confrontación en torno al Consejo de la Magistratura y su integración, entre la interpretación legal y la jurisprudencial rescatando acuerdos y contrastes. Para ello se pasará revista a la interpretación constitucional a través de las cuatro leyes reglamentarias emanadas del Congreso y la respuesta de la Corte Suprema de Justicia en sus precedentes emblemáticos puntualizando principalmente lo resuelto en torno a la integración del Consejo de la Magistratura y su impacto en la independencia judicial.

II. El Poder Judicial en la Constitución de 1853/60

La Constitución Nacional de 1853/60 consagra al Poder Judicial como un órgano constitucional, complejo y especializado. Es constitucional por hallarse expresamente consagrado en la Constitución formal, es complejo tanto en virtud de la estructura orgánico – funcional (art. 108 CN.) como de la organización federal del Estado (art. 5 CN.), y es especializado en cuanto tiene a su cargo la administración de justicia sometida al principio de legalidad dentro del marco constitucional⁸. También se dice que es plural, sistémico, jerárquico y profesionalizado⁹.

Además, el texto constitucional ubica a la Corte Suprema como órgano máximo de gobierno del Poder Judicial (art. 94 actual 108)¹⁰, con específicas garantías para todos los integrantes de éste (arts. 95 y 96, actuales 109 y 110) y delegando en aquélla el dictado de su reglamento interior y económico (art. 99 que se reproduce parcialmente en el nuevo art. 113), y se impuso el mismo modelo a las provincias (art.5). A ello se sumó el control

⁸ Segovia, Juan Fernando; “La independencia del Poder Judicial y el Estado de Derecho”; en Pérez Guilhou, Dardo y otros; *El Poder Judicial*; Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos; ob.cit.; p. 145.

⁹ Asi lo define Rosatti, Horacio; *Tratado de Derecho Constitucional*, Santa Fe, 2da. edición, Rubinzal-Culzoni, 2017, p. 437.

¹⁰ Ver entre otros a Cueto Rúa, Julio; “La Corte Suprema como poder del Estado”, LL 1987-D-865, Ekmekdjian, Miguel A.; “El rol institucional de la Corte Suprema de Justicia”, LL 1992-D-650; Santiago, Alfonso (h.) y Alvarez, Fernando (coordinadores); *Función política de la Corte Suprema*; ob.cit.; Santiago, Alfonso (h) director, *Historia de la Corte Suprema Argentina*; Marcial Pons, Argentina, 2014, tres tomos.

de constitucionalidad de las normas reconocido a todos los jueces¹¹. En este marco, la función de gobierno del Poder Judicial estaba implícitamente adjudicada a la Corte Suprema en virtud de no ser solo el tribunal de máximo grado sino también el único de creación constitucional¹².

Este régimen constitucional también incluyó a los poderes políticos en el funcionamiento del sistema judicial, atribuyendo al Poder Legislativo la potestad de organizar la estructura judicial (art. 67, inc.17, actual art. 75 inc.20) y al Ejecutivo, el poder de designar a los jueces de todas las instancias, con acuerdo del Senado (art. 86, inc. 5, actual art. 99 inc.4), quedando la remoción de los integrantes del sistema judicial en manos del Congreso de la Nación (arts. 45, 51 y 52, actuales 53, 59 y 60).

De modo gradual, el Poder Judicial ha ido desempeñando un papel preponderante en la formación y en la realización completa del proceso que conforma el acto de poder político, revistiendo capital importancia la función de desenvolvimiento y aplicación de la norma como expresión del mandato político. Como bien afirma Oyhanarte, el Poder Judicial en general y la Corte Suprema en particular, tienen una importante injerencia en el ejercicio de las funciones de gobierno y de control. La función gubernamental definida primordialmente como el trazado de una política global y la adopción de las decisiones fundamentales destinadas a realizarlas, es de ejercicio compartido por los miembros de los tres órganos superiores del Estado: el Poder Ejecutivo la realiza cuando se desempeña como un centro de comando rápido, informado y verdaderamente eficaz, el Poder Legislativo, por medio de sus mayorías que cohesionadas permitan la gestión del

¹¹ Ello así desde los casos “Domingo Mendoza y Hno” (Fallos, 3:315), “Sojo” (Fallos, 32:120), “Elortondo” (Fallos, 33:162). Ver entre otros a Bianchi, Alberto; *Control de Constitucionalidad*; Buenos Aires, 1er. Ed.; Abaco; 1992; Vanossi, Jorge; *Teoría constitucional*; Buenos Aires, tomo II; 2da. Ed. Actualizada; Depalma; 2000; p. 82. Sola, Juan Vicente; *Control judicial de constitucionalidad*; Buenos Aires; Lexis Nexis; 2006; Haro, Ricardo; *Control de constitucionalidad*; Buenos Aires; 2da.edic.; Ed. Zavalía; 2008; Amaya, Jorge Alejandro; *Marbury v. Madison. Origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad*; Colombia, Nueva Jurídica; 2017; del mismo autor *Control de Constitucionalidad*; Buenos Aires; Astrea; 2012, *Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad*; Buenos Aires; tomo I; Astrea; 2018; Laplacette, Carlos José; *Teoría y práctica del Control de Constitucionalidad*; Buenos Aires; B de F, Montevideo, 2016, Gozaíni, Osvaldo A.; *Control de constitucionalidad y de convencionalidad*; Colombia; Nueva Jurídica; 2017, entre otros.

¹² Bielsa, Rafael y Graña, Eduardo; “*Justicia y Estado. A propósito del Consejo de la Magistratura*”; ob.cit.; p. 146. Ver también Sola, Juan Vicente; *La Corte Suprema de Justicia. El nuevo proceso constitucional*; Buenos Aires, La Ley; 2015.

Ejecutivo y el Poder Judicial, favoreciendo la viabilidad de la política por medio de sus sentencias. En cuanto a la función de control, es atribuida a las minorías legislativas y también al Poder Judicial a la hora de declarar la inconstitucionalidad de una norma¹³.

III. El Consejo de la Magistratura en la reforma constitucional de 1994

A. Los Consejos de la Magistratura son extraños al modelo judicial de raíz norteamericana adoptado por la Constitución Argentina, como se ha dicho, sin embargo, algunas provincia¹⁴ fueron incorporándolos a nivel constitucional empezando con Chaco en 1957 y Río Negro en 1958.

Como antecedente nacional se registra el Decreto N° 1179/91 que creó una “Comisión Asesora de la Magistratura”¹⁵, pero sus resultados no fueron demasiado esperanzadores ya que el excesivo predominio de representantes del Poder Ejecutivo y el carácter no vinculante de sus decisiones hizo que en algunos casos la presidencia nominara como jueces a personas no incluidas en las listas elaboradas por la Comisión.

Luego de ello, se desaconsejó su adopción durante la administración del presidente Alfonsín puesto que el Consejo para la Consolidación de la Democracia, al estudiar los posibles temas para una eventual reforma constitucional, no lo incluyó por considerar que las experiencias en el derecho comparado no eran suficientemente positivas¹⁶.

¹³ Oyhanarte, Julio; *Poder político y cambio estructural*; Buenos Aires, Ed. Paidós; 1969; p. 60. Recuerda este autor que es necesario, sin embargo, reconocer que el rol preponderante corresponde al Ejecutivo, pero que éste, no podría actuar sin apoyo legislativo, y en última instancia sus decisiones, para tener estabilidad definitiva, requieren de la viabilidad que les presta la Corte. Insiste en la necesidad de asegurar una mayoría legislativa que se integre con el Ejecutivo para el ejercicio cohesionado de la función gubernamental.

¹⁴ Ver de Pancallo DAgostino, Martín; “El Consejo de la Magistratura en las provincias y en la Ciudad de Buenos Aires”; en Sabsay, Daniel (dirección) y Manili, Pablo (coordinación); *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*; Buenos Aires; tomo 4, Ed. Hammurabi; 2010; p. 489.

¹⁵ Estaba integrada por siete miembros que representaban al Ministerio de Justicia, a la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia, a la Secretaría General de la Presidencia, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y a la Federación Argentina de Colegio de Abogados.

¹⁶ Se dijo que “Como alternativa para superar el riesgo de politización se ha sugerido introducir el llamado Consejo de la Magistratura. Este organismo, parcialmente integrado

B. Por su parte, la Ley N° 24.309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional que luego se concretó en 1994, contenía la introducción del Consejo de la Magistratura en el denominado Núcleo de Coincidencias. Tal inclusión estuvo signada por hechos puntuales que durante la década del 90 del siglo XX fueron perjudicando la independencia del Poder Judicial, con duras críticas a los comportamientos de algunos jueces, agravado por el aumento del número de miembros de la Corte Suprema que pasó de cinco a nueve miembros¹⁷, permitiendo la conformación de la denominada “mayoría automática”, muchas veces en línea con la posición del gobierno de ese momento.

De esta forma se buscó que el Consejo de la Magistratura “despartidizara” los nombramientos de magistrados, fomentara el ingreso y la promoción en la carrera judicial respetando los principios de igualdad e idoneidad y también aliviara al Poder Judicial del peso de tareas que no estaban ligadas directamente con la función jurisdiccional. Se buscaba sobre todo autonomía, independencia, eficiencia y operatividad¹⁸.

Ello se pone de manifiesto en los debates de la Convención Constituyente, así el miembro informante del despacho mayoritario Enrique Paixao, destacó que la judicatura argentina padecía una triple crisis: técnica, institucional y política, ante lo cual el órgano central de dicha reforma

por representantes del Poder Judicial y de los otros poderes, tendría a su cargo el nombramiento de los jueces. La experiencia de este método de designación en algunos países que, como España, lo han adoptado ha sido negativa. Ha conducido a un enquistamiento del Poder Judicial, a la consolidación de una suerte de “establishment” de los jueces, impermeable a razonables sugerencias originadas en las cambiantes necesidades de la sociedad”. (Consejo para la Consolidación de la Democracia; *Reforma constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*; Buenos Aires, 1er. Ed.; Eudeba; 1986; pp. 62 y 63).

¹⁷ Mediante la Ley N° 23.774 sancionada el 05/04/1990.

¹⁸ Ver en otros a Corcuera, Santiago H. y Rascioni, Nora V.; *El Consejo de la Magistratura, órgano del Poder Judicial de la Nación*; Buenos Aires, Lexis Nexis; 2005; Sagües, Néstor P.; *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*; Buenos Aires; Lexis Nexis; 2005; Ventura, Adrián, *Consejo de la Magistratura. Jurado de Enjuiciamiento*; Buenos Aires; Depalma; 1998; de este mismo autor, “Consejo de la Magistratura”; en Sabsay, Daniel (dirección) y Manili, Pablo (coordinación); *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*; t. 4, ob.cit., pp. 452 y ss.; Abalos, María Gabriela; “El perfil político partidario del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento”; en *Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho*; 12 de junio de 2009; p. 1.

... es el Consejo de la Magistratura, cuyas funciones van desde una intervención sustancial en el procesos de nombramiento de los jueces hasta la apertura del procedimiento de remoción de estos y la acusación ante el Jurado de Enjuiciamiento, órgano este que pasa a ser el mecanismo de remoción en caso de inconducta para los jueces nacionales, exclusión hecha de quienes integran la Corte Suprema¹⁹.

En cuanto a la integración del Consejo de la Magistratura, continúa Paixao,

...se ha procurado un modelo de equilibrio que garantice la transparencia en el cumplimiento de estas finalidades y el pluralismo en la integración del órgano, pero que simultáneamente no convierta al Poder Judicial de la Nación en un sistema autogestionario en el que los jueces -cuya misión es la de decidir casos concretos- puedan llegar a transformarse en la fuente de provisión de nuevos jueces. De tal manera, se ha buscado un modelo intermedio en que los poderes democráticos retengan una importante injerencia en el proceso de designación de los jueces, pero en el que simultáneamente -por participación de los propios jueces en el gobierno de la magistratura y por participación de estamentos vinculados con la actividad forense u otras personas- el sistema judicial esté gobernado con pluralismo aunque sin transferir a quienes no tienen la representación popular la totalidad de los poderes propios distintos de los que le son específicamente propios del sistema judicial, que son los de dictar sentencias, esto es, resolver casos contenciosos²⁰.

¹⁹ Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones, 18º Reunión -3º Sesión Ordinaria (continuación) 27 de Julio de 1994, p. 2219. Agrega que este Consejo tendría importantes funciones, revirtiendo así la tendencia que ha llevado a concentrar en uno de los Órganos que ejercen el Poder Judicial de la Nación -la Corte Suprema de Justicia de la Nación- la totalidad de los poderes de administración correspondientes a un conjunto de órganos descentralizados entre sí.

²⁰ Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones, 18º Reunión, 3º Sesión Ordinaria (continuación), 27 de Julio de 1994, p. 2219.

También son importantes las intervenciones de García Lema²¹, Cullen, Hitters, De la Rúa, Armagnague²², entre otros. Cullen, por ejemplo si bien aplaude que la designación y la remoción de los magistrados al margen de toda preferencia de carácter político, esté en manos del Consejo de la Magistratura con integración tripartita entre los políticos, abogados, jueces e, incluso, personalidades independientes y académicas, sin embargo plantea sus dudas en cuanto a las atribuciones del Consejo para gobernar y administrar el Poder Judicial, ya que se pronuncia a favor de la autarquía de este órgano²³.

Las voces críticas también se hicieron sentir en el seno de la Convención Constituyente. Por ejemplo, Conesa Mones Ruiz, miembro informante del Bloque Fuerza Republicana²⁴ sostuvo que el proyecto de la mayoría directamente tiende a la desaparición del Poder Judicial, atenta contra el sistema republicano de gobierno y los principios de la democracia. En su lugar, defiende la creación del Consejo de la Magistratura con las funciones de designación, nominación, selección de magistrados futuros previo concurso de oposición, méritos y antecedentes, pero que no implique la sustitución de facultades esenciales del Poder Judicial de la Nación. Por su parte, Vázquez, miembro informante del Modin, advirtió críticamente sobre la grave politización en su integración, ya que, se le da injerencia a los poderes políticos del gobierno, lo que acarreará la consecuente zozobra en los jueces con respecto a su estabilidad, que es uno de los pilares fundamentales del régimen republicano de gobierno²⁵.

C. Fruto de los debates constituyentes, el art. 114 CN es el que recepta el Consejo de la Magistratura dentro de la Sección Tercera referida al Poder Judicial. Dicho artículo le atribuye en general la competencia de seleccionar a los jueces y administrar el Poder Judicial. En cuanto a la integración, solamente exige periodicidad y equilibrio entre los representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular; de los jueces federales de todas las instancias; de los abogados de la matrícula federal; y otras personas del ámbito académico y científico, dejando en manos de los

21 Ver además de García Lema, Alberto; "El Consejo de la Magistratura y el jurado de enjuiciamiento de jueces en la teoría de la división de poderes", LL 1995-B-1129.

22 Ver además de Armagnague, Juan Fernando; *Procedimiento ante el Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento Nacional*; Buenos Aires; Depalma; 1998.

23 Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones, ob.cit.; p. 2410.

24 Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones, ob.cit.; p. 2246.

25 Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones, ob.cit.; p. 2236.

legisladores la determinación de su número como asimismo los requisitos generales de elegibilidad de los mismos; los métodos de elección, la duración en el mandato y, eventualmente, sus remociones.

En este sentido, el texto constitucional delega la tarea de finalizar la composición del Consejo de la Magistratura en una ley especial, y exige que sea sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso. Ekmekdjian advertía que no se debió dejar en manos del legislador la trascendente función de fijar el perfil definitivo del instituto, porque quedaría ligado a las contingencias políticas que pudieran surgir de circunstanciales pactos o mayorías coyunturales²⁶. Además, la cláusula transitoria décimotercera agrega el plazo para su dictado indicando que, a partir de los trescientos sesenta días de la vigencia de esa reforma, los magistrados inferiores solamente podrían ser designados por el procedimiento previsto en la presente Constitución y hasta tanto se aplicaría el sistema vigente con anterioridad. La demora en la sanción legislativa, que recién se concreta en diciembre de 1997 impidió la aplicación del artículo referido por más de dos años.

En torno a las competencias, el art. 114 dota al Consejo de importantes atribuciones que van desde la seleccionar de postulantes a las magistraturas inferiores mediante concursos públicos y la conformación de propuestas en ternas vinculantes, pasando por la administración de los recursos y ejecución del presupuesto asignado a la administración de justicia, hasta las facultades disciplinarias sobre magistrados y la apertura del procedimiento de remoción, con facultades para ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente, coronado con el dictado de los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

D. Frente a la magnitud de atribuciones de este Consejo de la Magistratura, que impactan de lleno en el corazón del gobierno judicial, de la cuestión presupuestaria, de la administración de sus recursos y del funcionamiento judicial, se advierte que el meollo de la cuestión se centra en la

²⁶ Ekmekdjian, Miguel A.; *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires; t. V; 3era. ed.; Abeledo Perrot; 2016; p. 274. Realiza un interesante análisis comparado en torno a la ubicación y funciones del Consejo de la Magistratura en Francia, Italia, España, Perú, Colombia (pp.280/285). También Badeni, Gregorio; *Tratado de Derecho Constitucional*; tomo III; ob.cit.; pp. 846 y ss.

integración de este cuerpo y dentro de este punto, en la interpretación del exigido equilibrio. Ello así puesto que, los estamentos que deben integrar el Consejo tienen perfiles e intereses diferentes y la posible preeminencia de unos sobre otros acarrearía importantes consecuencias para el funcionamiento independiente del Poder Judicial.

Sobre el significado del equilibrio exigido, se han esbozado distintas interpretaciones, desde que no implica igualdad entre los distintos estamentos, tal como lo ha sostenido Bidart Campos, que entiende que no equivale a la igualdad en cantidad de cada uno, sino que ese equilibrio supone impedir que por el número y/o modo de designación de las representaciones políticas, la integración y el ejercicio de las competencias del Consejo queden a merced del predominio del ejecutivo, del congreso o de los partidos políticos²⁷. En el mismo sentido se ha dicho que no supere una a las otras²⁸, que no sea igualdad estricta entre todos ellos²⁹. Mientras que otros sostienen que puede reconocérsele preeminencia a uno sobre los otros³⁰, pero en ese caso, ninguno de los sectores

²⁷ Agrega que “El Consejo exige independencia y no la tendría si se convirtiera en un organismo instrumentado política o partidariamente para subordinar el poder judicial a los poderes políticos” (Bidart Campos, Germán; *Manual de la Constitución Reformada*; Buenos Aires, tomo III; Ediar; 1997; p. 374). Ver también a Manili, Pablo; *Constitución de la Nación Argentina*; Buenos Aires, tomo 2; Astrea; 2023; p. 598.

²⁸ Sola, Juan Vicente; *Derecho Constitucional*, Buenos Aires; Lexis-Nexis, 2006, p. 827. Se pregunta “... ¿o cuál grupo puede tener representación preeminente sobre los demás? A primera vista, y siguiendo la tradición europea al respecto, se imaginaría que la preeminencia sería de representantes de jueces y abogados, donde los legisladores intervienen no solo en la sanción de la ley de organización del Consejo, sino también en el caso del Senado al prestar acuerdo a los magistrados designados. Reconocer esta situación suponía la aplicación de una autolimitación en ejercicio de esta función técnica, pero los legisladores confirmaron sus apetencias políticas para la designación de jueces”. (del mismo autor; “La Constitución y el Consejo de la Magistratura”; LL 30/12/2021, 1).

²⁹ Gelli, María Angélica; “El Consejo de la Magistratura a la palestra. Las razones, el método y la subjetividad política de su enmienda”; LL 2006 –A– ; de la misma autora; “El Consejo de la Magistratura en contexto político institucional”, LL 2009-D-1349; también “Las inconstitucionalidades de la ley del Consejo de la Magistratura. Una sentencia crucial”; La Ley 26 de junio de 2013.

³⁰ Ver por ejemplo a Spota, Alberto; “El Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional”; LL. 1995-D-1360. Esta preeminencia puede manifestarse a través del reconocimiento de la mayoría absoluta de los miembros que le permitiría obtener quórum por sí solo, e incluso decidir sin el consenso del resto de los representantes.

representados debería ser capaz de neutralizar por sí solo la representación de los otros estamentos.

Cabe agregar que, según el Diccionario de la Real Academia Española, equilibrio. (Del lat. *aequilibrium*) tiene las siguientes acepciones:

1. m. Estado de un cuerpo cuando fuerzas encontradas que obran en él se compensan destruyéndose mutuamente.
2. m. Situación de un cuerpo que, a pesar de tener poca base de sustentación, se mantiene sin caerse.
3. m. Peso que es igual a otro y lo contrarresta.
4. m. Contrapeso, contrarresto, armonía entre cosas diversas.
5. m. Ecuanimidad, mesura, sensatez en los actos y juicios³¹.

De estas significaciones podríamos aplicar a la composición del Consejo aquella que implica el contrapeso, la armonía entre cosas diversas y por ello adscribir a la posición que entiende que ningún sector debería tener preeminencia sobre los otros que implique neutralizar o anular a los demás. Incluso tal equilibrio funciona también intrasectores de forma tal que, dentro del sector político la representación del Poder Ejecutivo no podría ser predominante sobre la del Legislativo pero sí podría darse a la inversa atento a que el objetivo de la reforma de 1994 fue atenuar los poderes del presidente³².

En esta línea, no se trata de convalidar el predominio absoluto de jueces en el Consejo, ya que ello conduciría a la autogestión judicial, ni tampoco el manejo indirecto del Consejo por los partidos políticos³³, ni permitir que el poder de bloqueo para seleccionar y remover jueces ni administrar los recursos, en manos de ninguno de los estamentos mencionados en la cláusula constitucional³⁴.

Este es el punto crucial donde se visualizan importantes discrepancias entre en las distintas leyes reglamentarias y la interpretación jurisprudencial, siendo que la obra del legislativo han ido incrementando el predomi-

³¹ <https://dle.rae.es/equilibrio> (consultado 10 de octubre de 2024).

³² Esta es la opinión vertida por Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Angel y Cenicacelaya, María de las Nieves, en *Derecho Constitucional Argentino*; Santa Fe, 2da. Edición actualizada; tomo II; Rubinzal Culzoni; 2009; p.1274.

³³ Sagües, Néstor Pedro; *Derecho Constitucional*, Buenos Aires; t. 2, “Estatuto del poder”; Astrea; 2017; p. 426; también en su *Elementos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 2a ed. actualizada y ampliada, Astrea, 1997, t. I, p. 519.

³⁴ Rosatti, Horacio; *Tratado de Derecho Constitucional*, 2da. edición, ob.cit., p. 459. Este autor entiende que se trata de cuatro estamentos: los órganos políticos representativos; los jueces, los abogados y los académicos y científicos.

nio de un solo sector, los representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular, frente a las decisiones de la Corte Suprema que se han inclinado decididamente por desechar el principio de igualdad estricta entre los estamentos, admitiendo en su lugar, la tesis de la no preeminencia de unos sobre otros.

IV. Interpretación legislativa. Las cuatro leyes reglamentarias.

Conforme al art. 114 la norma de desarrollo institucional³⁵ del Consejo debe contar con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, resguardando así los intereses de las minorías y de los gobiernos subnacionales, sin embargo, esa previsión democrática y federal produjo un significativo retraso en la sanción legislativa por falta de los necesarios acuerdos que impidió la aplicación del artículo referido por más de dos años.

A. En efecto, el 10 de diciembre de 1997 se sanciona la Ley N°24.937 y ocho días después es corregida por la Ley N° 24.939. La estructura con la primera norma se componía de diecinueve (19) miembros, quedando en veinte (20) con la corrección de la segunda. Los diecinueve (19) consejeros iniciales estaban presididos por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁶, más cuatro jueces del Poder Judicial de la Nación; ocho legisladores: cuatro senadores, (dos por la mayoría, uno por la primera y uno por la segunda minoría), cuatro diputados, (dos por la mayoría, uno por la primera y uno por la segunda minoría); cuatro representantes de los abogados de la matrícula federal; un representante del Poder Ejecutivo y un abogado, profesor titular de facultades de derecho de universidades nacionales. Mientras que, en la segunda norma, la composición es de veinte integrantes, ya que, se agrega a los mencionados, un representante del ámbito

³⁵ Así la denomina Gelli, María Angélica; *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*; ob.cit.; p. 584.

³⁶ Con acierto comenta Hirschmann que “El carácter de presidente “nato” del Consejo de la Magistratura otorgado por la ley al Presidente de la Corte Suprema permitía satisfacer el requisito constitucional de la presencia en el Consejo de “jueces de todas las instancias”, además contribuía con la presencia de una autoridad que intentaba ser equidistante y, a la vez, garantizar el equilibrio de la institución, añadiendo el prestigio de su representación a la Presidencia del organismo” (Hirschmann, Pablo G.; “Las diferentes etapas en el funcionamiento del Consejo de la Magistratura (1999-2015). Sus efectos sobre la designación y la remoción de jueces”, en Sup. Const. 2016 (julio), LL-2016-D, 1011).

científico. Esta modificación implicó reconocer por parte del Legislativo, que se trataba de ámbitos distintos, por un lado, el académico y por otro el científico requiriendo cada uno, representantes propios³⁷.

En relación con el equilibrio en la integración se observa que de los diecinueve miembros iniciales, nueve representaban a los sectores político-partidarios, número que se mantuvo en la integración de veinte consejeros. De esta forma, el perfil político implicaba un 45% sobre veinte consejeros, mientras que si se compara con cada uno de los sectores representados, es sin duda el más numeroso frente a cuatro abogados que representaban el 20% del total, cuatro jueces, también 20% y dos representantes del ámbito académico y científico, 10%³⁸.

B. En torno a la representación político partidaria, la situación se agravó aún más, el 22 de febrero de 2006 con la sanción de la Ley N° 26.080 —modificatoria de la Ley N° 24.937 y N° 24.939—. Dicha normativa, se escudó en la consideración del organismo como hipertrofiado, ineficiente, lento y burocrático³⁹, por lo que disminuyó el número de miembros quedando conformado por trece (13), a saber:

³⁷ En cuanto a la adopción de sus decisiones, con la Ley N° 24.937 y diecinueve miembros, el quórum era de trece y la mayoría era la absoluta de miembros presentes, excepto supuestos especiales, modificándose con la Ley N° 24.939 solamente el quórum que queda en doce, con veinte miembros.

³⁸ En cuanto a las mayorías exigidas si bien la regla es la mayoría absoluta de miembros presentes, las excepciones las constituían por ejemplo, el art. 7 inc. 7 que para decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, se requería la mayoría de dos tercios de miembros presentes. En similar sentido, el plenario podía revisar las calificaciones de los exámenes escritos y antecedentes y toda modificación a las resoluciones de la Comisión exigía la mayoría de dos tercios de los miembros presentes. También se exigía esta mayoría agravada para aplicar sanciones a los magistrados (art. 7 inc.12). Adviértase que estas excepciones que requerían la mayoría de dos tercios estaban previstas para casos de gran impacto en el funcionamiento y organización del Poder Judicial como son los supuestos de apertura del procedimiento de remoción de magistrados, aplicar sanciones y la revisión de las calificaciones de los exámenes. Ello suponía la necesidad de arribar a acuerdos entre los distintos sectores que componían el Consejo como una forma de superar la posibilidad de predominio de un sector sobre otro. (ver de Abalos, María Gabriela; “El perfil político partidario del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento”; ob.cit.).

³⁹ Así lo refiere Hirschmann y aporta datos en torno a las cifras de ternas elevadas como de las acusaciones formularas por el Consejo bajo las distintas leyes reglamentarias. (Hirschmann, Pablo G.; “Las diferentes etapas en el funcionamiento del Consejo de la Magistratura (1999-2015). Sus efectos sobre la designación y la remoción de jueces”, ob.cit.).

1. Tres jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el sistema D'Hont, debiéndose garantizar la representación igualitaria de los jueces de Cámara y de primera instancia y la presencia de magistrados, con competencia federal del interior de la República. 2. Seis legisladores. A tal efecto los presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán tres legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos a la mayoría y uno a la primera minoría. 3. Dos representantes de los abogados de la matrícula federal, designados por el voto directo de los profesionales que posean esa matrícula. Uno de los representantes deberá tener domicilio real en cualquier punto del interior del país. 4. Un representante del Poder Ejecutivo. 5. Un representante del ámbito académico y científico que deberá ser profesor regular de cátedra universitaria de facultades de derecho nacionales y contar con una reconocida trayectoria y prestigio, el cual será elegido por el Consejo Interuniversitario Nacional con mayoría absoluta de sus integrantes.

Se advierte que los distintos estamentos han reducido el número de representantes, en lugar de cuatro jueces quedan tres, y además se excluye al Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de cuatro abogados se reduce a dos, de ocho legisladores a seis (de los cuales cuatro son de la mayoría, y dos, de la primera minoría), de dos representantes del ámbito académico y científico queda uno solo por el ámbito académico, borrándose al científico. En porcentajes, los segmentos más afectados con la disminución de representantes son los abogados, jueces y el ámbito científico que han quedado con la mitad de representantes los primeros, y el último directamente suprimido. Dicha merma implica que el sector político partidario mantiene un mayor porcentaje comparativamente con los demás sectores y sobre el total de miembros. De esta forma, la norma acentúa el desequilibrio entre los estamentos, siete miembros del ámbito político partidario sobre trece suponen más del 50% de su integración contra el 45% en la anterior composición legislativa. Advuértase que este estamento no ha disminuido en realidad su poder en el seno del Consejo sino que por el contrario lo ha incrementado notablemente⁴⁰.

⁴⁰ Respecto a las decisiones, se mantuvo la mayoría de los dos tercios de miembros presentes para decidir en plenario la acusación ante el Jurado de Enjuiciamiento conforme al art. 12 inc. 7. Sin embargo, se cambia para el ejercicio de facultades disciplinarias sobre los

C. Con la sanción de la Ley N° 26.855 el 24 de mayo de 2013, se modifica por tercera vez la Ley N° 24.937, en esta ocasión bajo el lema “democratización de la Justicia”⁴¹ se reemplaza la forma de elección de sus integrantes que será “... a través de mecanismos no discriminatorios que favorezcan la participación popular” (art.1). Se cambia también la composición pasando de trece a diecinueve miembros, coincidiendo cuantitativamente con la primera integración, la establecida por la Ley N° 24.937. En lo cualitativo, los jueces mantienen el mismo número de tres que ostentaban con la Ley N° 26.080, igualmente los representantes de los órganos que surgen de la elección popular (seis legisladores y un representante del Ejecutivo), mientras que los abogados acrecientan su representación ya que de dos pasan a tres, y los del ámbito académico y científico, de un representante académico pasan a tener seis, siendo los sectores que se ven más favorecidos con este considerable aumento⁴².

Sobre la forma de elección, las normas anteriores habían respetado que los jueces, abogados, representantes del ámbito académico y científico, fueran elegidos por sus pares, en el seno de las asociaciones gremiales y profesionales existentes y de acuerdo con procedimientos reservados a los empadronados en cada asociación. Con la nueva ley “se propicia ampliar la base democrática de la elección de los miembros del cuerpo que no surgen directamente de la voluntad popular”, como se expresa

jueces, ya que en el mismo art. 12 inc. 12, se dispone que para aplicar las sanciones a los magistrados a propuesta de la Comisión de Disciplina y Acusación, las decisiones deberán adoptarse con el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes. La Corte Suprema y los tribunales inferiores mantienen la potestad disciplinaria sobre los funcionarios y empleados del Poder Judicial de la Nación, de acuerdo a las leyes y reglamentos vigentes.

⁴¹ El proyecto enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso el 8 de abril de 2013, indica los puntos en los que se sustenta, a saber, la profundización democrática que goza la República desde el 10 de diciembre de 1983, la necesidad de garantizar la efectiva participación de la comunidad en la toma de decisiones y la plena vigencia de los principios de publicidad de los actos de gobierno, transparencia en la gestión, control público de las decisiones y elección de jueces a través de mecanismos no discriminatorios que favorezcan la participación popular.

⁴² En relación a los requisitos, se suprime la exigencia de tener las condiciones necesarias para ser miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 11 CN), bastando con el nuevo texto contar con las condiciones mínimas exigidas para ser diputado (art. 48 CN). Lo significativo del cambio en torno a los requisitos da como resultado que, de los diecinueve miembros, solamente seis serán abogados en franca minoría frente a los restantes trece, lo que cambia sustancialmente el perfil profesional que el Consejo ostentó desde su nacimiento con la primera ley reglamentaria.

en la exposición de motivos, estableciéndose el sufragio universal como mecanismo de elección de los representantes de estos cuatro grupos⁴³. Adviértase que de esta forma, tanto los jueces como los abogados y los académicos y científicos que aspiren a ser consejeros, deberían insertarse necesariamente en el ámbito de la política partidaria, y participar en los comicios integrando las listas de algún partido político nacional en las primarias y luego en las elecciones generales. Ello resultaba reñido especialmente con las obligaciones impuestas a los jueces de no actuar en política ni estar afiliados a partidos o agrupaciones políticas⁴⁴.

Si tenemos en cuenta que, en las normas reglamentarias anteriores se criticaba la falta de equilibrio entre los representantes de los órganos que surgen de la elección popular y que representan a la política partidaria que

⁴³ Conforme al nuevo art. 2 tanto los jueces como los abogados que quieran ser consejeros, se elegirán por el pueblo de la Nación a través del sufragio universal, correspondiendo dos representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y uno a la que resulte en segundo lugar. En el caso de los seis representantes de los ámbitos académico o científico, elegidos a través del sufragio universal corresponderán cuatro representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y dos a la que resulte en segundo lugar. Los seis legisladores por su parte, resultarán de la designación de los Presidentes de Senadores y de Diputados, que a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán a tres legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos a la mayoría y uno a la primera minoría. Finalmente, se mantiene un representante del Ejecutivo, el cual no proviene directamente de la elección popular, ya que no se trata del propio Presidente sino de un funcionario designado por éste. En el art. 3 bis se determina el procedimiento para elegir a los consejeros representantes del ámbito académico y científico, de los jueces y de los abogados de la matrícula federal, estableciéndose que las elecciones se realizarán en forma conjunta y simultánea con las elecciones nacionales en las cuales se elija presidente. La elección será por una lista de precandidatos postulados por agrupaciones políticas nacionales que postulen fórmulas de precandidatos presidenciales, mediante elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias.

⁴⁴ Así se dispone en el art. 8 del Reglamento para la Justicia Federal contenido en la Acordada del 17 de diciembre de 1952 por el cual magistrados, funcionarios y empleados deberán observar una conducta irreproachable y especialmente “no podrán estar afiliados a partidos o agrupaciones políticas, ni actuar en política política” (inc. e). Si bien en la nueva normativa del Consejo no se exige que los jueces cumplan con la afiliación, al requerir que integren las listas de los partidos políticos por lógica se impone la participación en actividades propias de los partidos políticos, como manifestarse abiertamente como simpatizante de un partido político ya que al integrar su lista deberá hacer campañas, presentar propuestas acordes con los demás postulados de dicho partido. Además el art.33 de la Ley N°23.298 de partidos políticos excluye a los magistrados de la posibilidad de ser precandidatos en elecciones primarias y candidatos en elecciones generales a cargos públicos electivos nacionales.

conforme a la Ley N° 26.080, implicaban más del 50% de la representación en relación con los otros estamentos, como son los jueces, los abogados, los académicos y los científicos, con la nueva norma se corría el riesgo de anular por completo el mentado equilibrio puesto que todos los grupos quedarían a merced de la política partidaria.

V. Interpretación judicial. La Corte Suprema de Justicia frente a las leyes reglamentarias

El análisis de la jurisprudencia del Superior Tribunal Nacional tiene especial importancia dado el valor arquitectónico que ostenta. Resalta Pérez Guilhou que, desde su instalación la Corte Suprema cumple el formidable papel político de crear la institucionalización de la Constitución. Ha coparticipado y participa en el ejercicio del poder estatal, y sus funciones, las más de las veces, son materialmente políticas, en el más elevado sentido de la palabra, “al extremo de que podría decirse sin error, que las principales decisiones del Estado están expuestas a riesgo de invalidación mientras no han recibido el exequátur de la Corte Suprema” -citando a Oyhanarte⁴⁵. En este entendimiento, los aportes constructivos en la interpretación constitucional del art. 114 son de gran importancia.

Frente a las normas referidas, la Corte Suprema de Justicia se expidió en importantes casos, el primero sobre la inconstitucionalidad de la Ley N° 26.855 y años después sobre la Ley N° 26.080, aunque al resolver sobre la primera se encontraban pendientes los planteos de inconstitucional de la segunda.

A. La primera norma citada, sancionada el 24 de mayo de 2013, provocó la reacción de una amplia parte de la doctrina y de sectores representativos de la judicatura planteándose de inmediato contiendas judiciales en distintas jurisdicciones del país. El caso que finalmente llega a la Corte Suprema –un amparo promovido por el presidente del Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires- tramita por la vía de recurso extraordinario federal por salto de instancia según lo habilitado por el art. 257 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, desde el Juzgado Federal con competencia electoral no. 1 de la Capital Federal.

⁴⁵ Pérez Guilhou; Dardo; “El Poder Judicial: órgano político y estamental”; ob.cit.; p. 87. Citando a Oyhanarte, Julio; “Historia del Poder Judicial”; en *Todo es Historia*; Buenos Aires, año VI, no. 61, mayo de 1972.

Se trata del caso “Rizzo, Jorge Gabriel” resuelto el 18 de junio de 2013 por mayoría de seis ministros y una disidencia, donde el Superior Tribunal declaró inconstitucionales los arts. 2, 4, 18 y 30 de la Ley N°26.855 e inaplicable lo previsto en el art. 7 por la ley cuestionada, de conformidad con lo mandado en el art. 29 de esa normativa. También se declaró inconstitucional el decreto que convocaba a elecciones de consejeros⁴⁶.

Esta resolución por un lado, se adentró en cuestiones filosófico políticas e institucionales muy importantes en el desarrollo actual del constitucionalismo. Y por otro lado, se avocó al análisis de la Ley N° 26.855 en relación con el art. 114 CN aportando una visión integral dentro de la forma republicana representativa federal del art. 1. En efecto, en el voto de la mayoría se destacan cinco aspectos doctrinarios que exceden el marco puntual del Consejo de la Magistratura⁴⁷, y luego de ello, se pasa a demostrar que la

⁴⁶ CSJN. 18/06/2013, “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho s/acción de amparo c/Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautela)”. C.S. R. XLIX (18/6/2013), el voto mayoritario es firmado por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, y Faty. Concurrieron en forma conjunta los ministros Argibay y Petracchi y votó en disidencia el juez Zaffaroni. (LL. 2013-D, 30–LL.2013-D, 250, con nota de Francisco Junyent Bas; Suplemento Administrativo 2013 (agosto), 28 – LL 2013-D, 555–DJ 21/08/2013, 29, con nota de Ibarlucía, Emilio A.; DJ04/09/2013, 39–LL 2013-E, 400.

⁴⁷ En primer lugar, deja claro que la actuación de los tres poderes del Estado Nacional encuentra como límite la supremacía de la Constitución Nacional, (arts. 30 y 31). De ahí que, los poderes públicos deben actuar conforme al ordenamiento jurídico imperativo al que se encuentran sometidos; y si no lo hacen, sus actos deben ser invalidados para proteger la vigencia de las normas fundamentales impuestas por el pueblo soberano. En segundo lugar, la Carta Magna reconoce a cada uno de los órganos del Estado distintas facultades que les permiten y los obligan a controlar el accionar de los otros; y es en éste balance, que el Poder Judicial adquiere una función fundamental: el control de constitucionalidad de las normas y actos estatales. En tercer lugar, el reconocimiento creciente de derechos ha sido posible en nuestro ordenamiento porque la Constitución Nacional busca equilibrar el poder para limitarlo. Gracias a esta función de limitación del poder queda clara la inadmisibilidad de la doctrina de la omnipotencia legislativa fundada en una interpretación desmesurada de la voluntad presunta de la “mayoría del pueblo”. En cuarto lugar, el control de constitucionalidad procura la supremacía de la Constitución y no la del Poder Judicial o de la Corte Suprema. Y el ejercicio de tal control por parte de los jueces, que han recibido del pueblo – a través de los constituyentes-, el legítimo mandato democrático, no los coloca por sobre los restantes poderes del Estado. En quinto lugar, las decisiones de los poderes públicos, incluidas las del Poder Judicial, se encuentran sometidas y abiertas al debate público y democrático, lo cual es saludable y necesario en tiempos de transformación profunda de muchos de los principios y procedimientos de nuestro sistema constitucional. El control de constitucionalidad está destinado a funcionar como una instancia de protección de los

Ley N°26.855 en lo que respecta a la composición y forma de elección de los consejeros, no responde a la estructura medular que diseña el art. 114 CN afectando y comprometiendo seriamente el principio de independencia que debe regir la actuación del Poder Judicial y de sus integrantes.

1. Reconoce el voto mayoritario que la inclusión del Consejo con la reforma de 1994 tuvo por objetivo principal despolitizar parcialmente el procedimiento vigente desde 1853 para la designación de los jueces, priorizando en el proceso de selección una ponderación con mayor grado de objetividad de la idoneidad científica y profesional del candidato por sobre la discrecionalidad absoluta. El voto de Petracchi y Argibay agrega que el propósito que guió la incorporación del art. 114 CN fue la de reformular la relación de los poderes Ejecutivo y Legislativo –que responden básicamente a la dinámica del proceso político- con el Poder Judicial, en el sentido de fortalecer su independencia, al reducir, en cierta medida, la influencia de los actores políticos⁴⁸.

La voz crítica se escucha en el voto en disidencia. Zaffaroni se empeña en señalar que no es cuestión de invocar la voluntad del constituyente como siempre que se apela a la famosa voluntad del legislador. Ni la voluntad del legislador histórico, real ni del legislador imaginario, abstracto ya que en su

derechos fundamentales de las personas y de la forma republicana de gobierno, lo que requiere que los jueces obren en forma independiente e imparcial, como custodios de estos derechos y principios a fin de no dejar desprotegidos a todos los habitantes de la Nación frente a los abusos de los poderes públicos o fácticos. (Ampliar en Abalos, María Gabriela; “La Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a la “democratización de la justicia”. Los alcances del caso “Rizzo”; EDCO 20/03/2014, nro 13.449), también en “El Consejo de la Magistratura y la democratización de la justicia, en Suplemento de Derecho Constitucional, LL, 28-6-13).

⁴⁸ En este punto, la Corte Suprema en el voto mayoritario hace pie en la interpretación auténtica, en la voluntad originaria expresada en la Asamblea Constituyente como pauta de interpretación esencial que lleva a confirmar el genuino contenido de la cláusula constitucional en relación con la despolitización del procedimiento de selección de los miembros del Consejo, la elección a través de sus respectivos estamentos y el equilibrio interpretado como contrapeso. En el voto de Petracchi y Argibay se cita las explicaciones brindadas en su momento por los convencionales constituyentes tales como Paixao, Zaffaroni, Alfonsín y en voto mayoritario se menciona a los participantes en la redacción del Núcleo de Coincidencias Básicas contemplado en la ley de convocatoria de la reforma, de todo lo cual se extrae que el objetivo fundamental de introducir la novedad del Consejo de la Magistratura en nuestra Ley Fundamental fue fortalecer la independencia del Poder Judicial y reducir la gravitación de la política partidaria en la designación de los jueces, previendo una integración equilibrada respecto al poder que ostenta, por un lado, el sector político y por otro, el estamento técnico.

opinión, los datos históricos parlamentarios y de proyectistas pueden reforzar los argumentos acerca del sentido de un texto, pero ningún espíritu puede limitarlo más allá de su propia resistencia semántica. (Considerando 13).

2. En el marco de lo expuesto, el voto mayoritario marca las cuatro razones de inconstitucionalidad de la norma en análisis:

a. Rompe el equilibrio al disponer que la totalidad de los miembros del Consejo resulte directa o indirectamente emergente del sistema político – partidario; ello así, ya que de los diecinueve miembros, doce (12) serán elegidos en forma directa por sufragio universal y siete (7) en forma indirecta por los órganos políticos resultantes de la elección popular. Concluye entonces que todos los miembros del Consejo, directa o indirectamente, tendrían un origen político partidario, lo que contraría abiertamente lo dispuesto por el art. 114 que buscó asegurar el equilibrio en la composición del Consejo, de modo tal que ninguno de los estamentos tuviera primacía sobre los demás. En el voto de Petracchi y Argibay se agrega que en tanto otorga al cuerpo electoral –directa o indirectamente- la elección de todos los integrantes del Consejo de la Magistratura, hace imposible el equilibrio diseñado en el art. 114 C.N. puesto que elimina la diversidad de representación y deja subsistente tan solo una de ellas.

b. Desconoce el principio de representación de los estamentos técnicos al establecer la elección directa de jueces, abogados, académicos y científicos; ya que, no es la sola condición de juez o abogado lo que los hace representantes sino su elección por los miembros de cada uno de dichos sectores. Mientras que los académicos y científicos no tienen un rol central en la integración del Consejo, según la interpretación del voto mayoritario, por lo que la Ley N° 26.855 sobredimensiona su representación al elevar a seis su número, el doble que el fijado para diputados, senadores, jueces y abogados, y lo distorciona al establecer su elección por sufragio universal.

c. Compromete la independencia judicial al obligar a los jueces a intervenir en la lucha partidaria puesto que deberán integrar las listas de los partidos políticos, hacer campaña electoral, proponer plataformas políticas, y procurar la cantidad de votos necesaria para ingresar al Consejo de la Magistratura. Todo ello claramente atentatorio de la requerida imparcialidad del magistrado frente a las partes en un proceso y a la ciudadanía en general.

d. Vulnera el ejercicio de los derechos de los ciudadanos al distorsionar el proceso electoral, ello así por impedir en forma irrazonable y discriminatoria la posibilidad de constituir agrupaciones políticas al único efecto

de postular candidaturas al Consejo de la Magistratura; por restringir la posibilidad de presentar candidatos al Consejo solo a las agrupaciones políticas nacionales que postulen fórmulas de precandidatos presidenciales; por exigir para adherir la boleta de consejeros a la de legisladores nacionales en cada distrito, que en 18 de los 24 distritos se realice la adhesión con agrupaciones de idéntica denominación.

En base a estos cuatro aspectos la Corte declara la inconstitucionalidad de los arts. 2, 4, 18 y 30 de la Ley N° 26.855 y en consecuencia el Decreto N° 577/13 en cuanto convoca a las elecciones primarias, abiertas, simultaneas y obligatorias para la elección de candidatos a consejeros para el Consejo de la Magistratura. Se agrega además la inaplicabilidad del art. 29 en cuanto dispone modificaciones a la mayoría para decidir la apertura del procedimiento de remoción de los jueces, y las que se refieren al quorum previsto en el art. 7, al régimen de mayoría y a la composición de las comisiones del Consejo de la Magistratura. En su lugar, dispone que mantendrá su vigencia el régimen legal anterior previsto en la Ley N° 24.937 y sus modificaciones a través de las Leyes N° 24.939 y N°26.080.

3. La posición contraria que sostiene Zaffaroni afirma que no hay inconstitucionalidad manifiesta en la modalidad de elección ni en la ampliación de consejeros. En su opinión, no se puede negar al legislador el espacio para ensayar una estructura diferente ante una crisis, aunque sea un error político. Sobre la independencia judicial, defiende a la norma cuestionada porque ayudaría a liberar al juez de la corporación o verticalización es decir de la presión interna del Poder Judicial ejercida por los órganos de mayor instancia. Pero también la independencia externa o sea de los partidos políticos y poderes fácticos, a partir de afirmar que no hay personas sin ideología y el juez -en el caso como consejero- es independiente de cualquier partido y si ello no fuera así, será por causa de una falla ética en el magistrado. De ahí que la garantía de imparcialidad sea para Zaffaroni el pluralismo ideológico interno donde cada uno sepa cómo piensa el otro y le exija coherencia.

B. Varios meses después, el 6 de marzo de 2014, el Tribunal Supremo rechaza por improcedente el recurso extraordinario en el amparo iniciado por Ricardo Monner Sans⁴⁹, tendiente a la declaración de inconstitucional-

⁴⁹ CSJN., 6/03/2014, “Monner Sans, Ricardo c. EN–Secretaría General Presidencia y otros s/ amparo ley 16.986”, resuelto por los magistrados Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Petracchi, Faty y por sus respectivos votos, Argibay y Zaffaroni, quien remitió

lidad de la Ley N° 26.080, en cuanto modifica la composición y el funcionamiento del Consejo de la Magistratura conforme a la Ley N° 24.937.

Se confirma de esta forma el rechazo de dicho amparo, por un lado, atento a la falta de legitimación para accionar, ya que no puede fundarse en el interés general de un abogado en que se cumplan la Constitución y las leyes, pues no hay lugar en el orden federal para acciones populares que únicamente promuevan declaraciones abstractas y generales de inconstitucionalidad conforme el art. 116 CN y el art. 2 de la Ley N° 27. Por otro lado, se reafirma que el art. 114 referido no consagra la igualdad entre los distintos estamentos sino el equilibrio en la integración. Ello así, señala que el equilibrio que debe existir entre los distintos estamentos que conforman el Consejo no equivale a igualdad entre ellos, sino que aquel equilibrio es respetado siempre que no exista una acción hegemónica o predominio de uno de los estamentos por sobre el otro, remitiendo a lo decidido en “Rizzo”, lo cual debió ser demostrado concluyentemente por el demandante⁵⁰.

C. Años más tarde y con nueva composición, el 16 de diciembre de 2021, se expide la Corte Suprema en mayoría conformada por los jueces Rosenkrantz, Maqueda y Rosatti con la disidencia parcial de Lorenzetti en la causa “Colegio de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”⁵¹, por la inconstitucionalidad del sistema de integración, quorum y

a su disidencia en “Rizzo”. Ver el comentario de Ylarri, Juan Santiago; “La composición del Consejo de la Magistratura según la ley 26.080 y el precedente “Monner Sans”; DJ13/08/2014, 15.

⁵⁰ La magistrada Argibay lúcidamente plantea que “es inocultable, por cierto, que la ley 26.080 incrementa la exposición del Consejo de la Magistratura al riesgo de funcionamiento anticonstitucional al acortar la distancia que debe recorrer el sector político para alcanzar una mayoría consolidada, mediante, por ejemplo, un acuerdo entre los representantes de mayoría y minoría que desdibuje, su independencia de actuación parlamentaria. Sin embargo, se trata ésta de una situación hipotética que no demuestra la inconstitucionalidad manifiesta de la ley, materia propia de una acción declarativa como la presente. En su texto, la ley no traspone el límite establecido por esta Corte en el precedente “Rizzo”, pues, al debilitar a la mayoritaria representación política, impide afirmar que le adjudica a esa parcialidad el poder de tomar las decisiones del Consejo de manera hegemónica respecto de las otras representaciones principales mencionadas en el art. 114 de la CN” (Considerando 9).

⁵¹ CSJN. 16/12/2021, “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c. EN-ley 26.080–dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento”, LL 30/12/2021, 1, con notas de Sola, Juan Vicente y Caminos Cristian H.; SJA 18/03/2022, 1, con notas de Benente, Mauro y Guidi, Sebastián; JA 2022-I, 104; Manili, Pablo; “La integración “equilibrada” del Consejo de la Magistratura en el reciente fallo de la Corte Suprema”, LL 23/03/2022, 1; Herrero,

mayoría del Consejo de la Magistratura previsto en los arts. 1 y 5 de la Ley N° 26.080 y en consecuencia de ello, resultan inaplicables los arts. 7, inc. 3, de la Ley N° 24.937 y 6 y 8 de la Ley N° 26.080, así como todas las modificaciones efectuadas al sistema de mayorías previsto en la Ley N° 24.937.

1. La decisión de mayoría se basa en los siguientes pilares: en primer lugar, en el análisis del necesario equilibrio en la integración para lo cual recuerda lo ya dicho en la causa “Rizzo” y en “Monner Sans”. Así señala que si bien pueden existir diferencias en el número de representantes de los distintos estamentos —en tanto no se exige una igualdad aritmética—, esas diferencias no pueden permitir que ninguno de ellos tenga predominio o se imponga sobre los demás, pues, en tal caso, se consagraría una composición desequilibrada en favor de ese estamento. Se agrega que las nociones de no predominio o no hegemonía constituyen la guía básica que debe orientar el análisis, puesto que representan el umbral que no puede ser transgredido. Hay hegemonía o predominio constitucionalmente vedado si, considerando las funciones asignadas al Consejo de la Magistratura y su importancia relativa, las reglas de integración y funcionamiento arrojan como consecuencia que un estamento pueda imponerse a los otros en las decisiones relevantes.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo aclarado, se advierte que el sector político tiene la posibilidad, a partir de la reforma de la Ley N° 26.080, de realizar acciones hegemónicas en aspectos estrechamente vinculados con la designación y eventual remoción de magistrados lo cual resulta contraria al equilibrio de representación exigido por el art. 114 CN. y frustra los objetivos de despolitizar parcialmente ambos procesos y, de ese modo, aumentar la independencia judicial, que se fijaron los constituyentes de 1994 al sancionar esa norma. Así, el estamento político cuenta con un total de siete (7) representantes —seis (6) legisladores y un (1) representante del Poder Ejecutivo—, número que le otorga quorum propio y la mayoría absoluta del cuerpo, lo que le permite poner en ejercicio, por sí solo y sin la concurrencia de ningún representante de algún otro esta-

Luis René; “La República, al borde de perder el equilibrio. Cómo el fallo de la Corte sobre el Consejo de la Magistratura impacta en la división de poderes y en la independencia de los jueces”, LL 23/03/2022, 1; García Mansilla, Manuel J. y Ramírez Calvo, Ricardo, “La Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura. Reflexiones sobre el caso “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires””, en Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, T. 82, Número 2, 2022. (consultada 10 de octubre de 2024). <https://www.colabogados.org.ar/larevista/t82n2/reflexiones-sobre-el-caso-cacba.html>

mento, todas aquellas potestades del Consejo para las que no se ha fijado una mayoría agravada, las cuales —consideradas en su conjunto— revisten significativa trascendencia⁵².

2. Ahora bien, el voto en mayoría agrega una respuesta institucional claramente en ejercicio de su rol de órgano político. Advierte que

Las decisiones con las repercusiones de la presente no pueden dictarse desatendiendo las consecuencias que, de modo inmediato, derivarán de ella. Ello exige que el Tribunal, en cumplimiento de su deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar el caos institucional o la eventual paralización del funcionamiento del Consejo de la Magistratura, brinde una respuesta como cabeza del Poder Judicial de la Nación en la que se establezcan pautas claras y concretas acerca de la manera en que los efectos de su pronunciamiento operarán en el futuro⁵³.

⁵² Considerando 11 del voto de mayoría. Luego detalla en el Considerando 12 las distintas acciones en los siguientes términos “12) Que ingresando en el análisis particularizado de las funciones que el estamento político puede ejercer por sí mismo, con absoluta supremacía respecto de los distintos estamentos técnicos, debe señalarse que cuenta con mayoría propia para adoptar las siguientes decisiones: dictar su reglamento general; dictar los reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye la Constitución Nacional y la ley a fin de garantizar una eficaz prestación del servicio de administración de justicia; designar los integrantes de cada comisión; reglamentar los procedimientos de los concursos públicos para la cobertura de vacantes judiciales; instruir a la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial para que proceda a la convocatoria a concursos con anterioridad a la producción de vacantes; dictar los reglamentos para la subrogancia de jueces; designar a su presidente y vicepresidente; designar y remover al administrador general del Poder Judicial y a otras autoridades del Consejo; aplicar sanciones disciplinarias a los magistrados; entre otras (art. 7, Ley N° 24.937). Resulta de importancia destacar que el sector político puede, al contar con quorum y mayoría propios, dictar por sí el reglamento de concursos públicos mediante los cuales se seleccionan los aspirantes a la magistratura (art. 7 inc. 5 Ley N° 24.937, texto según Ley N° 26.855, de acuerdo con la mayoría prevista por el art. 5 de la Ley N° 26.080), lo que reviste indudable importancia para la designación de magistrados. Asimismo, el sector político tiene quorum y mayoría propios para imponer sanciones disciplinarias, cuya aplicación reiterada es causal de mal desempeño que puede dar lugar a la remoción de los magistrados en el marco de un procedimiento ante el Jurado de Enjuiciamiento (art. 25 inc. 7 Ley N° 24.937, texto según Ley N° 26.855). Es decir que el sector político puede tomar por sí mismo decisiones de significativa trascendencia en numerosos aspectos del funcionamiento del Consejo y, en especial, en cuestiones estrechamente vinculadas con los procedimientos de nombramiento y remoción de magistrados.

⁵³ Considerando 17, cita (conf. doctrina de los precedentes “Rosza”, en especial considerando 22; “Rizzo”, en especial considerando 42; y “Uriarte”, en especial considerando

De esta forma, al igual que en el caso “Rizzo” respecto a la Ley N° 26.855, la Corte Suprema otorga efecto derogatorio a la declaración de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad dispuesta respecto a la Ley N° 26.080 y por consiguiente establece que recobre vigencia el régimen legal anterior, es decir la Ley N° 24.937 y sus modificaciones posteriores. Se ha señalado que se trata de una técnicamente llamada hipótesis de “reviviscencia” normativa, de origen judicial y de tipo condicional y precario ya que operaría en tanto el Congreso no sancionara otra norma en ese punto⁵⁴.

Sin embargo, avanza hacia un diálogo con el Poder Legislativo y con el propio Consejo de la Magistratura. En relación al primero, como muestra de respeto por sus atribuciones en la tarea de organizar el Consejo de la Magistratura, lo exhorta a que dicte una nueva ley acorde con las exigencias constitucionales en un plazo razonable. Intertanto, en relación con el segundo, fija el plazo máximo de ciento veinte (120) días corridos, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, para que el Consejo lleve a cabo las acciones necesarias a fin de cumplir con el sistema de integración del cuerpo, quorum y mayorías y con la composición de las comisiones previstos en la Ley N° 24.937 (texto según Ley N° 24.939). Ello supone la conformación de veinte (20) miembros presidido por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, funcionando con el quorum de doce (12) miembros y con las comisiones integradas de conformidad con su art. 12. Dispone también que transcurrido el plazo de ciento veinte (120) días sin que se haya cumplido con la integración que aquí se establece, los actos dictados por el Consejo de la Magistratura serán nulos⁵⁵. A modo

34).

⁵⁴ Así lo señala Sagües, Néstor Pedro; “Sobre la reviviscencia judicial de las leyes”; LL 11/05/2022, 1. Agrega “A favor de la tesis de la reviviscencia judicial obra el argumento de que si una ley inconstitucional resulta jurídicamente nula (decisión aplicable ya para todos, ya solamente para las partes de un proceso, de acuerdo con el sistema operante en cada Estado), dicha norma carece —en su orden— de efectos jurídicos, y mal podría derogar a una norma preexistente (*quod nullum est nullum effectum producit*). A esta última, por ende, se la debería considerar (*erga omnes* o *inter partes*, según el caso) como no derogada”. Ver análisis detallado sobre este punto en García Mansilla, Manuel J. y Ramírez Calvo, Ricardo, “La Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura. Reflexiones sobre el caso “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires””; *ob.cit.*

⁵⁵ Señala que “A tal efecto, resulta necesario que sean elegidos e incorporados el número de representantes por estamento para completar la composición fijada por el art. 2 de la Ley N° 24.937 (texto según Ley N° 24.939). Los nuevos miembros iniciarán su mandato de manera conjunta y simultánea y lo concluirán —con excepción del presidente, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 10 de la Ley N° 24.937— en el momento en que se

de cláusula transitoria, establece el voto de la mayoría que, hasta tanto el Consejo cumpla con el mandato de integración del cuerpo o hasta el vencimiento del plazo máximo de ciento veinte (120) días referido, lo que ocurra primero, continuará rigiendo el régimen de la Ley N° 26.080.

3. Por su parte, el juez Lorenzetti, en disidencia parcial, señala como primer punto que la Corte Suprema tiene facultades para declarar la inconstitucionalidad de la ley sin que ello implique una intromisión en las facultades del Congreso de la Nación, dado que es independiente justamente para poner límites a las decisiones de las mayorías que violen la Constitución Nacional. Recuerda que la Constitución brinda previsibilidad y los precedentes de la misma Corte no permiten dudas sobre su previsibilidad, lo que completa con importantes ejemplos⁵⁶.

Como segundo punto, analiza si la composición dispuesta por la Ley N° 26.080 es compatible con el equilibrio entre la representación de los órganos políticos y la de los jueces, abogados y representantes del ámbito académico y científico. La respuesta viene de la mano de los precedentes de la misma Corte Suprema que cita, tanto “Rizzo” como “Monner Sans” para concluir que la noción de equilibrio no equivale a igualdad, sino que debe existir contrapeso, y ausencia de predominio, de manera que ningún sector cuente con una cantidad de representantes que le permita ejercer una acción hegemónica respecto del conjunto o controlar por sí mismo el cuerpo. En

complete el período del mandato de los consejeros actualmente en ejercicio. Los integrantes del cuerpo podrán ser reelegidos con intervalo de un período (art. 3 de la Ley N°24.937, texto según Ley N°26.855). Excepcionalmente, para los nuevos integrantes no se computará la primera elección a los efectos de una eventual reelección consecutiva”. (Considerando 17).

⁵⁶ Así cita la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final (“Simón”, Fallos: 328:2056), la ley penal que, al castigar la tenencia de estupefacientes para consumo personal, no respetaba la autonomía personal (“Bazterrica” y “Arriola”, Fallos: 308:1392 y 332:1963); la ley que, al permitir sin fundamento suficiente la interceptación de comunicaciones personales y la acumulación de datos personales, avasallaba el derecho a la intimidad (“Halabi”, Fallos: 332:111); la ley de Asociaciones Sindicales en cuanto confería tutela gremial solo a representantes o autoridades de sindicatos que contaran con personería gremial (“Rossi”, Fallos: 332:2715) y dispensaba privilegios a ciertos sindicatos en detrimento de los simplemente inscriptos (“Asociación de Trabajadores del Estado”, Fallos: 331:2499), también invalidó la ley previsional que frustraba el acceso a la justicia de los jubilados al prolongar innecesariamente el reconocimiento judicial de sus derechos de naturaleza alimentaria (“Itzcovich”, Fallos: 328:566) y desvirtuaba el mandato de movilidad jubilatoria del art. 14 bis de la CN (Badaro”, Fallos: 330:4866). (Considerando 5).

el caso entiende que ello sí se ha probado, dado que como está organizado el sistema según la Ley N° 26.080, con la sola anuencia del estamento político se conseguiría alcanzar la cantidad de miembros necesaria para sesionar y adoptar las decisiones que no exijan mayorías especiales, que son numerosas e impactan directamente en funciones que hacen al desempeño mismo del Consejo de la Magistratura⁵⁷.

Finalmente, se diferencia del voto de la mayoría en relación con la restitución de la vigencia de la Ley N° 24.937 señalando que la parte actora en la causa no lo pidió y que además, el Fiscal de Cámara en su momento cuestionó la decisión de restituir una ley derogada, violando la división de poderes y las facultades del Congreso. Recuerda que la Ley N° 26.080 dispone que “sustituye” el art. 2 de la Ley N° 24.937, lo que significa que la deroga, y con cita de Kelsen afirma que la misma puede ser vuelta a su vigencia solamente por medio de una norma legislativa que tenga el mismo contenido que la derogada⁵⁸. Marca la diferencia con el caso “Rizzo”, en el que se trató de una sentencia casi contemporánea con la Ley N° 26.855, que declaró la “inaplicabilidad” y luego la “inconstitucionalidad” de una reforma que no llegó a aplicarse, y por eso cobró vigencia la ley anterior. Ello no ocurre, a su juicio, respecto a la Ley N° 26.080 que lleva dieciséis años de vigencia.

En esta línea advierte que le cabe al Congreso actuar, pero también contempla la hipótesis que aquél no pueda aprobar una nueva ley, lo que dejaría vigente la ley declarada inconstitucional de modo permanente. Por esta razón, siguiendo precedentes de la misma Corte, entiende que es necesario fijar un plazo razonable que no puede superar el año desde la notificación de esta sentencia, para que el Congreso la apruebe, transcurrido el cual, esta Corte estará en condiciones de decidir la manera de implementar la garantía de la independencia del Poder Judicial⁵⁹.

⁵⁷ Considerando 10.

⁵⁸ Expresan García Mansilla, Manuel J. y Ramírez Calvo, Ricardo, que lo dicho “... tiene graves defectos de fundamentación y errores groseros que la descalifican en este punto. Estos vicios del voto en disidencia no han sido advertidos por su autor, ni fueron mencionados en el voto de la mayoría. Tampoco han sido tenidos en cuenta por quienes, a partir de esa peculiar disidencia, pretenden cuestionar la solución expuesta por la mayoría sin advertir que lo hacen de modo erróneo e infundado”, en “La Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura. Reflexiones sobre el caso “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires”; ob.cit.

⁵⁹ Considerando 17. Agrega “En diversas oportunidades esta Corte ha dictado sentencias ante la omisión de legislación (Fallos: 330:4866, “Badaro”) y ha dispuesto medidas muy

D. El 18 de abril de 2022, encontrándose firme la sentencia recaída en la causa vista “Colegio de Abogados de la ciudad Autónoma de Buenos Aires”⁶⁰, el Superior Tribunal se expide a través de los magistrados Rosatti y Maqueda, señalando que el 15 de abril se habría operado el vencimiento del plazo de ciento veinte (120) días, sin que hasta ese momento el Congreso de la Nación hubiese sancionado una nueva ley que organice el Consejo de la Magistratura, mientras que el Consejo de la Magistratura si habría realizado en tiempo oportuno los actos necesarios para proceder a la nueva conformación del órgano.

Por ello, entiende que corresponde que el Consejo de la Magistratura continúe funcionando de manera inmediata y de pleno derecho según las pautas fijadas por esa Corte Suprema en la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. De ahí que, a partir del dictado de la presente decisión, el Consejo de la Magistratura sería presidido por el Presidente de la Corte Suprema, los nuevos representantes que hayan sido elegidos o designados por sus respectivos estamentos asumiría sus cargos previo juramento de ley, el quorum sería de doce miembros y las comisiones deberían ser conformadas según lo establecido en el art. 12 de la Ley N°24.937 (texto según Ley N°24.939).

E. El mismo día, 18 de abril de 2022, en la causa “Casaretto”⁶¹, con la firma de los magistrados Rosenkrantz, Maqueda y Rosatti, se declara nulo

específicas (Fallos: 332:111, “Halabi”, considerandos 15 y 16). Se sostuvo que “...Ese presunto vacío legal no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados. Ha expresado el Tribunal al respecto que basta la comprobación inmediata de un gravamen para que una garantía constitucional deba ser restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias...” (“Halabi”, considerando 15, cit.).

⁶⁰ CSJN. 18/04/2022; “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c. EN–ley 26.080–dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento”.

⁶¹ CSJN. 18/04/2022, “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires s/avocación en autos: Casaretto, Marcelo Pablo c. Cámara de Diputados Nacionales y otro s/ amparo ley 16.9862”, SJA 13/05/2022, 6. La causa se inicia con el planteo de Marcelo Pablo Casaretto, como ciudadano y diputado nacional por Entre Ríos contra el Congreso de la Nación con el objeto de que se ordene a este último que lleve a cabo las medidas necesarias para aprobar una nueva ley que regule el funcionamiento del Consejo de la Magistratura, respetando el equilibrio en la representación exigido por los arts. 114 y 115 CN. Asimismo, requirió que en forma urgente y cautelar se suspenda “cualquier intento por parte del Poder Legislativo (...) de designar nuevos integrantes de dicho or-

lo actuado por el Juzgado Federal nro. 2 de Paraná en tanto había dispuesto como medida interina -en los términos del art. 4, inc. 1, tercer párrafo de la Ley N°26.854- que la Cámara de Senadores y la Cámara de Diputados, a través de sus respectivos presidentes, se abstuviese de designar nuevos integrantes del Consejo de la Magistratura hasta tanto se produzcan los informes requeridos en dicho amparo. La nulidad dispuesta por la Corte Suprema se basó en la ostensible ausencia de jurisdicción creando sin fundamento alguno el título para justificar su competencia e irrumpir de manera absolutamente irregular en la ejecución de la sentencia firme recaída en “Colegio de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, concluyendo severamente que la nulidad dispuesta supone extinguir un proceso que carecía de validez desde su promoción.

F. Meses después, el 8 de noviembre de 2022, vuelve a expedirse el Alto Tribunal en la causa “Juez, Luis Alfredo⁶², sancionando dos incumplimientos en cabeza de la Cámara de Senadores puntualmente, por un lado, de una orden judicial expresa, y por otro, de un mandato constitucional en torno a la integración del Consejo de la Magistratura. La decisión es firme en relación con la pluralidad exigida en la integración del Consejo, como también, internamente en cada estamento. Además se ocupa de señalar, recordar y clarificar las reglas para el juego de la política y para el desarrollo armónico y de buena fe de las relaciones interpoderes.

1. Conforme a los decisorios del 18 de abril citados, habiéndose vencido el plazo para el tratamiento de una nueva norma por parte del Congreso, correspondía completar la designación de integrantes del Consejo de la Magistratura tal como dispone el art. 2 de la Ley N°24.937 (texto según Ley N° 24.939). En particular en relación al Poder Legislativo, los presidentes de la

ganismo en los términos del artículo 2, inciso 3 de la derogada ley 24.937 y de cualquier normativa complementaria de la misma, por resultar ello ilegal, arbitrario, ilegítimo e inconstitucional, hasta tanto se sancione una nueva ley que rija su integración”. Finalmente, solicitó una medida cautelar interina o “precautelar” por medio de la cual se ordene a los presidentes de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores que se abstengan de designar nuevos integrantes del Consejo de la Magistratura hasta que se sancione la nueva ley.

⁶² CSJN. 8/11/2022, “Juez, Luis Alfredo y otro c. Honorable Cámara de Senadores de la Nación s/amparo ley 16.986”, resuelto por los jueces Horacio Rosatti, Carlos F. Rosenkrantz y Juan Carlos Maqueda. Ver de Abalos, María Gabriela; “Diálogo entre el Poder Legislativo y el Judicial. Cuestión política versus cumplimiento de una decisión judicial”; LL 06/06/2023, 7.

Cámara de Senadores y de Diputados, a propuesta de los respectivos bloques, debían designar a un representante por la segunda minoría.

Frente a esta orden judicial, el bloque mayoritario del Senado, Frente para Todos, integrado por treinta y cinco (35) miembros, se fragmenta en dos quedando por un lado el Frente Nacional y Popular con veintiún (21) integrantes y por otro, Unidad Ciudadana con catorce (14), pasando a ser esta última la segunda minoría desde ese momento, desplazando de dicho lugar al Frente Pro. La conformación entonces quedaba con el bloque mayoritario integrado con veintiún (21) senadores del Frente Nacional y Popular, seguido por la Unión Cívica Radical con dieciocho (18) integrantes y luego el Bloque Unidad Ciudadana con catorce (14) senadores, luego el Frente Pro con nueve (9) miembros y Cambio Federal con cuatro (4), seguido por otros bloques unipersonales. En consecuencia de ello, el 20 de abril de 2022 se emite por Presidencia del Senado, el decreto parlamentario DPP N° 33/22 por el cual se da cuenta que el Bloque Unidad Ciudadana ha formulado las propuestas correspondientes, por lo que se procede a designar para integrar el Consejo de la Magistratura a Claudio Martín Doñate como titular y a Guillermo Snopek como suplente por la segunda minoría.

2. Esta situación disparó la interposición de un amparo por parte del Frente Pro por entender que habría sido arbitrariamente apreciada la segunda minoría parlamentaria, pues correspondería tomar en cuenta la composición del Senado al momento en que se dictó el fallo de la Corte o, a lo sumo, al momento en que venció el plazo fijado para cumplirlo. En primera instancia tanto como en la apelación, se rechazó el amparo⁶³ frente a lo cual se incoó recurso extraordinario ante la Corte Federal y es admitido en tanto y en cuanto se interpreta que se encuentran en juego los límites del control judicial respecto de actos del Poder Legislativo y el alcance del principio constitucional de división de poderes.

⁶³ El rechazo se sustenta en dos principales razones. Por un lado, en base a las características del amparo en torno a la excepcionalidad, el daño actual o inminente, la arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, la ineficacia de los procedimientos ordinarios, entendiendo que no se configuraban en el caso, por cuanto no podía sustituirse el procedimiento de ejecución de la sentencia dictada por esta Corte Suprema en la ya citada causa “Colegio de Abogados de la Ciudad” radicada ante otro tribunal. Por otro lado, en cuanto a que escaparía al control judicial lo relativo al funcionamiento político interno del Poder Legislativo, ello en relación con la formación de los bloques tanto como a la “oportunidad” y a la “intencionalidad” que fundamentaron dichas modificaciones.

A modo de aclaración previa, la Corte Suprema advierte que la decisión recurrida no constituye técnicamente una sentencia definitiva. Sin embargo entiende que resulta equiparable a tal, ello así por un lado, porque los jueces inferiores si bien se pronunciaron por la improcedencia de la vía de amparo, se expidieron en contra de la revisión judicial del planteo principal, imposibilitando un nuevo acceso del caso a la justicia y, con ello, la pérdida del derecho material discutido. Y por otro lado, dada la innegable gravedad institucional que encierra del caso⁶⁴.

Ingresando en la delimitación de la cuestión planteada, se ocupa la Corte de indicar que en la causa no estaría en discusión el ejercicio de la función legislativa, ni el funcionamiento interno del Senado ni el cumplimiento de los requisitos a los que están sometidos la conformación de los bloques y su modificación de acuerdo a la dinámica parlamentaria propia de ese cuerpo. Ello así dado que se encuentran exentas del control judicial las cuestiones que la Constitución Nacional reservó exclusivamente a la discrecionalidad política de otros poderes del Estado. Ahora bien la excepción se configura frente a una lesión de derechos individuales proveniente de una violación de las normas constitucionales y reglamentarias que regulan los procesos a través de los cuales se ponen en ejercicio facultades, incluso privativas, de otros poderes.

En este sentido, la Corte Suprema recuerda los precedentes donde ha sentado la doctrina de la revisión judicial de los requisitos mínimos e indispensables del procedimiento que condiciona la sanción de una ley, como en los casos “Soria de Guerrero”⁶⁵, “Nobleza Piccardo”⁶⁶, los referidos al debido proceso en los juicios políticos, como en “Nicosia”⁶⁷ y “Brusa”⁶⁸, y de la validez de los actos del Poder Ejecutivo dictados en el marco de una

⁶⁴ Cita en apoyo la causa fallada por dicho Tribunal el 15/06/2010; “Thomas, Enrique contra ENA s/amparo”; T. 117. XLVI. REX. Fallos: 333:1023.

⁶⁵ CSJN. 20/09/1963; “Soria de Guerrero, Juana A. c. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos.”, La Ley 112, 225. Fallos: 256:556.

⁶⁶ CSJN. 15/12/1998; “Nobleza Piccardo SAIC. y F. c/ Estado Nacional–Dirección General Impositiva s/ repetición DGI.”. N. 245. XXXII. Fallos: 321:3487.

⁶⁷ CSJN. 09/12/1993; “Nicosia, Alberto Oscar s/ recurso de queja”. N. 92. XXIV. Fallos: 316:2940.

⁶⁸ CSJN. 11/12/2003; “Brusa, Víctor Hermes s/pedido de enjuiciamiento”, B. 450. XXXVI. RHE Fallos: 326:4816.

declaración de estado de sitio, como en el caso “Sofía”⁶⁹, entre otros aspectos vinculados con las potestades exclusivas de otros poderes.

De esta forma, la Corte Suprema concluye que en el caso no se trata de controlar un acto relacionado con la dinámica propia de la organización interna de una de las cámaras del Congreso –materia que se encuentra reservada a su ámbito de discrecionalidad– sino que encuadra el planteo formulado en el marco de lo ordenado en la decisión recaída en “Colegio de Abogados de la Ciudad”, en relación con la integración del Consejo de la Magistratura. Por lo que, resulta revisable judicialmente el cumplimiento de un aspecto no discrecional del proceso por el cual el Poder Legislativo participa en la conformación de un órgano constitucional como es el Consejo de la Magistratura.

3. En el caso, la Corte Suprema determina que al notificarse la sentencia recaída en la causa “Colegio de Abogados de la Ciudad” el 16 de diciembre de 2021, se fija el momento en que debían contemplarse los bloques de cada Cámara a efectos de proponer integrantes para el Consejo. En el caso del Senado, a esa fecha, la segunda minoría estaba constituida por el bloque “Frente PRO” con nueve (9) integrantes, por lo que, le correspondía la designación de un senador como consejero a fin de dar cumplimiento al fallo antes referido. La posterior división del bloque mayoritario y la consiguiente configuración de una segunda minoría es para la Corte un claro apartamiento de las reglas establecidas para la conformación del Consejo de la Magistratura en la sentencia del 16 de diciembre. No duda en calificar de ficticia a dicha minoría, y de ilegítimo el accionar para desplazar al bloque Frente Pro. Entiende que se trata de maniobras que acarrearán como consecuencia la frustración de la pluralidad representativa que exige la Constitución⁷⁰.

⁶⁹ CSJN. 22/05/1959; “Sofía, Antonio, y otro”. Fallos: 243:504.

⁷⁰ Con dureza el Tribunal señala que “... la realización de acciones que, con apariencia de legalidad, procuran la instrumentación de un artificio o artimaña para simular un hecho falso o disimular uno verdadero con ánimo de obtener un rédito o beneficio ilegítimo, recibe un enfático reproche en múltiples normas del ordenamiento jurídico argentino. Tal reproche se acentúa cuando el ardid o la manipulación procura lesionar la exigencia de representación política (en este caso, con relación a las minorías), aspecto de suma trascendencia para la forma de gobierno representativa adoptada por el texto constitucional argentino y, en definitiva, su ideario democrático (artículo 36 de la Constitución Nacional)” (Considerando 12).

En este estado, la Corte hace especial hincapié en principio de buena fe en el ejercicio competencial propio, en este caso, del Senado, indicando que hubo manipulación de los bloques con el objeto de obtener un rédito político en contra de la finalidad y el espíritu de las normas que gobiernan el procedimiento aquí cuestionado. Si bien el Alto Tribunal reconoce la deferencia que corresponde para con el ejercicio de potestades propias de otros poder del Estado, ello no significa una patente de corso para burlar el debido proceso parlamentario. Concluye diciendo que “Los tres Poderes del Estado deben ajustar su conducta a la Constitución y evitar un ejercicio abusivo de sus atribuciones constitucionales de manera que los principios democráticos y republicanos que le dan sentido a nuestro orden constitucional no resulten socavados”⁷¹. Agrega un llamado de atención a los partidos políticos que, como instituciones fundamentales del sistema democrático (art.38 CN), deben cuidar que su accionar refleje el más estricto apego al principio republicano de gobierno⁷².

VI. Contrastes entre la interpretación legislativa y la judicial

De la síntesis esbozada en torno al texto constitucional, más la reseña legislativa y la interpretación jurisprudencial pueden extraerse algunos puntos de encuentro en contraposición de ciertos desacuerdos entre la visión del Congreso y la interpretación de la Corte Suprema de Justicia en torno al Consejo de la Magistratura en su formulación constitucional⁷³.

Como primer acuerdo entre la fundamentación constituyente y la interpretación jurisprudencial se destaca el cometido de dicho Consejo principalmente orientado a despolitizar el procedimiento para la designación de los jueces, priorizando la selección con mayor grado de objetividad basada en la idoneidad científica y profesional. Ello además de fomentar la promoción en la carrera judicial respetando los principios de igualdad e idoneidad. Todo ello como herramienta para fortalecer la independencia del Poder Judicial.

⁷¹ Considerando 15.

⁷² Considerando 14.

⁷³ Así se puso de manifiesto en María Gabriela Abalos; “Consejo de la Magistratura: acuerdos y tensiones entre la interpretación legislativa y la jurisprudencial”; LL 07/11/2022, 1.

Como segundo punto, en relación con la integración y el mandato constituyente de respetar el equilibrio entre los estamentos que lo conforman, los desacuerdos entre la interpretación legislativa y la visión jurisprudencial son claros. La obra del legislativo han ido mayormente hacia el incremento del predominio de un solo sector, los representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular, frente a las decisiones de la Corte Suprema que se han inclinado decididamente por desechar el principio de igualdad estricta entre los estamentos, admitiendo en su lugar, la tesis de la no preeminencia de uno sobre otros.

En tercer lugar, se pone de manifiesto el rol de órgano político y de gobierno que tiene la Corte Suprema como cabeza del Poder Judicial, asumiendo además las consecuencias de su decisión en el caso. Así, en el último resolutivo que se avoca al tratamiento de la inconstitucionalidad de la Ley N° 26.080, abre una instancia de diálogo en tanto exhorta al Poder Legislativo a que debata democrática y federalmente una nueva norma a la luz del mandato constitucional del art. 114. También en aras a la seguridad jurídica y a fin de evitar el caos institucional o la eventual paralización del Consejo, se ocupa de aclarar las pautas para su correcto funcionamiento a partir del fallo dictado.

Por último, cabe subrayar que los acuerdos y las tensiones referidos ponen de manifiesto, por un lado, la importancia de la interpretación constitucional, la que supone un proceso complejo y siempre controversial⁷⁴. Ello así porque la Constitución es, entre otras cosas, un programa de vida colectiva, sus normas configuran un conjunto de valores, declaraciones, normas, instituciones, estándares éticos y políticos, instrumentos para equilibrar el ejercicio de los derechos y el funcionamiento del poder. En este sentido, se ha sostenido que la interpretación implementa la Constitución⁷⁵. Por otro lado, tanto al Poder Legislativo como al Ju-

⁷⁴ Zuleta Puceiro, Enrique; *Interpretación de la ley. Casos y materiales para su estudio*; Buenos Aires, reimp.; La Ley; 2005; pp.25/27. Del mismo autor ver *Teoría del derecho. Enfoques y aproximaciones*; Buenos Aires, Lexis Nexis; 2005.

⁷⁵ Zuleta Puceiro, Enrique; *Interpretación de la ley...*; ob.cit.; p. 27. Este autor profundiza en torno a las diferencias entre la interpretación legal y constitucional. También abunda en este criterio Dalla Vía quien sostiene que la diferencia entre la interpretación legal y la constitucional no reside solo en las peculiaridades del objeto, sino también en la función que generalmente se atribuye a los órganos encargados de realizarla. En el primer supuesto el juez ordinario ante un caso concreto le cabe una interpretación correcta, mientras que, la misión de la justicia constitucional no es tanto la de precisar mejor o la de brindar una única respuesta posible, sino la de delimitar el camino dentro

dicial le corresponde llevar a cabo una interpretación previsor⁷⁶ de la Constitución Nacional. En el caso del art. 114, el primer intérprete es el Congreso por mandato constitucional y luego, ante el planteo judicial, la Corte Suprema como intérprete último.

De esta forma, en el caso del Consejo de la Magistratura desde la remisión a la intención del constituyente y, sobre todo, su armonización con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución, corresponde que el Congreso rescate o en su caso, cuestione la interpretación jurisprudencial y con la pluralidad de voces que lo integra, sancione una nueva norma que dé cabal cumplimiento al texto constitucional. En este sentido debería recordar que el objetivo principal de la incorporación del Consejo fue el de fortalecer la independencia del Poder Judicial y reducir la gravitación de la política partidaria en la designación de los jueces, previendo una integración equilibrada, interpretada como contrapeso entre los estamentos que lo conforman.

A tres décadas de la incorporación del Consejo de la Magistratura por la reforma de 1994, la interpretación del texto constitucional, la reglamentación a través de cuatro normas legales y la interpretación jurisprudencial siguen teniendo como eje central de debate la incidencia de la política partidaria, tanto en la conformación del propio Consejo, como en el impacto que éste provoca en el Poder Judicial, ya sea de la mano de la elección de los magistrados como en la administración presupuestaria y funcional de este órgano. El objetivo es fortalecer la independencia judicial, rasgo central de toda democracia inspirada en la idea de Estado de Derecho y en los valores del pluralismo político, ya que cuanto mayor sea el resguardo del Poder Judicial frente a las influencias extrañas en una república, mejor será el funcionamiento de las instituciones democráticas⁷⁷.

del cual la interpretación política resulta admisible o no arbitraria. (Dalla Vía, Alberto R.; *Manual de Derecho Constitucional*; Buenos Aires, Lexis Nexis; 2004; p. 599).

⁷⁶ La interpretación previsor^a es la que propugna que, una vez detectado el sentido de la norma constitucional el intérprete no debe dar por concluido su objetivo sino que debe continuarlo en el sentido de averiguar si el resultado de la interpretación es adecuado y desecharlo si no lo es (Conf. en Abalos, María Gabriela; “La interpretación constitucional: ¿importante, polémica y tramposa?”; en *Estudio sobre Derecho Procesal*; Buenos Aires, El Derecho; 2008; p. 91). Ver a Vigo, Rodolfo L.; *Interpretación constitucional*; Buenos Aires, 2da. ed.; Lexis Nexis Abeledo-Perrot; 2004; Sagüés, Néstor P.; *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*; Buenos Aires, Lexis Nexis; 2005; etc.

⁷⁷ Así lo expresa Badeni, Gregorio; “La garantía de la independencia del Poder Judicial y la política agonal”, LL. 2009-C, 1186.

EL ARTICULO 36 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL EN MATERIA DE CORRUPCIÓN BALANCE A 30 AÑOS DE OPERADA LA REFORMA

ARTICLE 36 OF THE NATIONAL CONSTITUTION IN THE MATTER OF CORRUPTION. BALANCE 30 YEARS AFTER THE REFORM HAS OPERATION

FABIÁN LUIS RIQUERT¹

Resumen: El presente trabajo aborda a modo de balance el art. 36 de la C.N. a 30 años de la reforma constitucional en materia de corrupción pública. Así, sostenemos que el constituyente acertadamente advirtió que la corrupción afecta al sistema democrático, señalando que, más allá del desarrollo legislativo de los tipos penales por el Congreso, elevó con rango constitucional a la conducta del enriquecimiento ilícito. No obstante advertimos una falta de eficacia de los controles intra e inter órganos. También lo vinculamos con instrumentos internacionales, en especial regionales como la CICC, y su impacto en el derecho interno. Consideramos que el Poder Judicial también está en deuda, ya sea por la falta de investigación, o su excesivo plazo para arribar a una sentencia condenatoria firme. Afirmamos que el sistema de proceso penal acusatorio y adversarial es el único que abastece el “modelo de proceso penal según la Constitución” pero debe ser implementado de forma adecuada.

Palabras clave: constitución- corrupción- pública-enriquecimiento-ilícito.

Summary: This paper reviews art. 36 of the Constitution 30 years after the constitutional reform on public corruption. We maintain that the constituent correctly warned that corruption affects the democratic system, pointing out that, beyond the legislative development of the criminal types

¹ Doctor en Derecho UNMDP. Profesor Titular de “Derecho Constitucional” y “Práctica Profesional Penal” Universidad Atlántida Argentina. Investigador. Docente de “Teoría Constitucional” Universidad Nacional de Mar del Plata.

by Congress, it elevated the conduct of illicit enrichment to constitutional rank. However, we note a lack of effectiveness of the intra and inter-organ controls. We also link it to international instruments, especially regional ones such as the CICC, and its impact on domestic law. We consider that the Judiciary is also in debt, either due to the lack of investigation, or its excessive time to reach a final conviction. We affirm that the accusatory and adversarial criminal process system is the only one that supplies the “criminal process model according to the Constitution” but it must be implemented appropriately.

Keywords: constitution- public-corruption-illicit-enrichment.

I. El artículo 36 de la Constitución Nacional

Puntualizando el tema que nos ocupa, de manera preliminar podemos señalar que el constituyente de 1994 decidió de manera expresa vincular al sistema democrático con uno de sus grandes enfermedades: la corrupción pública.

Sobre esta cuestión ha sido muy claro:

“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”.

Desde el punto de vista de su gestación, recordemos que la ley 24.309 en el artículo 2 dentro del “núcleo de coincidencias básicas” estableció en el ap. K el control de la administración pública. A su vez, el artículo 3 habilitaba un temario abierto. Así, el inciso b) disponía incorporar un nuevo capítulo a la Primera Parte de la Constitución Nacional con cuatro artículos, obviamente luego se reflejaría con la inclusión del artículo 36.

Como enfáticamente nos ha dicho en numerosas ocasiones el convencional Antonio María Hernández², entre otros que formaron parte, este fue

² Entre sus múltiples intervenciones en congresos y análisis de la reforma constitucional el profesor de Córdoba, hago referencia a “A veinticinco años del a reforma constitucional de 1994”, AAVV, *Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma constitucional. Evolución doctrinal y jurisprudencial*; pub. por la AADC, Hammurabi, 2019, p.41/68.

el primer artículo que se votó en el paraninfo de Santa Fe y fue aprobado por aclamación. En efecto, así surge de Diario de Sesiones de la Convención³, siendo el miembro informante por la mayoría el convencional Cafiero que fue quien propuso su incorporación.⁴

Sin pretender agotar las posiciones doctrinarias que han tratado la génesis de este artículo, sólo haré mención a algunas interpretaciones que se han realizado al respecto, en especial las efectuadas al poco tiempo de operada la reforma, lo que nos va a permitir observar las críticas, observaciones, pero también las expectativas que se habían creado, para luego, finalmente poder analizar el estado de situación pasados ya treinta años de la reforma constitucional.

Así, Gelli al comentar el artículo 36 consideraba que no aparece tipificado el delito de corrupción dejándolo librado al legislador y que las sanciones impuestas son más leves que la de los párrafos anteriores. Con sentido crítico considera que no se fijaron contornos a partir de los cuales el congreso legisle en materia de ética pública.⁵

Bidart Campos sostenía que “la conducta grave delito doloso contra el estado”, requería que el legislador lo tipifique como así también la pena inhabilitación. Vinculado a ello, con relación a la ley de ética pública, si bien criticó su redacción, concluía el querido maestro que también debía vinculárselo con la idoneidad (ética) del art. 16 C.N para el acceso a los cargos públicos (1999:36).⁶

³ El debate se llevó a cabo los días 19 y 20 de 1994 (12ª Reunión, 3ª Sesión ordinaria). La norma en discusión tenía la misma estructura que la que finalmente fue aprobada, con la sola excepción de su párr. 2º, el cual rezaba: “Sus autores incurrirán en el delito de sedición, siendo 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”.

⁴ Cafiero, sintetizando su intervención, respecto al quinto párrafo dijo que incluía otra novedad en el sistema constitucional argentino, pues equiparaba la corrupción con un delito que tenía el mismo significado que el atentado contra el sistema democrático y así, entonces, se determinaba la inhabilitación por el tiempo que las leyes fijaran para quienes hubieran cometido este tipo de delitos e indicaba al Congreso que sancionase una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función. Sostuvo que uno de los males actuales que afectan a cualquier democracia y que se debía atacar era el de la corrupción. Por esa razón, continuó diciendo, consideraba que la inclusión de la cláusula del párr. 5º de la citada norma constituía una señal que los constituyentes de 1994 enviaban a toda la sociedad argentina.

⁵ Gelli, María Angélica; *Constitución Comentada*, La Ley, 2001, p.291.

⁶ Bidart Campos, Germán; *Manual de la constitución reformada*, T.III, Ediar, 1999, p.36

Por su parte David, en posición que compartimos, sostiene que la manda constitucional de tipificar al funcionario/a público que se enriquece ilícitamente ya se encuentra receptada en el código penal en el art. 268 (ap 2) del Código Penal⁷, y que abastece el test de constitucionalidad.⁸ Hago la salvedad que por supuesto el legislador (art. 75 inciso 12 C.N.) puede incluir otros tipos penales, incluso, como luego se tratará, de conformidad a las obligaciones convencionales asumidas por nuestro país en materia tanto de corrupción pública como privada.

Badeni considera que el texto constitucional aclara que no se tratan de actos delictivos en perjuicio del sistema democrático o del orden constitucional, sino del Estado. Considera, al igual que los otros autores, que será el legislador el que deba realizar el desarrollo de esos actos, sin perjuicio de reconocer que ya se encuentra tipificadas en el código penal en el art. 268, 1 y 2 la hipótesis constitucional. Finalmente, el autor considera que cuando se hace referencia a la ética pública de los funcionarios se debe limitar a lo patrimonial sino también a todo comportamiento en la función pública que acarrea un perjuicio material o moral para la sociedad (1997:764).⁹

Rosatti menciona a esta parte del artículo como una “cláusula ética” entendiéndola como una previsión que se refiere al agravio de la democracia practicado desde adentro del sistema, en la inteligencia de que el orden constitucional también se resiente cuando quienes habiendo accedido al cargo en forma regular, traicionan la confianza pública en ellos depositada.¹⁰

Quiroga Lavié sostuvo que los códigos de ética más que sanciones jurídicas deben tener sanciones sociales o impuestas en la conciencia moral de cada individuo. Reconoce que la legislación tiene normas que contemplan a la corrupción en nuestro ordenamiento, pero concluye “Se puede mejorar, pero lo importante, más que todo, será lograr una efectiva aplicación de las reglas que se encuentran en vigencia”.¹¹

⁷ Se encontraba tipificado en el Código Penal desde 1964 (ley 16.648).

⁸ David, Pedro; *Constitución de la Nación Argentina*, AAVV, Dir. Sabsay, Coord. Manili, T 2, Hammurabi, p.87

⁹ Badeni, Gregorio; *Instituciones de derecho constitucional*, Ad-Hoc, 1997, p.764.

¹⁰ Rosatti, Horacio; *La reforma de la constitución explicada por miembros de la comisión de redacción*, AAVV, Rubinzal Culzoni, 1994, p.45.

¹¹ Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución Argentina comentada*, Zavalía, 1997, p. 89

Sagüés critica la redacción de la norma, específicamente en el punto de la corrupción considera a diferencia de los párrafos anteriores, que “no rige aquí la prohibición de indultos o conmutaciones, ni la imprescriptibilidad”.¹²

Como adelantara, las referencias dogmáticas fueron realizadas a título meramente ejemplificativo, ya que toda la doctrina nacional ha analizado acabadamente la cuestión.

II. La corrupción pública: algunas consideraciones¹³

La corrupción, más allá de la región o lugar del planeta que puntualicemos, del sistema político que se trate, ó de la definición que intentemos desarrollar, estamos haciendo referencia al abuso del poder, y a la falta de controles.

Señala Lascano (h) que la corrupción pública es un fenómeno que apareció en todas las épocas y en todo modelo de estado con una dimensión patológica que involucra la totalidad del tejido social, pues difícilmente pueda darse una corrupción de la administración pública de la que sea aséptico el sector privado, ya que ambos se encuentran indisolublemente ligados y sometidos a influencias recíprocas.¹⁴

Por ello es indispensable dentro del Estado democrático y social de derecho, la existencia de controles horizontales y verticales, más aún cuando grandes extensiones de nuestro territorio aún no tienen agua potable ni cloacas. No es novedad que conviven dos realidades asimétricas: las grandes metrópolis en cada una de nuestras provincias y las localidades ubicadas en la periferia.

Como forma de garantizar el control es necesario un pre requisito: la transparencia que constituye uno de los valores fundamentales en una república (publicidad de los actos de gobierno). Sólo se puede controlar lo que se conoce.

¹² Sagüés, Néstor P., *Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, T. 3, 2017, p. 632.

¹³ Parte de estas reflexiones fueron plasmadas en “*Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Dr. H.C. Juan M. Terradillos Basoco*”, AAVV, “Corrupción en Latinoamérica” (p.703/719) Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 1504.

¹⁴ Lascano Carlos (h); “Fuero especializado para la investigación y enjuiciamiento de la delincuencia económica y la corrupción administrativa” en “*Delincuencia económica y corrupción*”, directores Baigún –García Rivas, AAVV, Ediar, 2006, p.53/69.

Señalan Cingunegui–Cincunegui, al establecer la relación entre poder y corrupción, que permitir la creación de polos de poder desmesurado es una consecuencia nefasta, y que como una solución plausible aparecen por un lado, el control y, por el otro, la participación social.¹⁵

Coincido con Francisco Nieto en el sentido de no poder desarrollar en forma satisfactoria un concepto unívoco de la corrupción, dado que va a depender de las inclinaciones profesionales del analista u observador, la coyuntura de los países, las percepciones, los enfoques, las costumbres, los procederes, los grados de desarrollo, los niveles de tolerancia e intolerancia, los presupuestos ideológicos, los principios y las prácticas, concluyendo el autor que en definitiva el concepto va a depender de cuestiones profundamente imbricadas en la subjetividad de la interacción individual y colectiva.¹⁶

Carlos Nino, agrupó las definiciones: a) centradas en su relación con la función pública (Bayley). Comprendiendo los casos de nombramientos de familiares o terceras personas por favores ó compromisos anteriores (acomodos o ganchos); b) centradas en el mercado (Van Kleveren). En el cual el funcionario utiliza su posición de privilegio como una manera de hacer negocios, desapareciendo aquello de ser un servidor público; c) centradas en el interés público (Friedrich). Aquí el funcionario responsable es inducido, por incentivos monetarios o de otro carácter, a beneficiar a quien ofrece los incentivos y causa, por lo tanto, daño al público y sus intereses.¹⁷

Con acierto advierte Manfroni, al referir acerca de la conveniencia en evitar que el concepto se restrinja que sólo involucre los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración del Estado; pero por otro lado, que no se extienda tanto que involucre prácticamente

¹⁵ Cincunegui Juan B – Cincunegui Juan de Dios; “*La corrupción y los factores de poder*”, Fundaplan, San Miguel, 1996, p.19.

¹⁶ Nieto, Francisco; “Desmitificando la corrupción en América Latina”, Revista Nueva Sociedad, N° 194, Corrupción y Política en América Latina, Caracas, nov-dic 1994, p.55.

¹⁷ Nino, Carlos S.; “*Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*”, Emecé editores, Buenos Aires, 1992, p.111/12. Define a la corrupción como “la conducta de quien ejerce una cierta función social que implica determinadas obligaciones activas o pasivas destinadas a satisfacer ciertos fines, para cuya consecución fue designada en esa función, y no cumple con aquellas obligaciones o no las cumple de manera de satisfacer esos fines, de modo de obtener un cierto beneficio para él o para un tercero, así como también la conducta del tercero que lo induce a ó se beneficia con tal incumplimiento.

todo pecado, ya que ello llevaría a la desnaturalización de la especificidad del problema.¹⁸

Teóricamente se explica que la corrupción sería una suerte de diferencia entre la corrupción simbólica y la operacional¹⁹ donde existe una superposición de las dos estructuras. Arland menciona dos sistemas normativos: las normas míticas, que se supone que se aplica y que las élites alaban de la boca para afuera; y el código práctico que es el que se aplica en la realidad. Unos utilizan la ética principista y los otros la utilitarista.²⁰

Desde el punto de vista criminológico Vincenzo Ruggiero reflexiona acerca de la corrupción señalando que se trata de un delito sin víctimas, y no como algunos autores sostienen que son entidades abstractas como el desarrollo, la competencia limpia, y la inversión productiva. Afirma que un aspecto importante de la victimización es la “mercantilización de los derechos”, explicando que la transformación de bienes no transables en mercancía distorsiona la justicia social. Relacionado con la administración de justicia indica que se convierte en algo envuelto en arbitrariedades, caridad, autoridad ocular, en definitiva, la justicia del Cadí.²¹

Producto de este estado de situación deriva en la crisis del sistema democrático. Problemática que fue abordada por numerosos autores, sólo haré mención a Ferrajoli quien diferencia a la democracia sustancial o social y la formal o política.²²

¹⁸ Manfroni, Carlos; “La lucha contra la corrupción y el aporte de la universidad”, Revista Mores Maiorum, Vol. 1, UCA, 2004, p.10.

¹⁹ Virgolini, Julio, “*Crímenes excelentes: delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*”, Del Puerto, colección tesis doctoral, 2004.

²⁰ Arland, Rodolfo; “Ética y corrupción: el dilema del nuevo milenio”. Colección de documentos. Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya. www.iigov.org/documentos.

²¹ Ruggiero, Vincenzo; “*Delitos de los débiles y de los poderosos. Ejercicios de anticriminología*”, Ad Hoc, 2005, p.146/47

²² Ferrajoli, Luigi; “*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*”, Trotta, Madrid, 1995, p. 864/65. Ampliando lo expuesto ut supra, señala que: “En el orden lógico los dos modelos de democracia son obviamente independientes, siendo independientes entre sí los sistemas de garantías constitucionales dirigidos a asegurarlos: por una parte las reglas idóneas para asegurar, según los esquemas formales de la mera legalidad, la manifestación directa o indirecta, de la voluntad de la mayoría; por otra, las reglas idóneas para vincular, según los esquemas sustanciales de la estricta legalidad, los objetos que no deben o deben ser materia de decisión, cualquiera que sea el sujeto llamado a decidir y sea cual fuere su voluntad”. Con alcances similares es conocida la postura de Bobbio.

Como bien señala Ipohorsky que debe tenerse en cuenta que la “captura” del Estado para beneficio propio de grupos de personas es una de las variantes más perniciosas para el gobierno democrático²³.

Finalmente, el fenómeno de la corrupción como adelantara, se encuentra diseminado de manera global al punto que el informe de Transparencia Internacional del 2023 señala que “la mayor parte del mundo sigue sin combatir de lleno la corrupción: el 95% de los países solo ha conseguido avances mínimos o nulos desde el 2017.”²⁴

Carlos Strasser relaciona ambos conceptos y los vincula con la *democracia limitada en función de su precariedad*. Señala que “fuera de los países más desarrollados muy grandes sectores de la población apenas tienen una condición ciudadana auténtica, es decir, en términos políticos de verdad democráticos se encuentran discapacitados, no gozan de la cantidad y calidad de educación, información, autonomía mínima, etc., necesarias”.²⁵ También es conocida la postura de Guillermo O’Donnell acerca de las democracias en Latinoamérica como de “baja intensidad”.

Respecto al grado de desigualdad mundial OXFAM en su informe del 2023 señala que durante la última década, los súper ricos han acaparado el 50 % de la nueva riqueza generada, cifra que acaban de superar y que la fortuna de los multimillonarios está creciendo a un ritmo de 2700 millones de dólares al día, al mismo tiempo que al menos 1700 millones de trabajadoras y trabajadores viven en países en los que la inflación crece por encima de los salarios.²⁶ Como se puede observar, más allá de la exactitud de los datos de la ONG, lo cierto es que la desigualdad cada vez es mayor y es una constante de este mundo globalizado.

Con relación a la Argentina, los últimos datos suministrados por nuestro país por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) informó

²³ Ipohorsky, José; “Derecho penal y garantías constitucionales”, AAVV, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Coord. Gargarella, Abeledo Perrot, T.I, 2008, p.300

²⁴ <https://www.transparency.org/es/press/2022-corruption-perceptions-index-reveals-scant-progress-against-corruption-as-world-becomes-more-violent>

²⁵ Strasser, Carlos; “*Democracia y desigualdad, sobre la democracia real a fines del siglo XX*”, CLACSO, Buenos Aires, 1999, p.52/53. Desde otra visión, Atilio Borón hace referencia en “*Estado, Capitalismo y Democracia en América Latina*”, Imago Mundi, Buenos Aires, 1992, Capítulo IV, al estudiar a Tocqueville, acerca del doble carácter de la democracia en sustancia social y forma política.

²⁶ <https://www.oxfam.org/es/notas-prensa/el-1-mas-rico-acumula-casi-el-doble-de-riqueza-que-el-resto-de-la-poblacion-mundial-en>

que la pobreza fue del 40,1% en el primer semestre de 2023, mientras que el segundo semestre aumentó al 41,7% de las personas se encontraban bajo la línea de la pobreza y el 11,9% por debajo de la línea de indigencia.²⁷ Respecto al año 2024 según un estudio de la Universidad Di Tella la pobreza alcanza al 51,8% de la población.²⁸

Respecto a los efectos expansivos de la corrupción Buteler señala que “la corrupción no solo genera un efecto individual en los sujetos que incurren tales conductas irregulares, sino que dicho flagelo impacta, asimismo, en la sociedad en donde tiene lugar”.²⁹ En igual sentido Bruno destaca que “La primera consecuencia de la corrupción es una mayor exclusión social. En efecto, si los recursos, siempre escasos, destinados al bien común, son desviados hacia intereses particulares, habrá menos educación, menos salud, menos trabajo, más hambre, más inseguridad general, que son los aspectos básicos de aquél bien”.³⁰

Escépticamente Ekmekdjian avizó que algunas de las cláusulas de la reforma de 1994 no iban a adquirir vigencia sociológica: “En la perspectiva social, parece también previsible que la sociedad argentina no sentirá mayores cambios, ni positivos, ni negativos, en virtud de esta reforma. Los problemas que sufre la República Argentina, en especial las clases más carenciadas, no se solucionan con una reforma constitucional, sino con medidas de gobierno adecuadas a la justicia social”.³¹

Lúcidamente reflexionaba Carlos Nino en su obra “Un país al margen de la ley”, acerca de la anomia boba, definiéndola como “la acción colectiva se caracteriza por la inobservancia de normas y hay al menos una cierta norma que conduciría a una acción colectiva más eficiente en la misma situación”.³²

²⁷ https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/eph_pobreza_03_2442F61D046F.pdf

²⁸ https://www.clarin.com/economia/indice-pobreza-acerco-52-primeros-meses-ano-agregaron-32-millones-nuevospobres_0_WVrpnztu2g.htm?srsltid=AfmBOoq6Ji2LaC9J9D72wPcctTFNOfG8ZyP2nGJW42zWtsBHxGoxOOwk

²⁹ Buteler, Alfonso; “Marco teórico de la corrupción pública”, publicado en: RDA 2020-127, 35; TR LA LEY AR/DOC/4137/2019.

³⁰ Bruno, Angel; “Apuntes sobre la corrupción y la Convención Interamericana”; Sup. Esp. Compliance 2018 (mayo), 361, Cita: TR LA LEY AR/DOC/1048/2018.

³¹ Ekmekdjian, Miguel; La reforma constitucional de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático, Coord. Ekmekdjian – Ferreyra, Depalma, 1999, p.32.

³² Nino, Carlos S.; Un país al margen de la ley, Emecé, 1992, .36/37.

Vinculando el art. 36 con el 75 inciso 18 de la Constitución (cláusula del progreso) en lo que hace a la materia presupuestaria, específicamente a los beneficios tributarios, señala Rezzoagli que en pos del desarrollo el Congreso lo utiliza como una especie de comodín para utilizar sin más justificación y dificultad que la simple expresión del mencionado precepto como justificación; y concluye el autor “mayor facilidad para la discrecionalidad y la corrupción, creemos sinceramente, no existe”.³³

En igual dirección, sólo a título de mención ya que merece una mayor profundidad su tratamiento, es la relación de los congresos o parlamentos con su producto: las leyes; se dan supuestos de influencias de grupos de poder (explícitos o peor aún implícitos), para que sancionen las leyes en consonancia a los intereses que defienden.

Así, sabiamente el maestro Bidart Campos reflexionaba al respecto: “El poder político subordinado al poder económico no elige: acepta o acata”³⁴

III. Controles externos regionales: la Convención Interamericana contra la Corrupción”

La “Convención Interamericana contra la Corrupción” (CICC) trata a la corrupción pública. En el ámbito internacional encontramos principalmente a la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” que contiene tanto a la corrupción pública como la privada.³⁵

Sin dejar de reconocer la gravedad de la corrupción pública, en ocasiones la delgada línea que divide lo público con lo privado es débil, en especial relación a las corporaciones o multinacionales, debo coincidir con Pedro David cuando refiere: “Este tipo de corrupción no puede realizarse sin la complicidad o tolerancia del Estado, desde donde las disfunciones circulan por el cuerpo total de la sociedad. Las víctimas, los más vulnerables, son los sectores más desposeídos, pequeños ahorristas y pensionados,

³³ Rezzoagli, Luciano; “Corrupción pública en Argentina: el caso de la cláusula de progreso en materia tributaria”, en *Transparencia, acceso a la información y tratamiento penal de la corrupción*, AAVV, comp. Orsi y Rodríguez García; Del Puerto, 2011, p. 278/79.

³⁴ Bidart Campos, Germán; *El orden socioeconómico en la Constitución*, Ediar, 1999.

³⁵ También debe mencionarse la “Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales e internacionales” (OCDE) y la “Convención internacional con la delincuencia organizada transnacional” (Palermo)

jubilados que ven desaparecer sus ahorros de años en la impunidad total de los victimarios que, en la mayoría de los casos, sino totalmente, ven sensiblemente disminuidas sus responsabilidades porque están ubicados en los sectores más altos del poder político, social o económico”.³⁶

Con relación al contenido de la CICC debemos señalar que novedosamente se incorporan a las medidas penales, las de asistencia y cooperación, y las de carácter administrativo dirigidas a los Estados, por lo que claramente pretende abarcar al derecho público nacional. Debemos recordar que las cuestiones relacionadas con la corrupción en los estados siempre fue materia reservada al derecho interno.

Dentro de los propósitos explicitados surgen dos: 1) Promover y fortalecer el desarrollo, de cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; 2) Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas para y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio (Art.II).

Es dable destacar que el artículo I, extiende el concepto de funcionario público, a aquellos que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. Es decir, que tanto los seleccionados ó los electos, aun cuando todavía no hayan tomado posesión del cargo deben ser considerados funcionarios públicos.

Las medidas preventivas se encuentran en el artículo III en donde en doce incisos desarrolla las medidas que deben realizar los Estados.

El primer párrafo del artículo III dispone de manera genérica que “A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinados a crear, mantener y fortalecer:”

De acuerdo al grado de compromiso que asumen los estados, el relacionado con las medidas preventivas es el menor, teniendo una mayor intensidad los relacionados con las medidas penales.

³⁶ David, Pedro; “*Globalización, prevención del delito y justicia penal*”, Zavallía, Buenos Aires, 1999, p. 386.

Puntualizando en el inciso 8 establece “Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno”

Respecto a los funcionarios que denuncien actos de corrupción, se torna en la realidad muy difícil que los denuncien dentro de su esfera de competencia, toda vez que por un lado, ante la muy probable falta de condena –ya sea administrativa y/o judicial de los denunciados- las represalias se pueden extender desde ser reasignado a otra dependencia de la administración (ej. al archivo), presionarlo laboralmente hasta conseguir su renuncia, ó sumariarlo hasta culminar con la exoneración de la administración pública.

Relacionado con lo expuesto, y para incentivar de algún modo a los ciudadanos para que denuncien actos de corrupción, aparecen en Estados Unidos las acciones *qui tam*.³⁷

Un whistleblower es un empleado que se rehúsa a comprometerse en actividades ilegales de su empleador. Señalan Cincunegui – Cincunegui que las Whistler-blower Acts son leyes federales o estatales que protegen a los empleados que denuncien las irregularidades o ilícitos cometidos por los empleadores.³⁸ No obstante lo expuesto se señala que en muchas ocasiones las denuncias son en general objeto de venganza, sin perjuicio de la veracidad de las mismas. Refiere Alberto Bianchi que el origen de las acciones *qui tam* se remonta a la época de la Guerra Civil, sancionada durante la presidencia de Lincoln por el congreso en 1863 la False Claims Act (Ley de Falsos Reclamos)³⁹, en la cual un particular denuncia por fraude a una empresa contratista del Estado y para el caso

³⁷ Es una abreviación de la frase latina “*qui tam pro domino rege quam pro si ipso in hac parte sequitur*” (Quien demanda en beneficio del Rey lo hace también en beneficio propio).

³⁸ Señalan los autores, a título de ejemplo, que la Civil Service Reform Act (5 U.S.C.A. & 2302 (b) protege a los empleados federales (ob.cit., cap. III, se puede consultar in extenso)

³⁹ Explica, el autor citado, que la guerra se había convertido en una ocasión propicia para vender al gobierno todo tipo de provisiones, cañones, municiones, mulas, alimentos, muchas de las cuales eran inservibles. Así, los reclamos de pago contra aquéllas eran fraudulentos (Bianchi Alberto; “Las acciones *qui tam* como medio de lucha contra la corrupción en los contratos públicos en los Estados Unidos”, ED, 01-02-589).

de ser probado, recibe a cambio una recompensa dineraria, siendo una suerte de “abogado informal del gobierno”.⁴⁰

Referido a las medidas penales, como se adelantara, establece distintos grados de cumplimiento respecto a los Estados Parte: a) Obligación absoluta de legislar las conductas establecidas en los artículos VI y VII que incluyen al “soborno o cohecho activo y pasivo”, al “incumplimiento de deberes o administración fraudulenta” y al “lavado de bienes o activos”⁴¹; b) Obligación subordinada a la Constitución y a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, de las conductas descriptas en los artículos VIII y IX⁴² que recepta al “soborno transnacional”⁴³ y al “enriquecimiento ilícito de funcionarios”⁴⁴; c) Obligación a considerar en forma progresiva

⁴⁰ Bianchi, ob.cit., realiza en su meduloso estudio de las acciones qui tam un cuadro de las denuncias iniciadas desde 1987, que fueron 33, hasta el año 2000 que alcanzaron las 366. Relacionado con los montos recuperados va desde 1988 que fueron \$ 355.000 hasta el 2000 que ascendió a \$ 1.200.000. Señala que existen siete formas en que puede ser presentado al gobierno un reclamo de pago (claim) fraudulento: 1) A sabiendas presenta o induce a presentar ante un funcionario del gobierno, un reclamo falso o fraudulento para obtener su pago o aprobación; 2) A sabiendas realiza o emplea pruebas o constancias falsas para que un reclamo fraudulento sea pagado o aprobado; 3) Conspira para defraudar al gobierno, obteniendo el pago o la aprobación de un reclamo falso; 4) Entrega al gobierno bienes o sumas de dinero por un valor o cantidad menor al estipulado, obteniendo un recibo de entrega total; 5) Está autorizado a emitir un recibo de mercaderías entregadas, y con el intento de defraudar al gobierno, lo emite sin constatar con exactitud los términos; 6) A sabiendas compra o recibe como seña una obligación, un bien de propiedad estatal de manos de un funcionario incompetente para realizar la operación; 7) A sabiendas confecciona o emplea pruebas falsas para ocultar, impedir o disminuir una obligación de entregar bienes o sumas de dinero a favor del gobierno (False Claims Act y las qui tam acciones ocupan las secciones 3729, 3730, 3731 y 3732 del Título 31 del United States Code).

⁴¹ En Argentina se encuentra receptada en la ley 26.683 (B.O.21/6/2001) que modifica al código penal por presión del GAFI.

⁴² Esta solución de consenso se debió –según refiere Manfroni- a que algunos países advertían una cierta dificultad en lo que hace a su constitucionalidad, respecto a las conductas descriptas, especialmente con el enriquecimiento ilícito.

⁴³ Existe también para su consulta la “Convención para combatir el soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales” en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), firmada en París el 17 de diciembre de 1997

⁴⁴ La incorporación del delito de enriquecimiento ilícito en la Convención fue a propuesta de la delegación argentina, teniendo en cuenta que se encuentra legislado en nuestro país desde hace más de treinta años. El mismo se encuentra redactado de la siguiente forma en el art. 268 (2) del código penal: “Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis

las conductas establecidas en el artículo XI que contienen el “uso de información privilegiada ó reservada”, la “desviación del objeto de los bienes ó malversación de caudales públicos”, la “obtención ilícita de un beneficio” y el “peculado ó utilización de bienes del estado”.

Aclara la CICC, que para el caso en que algunas de las conductas señaladas precedentemente en los distintos artículos, ya se encuentren tipificadas en sus legislaciones internas, deberán ser consideradas como actos de corrupción en los términos de la Convención.

Con referencia a la actuación de los funcionarios públicos en los actos de corrupción tales como el cohecho, el tráfico de influencias, entre otros, resulta acertada la observación que realiza Acalé Sánchez en orden a que la decisión que adopte ese funcionario afecta la imparcialidad de la Administración Pública, ya que difícilmente puedan acceder el resto de los ciudadanos en condiciones de igualdad.⁴⁵ Haciendo especial hincapié en el delito de cohecho, Quinteros Olivares indica que es “la clave de bóveda del sistema penal en materia de lucha contra la corrupción”, aclarando el autor que por supuesto no agota ni abarca todas las formas posibles de corrupción.⁴⁶

Finalmente, en el art. XIV establece mecanismos de cooperación entre los Estados Partes, tanto en lo que concierne a la asistencia y búsqueda de prueba e información, como así también lo relativo a la extradición. Establece también el decomiso de los bienes (art. XV), siguiendo la fórmula de la Convención de Viena sobre Tráfico de Estupefacientes, para el caso en que un estado haya cooperado con una investigación sobre un acto de corrupción este podrá hacerle entrega de parte de lo incautado.

años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho”.

⁴⁵ Acalé Sánchez, María; “Delitos contra la administración pública II”, AAVV, en *“Leciones y materiales para el estudio del Derecho Penal”*, T III, V. II, Coord. Juan M. Terradillos Basoco, Iustel, 2011, p.157.

⁴⁶ Quinteros Olivares, Gonzalo; “La política penal contra la corrupción: los últimos pasos” en *“Garantías Penales en Argentina, España y sus sistemas de inserción regional”*, dir. García Rivas y M. Riquert, AAVV, EDIAR, 2011, p 397/403

Sumado a lo expuesto, debemos señalar que a partir del Documento de Buenos Aires (4/5/2001), cuenta con la colaboración en el seguimiento e implementación del tratado con el MESICIC⁴⁷ (Mecanismo de Seguimiento para la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción) y su grupo de expertos. Sobre el punto, señala Hernández críticamente que “La principal debilidad de las políticas supranacionales de lucha contra la corrupción es la falta de mecanismos de aplicación, pues la aplicación de esas políticas depende de la voluntad y la capacidad de los Estados, principalmente a través de su sistema de justicia penal”.⁴⁸

IV. Controles Internos

Dentro del ámbito nacional debemos señalar que el principal organismo de control es la “Oficina Anticorrupción” (O.A.) que depende orgánicamente del Ministerio de Justicia⁴⁹ pero cabe señalar dos observaciones; la primera, que se trata de un órgano que depende del Poder Ejecutivo y nombrado por el Presidente de la Nación, por lo que su independencia se encuentra claramente resentida; la segunda, con relación al grado de aplicación, ya que el estado argentino posee una estructura federal en donde cada provincia de acuerdo a

⁴⁷ El compromiso asumido por los estados para la implementación del mecanismo de seguimiento fue durante la Tercera Cumbre de las Américas, realizada en Quebec en abril del 2001. Se encuentra inserto dentro del marco de la OEA.

⁴⁸ Hernández, José; “La lucha contra la corrupción en América Latina y el Caribe a nivel supranacional: Retos y desafíos de la Convención Interamericana contra la Corrupción”, El Ministerio Público, Derechos Humanos, 09-03-2023, cita: IJ-IV-LVI-924; <https://ar.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=dfce5c73f0f1e100ac4e9e4a211711a3&print=1>

⁴⁹ Fue creada en 1999 por la Ley N° 25.233, con el objetivo de elaborar y coordinar programas de lucha contra la corrupción e investigar presuntos hechos ilícitos o irregularidades administrativas, en el ámbito del Sector Público Nacional y todo otro ente público o privado con participación del Estado o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal. Es la autoridad de aplicación de la Ley N° 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública y es el organismo encargado de velar por la prevención e investigación de aquella conducta que se consideren comprendidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley N° 24.759) como así también respecto al cumplimiento de todas las Convenciones Internacionales de lucha contra la corrupción ratificadas por el Estado Nacional. Cabe señalar que la O.A. no tiene competencia para realizar investigaciones en el ámbito del Poder Legislativo, el Poder Judicial o en los organismos de las Administraciones Provinciales y Municipales. El DNU 8/23 también impacta en el organismo.

sus constituciones provinciales o leyes locales crean sus propios organismos de control (art. 5 C.N.), en la cual la O.A. posee una función meramente consultiva o de apoyo a pedido de las autoridades provinciales.

Del mismo modo se encuentra la “Procuración del Tesoro de la Nación” que depende directamente del Presidente de la Nación a través del Ministerio de Justicia (DNU 8/2023 en su artículo 22 inciso 22).⁵⁰ Sumado a este estado de actuación, oportunamente ya el “Foro Permanente de Fiscalías de Investigaciones Administrativas y Oficinas Anticorrupción” emitió un comunicado instando a que “las autoridades articulen los máximos esfuerzos y consensos para la urgente implementación del Código Procesal Penal Federal en todo el país”, y también que se cubran las vacantes de los cargos de magistrados del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público (30% de cargos vacantes aproximadamente), como así también la del Defensor del Pueblo.⁵¹

Problema adicional, y tampoco resuelto, es la designación del encargado de fijar en coordinación con los otros poderes del estado la “política criminal”, es decir el órgano extra poder creado por el constituyente de 1994 en el artículo 120 CN; el Procurador/a General de la Nación, cargo vacante desde el 31 de diciembre del 2017.

Finalmente, existe tanto por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como del Poder Ejecutivo una firme decisión de implementar el proceso acusatorio ante la grave situación de criminalidad que vive la ciudad de Rosario (ley 27.715 -de fortalecimiento de la justicia penal federal en la provincia de Santa Fe-), lo que viene a saldar una deuda de años, ya que se da la paradoja que todos los códigos de procedimientos penales de las provincias fueron modificados hacia el sistema acusatorio, mientras que en el orden federal aún conviven un modelo mixto e inquisitivo con el acusatorio adversarial.⁵²

En la misma dirección aparecen ciertos consensos para avanzar con el juicio por jurados, como ya existen en doce provincias de nuestro país. En este sentido el fallo “Canales”⁵³ de la CSJN ha marcado un camino claro, el

⁵⁰ Dice el inciso 22 “Entender en los programas de lucha contra la corrupción del Sector Público Nacional, denunciar y colaborar con el poder judicial y con el ministerio publico fiscal en los procesos en que se encuentre afectado el patrimonio del estado nacional”.

⁵¹ <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2023/11/Foro-Noviembre-2023.-Comunicado.pdf>

⁵² Sin embargo, a la fecha de este trabajo existen inconvenientes en su implementación, conforme surge de las resoluciones CSJN 148/24 y 2185/24.

⁵³ Fallos: 342:697. CSJ 461/2016/RH1 “Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado–impugnación extraordinaria”.

Juez Rosatti señaló que si bien aún se encuentra vigente –sin haberse cumplido– el mandato constitucional que encomienda al Congreso Nacional la sanción de una ley que establezca el sistema de juicio por jurados en todo el país, aclarando que ello no obsta a que las provincias lo regulen.

Siguiendo al maestro Bidart Campos, la Constitución tiene su “fuerza normativa”, y que esto genera obligaciones constitucionales. Siguiendo su idea Alice reflexionaba: “El tema de las obligaciones constitucionales tiene importancia, ya que éstas surgen, en forma expresa o implícita, del texto constitucional, que reviste supremacía. Por tanto, si una obligación se incumple, se viola la Constitución y también su supremacía”.⁵⁴

IV.1 ¿Prescriben estos delitos?

Se discute a partir de una interpretación íntegra del art. 36 C.N. su prescripción. Existe cierta jurisprudencia, la Sala IV CFCP considera que los hechos de corrupción que conlleven enriquecimiento ilícito al funcionario público del art. 36 CN son imprescriptibles.⁵⁵

Sin embargo, la Sala I del mismo Tribunal de Casación Federal dictó un fallo en la causa seguida contra el ex presidente Carlos Saúl Menem -en la que se juzgaba la venta de armas a Croacia y Ecuador sucedida en el año 1991- en el que, con los votos de Liliana Catucci y Eduardo Riggi, declaró que la acción penal estaba prescripta.⁵⁶

Si bien hasta el momento la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se ha expedido sobre la cuestión, considero que prescriben, sin perjuicio que se suspenda el curso de la prescripción mientras continúe la persona ejerciendo una función pública (art. 67 C.P.). No obstante, existen opiniones contrarias como la de Gil Domínguez que realiza una interpretación extensiva.⁵⁷

Siguiendo el criterio restrictivo, Losada luego de analizar todas las discusiones sobre el texto constitucional, concluye “las acciones penales

⁵⁴ Alice, Beatriz; “Acrecimiento de derechos y garantías”; en *La reforma constitucional de 1994*, coord. Ekmekdjian -Ferrerya, Depalma, 1999, p.47.

⁵⁵ C., R.J.A. y otros s/ recurso de casación, del 29/08/18, TR LALEY/AR/JUR/44479/2018.

⁵⁶ Bonifacio, Adrián; “El fallo C., R.J.A.”: una decisión que pone en agenda el debate sobre la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción”, publicado en Suplemento Penal 2019 (febrero), La Ley, A, 81.

⁵⁷ Gil Domínguez, Andrés; “Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Una obligación constitucional y convencional”, La Ley, 15/12/2015, p. 1.

derivadas de los graves delitos dolosos contra el Estado que conlleven enriquecimiento aludidos por el art. 36 de la CN no son imprescriptibles y, como tal, están sujetas a las regulaciones comunes de las respectivas leyes aplicables”.⁵⁸

Por otra parte, no se encuentra incluido dentro de los delitos incluidos en la Convención de Roma (1998), ni tampoco dentro de una categoría establecida por la Corte IDH a partir del caso “Bulacio c/Argentina”⁵⁹ que podríamos mencionar como “graves violaciones a los derechos humanos”.

Ahora bien, aclarada mi posición en el sentido que estos delitos prescriben, sin embargo, se aplica la disposición del art. 67 segundo párrafo del Código Penal que dice que el curso de la prescripción se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público.

Agrego que, aunque los hechos se encuentren prescriptos, más allá de la responsabilidad civil, podría existir de conformidad a las obligaciones asumidas por el Estado argentino, un juicio en donde se verifique que el hecho (tipificado) de corrupción existió y quien o quienes fueron sus responsables. Este tipo de procesos ya se hicieron en materia de delitos de lesa humanidad y también contra la integridad sexual.⁶⁰

V. Consideraciones finales acerca de la vigencia del art. 36 C.N.

1. El Constituyente de 1994 acertadamente advirtió que la corrupción afecta al sistema democrático, señalando que, más allá del desarrollo legislativo de los tipos penales por el Congreso, elevó con rango constitucional a la conducta del enriquecimiento ilícito.

⁵⁸ Losada, Luis Gustavo; “El artículo 36 de la Constitución Nacional y la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción en perjuicio del Estado”, 09-04-2019, ED-DCCLXXVII-747.

⁵⁹ Corte IDH, Sentencia del 18/9/2003. En igual sentido “Bueno Alves vs. Argentina”, sentencia del 11/5/2007.

⁶⁰ Recientemente el Tribunal Criminal N° 3 Depto Judicial de Mar del Plata, causa 8053 “García Collins s/ cohecho”, sentencia del 7/11/2023 (inérita) que integro consideró que luego de 24 años la causa estaba prescripta por exceso del plazo razonable. Si bien adherí al voto de mis colegas, en disidencia consideré que, realizado el juicio oral, la prueba permitió acreditar que el ex camarista García Collins fue el autor del delito de cohecho pasivo agravado por el cual acusara la fiscalía.

2. Se sigue verificando serias dificultades en disminuir la corrupción pública, respuestas que no se pueden encontrar a partir de posturas moralistas o eticistas. Tampoco se puede intentar explicarla linealmente a partir de una mera observación cuantitativa del fenómeno.⁶¹ Podemos señalar –siguiendo a Alessandro Pizzorno⁶² que la corrupción afecta a dos principios: la *Transparencia* y la *Igualdad de Derechos Políticos*, al no poder acceder al Estado todos los ciudadanos en iguales condiciones. El hiper presidencialismo, la falta de controles intra e inter órganos, y el claro retroceso del Poder Legislativo son claros síntomas de la enfermedad que padece el sistema constitucional o la “sala de máquinas”, como señala Gargarella.

3. Control externo: la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, por el gran grado de adhesión de los países partes de la región, resulta ser un instrumento idóneo de control externo ya que no sólo prescribe con grado de obligatoriedad medidas penales sino también administrativas. Por su parte, a partir del Documento de Buenos Aires (4/5/2001) cuenta con la colaboración en el seguimiento e implementación del tratado con el MESICIC⁶³ (Mecanismo de Seguimiento para la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción) y su grupo de expertos. Si bien la Convención contempla sólo a la corrupción pública, lo cierto es que se puede compatibilizar sin dificultad con la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” que abarca a ambas, tanto la pública como la privada. Existiendo un marco regional normativa suficiente, el avance dependerá ya de la decisión política del

⁶¹ Describe a este tipo de posturas Simonetti, como “visión light”, señalando que conciben a la corrupción como un fenómeno autónomo, típico, de comportamiento disfuncional, cuya presencia debe ser analizada a partir de determinados niveles de tolerancia posibles, por encima de los cuales resultaría preocupante. Continúa “estas visiones superficiales traen como presupuesto algo que deliberadamente no se incluye en la discusión: la afirmación del orden establecido ... La corrupción que por esta vía se intenta impugnar es sólo-y precisamente- aquella que atenta contra el orden económico establecido”. (“Notas sobre la corrupción”, Revista Latinoamericana de Política Criminal, Año 1, N° 1, Del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 192).

⁶² Citado por Simonetti, José M.; “Notas sobre la corrupción”, Revista Latinoamericana de Política Criminal, Año 1, N° 1, Del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 192.

⁶³ El compromiso asumido por los estados para la implementación del mecanismo de seguimiento fue durante la Tercera Cumbre de las Américas, realizada en Québec en abril del 2001. Se encuentra inserto dentro del marco de la OEA.

Estado argentino en efectivizar los compromisos asumidos en ambos instrumentos internacionales, entre otros.⁶⁴

En materia penal, el MESICIC en su Sexto Informe Final respecto a la Argentina (17/3/22), realizó recomendaciones sobre el enriquecimiento ilícito, pero es aplicable también a todos los delitos contra funcionario público en materia de corrupción, que incluyen identificar, a través de las instancias que correspondan, las causas que podrían estar contribuyendo a una dilación en los procedimientos penales relacionados con el enriquecimiento ilícito y tomar, en caso de ser necesario, las medidas correctivas correspondientes; e identificar a través de las instancias que correspondan, las causas que podrían estar contribuyendo a que no se identifiquen, denuncien y sancionen más casos relacionados con conductas que podrían tipificar el enriquecimiento ilícito, a fin de tomar las medidas correctivas correspondientes”.⁶⁵

4. Control interno: se advierte que tanto la “Oficina Anticorrupción” como la “Procuración del Tesoro de la Nación” tienen dependencia del Poder Ejecutivo Nacional.

Ciertas soluciones políticas coyunturales lejos de resolver o mitigar la problemática la mantiene indemne. Así, en los últimos gobiernos con el fin de obtener divisas ante las sucesivas crisis económicas y financieras, desde las presidencias de Fernández de Kirchner (ley 26.860), Macri (ley 27.260) y Milei (ley 27.743) habilitaron el blanqueo de capitales o “sinceramiento fiscal”. Considero que este tipo de medidas tampoco ayudan a disminuir la corrupción toda vez que, con el sólo objeto del ingreso de capitales, el Estado renuncia a la persecución administrativa y/o penal con este tipo de “amnistías” dejando un sabor amargo al ciudadano de a pie que observa como la presión impositiva y/o tributaria se aplica solamente a él.

5. En este balance, el Poder Judicial está en deuda, ya que el promedio de las causas de corrupción es de catorce años, quedando en muchos casos prescriptas, con muy pocas condenas.

El sistema de proceso penal acusatorio y adversarial que existe en todas las provincias de nuestro país, finalmente se está implementando en la justicia federal, aunque de forma progresiva. Este modelo, considero que es el único que abastece el “modelo de proceso penal según la Constitución”

⁶⁴ Podemos mencionar la “Convención internacional contra la delincuencia organizada transnacional”, la “Convención Interamericana contra el terrorismo”, entre otras.

⁶⁵ https://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/Mesicic6_informe_arg.pdf

(resulta intolerable ya un sistema inquisitivo o mixto), y con mayor rendimiento para investigar y sancionar a este tipo de delitos.⁶⁶

Vinculado a lo expuesto, ya en otra oportunidad, hemos señalado que otra deuda pendiente de la reforma de 1994 es el rol del Ministerio Público Fiscal como titular de la acción junto con el trabajo coordinado con los otros poderes del Estado, para fijar las líneas de la política criminal.⁶⁷

6. A modo de síntesis, se han escrito libros y discutido en numerosos congresos a lo largo de estos treinta años sobre la reforma constitucional de 1994. Desde visiones muy críticas (nada sirvió) hasta otras muy mínimas (la reforma fue excepcional; si algunos de sus contenidos no se cumplieron aún no es por responsabilidad del constituyente sino de los poderes constituidos). Podemos concluir en que existen “luces y sombras”.

Sin embargo, como reflexionaba Santiago “Sin un cambio de cultura política, de las pautas de conducta personales y sociales no meramente declamadas sino efectivamente vividas, será imposible avanzar con éxito en la lucha contra la corrupción y la instauración de la ética pública conforme lo establecido en el art. 36 de la CN.”⁶⁸

En materia de corrupción pública, pese al claro mensaje del Constituyente de 1994, la fuerza normativa de la Constitución aún no ha iluminado suficientemente el camino a los poderes constituidos.

⁶⁶ No alcanza que el proceso penal sea adversarial y acusatorio, ya sea con jueces técnicos o por jurado popular, sino se asignan recursos (humanos, edificios y técnicos) para su funcionamiento, sino las críticas van a dirigirse erróneamente sobre el modelo de proceso y no por su verdadera razón: la falta de una correcta implementación.

⁶⁷ Riquert, Fabián; “El rol del Ministerio Público Fiscal en el Siglo XXI: una deuda pendiente”, en Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994. Evolución doctrinal y jurisprudencial, AADC, Hammurabi, p.583

⁶⁸ Santiago, Alfonso; “La cláusula sobre ética pública del art. 36. Normatividad jurídica, normalidad social y la necesidad de un cambio de cultura política”, TR LALEY AR/DOC/5368/2014

REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994: ATENUACIÓN Y CONTROL AL PRESIDENCIALISMO EN LA INTRODUCCIÓN DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

CONSTITUTIONAL REFORM OF 1994: ATTENUATION AND CONTROL TO PRESIDENTIALISM IN THE INTRODUCTION OF THE DECREES OF NECESSITY AND URGENCY

LUCIANO HOMERO LAURÍA¹

Resumen: El presente trabajo examina la introducción de los Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU) en la Constitución de la Nación Argentina en 1994. Simultáneamente, analiza su accionar como una herramienta de atenuación y control al presidencialismo.

A tal fin, parte del estudio del marco histórico, político y legal en que se sancionó y promulgó la Ley N° 24.309 de declaración de necesidad de reforma de la Constitución.

Las conclusiones revelan que los constituyentes, al reconocer formalmente los DNU, que existían como prácticas paraconstitucionales de larga data, validaron los propósitos reformistas encaminados a equilibrar los poderes del Estado, acrecentar su eficacia y consolidar el sistema democrático. De este modo, la manda incorporada en el art. 99 inciso 3° positivizó una anomalía que sucedía en la esfera legal, al otorgarse una herramienta eficaz para la solución de un problema excepcional y urgente, con una decisión expedita en el ámbito de discrecionalidad propio del Poder Ejecutivo (PE), pero que debe validarse luego con el trámite parlamentario.

¹ Abogado, Universidad Católica de Santa Fe. Especialista en derecho procesal, Universidad Nacional del Litoral. Profesor de Derecho Constitucional II y de Práctica Profesional Final en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Juez de Cámara del Tribunal Oral Criminal Federal de Santa Fe.

En consecuencia, se transforma el decreto en una decisión legislativa, limitando la prerrogativa decisional que, de hecho, se había convertido en una costumbre política institucional aceptada, alcanzándose el designio de atenuación y control al presidencialismo.

Palabras clave: Decretos de necesidad y urgencia; reforma constitucional Argentina de 1994; presidencialismo; declaración de necesidad de reforma de la constitución.

Abstract: This paper examines the introduction of the decrees of necessity and urgency in the Constitution of the Argentine Nation. It also analyzes their action as a tool of mitigation and control to presidentialism. To this end, it starts from the study of the historical, political and legal framework in which Law No. 24,309 was sanctioned and enacted, declaring the need to reform the constitution.

The conclusions reveals that the constituents, by formally recognizing the DNU, which existed as long-standing paraconstitutional practices, validated the reformist purposes aimed at balancing the powers of the State, increasing its effectiveness and consolidating the democratic system. In this way, the mandate incorporated in article 99, 3rd paragraph, positivized an anomaly that occurred in the legal sphere, by granting an effective tool for the solution of an exceptional and urgent problem, with an expeditious decision in the area of discretion of the executive power, but which must then be validated through the parliamentary process.

Consequently, the decree is transformed into a legislative decision, limiting the decisional prerogative that, in fact, had become an accepted institutional political custom, achieving the purpose of attenuating and, in turn, controlling presidentialism.

Keywords: decrees of necessity and urgency; Argentine constitutional reform of 1994; presidentialism; declaration of need for reform the constitution.

I.- En la República Argentina, luego de la vuelta a la democracia en el año 1983, durante el gobierno de Raúl Ricardo Alfonsín, comenzaron a plantearse en el seno de los partidos políticos la necesidad de adecuar las cláusulas constitucionales a las circunstancias sociales que discurrían en el país. Esas necesidades, abonadas por los interrogantes que se planteaban en ámbitos académicos, científicos y políticos sobre los destinos y relaciones de los países en el ámbito internacional, devenido terminológicamente en global, llevaron a que las distintas vertientes ideológicas comenzaran a intercambiar ideas, pareceres, puntos de vistas, sobre el marco en que debía transitar la vida en sociedad y las herramientas legales y supra legales adecuadas para tal acontecer.

Se trataba no solo de marcos programáticos sino de límites éticos y morales necesarios para balizar una senda institucional signada por la legalidad del sistema como forma de convivencia y previsibilidad, creando un ámbito de confianza dentro de los límites de nuestro país y solidificando el principio soberano de gobierno con el consecuente reconocimiento de la comunidad internacional.

Luego de incontables reuniones, cenáculos y tertulias donde fluían las ideas democráticas y republicanas, las formas de representación y los instrumentos necesarios para hacer efectivo un país ávido de progreso, se gestó la idea superadora a principios de los años 90' de necesidad de una reforma constitucional en miras a solucionar y contextualizar las modernas concepciones de convivencia existentes en el mundo. En consecuencia el 29 de diciembre de 1993 se sancionó y promulgó la Ley N° 24.309 de declaración de necesidad de la reforma de la Constitución Nacional. Un trascendente acto en la historia de nuestro país se gestaba en base al último consenso político social consumado hasta nuestros días.

Dentro de ese contexto, en el llamado “núcleo de coincidencias básicas”, en el punto G, destinado a la regulación de la facultad presidencial de dictar reglamentos de necesidad y urgencia y procedimientos para agilización del trámite de discusión y sanción de las leyes, se dispuso como inciso a) el Decreto de necesidad y urgencia, que versaba en tres párrafos:

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos. Cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución, el ejercicio de atribuciones propias del Congreso por razones de necesidad y urgencia será decidido en acuerdo general de ministros, con el refrendo del jefe de gabinete y los restantes ministros. El jefe de gabinete, personalmente y dentro de los diez (10) días de su sanción, someterá la medida a consideración de una comisión bicameral permanente, cuya composición deberá respetar las proporciones de las minorías.²

² Ley 24.309, artículo 2, inciso G, literal a).

II.- En ese marco histórico, político y legal discurrió la Convención Constituyente en la ciudad de Santa Fe durante los meses de mayo, junio, julio y agosto de 1994. En el debate se aprobó el nuevo artículo 99 inciso 3ro., que dispone que

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 el 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 Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

Se concretizó entonces el estatus constitucional de los Decretos llamados de necesidad y urgencia; raigambre que jerarquizó la disposición del Poder Ejecutivo a la que históricamente habían recurrido los gobiernos constitucionales “para superar situaciones políticas o financieras de gravedad que requerían respuestas normativas urgentes o para aprobar leyes que eran rechazadas por la oposición en el Congreso, burlando así la legalidad constitucional”.³

Antes pues:

la Constitución no preveía explícitamente la facultad presidencial para emitir decretos con rango de ley. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema reconoció esta posibilidad en situaciones

³ Spada, Dario Germán, *Decretos de Necesidad y Urgencia*, revista *Administración y Derecho*, Ed. Ares, noviembre de 2010, N° 2, pag. 5.

de ‘grave riesgo social’ y bajo ciertas condiciones, como la necesidad de que el Congreso no adoptara decisiones diferentes.⁴

Se emitían entonces disposiciones administrativas con rango de ley, careciendo de la sustanciación y deliberación correspondiente en el parlamento y soslayando, ante el ejercicio del poder real y el avasallamiento al modelo de división de poderes, la posible tacha judicial.

Precisamente el presidente de la Convención decía:

El principio es que están prohibidos. El Poder Ejecutivo no puede en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, ejercer funciones de carácter legislativo. Le está prohibido al Ejecutivo por el artículo 109 dictar sentencia y por los artículos 76 y 99, inciso 3, dictar ley. Estos dos recaudos constitucionales están consagrando la absoluta independencia de los poderes y también vedando la invasión de competencias.⁵

La jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal sostuvo:

Que siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres grandes departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas, pues el uso concurrente o común de ellas harían necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno.⁶

La necesidad de equilibrio del poder del Estado y el perfeccionamiento y consolidación del sistema democrático se plasmaron en la reforma y respondieron a las ideas fuerzas que se venían vociferando y que derivó, como se dijo, en la convocatoria y posterior reforma de la Constitución.

Uno de los aspectos más controvertidos del proceso de reforma constitucional, que mereció las mayores críticas...fue la regulación de los decretos de necesidad y urgencia...El argumento sustancial levantado contra la regulación de esas instituciones consistió en afirmar que ella frustraba uno de los propósitos cen-

⁴ Licht, Miguel Nathan; Licht, Miguel; *Mitología del Decreto de Necesidad y Urgencia*, periódico Infobae, 04/01/2024.

⁵ Dromi, Roberto y Menem, Eduardo; *La constitución reformada*, Ed. Ciudad Argentina, 1994, pag. 337.

⁶ CSJN, “Fiscal c/ Ríos, y Gómez”, 04/12/1863, Fallos 1:35:37.

trales de la reforma (obtener la atenuación del presidencialismo), puesto que al introducirlas en nuestra ley fundamental se otorgaban mayores poderes al ejecutivo en detrimento del legislativo.⁷

Sin embargo, es posible demostrar...que las previsiones adoptadas en dichas materias...se encontraban inspiradas en los mismos propósitos a los que respondía integralmente el proceso reformista: generar un mejor equilibrio entre los poderes del Estado, acrecentar el nivel de eficacia en el desempeño de sus respectivas funciones y consolidar el sistema democrático. En efecto, los decretos de necesidad y urgencia...eran prácticas paraconstitucionales de larga data en nuestro medio, respaldadas por sectores importantes de la doctrina y cuya validez fue declarada por fallos de la Corte Suprema de Justicia. No fueron creadas por la reforma constitucional sino reconocidas con el fin de limitarlas, circunscribiéndolas –cuando fueron admitidas- mediante la aplicación de reglas que dispusieron mayores exigencias para su utilización que las requeridas en las costumbres vigentes.”⁸

Así lo sostuvo el convencional constituyente Alberto García Lema. Y prosiguió:

Los trabajos del Consejo para la Consolidación de la Democracia (divulgados en 1986 y 1987) formularon fuertes críticas al desinvolvemento histórico de nuestro poder ejecutivo, proponiendo implementar un régimen mixto de base semipresidencialista o semiparlamentaria. Ya se ha visto que esas posiciones evolucionaron a una situación conceptualizada como atenuación del presidencialismo, en los acuerdos entre el justicialismo y el radicalismo. Fue el mencionado Consejo quien también propuso un conjunto de modificaciones tendientes a hacer más ágil y eficiente el mecanismo de elaboración y sanción de las leyes, como modo de robustecer el nuevo equilibrio de poder deseado. Pero ello no constituyó un obstáculo para que el Consejo advirtiese que debían contemplarse otras medidas institucionales para hacer frente a las urgencias del dictado de normas, que reclamaba la época.⁹

⁷ García Lema, Alberto; *La reforma de la Constitución*, Ed. RubinzalCulzoni, 1994, pag. 381.

⁸ García Lema, Alberto; op. Cit., pag. 381/382.

⁹ García Lema, Alberto; op. Cit, pag. 387.

En esa realidad es que se atribuyó al presidente de la Nación la facultad de pronunciar DNU por circunstancias excepcionales que llevaran a su ineludible dictado. Se optó por solucionar un problema legal con una disposición supra legal, otorgándole un marco estricto y severo para su legitimación y aplicación, dentro del margen de apreciación de razonabilidad que debe velar toda decisión gubernamental extraordinaria.

III.- Teniendo en cuenta que la principal fuente de interpretación del derecho es la misma letra de la ley o, en este caso, norma constitucional, debemos ceñirnos a los términos establecidos por el constituyente en la nueva cláusula incluida y desentrañar su sentido y alcance en consonancia con los demás preceptos de la Ley Fundamental. Con el argumento de la “teoría de emergencia” que de hecho los sucesivos gobiernos constitucionales justificaban el dictado de los decretos, se le otorgó competencia materialmente legislativa al Poder Ejecutivo Nacional irrumpiendo con la teoría clásica de la “división de poderes” explicitada en la Constitución de 1853/60.

En consonancia con el texto integral, el artículo 99 inc. 3, en su segundo párrafo indica que el presidente de la Nación “no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. Este es el primer límite, de por sí infranqueable si lo analizamos de forma integral con el cuerpo, a la potestad excepcional otorgada para el dictado de este tipo de disposiciones, siendo en consecuencia su interpretación de carácter restrictivo.

Con meridiana claridad el maestro Néstor Pedro Sagües conceptualizó a los DNU como actos normativos “dictados por el Poder Ejecutivo sobre temas que la Constitución reserva al Congreso, sin previa autorización o delegación de éste”.¹⁰

Posteriormente Marcela Basterra afirmaba que

La previsión del constituyente, en relación a la nulidad absoluta e insanable como categoría constitucional establecida en la norma, significa haber institucionalizado la competencia jurisdiccional para este tipo de inconstitucionalidades. Es decir que, de dictar el Presidente de la Nación disposiciones legislativas fuera del marco

¹⁰ Sagües, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*, Ed. Astrea Bs. As. 2007. pag. 386.

constitucional, tenga el efecto erga omnes de todas las nulidades...la nulidad no solo procede cuando no estemos ante un caso de ‘circunstancias excepcionales’, que la propia norma describe. Sino también es posible declarar su nulidad cuando aun dándose los supuestos de emergencia o gravedad, cuyo dictado y sanción constituya el camino inevitable, pero no se dé cumplimiento a otros recaudos –que la propia norma prevé.¹¹

El referente constitucionalista Bidart Campos observaba:

Los reglamentos de necesidad y urgencia son los que se dictan sobre las materias propias de la competencia legislativa, cuando una urgencia súbita exige emitir las normas que el congreso no ha dictado, o suplirlo lisa y llanamente. La necesidad y la urgencia son las razones justificantes para consentir que se margine la división de poderes, y que el ejecutivo ejerza una función del congreso.¹²

De este modo la excepción a la regla la hace en el tercer párrafo del inciso, cuando otorga la prerrogativa de dictar un DNU solo por circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir el trámite sancionatorio de leyes y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o régimen de partidos políticos. Bien puede sostenerse aquí que la prohibición absoluta sigue en temas específicos toda vez que, en el caso de los dos primeros...

opera con firmeza el principio de legalidad -en sentido formal además de material- de acuerdo a lo establecido en los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional, y en cuanto a los dos últimos, porque se protege rigurosamente el libre desenvolvimiento de los partidos políticos y el juego electoral, esenciales para el funcionamiento democrático, como lo afirman ahora también los nuevos artículos 37 y 38 de la Constitución.¹³

El artículo 76 de la Constitución Nacional prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, “salvo en materias determinadas de administración o emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las

¹¹ Basterra, Marcela; *La Reglamentación de los Decretos de necesidad y urgencia*, www.marcelabasterra.com.ar, 2009, pag. 2/3.

¹² Bidart Campos, Germán; *Manual de la Constitución reformada*, Ed. Ediar, 219, Tomo III, pag. 248.

¹³ García Lema, Alberto; op. Cit., pag. 390.

bases de la delegación que el Congreso establezca”. Analizando la norma en congruencia con este principio podemos asimilar las “circunstancias excepcionales...” con la invocada emergencia pública; “...en la doctrina, en el derecho comparado y en los tratados de derechos humanos se suele utilizar la expresión ‘situaciones de excepción’ como equivalente a emergencia”.¹⁴

A renglón seguido corresponde analizar las circunstancias excepcionales que invoca la norma como habilitante al dictado. Las razones de mérito, oportunidad y conveniencia dejan la situación resignada al arbitrio del presidente de la Nación, lo que torna el carácter político de la medida a analizar. Se deben apreciar con extrema prudencia las razones de necesidad y urgencia que se susciten para tomar la decisión de solucionarla por esta vía ante la imposibilidad acuciante de imprimirle al caso el trámite establecido para el dictado de la ley.

Siguiendo a la Dra. Basterra en su cita a Aquino Britos,

[...] para que proceda el dictado de un Decreto de necesidad y urgencia deben concurrir elementos tales como: a) un estado de necesidad que imponga al Estado, bajo el riesgo de su continuidad como tal, el dictado de esta norma a fin de sortear una grave crisis de cuya magnitud surja inevitable la sanción de la misma, la que de no sancionarse con la premura del caso puede devenir para la sociedad extremos graves de imposible reparación ulterior; b) debe existir siempre la debida y ponderada razonabilidad que dispone el decreto; y c) debe sancionarse este decreto con celeridad, a fin de evitar procedimientos ordinarios que, en caso de cumplirse, la solución sería tardía”.¹⁵

Sostuvieron al respecto Dromi y Menem que “Generalmente fueron razones de Estado (defensa, seguridad, emergencias económicas), las que se argumentaron para justificar apartamentos temporarios y de excepción del derecho”.¹⁶

Los decretos de necesidad y urgencia dictados desde la vuelta a la democracia en el año 1983, sostenidos por alteraciones graves y temporarias, es decir por las contingencias eventuales, se tornaron permanentes. Cediendo espacio formal y material el Poder Legislativo hacia el Ejecu-

¹⁴ Bidart Campos, Germán; ob. cit, pag. 252.

¹⁵ Basterra, Marcela; op. Cit., pag. 3.

¹⁶ Dromi, Roberto y Menem, Eduardo; op. Cit., pag. 338.

tivo, razones políticas justificaron su procedencia por parte de la doctrina y jurisprudencia.

IV.- Esas incidencias fueron tratadas por nuestra Corte Suprema de Justicia, con pronunciamientos zigzagueantes; en general el máximo Tribunal se adecuaba a la situación política institucional del momento para no dañar el frágil tejido social, sostenido –juzgado a la postre– por medidas a veces certeras y otras no tanto. Sobre la validez de los mismos dijo:

Puede reconocerse la constitucionalidad de una norma como el decreto 36/90... en la medida que esté condicionado por dos razones fundamentales: 1) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; 2) porque ha mediado una situación grave de riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados.¹⁷

Luego de la reforma constitucional de 1994 la Corte se expidió en un reclamo donde el Poder Ejecutivo extendió un hecho imponible en la ley, mediante DNU, a otro distinto y nuevo, violándose con esta extensión análoga el principio de legalidad del tributo. Dijo entonces que

Los motivos que impulsaron el dictado de los mencionados decretos, no constituyen respuesta a una situación de grave riesgo social que requieran medidas súbitas como las implementadas”; y prosiguió “La remisión al Congreso de los DNU efectuada con posterioridad a su dictado, no satisface el requerimiento constitucional de que sea tal órgano y no otro el que decida qué impuestos se crearán y quiénes deberán pagarlos.¹⁸

Dos años más tarde la misma Corte volvió sobre sus pasos, validando un DNU con el argumentos de que

si no presenta defectos formales ni aparece emitido fuera del complejo normativo que regula su dictado en el ejercicio privativo de las funciones propias de uno de los poderes del estado,

¹⁷ CSJN, “Peralta, Luis Arcenio c/ Estado Nacional”, 27/12/90, Fallos: 313:1513.

¹⁸ CSJN, “Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía”, 06/06/95, Fallos: 318:1154.

corresponde al PL pronunciarse acerca de la concurrencia de los extremos -valoración política- que habilitan el ejercicio de la facultad excepcional del PE de dictar DNU, así como de la oportunidad, mérito y conveniencia de su contenido”. “Es inadmisibles que la CS intervenga en una contienda suscitada entre el PE y algunos miembros de la Cámara de Diputados, antes de que ‘el procedimiento político normal del tratamiento por el Congreso de la Nación, tenga la oportunidad de resolver el conflicto respecto de la privatización de los aeropuertos.¹⁹

En 1999 el Alto Tribunal respaldó la declaración de inconstitucionalidad del DNU 770/96 y su reglamentación, en cuanto disponía la exclusión de las asignaciones familiares a los trabajadores con remuneración mensual superior a los mil pesos. Dijo que

el nuevo texto del art. 99 inc. 3 de la CN no deja lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del PE se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación y no la ampliación de la práctica seguida en nuestro país...”. “Corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite el ejercicio excepcional de facultades legislativas por parte del PE, es decir, el presupuesto fáctico que justificaría la adopción del DNU, debiendo descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad [...]”.²⁰

Al siguiente año se pronunció sobre la solicitud de inconstitucionalidad de los arts. 1 y 2 del DNU 290/95, ratificado por ley 24.624, por violatoria a los arts. 14 bis, 16 y 17 de la Constitución Nacional. Allí la rechazó diciendo que “La intangibilidad del sueldo del empleado público, no está asegurada por disposición constitucional alguna, razón por la cual no existe un derecho adquirido a mantener el nivel de una remuneración futura sin variantes y en todas las circunstancias”;

[...] La modificación de los márgenes de remuneración de los agentes del sector público dispuesta en forma temporaria por el DNU 290/95, a causa de una grave crisis internacional del orden financiero, no implica per se una violación al art. 17 CN,

¹⁹ CSJN, “Rodríguez, Jorge –Jefe de Gabinete de Ministros”, 17/12/97, Fallos: 320:2851.

²⁰ CSJN, “VerrochiEnzio, Daniel c/ PE, Adm. Nac. Aduanas”, 19/08/99, Fallos: 322:1726.

sino que comporta el ejercicio razonable de las facultades del Estado ante un acontecimiento extraordinario...en la medida en que la quita no resulte confiscatoria o arbitrariamente desproporcionada.²¹

Dos meses después confirmó la inconstitucionalidad del DNU 260/97 que declaró en estado de emergencia a las Empresas de Transportes y a sus aseguradoras. Sostuvo que

Cuando una situación de crisis, exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales de la sociedad en su conjunto, se puede, sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derecho patrimoniales, postergar dentro de límites razonables, el cumplimiento de las obligaciones emanadas de derechos adquiridos, pues de esta forma no se viola el art. 17 CN, sino que solo se establece una limitación impuesta por la situación. El fundamento de los DNU es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad, pero con la limitación de que lo sean para proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos. Por ello es inconstitucional el DNU 260/97, en tanto, pretende llevar alivio al sector del servicio público de pasajeros, a través del procedimiento de trasladar a las víctimas la carga de financiarlo.²²

Con posterioridad al dictado de la ley reglamentaria 26.122, la Corte en el caso “Consumidores Argentinos” declaró la invalidez constitucional del DNU N° 558 del año 2002. Allí los jueces Carmen Argibay y Enrique Petracchi consideraron que al tratarse de un decreto dictado antes de la sanción de la ley y que por lo tanto no se había constituido la Comisión Bicameral Permanente, era nulo toda vez que el ejecutivo no podía dictarlo. Highton de Nolasco sostuvo que la falta de control legislativo habilitaba examinar si hubo necesidad y urgencia, destacando que si bien hubo emergencia económica reconocida por la Corte en varios fallos, no existieron elementos aportados por el Estado Nacional para justificar la omisión de recurrir a una ley. A su turno el Dr. Maqueda dispuso que tanto la inexistencia de la Comisión Bicameral como la falta de ratificación del Congreso de la Nación los tornaban suficiente para descalificarlo.

²¹ CSJN, “Guida, Liliana c/ PEN”, 02/06/00, Fallos: 323:1566.

²² CSJN, “Risolia de Ocampo c/Julio C. Rojas y otros”, 02/08/00, Fallos: 323:1934.

Se destacó:

Que una vez admitida la atribución de este Tribunal de evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales características, cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. El texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto.²³

Está claro que la falta de ley reglamentaria prevista en el art. 99, inciso 3 y concordantes de la Constitución Nacional no supuso falta de control por parte del órgano supremo del Poder Judicial; por el contrario, cada vez que fue requerida, nuestra Corte, con disímiles resultados, trató, analizó y se expidió sobre los DNU dictados.

V.- Luego de 12 años se sancionó la ley regulatoria del trámite congressional de los decretos que expresan el ejercicio de la función materialmente legislativa. La ley 26.122 formalizó y reglamentó

[...] la estructura y el funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente (CBP) encargada de analizar inicialmente tal potestad. De este modo se dio cumplimiento (bien tardío) al mandato constitucional previsto por los artículos 99, inciso 3°, 80 y 100, incisos 12, y 13, de la Constitución Nacional. No solo fue tardía la regulación; también resultó -desde el punto de vista teórico-poco congruente con el diseño constitucional, tal como se verá seguidamente.²⁴

Se dispone que las bases a las cuales debe sujetarse el Poder Ejecutivo para ejercitar el Poder Legislativo delegado, debe ser objeto de control y reglamentación por parte de este último. Conforme al artículo 12 de la mentada ley, el PE debe someter dentro de los diez días de dictado, todo

²³ CSJN, “Consumidores Argentinos c/ EN-PEN”, 19/05/10, Fallos: 923:43.

²⁴ Rosatti, Horacio; *Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. Rubinza Culzoni, 2017, Tomo II, pag. 419.

decreto de delegación legislativa a la consideración de la Comisión Bicameral Permanente la que, controlada la procedencia formal y sustancial, debe dictaminar su validez o invalidez y elevar la norma a ambas Cámaras para su “inmediato y expreso tratamiento” (conforme al art. 21).

“La aprobación del decreto considerado concluye la etapa de análisis de los poderes políticos y perfecciona la decisión, asignándole plenos efectos hacia adelante y convalidando los efectos cumplidos (hacia atrás) en el tiempo”.²⁵ “El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2° del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”.²⁶ Ahora bien, al establecer el artículo 24 que es necesario el rechazo “por ambas Cámaras del Congreso” para su derogación, es claro que ese efecto no se produce con el solo rechazo de una de ellas.

En su tratado, el Dr. Horacio Rosatti ponderó:

No estamos de acuerdo con la cláusula legal en orden al texto y espíritu constitucionales. Entendemos que lo que hace el Congreso respecto de los decretos materialmente legislativos emitidos por el Ejecutivo es controlarlos y, eventualmente, aprobarlos... Se trata, en suma, de un análisis que concluye en un ‘sí’ o en un ‘no’. Para ratificarlos (o sea para darle ‘valor de ley’ a la norma dictada por el Ejecutivo), las Cámaras deberían expedirse por sendas resoluciones afirmativas. Si no lo aprueba ninguna (silencio sine die) debería entenderse que no hay ratificación y si una Cámara lo rechaza tampoco sería posible hablar de convalidación. En resumen: si, conforme al mandato constitucional y en referencia a los proyectos de ley, el texto que vota una Cámara (aún por unanimidad) puede no prosperar en todas las sesiones del año al ser desechado totalmente por la Cámara revisora, ¿cómo se explica que cuando es el Ejecutivo el que legisla esa disconformidad (de una de las Cámaras) no tenga los mismos efectos? La conclusión que se extrae del texto de la ley, en el sentido de asignar al producto materialmente legislativo proveniente del Ejecutivo más blindaje que el derivado del propio Congreso, deviene absurda.²⁷

²⁵ Rosatti, Horacio; op. Cit., pag. 422.

²⁶ Ley 26.122, artículo 24.

²⁷ Rosatti, Horacio; op. Cit., pag. 426/427.

VI.- La manda incorporada en el art. 99 inciso 3° positivizó de manera constitucional una anomalía que se sucedía en la esfera legal. Con decisiones políticas del momento el Poder Ejecutivo recurría a decretos administrativos para regular situaciones de hecho que debían preverse indefectiblemente en leyes promovidas, debatidas y promulgadas en el Congreso Nacional.

El constituyente, respetando el modelo de gobierno ideado en el siglo XIX, dejó en claro en la letra la prohibición del presidente de entrometerse en la competencia legislativa, limitando su ámbito de actuación a su función ejecutiva. Es eso lo que dice el segundo párrafo del aludido inciso, en consonancia con las demás cláusulas constitucionales que avalan la postura. Luego sí, por circunstancias excepcionales y por razones de necesidad y urgencia, y con la salvedad en ciertas materias, le permite “dictar decretos”. Es en este resquicio donde se anidan los astutos intérpretes de turno para convalidar decisiones contrarias a nuestra Ley fundamental.

Esa situación de incertidumbre legal el propio constituyente la soluciona al rematar la norma sosteniendo que “Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”. De modo tal que el DNU solo puede causar efectos inmediatos en la decisión que adopte hasta tanto sea tratado por el Parlamento, que debe considerarlo y emitir opinión, dictamen y validarlo o no.

Se le otorga una herramienta eficaz para la solución de un problema excepcional y urgente, con una decisión expedita en el ámbito de discrecionalidad propio, que debe validarse luego con el trámite parlamentario. Se transforma el decreto en una decisión legislativa, limitando la prerrogativa decisional que de hecho se había convertido en una costumbre política institucional aceptada.

**LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EN ARGENTINA
REFLEXIONES A CUARENTA AÑOS DE LA
RECUPERACIÓN DEMOCRÁTICA Y A TREINTA DE LA
REFORMA CONSTITUCIONAL. LA REFORMA POLÍTICA
Y SUS OBJETIVOS INCUMPLIDOS.**

*CONSTITUTIONAL DEMOCRACY IN ARGENTINA: SOME
REFLEXIONS AFTER 40 YEARS FROM DEMOCRATIC
RECOVERY AND 30 YEARS FROM THE ARGENTINIAN
CONSTITUTIONAL AMENDMENT. THE POLITICAL
AMENDMENT AND THEIR UNREDEEMED OBJECTIVES*

MAXIMILIANO TORICELLI¹

Resumen: Este trabajo se propone analizar, si se ha logrado la atenuación del presidencialismo que se intentó con la reforma de 1994. Para ello, se hará un breve repaso sobre los principales puntos en los cuales se centró dicha atenuación, cómo es el reconocimiento de la autonomía de la ciudad de Buenos Aires, los cambios en el Poder Judicial, la incorporación del Jefe de Gabinete y por último, la regulación de las atribuciones legislativas del presidente.

Summary: This paper aims to analyze whether the attenuation of presidentialism that was reflected in the 1994 constitutional reform has been achieved. To do so, a brief review will be made of the main points on which said attenuation focused, such as the recognition of autonomy of the city of Buenos Aires, the changes in the Judiciary, the incorporation of the Chief of Staff and finally, the regulation of the legislative powers of the president.

Palabras claves: reforma constitucional – sistema presidencialista.

Keywords: constitutional reform – presidential system.

¹ Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Titular de cátedra en las materias Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Rosario.

I.- Introducción

La reforma constitucional tuvo algunas ideas fuerza en cuanto a la reforma política efectuada; y la principal, sin dudas, fue la atenuación del sistema presidencialista.

En el núcleo de coincidencias básicas (es decir aquellos artículos que debían votarse en conjunto por su incorporación o rechazo), en el apartado A, del art. 2 “Núcleo de Coincidencias Básicas” precisamente se refiere este objetivo.

Más allá de que dicho apartado sólo trató la incorporación del Jefe de Gabinete de Ministros; otros apartados, al menos así lo manifestaban quienes participaron de la Convención, iban en tal sentido.

Para atenuar entonces el poder presidencial (al que si bien se le reducía el mandato de seis a cuatro años, se le otorgaba una reelección de la que antes carecía), se reconocía la autonomía de la ciudad de Buenos Aires, que pasaba así a elegir a sus gobernantes; se creaba el Consejo de la Magistratura y se regulaban sus atribuciones legislativas.

Como se verá seguidamente, si bien las diferentes instituciones tuvieron una incidencia despareja, el producto final no parece haber dado el resultado deseado (al menos, en los papeles).

II.- La autonomía de la ciudad de Buenos Aires

Los defensores a ultranza de la reforma de 1994 esgrimen que la modificación efectuada en el art. 129 ha recortado el poder presidencial.

Y en ese aspecto, la afirmación es innegable.

No puede soslayarse que desde el momento en que se federalizó la ciudad sufrió una importante restricción en cuanto a su autogobierno, dado que en el anterior diseño constitucional se evitó la convivencia de autoridades locales y nacionales.

El antiguo art. 86, inc. 3, establecía como atribución del presidente la jefatura inmediata y local de la Capital de la Nación, mientras que el art. 67, en su inc. 27, le otorgaba al Congreso la potestad de “ejercer una legislación exclusiva en todo territorio de la Capital de la Nación”. En ejercicio de la jefatura de la Capital, el Poder Ejecutivo nombraba un intendente que, junto con el Concejo Deliberante (único órgano elegido exclusivamente por los porteños), se ocupaban de la administración de la ciudad.

Así, los destinos de la ciudad más importante de nuestro país eran regidos por autoridades elegidas por todos los argentinos, y principalmente por un delegado del Presidente de la Nación, lo que ampliaba aún más las atribuciones del PEN.

La reforma corrigió esta inequidad política y, de esa manera, menguó el poder presidencial al atribuírselo directamente a la ciudadanía de Buenos Aires.

En este aspecto puede decirse que hubo una disminución de las atribuciones presidenciales.

III.- Los cambios en el Poder Judicial

Como una forma de disminuir la atribución discrecional del presidente en nombramientos de jueces federales, se proyectaron dos reformas, una fue la creación del Consejo de la Magistratura, la otra las mayorías especiales del Senado para el acuerdo de los ministros de la Corte Suprema.

La importancia de los cambios en la designación de jueces, en un sistema donde pueden declarar la inconstitucionalidad de normas, no es menor.

A diferencia del sistema anterior, se requiere un mayor consenso para obtener la nominación de los miembros de la Corte y existe una limitante en cuanto a los jueces inferiores en tanto surgen de ternas vinculantes elegidas por el Consejo.

No puede negarse que ha disminuido el poder presidencial en tal sentido, pero muchas veces a costa de una gran parálisis en la designación de los cargos judiciales y de una interminable discusión en la forma de integrar el Consejo.

La modificación efectuada en el art. 114 de la Constitución ha sido fuertemente criticada por su apertura, especialmente en cuanto a la composición del cuerpo, que es diferida a la ley, sin precisar concretamente si el equilibrio pretendido implica igualdad entre todos los sectores que lo integran o si su definición queda a criterio del Congreso².

Ello ha dado lugar a las más variadas controversias, generando que dos leyes fueran declaradas inconstitucionales por su composición. Incluso

² SPOTA, Designación y remoción de magistrados. Precisiones en torno al Consejo de la Magistratura, en "Comentarios a la reforma constitucional", Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires 1995, p. 143.

el Comité de Derechos Humanos de la ONU, examinó el cuarto Informe Periódico de Argentina (CCPR/C/ARG/4) en sus sesiones 2690^a y 2691^a (CCPR/C/SR.2690 y 2691), celebradas el 10 y 11 de marzo de 2010, y aprobó, en su sesión 2708^a (CCPR/C/SR.2708), celebrada el 23 de marzo de 2010, entre sus observaciones finales, una recomendación al Estado argentino para que haga efectivo el equilibrio en el Consejo de la Magistratura. En el punto 10 de las observaciones sostuvo: *“El Comité observa con preocupación que, a pesar del principio contenido en el artículo 114 de la Constitución respecto al equilibrio que debe imperar en la composición del Consejo de la Magistratura, existe en el mismo una marcada representación de los órganos políticos allegados al Poder Ejecutivo, en detrimento de la representación de jueces y abogados. (Artículo 2 del Pacto).*

El Estado Parte debe tomar medidas con miras a hacer efectivo el equilibrio previsto en el precepto constitucional en la composición del Consejo de la Magistratura, evitando situaciones de control del Ejecutivo sobre este órgano”.

En la práctica nos encontramos que, además de intentar manipular la composición del Consejo, muchas ternas no avanzan en los órganos políticos, por no ser ninguno de los ternados del agrado del Poder Ejecutivo. Ello, sumado a la demora en el sistema de selección, genera la existencia de vacantes sin cubrir por varios años.

La necesidad de mayores consensos entre poder ejecutivo y senadores también provoca una parálisis en el cubrimiento de los ministros de la Corte (desde noviembre de 2021 -hace casi tres años-), falta un integrante, y se proponen ahora dos miembros (ante la jubilación de otro juez a fin de año) para lograr los acuerdos necesarios.

El sistema es mejor, pero los operadores lo hacen funcionar mal y el presidente no resigna poder.

IV.- La incorporación del jefe de gabinete

Aun cuando bajo el apartado propio de atenuación del presidencialismo se presenta la figura del jefe de gabinete, este funcionario en nada contribuyó a tal objetivo.

La figura de un jefe de gabinete de ministro, no sólo no detrajo atribuciones del presidente sino que ni siquiera es considerado como un primer ministro.

Las ideas subyacentes en la convención eran muy distintas. Alfonsín quería una figura fuerte, semejante a un primer ministro, aunque no de un clásico sistema parlamentario sino del semipresidencialismo francés.

Sobre este nuevo ministro expresaba que *“será el puente a través del cual se podrá institucionalizar un gobierno de coalición, puesto que el presidente va a estar obligado a negociar con la mayoría opositora del Congreso para ocupar dicho cargo para poder gobernar”*, agregando que *“bajo la nueva Constitución, en el caso que acontezca una dura derrota electoral del partido oficialista, la oposición no tendrá la necesidad de especular con el derrumbe a plazo del jefe de Estado... por el contrario, podrá imponerle al presidente un jefe de Gabinete que lo obligará a tomar decisiones basada en vínculos cooperativos”*³.

Pero ésta no era esta la concepción reinante en el justicialismo. Y en el seno de la Convención triunfó una versión muy atenuada de la concebida por Alfonsín.

Como miembro informante, Paixao expresó que *“la creación de la figura de un ministro como jefe de Gabinete es el procedimiento elegido para desagregar la jefatura administrativa, que quizá no es la más importante por su gravitación política, pero sí por el peso de su labor en la vida cotidiana. Estamos proponiendo una figura que, dentro del régimen presidencialista, va a significar una atenuación de las facultades del presidente; estamos incorporando un órgano afectado específicamente a la tarea de administración activa, a la generalidad de la tarea de administración activa, y lo hacemos –a la hora de destacar esa específica afectación– recogiendo la propuesta de una fuerza política que no coincide empero con el diseño general de esta figura”*⁴.

Nuestra doctrina interpretó que la figura en sí poco atenuaba las atribuciones presidenciales.

Así, García Lema dijo que se lo concibió *“como un ministro”*, pero *“con un rango destacado al enunciarlo separadamente del resto”*⁵. Para Cassagne, la redacción constitucional supone *“la existencia de una relación jerárquica entre el presidente y el jefe de Gabinete”*, entendiendo que se trata de *“un órgano de órgano que participa de la condición que*

³ Diario de Sesiones, p. 2727.

⁴ Diario de Sesiones, p. 2212.

⁵ GARCÍA LEMA, La Jefatura de Gabinete de Ministros en el proyecto de ley de ministerios, LL, 1995-E-1247.

*tenían los ministros en el sistema de la Constitución anterior y tienen después de la reforma”*⁶.

También Ibáñez Rozas entiende que el jefe de Gabinete “*no agregaba ni quitaba nada al sistema*”, porque es el presidente “*la pieza clave del sistema; luego, si el presidente es débil o pierde consenso, con su caída arrastra todo el sistema y si es un líder hegemónico se agotará cuando se agote su proyecto político*”⁷.

A su turno, Vanossi –probablemente el mayor detractor de este nuevo funcionario constitucional– expresó que el “*jefe de Gabinete desconcentrará funciones al presidente, pero no descentralizará el poder. La clave de la cuestión está en la descentralización. Y por lo tanto (y ésta es mi conclusión final) la figura del jefe de Gabinete no sirve para lo que realmente importaba, que era aumentar el control y procurar una mayor descentralización política*”⁸.

Los argumentos que ponen en evidencia la tibieza de este órgano son de diversa índole.

En primer lugar, en cuanto a su articulación con el Congreso y la posibilidad de desviar nuestro presidencialismo a un régimen semiparlamentario, existen varias objeciones. El parlamento no designa al jefe de Gabinete, como ocurre con los primeros ministros y, aun cuando tenga la atribución para destituirlo, el Poder Ejecutivo mantiene la facultad de nombrar, por sí solo, a su reemplazante.

En la relación con el presidente, éste no sólo puede designarlo y removerlo por sí solo, sino que también es el jefe de gobierno, dejando en manos del jefe de Gabinete el ejercicio de la Administración, pero no su titularidad⁹.

En la práctica, los distintos presidentes mostraron que no tenían ninguna intención de tener jefes de gabinete que no se encontraran totalmente subordinados a ellos.

⁶ CASSAGNE, En torno al jefe de Gabinete, LL, 1994-E-1267.

⁷ IBÁÑEZ ROZAS, El jefe de Gabinete y la función ministerial en la Convención Constituyente de 1994, en BIDART CAMPOS-GIL DOMÍNGUEZ (coords.), “A una década de la reforma constitucional de 1994”, Ediar, Buenos Aires 2004, p. 311.

⁸ VANOSSI, ¿Régimen mixto o sistema híbrido? El nuevo presidencialismo argentino, en “Comentarios a la reforma constitucional”, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires 1994, p. 348.

⁹ CASSAGNE, En torno al jefe de Gabinete, LL, 1994-E-1270.

En la primer oportunidad que comenzó a funcionar (1995), Menem designó a Baeza en tal cargo, quien estaba a cargo de la Secretaría de la presidencia, y lo peor fue que el organigrama de dicha secretaría fue transferido en su totalidad a la jefatura de gabinete.

Tampoco De La Rúa, aun cuando su gobierno se debilitaba, ofreció negociar con la oposición la presencia de un Jefe de gabinete que se hiciera cargo de la administración general, arriesgando a perder su presidencia (como en definitiva ocurrió) antes que ceder en la designación de este funcionario.

La debilidad de esta figura no sólo reside en que las normas han sido inadecuadas para disminuir las atribuciones presidenciales, sino también porque, en la práctica constitucional, tanto los presidentes como los legisladores tratan al funcionario como un subordinado del Poder Ejecutivo.

V.- La regulación de las atribuciones legislativas del presidente

Era innegable que, aun antes de la reforma, los poderes ejecutivos de iure invadían esferas del Congreso a través de la emisión de disposiciones de carácter legislativo (como los decretos de necesidad y urgencia) o alteraban las leyes sancionadas por el Congreso (a través de su promulgación parcial).

La regulación de tales atribuciones, lejos de atenuar el poder presidencial, lo repotenció de manera considerable.

En ello, no sólo tuvo que ver la falta de precisión o cierre en el dictado de las normas constitucionales, sino también la aceptación social de su ejercicio, la carencia absoluta de control por parte del poder legislativo y la poca exigencia judicial al momento de decidir al respecto (aun cuando, cabe reconocer, fue el único límite existente).

En cuanto a los decretos de necesidad y urgencia, no puede soslayarse que su utilización fue moderada hasta el retorno a la democracia, donde en el gobierno de Raúl Alfonsín —si bien no realizó un uso excesivo— algunos no cumplieron con la exigencia de verdadera necesidad y urgencia¹⁰. Sin embargo, su manejo fue totalmente desvirtuado a partir de 1989, donde el

¹⁰ Basta como ejemplo referirnos al decr. 901/84 por medio del cual se trasladó el feriado nacional del 2 de abril al 10 de junio.

gobierno de Menem y los de los posteriores presidentes, hicieron un indiscriminado uso de esta potestad¹¹.

La facultad de emitirlos generó importantes divergencias doctrinales entre quienes entendían que se trataba de una realidad innegable, que los tiempos modernos no admiten la dilación en el dictado de normas que supone el trámite parlamentario, y que es preferible reconocerle atribuciones legislativas a un Ejecutivo de iure que las atribuciones legislativas de un gobierno de facto, al que se llega por la imposibilidad de gobernar del presidente constitucional que carece de dichas atribuciones, y quienes sostenían que el modelo de separación de poderes que tiene nuestra Constitución no admite esta atribución¹².

En el ámbito jurisprudencial, la Corte Suprema le dio recepción definitiva en el polémico fallo “Peralta”¹³.

Con la incorporación de esta atribución a la Constitución se dijo que se intentaba frenar la avalancha de disposiciones legislativas emitidas por los presidentes, pero, como se expresó, ello no fue así.

Es innegable la mala técnica legislativa utilizada, ya que ordena al jefe de gabinete someter el decreto a una comisión bicameral cuya única función es elevar un dictamen que no es vinculante, para que luego el Congreso decida, por un procedimiento que tampoco fue fijado por la Constitución sino que fue derivado a la ley.

Esta ley fue sancionada recién en el año 2006, bajo el número 26.122. Se encarga de regular el funcionamiento de los decretos de necesidad y urgencia, así como los de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes.

¹¹ Aunque los datos no son precisos, se calcula que hasta el gobierno de Alfonsín se utilizaron unos veinticinco decretos de necesidad y urgencia, aproximadamente diez utilizó Alfonsín, mientras que Menem, para el año 1996, llevaba cerca de cuatrocientos (“La Nación”, 24/11/96, p. 14).

¹² En una de las peores crisis económicas que vivió los Estados Unidos de América, con motivo del derrumbe bancario y bursátil, el presidente Bush propuso una serie de medidas, las que fueron presentadas como imprescindibles para evitar un quiebre en la economía del país del Norte. Pese a la urgencia de su dictado por la caída de los mercados, estas medidas fueron enviadas al Congreso, quien las debatió (con la urgencia del caso), las rechazó en una primera oportunidad y terminó aceptándolas con ciertas modificaciones. No se recurrió y ni siquiera se insinuó la posibilidad de que fuera el presidente, en uso de poderes de emergencia, quien las dictara.

¹³ CSJN, 27/12/90, “Peralta, Luis, y otros c/Estado nacional”, Fallos, 313: 1513.

Esta norma, además de ser desacertada, difícilmente supere un test de constitucionalidad, porque le permite al presidente legislar contando con mayoría de parlamentarios en una sola cámara o, lo que es peor, con el número de legisladores suficientes para obstaculizar el quórum, dado que para que se rechace el decreto (que implica derogación, ni siquiera nulificación) se deben expedir ambas Cámaras en contra del mismo.

Es importante destacar algunos aspectos del funcionamiento de la Comisión. Durante su primer año de vigencia, se realizaban reuniones semanales con el objetivo de analizar todos los decretos emitidos desde la reforma constitucional.

Entre 1994 y 2007 aprobó los 391 decretos de necesidad y urgencia analizados¹⁴.

A partir del 2007 el funcionamiento empeoró, dado que las reuniones se realizaban, al principio, una vez al mes, y luego con menor frecuencia. Entre noviembre de 2021 y junio del 2022 sólo se reunieron para asignar cargos.

En febrero de 2024 se retomaron las reuniones mensuales, dictaminando sobre decretos de necesidad y urgencia pendientes de los mandatos de Macri y Fernandez.

Entre el comienzo del funcionamiento de la Comisión Bicameral (2006) y 2018, no solo no fue rechazado ningún decreto de necesidad y urgencia, sino que tampoco ningún decreto delegado o de observación y promulgación parcial de las leyes¹⁵.

Es importante mencionar que, desde la sanción de la ley 26122 hasta la actualidad, solamente una vez el Congreso de la Nación derogó un decreto de necesidad y urgencia. Fue el decreto 656/2024 que otorgaba a la Secretaria de Inteligencia del Estado (SIDE) 100 mil millones de pesos con carácter reservado¹⁶.

¹⁴ Ver al respecto publicación efectuada por el Centro de implementación de políticas públicas para la equidad y el crecimiento: Políticas Públicas Análisis n°40, año 2008 <https://www.cippec.org/publicacion/decretos-de-necesidad-y-urgencia-escaso-control-durante-el-primer-ano-de-la-comision-bicameral-permanente-de-tramite-legislativo/>

¹⁵ Alfonso Santiago (h), Enrique Veramendi, Santiago M. Castro Videla y Patricio D'Acunti, La Comisión Bicameral Permanente de Control Legislativo. Balance y reflexiones a doce años de su conformación, TR LA LEY AR/DOC/459/2019.

¹⁶ La Cámara de Diputados lo rechazó con 156 votos (contra 52 negativos y 6 abstenciones), mientras que el Senado lo hizo con 49 votos (contra 11 negativos y 2 abstenciones).

Eso permitió el dictado de decretos como el 70/23 que no está de más recordar.

El 20 de diciembre de 2023, el Presidente de la Nación, en acuerdo de Ministros, dictó el DNU 70/23 por medio del cual deroga decenas de leyes completas y modifica centenas de artículos de otros cuerpos normativos. Ello lo hace declarando una emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, sanitaria y social, alegando una crisis de tal severidad que, según los considerandos, pone en riesgo la subsistencia del Estado.

Si bien el decreto no vulneraba materias prohibidas, no cumplía con los demás requisitos sustanciales habilitantes para su dictado ya que no había ninguna circunstancia excepcional que impidiera seguir los trámites legislativos ordinarios, dado que el Congreso no tenía impedimentos para su conformación (podía ser convocado a extraordinarias) ni la situación presentaba una urgencia que fuera incompatible con el trámite parlamentario.

¿De qué manera la situación del país se agravaba si el Congreso no le daba tratamiento a las decisiones adoptadas? Ello nunca fue respondido, al menos con la solvencia que la adopción de medidas de esta naturaleza requieren, en los considerandos del decreto.

Además, no puede soslayarse que el decreto ni siquiera entró a regir en forma inmediata, sino a los 8 días de su dictado (por remisión supletoria del Código Civil y Comercial), ya que no se previó una entrada en vigencia inmediata.

Por tomar algunos ejemplos, en qué cambia la generación de empleo, de manera inmediata, que no pueda esperar unos días al tratamiento legislativo. O si se pretendía privatizar una empresa, qué modificaba que se conviertan a la forma jurídica de sociedades anónimas por este decreto, 8 días después de su dictado, o por una ley, en pocos días más (como en definitiva ocurrió con la sanción de la ley ómnibus).

Lo que sí puede cambiar, en cada caso, es que no haya consenso para efectuar dichas modificaciones. Y siendo competencia del Poder Legislativo llevarlas adelante, un decreto de necesidad y urgencia que, lo que en definitiva hace, no es legislar ante la necesidad o urgencia, sino ante la falta de acuerdo del parlamento para aprobar ciertas leyes, indudablemente vulnera el diseño constitucional.

Pese a las inconstitucionalidades referidas (en las que hubo un gran consenso doctrinario) sólo el Senado así lo entendió, no pronunciándose la Cámara de Diputados al respecto.

Y en el caso no puede decirse que se trata de un apoyo de los legisladores de la propia fuerza, ya que no cuentan con las mayorías necesarias para ello.

Es en el fondo, el consenso de que los decretos de necesidad y urgencia no deben ser invalidados por el parlamento, pese a su manifiesta inconstitucionalidad.

No sólo no se anularon disposiciones de carácter legislativo en donde el presidente tomaba la iniciativa (como ocurre con los decretos de necesidad y urgencia), sino también en los decretos donde se promulgaban sólo parcialmente las leyes.

Un claro ejemplo de ello es lo ocurrido con la ley 27.329, de noviembre de 2016.

Antes de analizar esta situación es importante destacar cómo funciona el control de la promulgación parcial de leyes.

El art. 15 de la ley 26.122 dice: *“Las disposiciones de esta ley y el curso de sus procedimientos no obstan al ejercicio por el Congreso de sus potestades ordinarias relativas a la insistencia respecto de normas legales total o parcialmente vetadas”*.

Así, vetada parcialmente una ley, corresponde su devolución a la Cámara para que insista con los dos tercios de sus miembros y, de esa manera, obtenga promulgación obligatoria tal como fue concebida originalmente.

Pero hay una forma donde el Congreso puede insistir con la ley originaria sin necesitar los dos tercios. Y es precisamente mediante el control del veto parcial.

En efecto, el art. 24 de la ley 26.122 establece que el rechazo de ambas cámaras implica su derogación, y al derogarse el decreto que veta (o promulga) parcialmente una ley, debe considerarse aprobado tácitamente, dado que según lo dispuesto en el art. 80 de nuestra Constitución, todo proyecto no devuelto dentro de los 10 días debe considerarse promulgado tácitamente.

En el caso se trataba de un régimen previsional especial y excepcional a favor de ex soldados conscriptos combatientes que hubieran participado en la guerra de Malvinas.

La Comisión Bicameral, ante ello, debe indicar si las partes promulgadas parcialmente tienen autonomía normativa y si la aprobación parcial no altera el espíritu o la unidad del proyecto sancionado originalmente por el Congreso. En la situación referida señaló que el veto parcial vulneraba

el espíritu de la ley, proponiendo se declarara la invalidez del decreto, lo que nunca sucedió.

Claramente había una afectación del espíritu de la norma, porque el art. 3 vetado parcialmente (ni siquiera el artículo íntegro fue vetado), establecía que la ANSES fijaría el monto, pero que nunca podría ser inferior a dos jubilaciones mínimas.

Al eliminarse esa garantía, la norma quedó desvirtuada, pero el Congreso nada hizo para restituirla en su forma originaria.

Estos son algunos de los ejemplos que podemos encontrar, entre muchos otros, efectuados por los distintos ejecutivos y convalidados por los distintos congresos, sin distinción de banderías políticas.

VI.- Consideraciones finales

No sólo las normas fortalecen la figura del presidente en la Argentina; también nuestra propia idiosincrasia nos lleva a creer que, por ser el único funcionario elegido por la mayoría de la totalidad de los ciudadanos¹⁷, goza de más atribuciones que el resto de los poderes, a los que le cuesta sobremanera limitar su actividad, aun cuando ella se despliegue en contravención con las normas vigentes.

El liderazgo no es un mal en sí mismo, pero los malos liderazgos, sumados a la ausencia de control institucional, y a la falta de reacción política ciudadana, obstaculizan el funcionamiento de una institución que es la única posible en un régimen de partidos políticos gravemente atomizado¹⁸.

Es indudable que la reforma de 1994 no logró atenuar el presidencialismo, al menos en general, como pretendía. Pero no toda la culpa recae sobre ella.

La poca convicción del Congreso en impedir que sus atribuciones sean usurpadas, la sola existencia de un control judicial que muchas veces es

¹⁷ Tanto los senadores como los diputados sólo son votados por los vecinos de las provincias que representan.

¹⁸ Las discusiones dentro del seno de los partidos políticos ya no se resuelven por consenso o elecciones, sino mediante el apartamiento del grupo que no logró imponer su voluntad y la formación de un nuevo partido. Esta situación de multipartidismo hace imposible la convivencia de un régimen parlamentario dado la inestabilidad que provoca en el Ejecutivo. Mientras estas circunstancias se mantengan el régimen presidencialista es el único gobierno posible.

insuficiente, a veces por su acotado marco de actuación, otra por la tibieza de sus componentes, no alcanzan para dar un marco institucional adecuado.

Sólo con una opinión pública que tenga en claro la conveniencia de respetar adecuadamente las instituciones, así como la importancia que tiene la Constitución como carta de navegación, se podrá avanzar en los objetivos incumplidos desde hace ya 30 años.

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN. A 30 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994.

UNCONSTITUTIONALITY BY OMISION: 30 YEARS AFTER 1994 ARGENTINIAN CONSTITUTIONAL AMENDMENT.

MARÍA SOFÍA SAGÜÉS¹

Para nuestro Maestro, mi Padre.

Resumen: Uno de los elementos caracterizantes de la historia constitucional argentina es la frustración de la vigencia de su norma fundamental. Por ello, el objetivo de robustecer su imperio es un elemento propio de su identidad, reflejado en su art. 36. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha incorporado elementos importantes en miras a tal objetivo, a través de la gestación de precedentes que reflejaron las diversas garantías en el derecho comparado. El recurso al control de inconvencionalidad por omisión suma a tal jurisprudencia un elemento indispensable, e incluso fuentes de legitimación, de un criterio que aún no ha alcanzado su punto culmine.

Palabras claves: desconstitucionalización. Control de inconstitucionalidad por omisión. Control de inconvencionalidad por omisión. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

Summary: One of the characterizing elements of Argentine constitutional history is the frustration of the validity of its Constitution. Therefore, the objective of strengthening his empire is an element of his identity, reflected in his art. 36. The jurisprudence of the Supreme Court of Justice of the Nation has incorporated important elements towards this objective, through the

¹ Doctora en Derecho, Universidad Católica Argentina, Máster en Derecho, Universidad de Georgetown. Profesora y disertante invitada en universidades argentinas, latinoamericanas y europeas. Miembro del Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica, de la Fundación Konrad Adenauer (“Estudios sobre justicia constitucional y derechos Humanos” y “Derecho a la Igualdad y vulnerabilidad”).

creation of precedents that reflected the various guarantees in comparative law. The recourse to control of unconventionality by omission adds to such jurisprudence an indispensable element, and even sources of legitimation, of a criterion that has not yet reached its culminating point.

Keywords: deconstitutionalization. Control of unconstitutionality by omission. Control of unconventionality by omission. Supreme Court of Justice of the Argentine Nation

I. La desconstitucionalización y su impacto en la identidad constitucional argentina

I.1. la desconstitucionalización en la historia constitucional argentina

Uno de los elementos permanentes en la historia constitucional argentina, es el diagnóstico de “desconstitucionalización”. El término, estudiado especialmente por Néstor Pedro Sagüés², ha sido utilizado en diversas orientaciones: “como reducción de la constitución, como abandono de los principios políticos liberales del constitucionalismo, como pérdida de rango constitucional de las normas constitucionales y como “derogación sociológica” de disposiciones constitucionales”.

La última variable, nos remite a escenarios de vaciamiento en la efectividad de la norma, ya sea totales como parciales. Tal opción tiene fuerte presencia en los diversos períodos transcurridos por el régimen constitucional de nuestro país. Así, el autor de referencia, al analizar la historia del constitucionalismo orgánico argentino refiere a seis suspensiones parciales de inmenso impacto, e incluso suspensiones inconstitucionales, sustituciones, entre los fenómenos que forjaron la vida del texto constitucional.³

Junto a estas situaciones, sin duda alarmantes, la constitución formal argentina también vio sin reflejar en la constitución material muchas de sus normas. Algunas datan de su génesis histórica, como el juicio por jurados, exigido en varias de sus pautas (arts. 24, 64 inc. 11 y 99 de la Constitución histórica de 1853-1860), y no concretizado por el legislador federal, hasta el año 2024. En igual sentido, la experiencia puede también predicarse de múltiples pautas del art. 14 bis, incorporado en la reforma de 1994, como

² Sagüés, Néstor Pedro, “El concepto de desconstitucionalización”, *Revista De Derecho*, (2), 181–195. <https://doi.org/10.22235/rd.v0i2.850>

³ Sagüés, Néstor Pedro, “Manual de Derecho Constitucional”, 3º Ed., Buenos Aires, 2019, pág. 94, 96, 97, 98, 100, 101, 103,

los derechos a “*condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario...*”.

La reforma de 1994, por su parte, también presenta un palmario escenario de inconstitucionalidad por omisión, ya sea por la falta de adopción de normas que permitan concretizar cláusulas como la relativa a la ley de coparticipación (art. 75 inc. 1), autonomía jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CABA) (art. 129), autonomía municipal (art. 123), e incluso la designación de las personas a cubrir el cargo correspondiente a instituciones constitucionales, como el del Defensor del Pueblo (art. 86).

El escenario de desconstitucionalización por inconstitucionalidad por omisión, es decir, falta de cumplimiento de los mandatos constitucionales no por acción, sino por omisión de adopción de las medidas necesarias para cumplirlos por los poderes del Estado es, entonces, un patrón evidente y a la vez alarmante en la historia de nuestro orden constitucional.

I.2. La efectiva vigencia en la identidad constitucional argentina

Entonces, la identidad constitucional argentina es una identidad jaqueada por la amenaza del desdibujamiento de la virtualidad normativa de la norma. Y a partir de ese particular elemento, es que tal identidad busca la vigencia efectiva como un elemento que la define. Así, el texto constitucional argentino reformado en 1994 exige el imperio y la fuerza normativa constitucional, al referir en el artículo 36: *Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático*.⁴

Sin duda, la doctrina argentina ha tenido un fuerte protagonismo en el planteamiento de la crítica a las falencias en la realización de los textos normativos, señalando la vital importancia de su subsanación. Dos grandes maestros del constitucionalismo argentino, Germán Bidart Campos y Néstor Pedro Sagüés, contribuyeron especialmente en ese sentido⁵.

⁴ Zarini, Helio Juan, “*Constitución argentina*”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, pág. 143.

⁵ En torno a este punto y otros temas desarrollados en el artículo, me remito a el trabajo “El fallo “Ekmekdjian c/ Sofovich” como la génesis del control de inconstitucionalidad

Como señalara Germán Bidart Campos, “la Constitución obliga y vincula porque tiene vigor normativo”⁶. Así, la constitución nacional, en cuanto norma jurídica, participa necesariamente de la denominada “fuerza normativa”. Base y consecuencia lógica de la doctrina de la supremacía constitucional, éste extremo no es susceptible de reparos ni cuestionamientos por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria.⁷

En sentido similar, explicó Néstor Pedro Sagüés como la doctrina de la “fuerza normativa de la constitución”, conforme fuera sostenida por Konrad Hesse,⁸ refiere a “su aptitud para regular (en forma y contenido) la producción de normas subconstitucionales y de los actos y omisiones de sus operadores”.⁹

Los autores han postulado que cabe adherirse a una concepción absoluta de la fuerza normativa de la constitución, sobre la base de la cual la totalidad del ordenamiento jurídico, es decir, las normas infraconstitucionales y los hechos, actos u omisiones, tanto de autoridades como de particulares, se encuentran comprendidos bajo la supremacía constitucional.¹⁰ Conforme señala Fernández Segado, “el dogma liberal de la soberanía absoluta del Parlamento, como es sobradamente conocido, ha sido sustituido en nuestro tiempo por el de la soberanía de la Constitución”.¹¹

En consecuencia, la omisión o incumplimiento por los Poderes legislativos y Ejecutivos constituye una patología del orden jurídico que reclama

por omisión del Poder Legislativo en Argentina “El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional, 7 de julio de 2022, nro. 15333, Edición especial ISSN, 1666-8987,”, pág. 17 a 24 y “El control de la inconventionalidad por omisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina a la luz de la doctrina de Germán Bidart Campos”, Suplemento en homenaje a Germán J. Bidart Campos, a 20 años de su fallecimiento. Septiembre 2024. Número 9.

⁶ Bidart Campos, Germán, “*Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales*”, Bazán, Víctor (Coord), op. cit., pág. 3, con especial referencia a la Sentencia N° 18, 1981, del Tribunal Constitucional Español.

⁷ En este sentido, ver Bidart Campos, Germán, “*El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*”, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1995; pág. 19/20.

⁸ Hesse, Konrad, “*Escritos de derecho constitucional*”, trad. por Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 61 y ss.

⁹ Sagüés, Néstor Pedro, “*La Interpretación judicial de la Constitución*”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 19

¹⁰ Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, “*La Interpretación judicial de la Constitución*”, op. cit., pág. 13.

¹¹ Fernández Segado, Francisco: “*La Inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica*” en obra colectiva Bazán, Víctor (Coord.), op. cit., pág. 13.

pronta respuesta. Más su mera consideración debe necesariamente ser acompañada por la generación de vías idóneas para el ejercicio del control de constitucionalidad sobre estas omisiones, abriendo sendas válvulas procesales capacitadas para dar cauce tuitivo a los derechos de la persona.

Partiendo de los postulados mencionados, los autores mencionados señalaron que es necesario acentuar la existencia y eficacia de los mecanismos tendientes a extinguir las inconstitucionalidades por omisión.

En palabras de Bidart Campos:

“para que la constitución no pierda, en desmedro de su carácter de norma jurídica suprema, la exigibilidad, la obligatoriedad, y la efectividad que la identifican en un estado democrático, se hace necesario que las normas programáticas que no se cumplen, que no se desarrollan, o que se atrofian, puedan surtir el efecto normativo (la vinculatoriedad, la exigibilidad, y la efectividad) de toda la constitución, mediante alguna forma de control que recaiga sobre su paralización. O sea, debe existir un órgano y unas vías de acceso a él para que quien sufre un perjuicio por la falta de implementación ineludible de la norma programática, se halle en condiciones de requerir su cumplimiento o, subsidiariamente, la reparación de aquel perjuicio.”¹²

Resulta especialmente simbólico que el texto constitucional de la Provincia de Río Negro, que vio su nacimiento en el marco de una convención constituyente gestada en junio de 1988, y en cuya redacción se involucraron directamente los dos grandes maestros del derecho constitucional argentino mencionados (Germán Bidart Campos y Néstor Pedro Sagüés), incluya una norma de control de inconstitucionalidad por omisión de especial trascendencia en derecho comparado: el art. 207, inc. d., que establece la atribución jurisdiccional del Superior Tribunal de Justicia.¹³

“En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida -exenta de cargos fiscales- por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento integra el orden

¹² Bidart Campos, 1995 op.cit. pág. 21.

¹³ Ver el estudio del autor citado, en pág. 418.

normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme el perjuicio indemnizable que se acredite.”

La comprensión del enunciado normativo a la luz del derecho comparado nos permite vislumbrar la personalidad propia de esta cláusula, que innova generando la variedad del efecto “indemnizatorio”, como mecanismo superador de aquellos supuestos en que, en virtud de la necesidad de intermediación legislativa, la adopción de una sentencia aditiva que concretice el mandato constitucional no resulta viable.¹⁴

Estas ideas germinales florecieron en la producción bibliográfica de ambos autores en las décadas 80 y 90 del siglo pasado, rodeadas de un escenario jurisprudencial no receptivo en torno al punto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Décadas después, encontraron en los repertorios de tribunales su concreción más apreciada, en términos tuitivos. Recibieron, incluso, una actualización a la luz del control de convencionalidad, para incorporar la noción de inconvencionalidad por omisión.¹⁵ Finalmente, ya transcurridas décadas del presente siglo, se hicieron carne viva en pronunciamientos del máximo órgano jurisdiccional argentino. El objeto del presente estudio, es profundizar en esta evolución.

II. El control de la inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la CSJN

II.1. Escenario inicial: jurisprudencia negatoria

El primer criterio perfilado por la CSJN se volcó hacia la negación del control de inconstitucionalidad por omisión, por considerar discrecional para el órgano legislativo la reglamentación de las cláusulas programáticas, no existiendo un deber “inmediato” de expedirse para el órgano legisferante¹⁶. Asimismo, se expresó que estas cláusulas son “meros

¹⁴ Respecto a las diversas cláusulas disponibles en el derecho comparado, y sus efectos, puede consultarse Vr. Sagüés, María Sofía, op. cit, y “El fallo “Ekmekdjian c/ Sofovich” como la génesis del control de inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo en Argentina “El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional, 7 de julio de 2022, nro. 15333, Edición especial ISSN, 1666-8987,”, pág. 17 a 24

¹⁵ Sagüés, Néstor Pedro, “La inconvencionalidad por omisión, Niveles y perspectivas”, - Número 1 - Diciembre 2019 Fecha: 17-12-2019 Cita: IJ-CMVIII-874”

¹⁶ Fallos 115:92, 165:258, 208:21

enunciados verbales”¹⁷, sosteniendo que, “la verdadera efectividad de lo que la Constitución reconoce depende de la actividad del legislador ordinario que reglamente el derecho...”¹⁸. En el mismo sentido, ha señalado que no puede sustituirse al legislador en el establecimiento del régimen legal de la república¹⁹.

II.2. El caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”

Con el caso en estudio se inicia una segunda etapa, donde la Corte admitió la fuerza normativa de la constitución, y la operatividad de sus cláusulas, habilitando la instrumentación de los medios para ejercer un derecho, ante la ausencia del andamiaje legal necesario. La función primordial del poder judicial en la concretización de los mandatos constitucionales ya había sido acentuada por una Corte ad hoc en “Bonorino Perú” (1985).²⁰

Finalmente, es en el caso “Ekmekdjian”²¹ donde la omisión legislativa es superada por el máximo tribunal para garantizar la operatividad del derecho en juego, incluso frente a una exigencia expresa de ley en sentido formal por la CADH. Así, el Tribunal sostuvo: “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 –considerando 31 de la mayoría”.

Paralelamente, se admitió el control de inconvencionalidad por omisión del poder legislativo, al señalar que “la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento.” Y, en miras a la subsanación, se legitimó el accionar jurisdiccional, dado 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 o respuesta, deben considerarse comprendidos las sentencias judiciales.”

¹⁷ Fallos, 239:273.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Fallos 237: 24 y 245,419, entre otros.

²⁰ Primera parte del considerando 7º, Jurisprudencia argentina, t. 1986-I, Bs.As., pág. 95 a 103

²¹ CSJN, Fallos: 315:1492

Claro que en este particular caso, la intermediación legislativa no se presentaba como imprescindible, ya que los aspectos concretos de ejercicio del derecho (modo, tiempo, lugar) podían ser definidos de manera simple por el poder judicial. En aquellos casos en que eso no sería posible, se podrían articular otro tipo de efectos al control, como los ya desarrollados.

II.3. Inconstitucionalidad por omisión y acceso a justicia

En ese marco, se fue consolidando la doctrina del control de inconstitucionalidad por omisión legislativa, especialmente mediante sentencias aditivas, como por ejemplo el caso “Prodelco”²², donde la Corte ha admitido la legitimación de una asociación de consumidores a los fines de articular una acción de amparo, si bien el tenor literal del art. 43 de la C. N. exigía que las mismas debían encontrarse registradas conforme una ley que reglamente sus requisitos y forma de organización, cuya consagración normativa no se había realizado.

II.4. Un primer avance en torno al control de omisiones del Poder Ejecutivo, en materia de preservación de la salud

A partir del año 2000, la CSJN ha considerado que, en virtud de obligaciones internacionales, el Estado éste se ve compelido a cumplir con las acciones necesarias para garantizar el derecho a la preservación de la salud, admitiéndose en ambos precedentes el reclamo judicial vía amparo para instrumentar el control ante la omisión de las mismas.

En “Asociación Benghalensis”²³, la Corte confirma la resolución de Cámara que hacía lugar a la acción de amparo interpuesta asociaciones no gubernamentales que desarrollan actividades contra el virus del SIDA, condenando al Estado Nacional a dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y en especial suministro de medicamentos —en forma regular, oportuna y continua— a los enfermos de ese mal registrados en los hospitales públicos y efectores sanitarios del país.

Los Ministros Moliné O'Connor y Boggiano se manifiestan contundentes en relación a la posibilidad de controlar omisiones inconstituciona-

²² Fallos: 321:1252

²³ Fallos: 323:1339

les, al señalar que “resulta fundado el reproche que el a-quo imputa al Estado Nacional al señalar que incurrió en una conducta omisiva, consistente en no dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y suministro de medicamentos –en forma regular, oportuna y continua- a aquellos enfermos que padecen las consecuencias de este mal...”²⁴.

Un año después, en “Campodónico de Beviacqua”²⁵, la Corte confirma una sentencia de segunda instancia que obliga al Estado Nacional, a entregar las dosis necesarias de un remedio a un menor que, en virtud de un padecimiento grave en su médula ósea que disminuye sus defensas inmunológicas, requería el tratamiento con una medicación especial. Sostiene que el tribunal “ha reafirmado... el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas...”²⁶

II. 5. El control de la omisión del Poder Legislativo

En los fallos “Badaro I”²⁷ y Badaro II²⁸, el Tribunal se ha pronunciado de manera escalonada formulando un control de la inconstitucionalidad por omisión frente al incumplimiento del legislador en respetar el carácter móvil de las jubilaciones que se desprende de la operatividad del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en el que el actor reclamaba el reajuste de su haber de pasividad.

En un primer pronunciamiento, dictado el 8 de agosto de 2006, la Corte comienza por explicar que el art. 14 bis garantiza la movilidad de las jubilaciones dejando librada a la prudencia legislativa la determinación del método, sin embargo, la reglamentación debe ser razonable y no puede desconocer el derecho de los beneficiarios a una subsistencia decorosa y acorde con la posición que tuvieron durante su vida laboral. Expresamente establece que el precepto constitucional de la movilidad se dirige primordialmente al legislador, que es el que tiene la facultad de establecer los criterios que estime adecuados a la realidad. Ahora bien,

²⁴ Voto de los Dres. Moliné O'Connor y Boggiano, considerando 15.

²⁵ Fallos: 323:3229

²⁶ Considerando 16°.

²⁷ Fallos 329:3089 2006.

²⁸ Fallos 330:4866, 2007.

recalca que no solo es facultad, sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de la garantía constitucional (art. 14 y 75 inc. 19 y 23). Concluye que dado que las leyes de presupuesto respectivas no contienen previsión alguna de incremento de las prestaciones ni han señalado la existencia de graves razones de interés general que impidieran concederlos, se ha verificado una omisión por el legislativo.

En consecuencia, en dicho fallo difirió su pronunciamiento y decidió comunicar al Poder Ejecutivo y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia, a fin de que en un plazo razonable adopten las medidas aludidas en los considerandos. En definitiva, esta “sentencia exhortativa “de delegación”, la solución aportada por el Tribunal en su primera sentencia es una solución anoticiadora, y, otorgando un plazo razonable, difiere el pronunciamiento de fondo, previendo la posibilidad de pronunciarse con posterioridad.

Tiempo después el actor se presentó sosteniendo que la ANSeS no había dado cumplimiento a lo resuelto. El segundo pronunciamiento, dictado en fecha 26 de noviembre de 2007, aseveró que las prescripciones de la nueva ley no eran aquellas que el Tribunal reclamó anteriormente. Aclaró que “la Constitución Nacional ha reconocido el derecho a la movilidad no como un enunciado vacío que el legislador puede llenar de cualquier modo, sino que debe obrar con el objeto de darle toda su plenitud, que no es otra que la de asegurar a los beneficiarios el mantenimiento de un nivel de vida acorde con la posición que tuvieron durante sus años de trabajo”. Finalmente, el Tribunal remitió a un criterio concordante con pronunciamientos anteriores, y estableció que se debe resolver la cuestión planteada mediante la utilización del nivel general de índice de salarios elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

Así, la segunda sentencia “Badaro”, constituye un ejercicio del control de inconstitucionalidad por omisión, que, ante el incumplimiento del primer anoticiamiento, adopta perfiles supletorios, y subsana, mediante el accionar jurisdiccional, la omisión constatada.²⁹ Ahora bien, a fin de no importunar el equilibrio de los departamentos del Estado, aclara enfáticamente el Tribunal que los efectos del pronunciamiento son para el caso concreto, a lo que suma el dictado de una nueva sentencia exhortativa a las autoridades responsables a fin de que examinen esta problemática.

²⁹ Respecto a los diversos efectos del control de la inconstitucionalidad por omisión, puede consultarse María Sofía Sagüés, op. cit., página 2499.

Encontramos otro ejemplo de este tipo de control cuando la omisión detectada refiere a la falta de instrumentación legislativa de un remedio procesal idóneo para la tutela de un derecho. Así, en el caso “Halabi”³⁰, a la par de exigir a los jueces la concretización de las acciones de clase, el máximo Tribunal exige al legislador su previsión normativa.

El Tribunal también ha recalcado la omisión de los órganos legislativos en la designación del Defensor del Pueblo de la Nación, y ha exhortado a su subsanación, dado que tal vacancia repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios.³¹

Asimismo, en el año 2019,³² el Tribunal cimero sostuvo que la omisión en la adopción de disposiciones legislativas necesarias para operativizar mandatos constitucionales concretos constituye un incumplimiento de la Constitución Nacional con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto. En tal sentido, señaló que la omisión del Poder Legislativo en la adopción de las previsiones legales necesarias para poner en ejercicio mandatos concretos de jerarquía constitucional no puede conllevar la frustración de los derechos o prerrogativas consagrados por la Constitución Nacional. Finalmente, y concluyó que de ello se colige necesariamente la exigencia de control de tales omisiones legislativas, y su subsanación.

El Tribunal se basó en una doble justificación: la fuerza normativa de la constitución, y el artículo 2 de la CADH. De esta manera, instrumentó pretorianamente la satisfacción del doble conforme mediante el recurso de casación horizontal, a resolverse por otra sala de la Cámara de Casación.

Cabe aclarar que recientemente, en el caso “Sisti”³³ la Corte se declaró incompetente para conocer en un amparo iniciado por una persona y una ONG, a fin de que se ordene al Congreso Nacional que, para las próximas elecciones de diputados nacionales, actualice la representación al último censo poblacional realizado en el país (art. 45 CN). Sostenían los actores que tal norma se ve quebrantada frente a la falta de actualización, por un período de casi treinta años, de la representación en Diputados y generaba un agravio concreto en el derecho a voto de los electores de las provincias subrepresentadas.

³⁰ Fallos: 332:111, 2009

³¹ Fallos, 339:1077 el criterio fue reiterado en Fallos, 339:1562.

³² Fallos: 342:2389

³³ Fallos: 344:603

El Tribunal se pronunció a través de un voto conjunto que tuvo en cuenta que no correspondía la integración de la litis con las 23 provincias. Ahora bien, en torno al rol del tribunal en materia de inconstitucionalidad por omisión, agregó que “teniendo en cuenta el objeto perseguido mediante esta acción, cual es, la declaración de inconstitucionalidad de una ley y la conminación al Poder Legislativo para el dictado de otra en su lugar en un plazo determinado, la citación de las provincias en los términos pretendidos importaría tanto como convertir al Tribunal en un órgano deliberativo con el fin último de obtener una sentencia que determine los criterios a los cuales debería ajustarse el legislador a los efectos del dictado de la norma omitida, pretensión que exigiría apartarse del procedimiento habilitado por la Constitución para la formación de las leyes, arrogándose el Poder Judicial mayores facultades que las que le han sido conferidas expresamente, e invadiendo de ese modo la órbita de competencias exclusivas del Congreso Nacional, al que el constituyente le encomendó expresamente su dictado (art. 45, Constitución Nacional).”³⁴ Rosatti, por sus fundamentos, también rechazó la competencia originaria. Maqueda votó en disidencia.

I.5. Control de omisiones en el federalismo de concertación.

Son múltiples las causas donde el máximo tribunal argentino recurrió a modalidades dialógicas para exhortar al cumplimiento de pautas constitucionales relativas al sistema federal. Un ejemplo de puede encontrarse en el voto de Lorenzetti y Maqueda en la causa “Corrales”, donde se consideró que “resulta imperioso exhortar a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional.”³⁵

El mecanismo también fue aplicado a coparticipación, de lo que dan ejemplo dos sentencias del año 2015, luego replicadas en otros fallos, donde la Corte hizo lugar a las demandas planteadas por las provincias de Santa Fe y San Luis³⁶. Señaló el máximo tribunal argentino que ha-

³⁴ Idem.

³⁵ Fallos: 338:477

³⁶ Fallos: “Santa Fe, Provincia de c. Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad” y CSJ 191/2009(45-S) /CS1 “San Luis, Provincia de c. Estado Nacional s/acción

bían transcurrido casi 20 años desde la fecha fijada por la Constitución Nacional para establecer un nuevo régimen de coparticipación, lo cual conspiraba contra el objetivo de los constituyentes de 1994 de fortalecer el federalismo. Tal omisión no encuentra justificación, a criterio del Tribunal, dado que la Constitución materializa el consenso más perfecto de la soberanía popular; frente a sus definiciones, los poderes constituidos deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización institucional que traza su texto. En consecuencia, la Corte exigió que haya un diálogo institucional para que se reglamente un nuevo Pacto Federal Fiscal, y así se llegue a un nuevo régimen de distribución de recursos entre el Gobierno nacional y los gobiernos provinciales. Específicamente y sin que ello implique relevar de responsabilidades a las jurisdicciones locales, estimo que corresponde que los poderes federales (Poder Ejecutivo Nacional y Congreso Nacional) asuman el rol institucional que les compete como coordinadores del sistema federal de concertación implementado con rango constitucional en 1994 y formulen las convocatorias pertinentes a los efectos de elaborar las propuestas normativas necesarias para implementar el tan demorado sistema de coparticipación.

A cuatro años de la exhortación realizada en el precedente “Corrales” ya citado, a veintitrés de la sanción de la constitución porteña y a veinticinco de la reforma de la Constitución Nacional, la Corte dictó el caso “Bazán”³⁷, nuevamente relativo a la autonomía jurisdiccional de CABA. El Tribunal fue enfático, al sostener que el “inmovilismo” en llevar a cabo la transferencia de la justicia nacional ordinaria al Poder Judicial de la CABA debe ser considerado como un desajuste institucional grave de uno de los mecanismos estructurales de funcionamiento del federalismo, sin que la demora en la concreción del mandato constitucional aparezca de manera alguna razonablemente justificada. Señaló además que la omisión en la transferencia de las competencias de la justicia nacional al Poder Judicial de la CABA no solamente constituye un incumplimiento literal de la Constitución Nacional (art. 129) con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto sino que impacta, además, en la distribución de los recursos públicos en la medida en que -como consecuencia de dicha omisión- las veintitrés provincias argentinas se hacen

declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos” Fallos: 338:1356, “Provincia de Santa Fe”, 2015.

³⁷ Fallos: 342:509, Bazán, 2019

cargo de financiar los gastos que demanda el servicio de administración de justicia del restante distrito.

Así, concluyó que, de ahora en más, será el Tribunal Superior de Justicia de CABA el órgano encargado de conocer en los conflictos de competencia que se susciten entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad.

El tema es retomado nuevamente en el caso “Gobierno c/ Córdoba”³⁸. El Tribunal señaló que, para no afectar la continuidad de su proceso de institucionalización, CABA debe generar un autogobierno entendido como el derecho de sancionar y aplicar sus leyes sin someterse a ninguna otra autoridad, pero también debe contar con la misma posibilidad que tienen las provincias de contar con un tribunal imparcial para dirimir las controversias que pudiera tener con ellas, por lo que cabe reconocerle el mismo derecho a la competencia originaria de la CSJN de Justicia de la Nación (arts. 116, 117 y 129 de la Constitución Nacional).

Por su parte, en “Asoc. Pers. Munic. las Colonias” exhortó a las autoridades de la Provincia de Santa Fe a dictar las normas necesarias para el debido cumplimiento del mandato que emerge del art. 123 de la Constitución Nacional, es decir, concretizar la autonomía municipal³⁹.

I. 6. Control de la omisión del poder ejecutivo en reglamentar una ley

El control de la inconstitucionalidad por omisión del Poder Ejecutivo en la reglamentación de una ley fue expresamente admitido por la Corte con relación a la Ley de contrato de trabajo en cuanto exige a determinadas empresas la instrumentación de guarderías.⁴⁰

En la causa, la Cámara condenó al Poder Ejecutivo Nacional a reglamentar, en el plazo de noventa días hábiles, el artículo 179 de la Ley de Contrato de Trabajo que dispone que en los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternas y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan. Contra dicho pronunciamiento, el Estado Nacional interpuso

³⁸ Fallos: 342:533, 2019

³⁹ Fallos: 343:1389

⁴⁰ Fallos: 344:3011

recurso extraordinario que, denegado, dio origen a la queja. La Corte, por mayoría, declaró admisible el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada.

Fundó su decisión en que la falta de reglamentación conduce en la práctica a privar de efectos jurídicos a la disposición, relega el cumplimiento de la obligación de los empleadores e impide el ejercicio de un derecho concreto de los trabajadores y es la causa que impide el ejercicio del derecho, porque no hay otro modo de obtener su satisfacción. Es de suma relevancia como la corte refiere a la viabilidad del amparo como mecanismo de control de inconstitucionalidad por omisión. El tema recibió respuesta positiva, ya que a meses del dictado de la sentencia se produjo la adopción del decreto respectivo.

III. La experiencia argentina a la luz de las garantías comparadas de control de inconstitucionalidad por omisión

III.1. Etapas en la evolución de las garantías de control de inconstitucionalidad por omisión

Si se tiene en cuenta las etapas de génesis y desarrollo de tales garantías, podría señalarse que una primera experiencia de las figuras (que podríamos ubicar entre la década del 70 y 80 del siglo pasado) constituye su tímida presentación en algunos textos, donde generalmente se otorga al control un efecto anoticiador de la vulneración por omisión de los poderes (Legislativo, o Ejecutivo), de los mandatos concretos especialmente establecidos por los textos constitucionales.

Dentro de esta línea podemos citar al art. 377 de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia (“...informará de ello a la Asamblea de la RSFY...”) y el texto de la Constitución Portuguesa tras la reforma de 1982 (“...dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente.”). Un poco más fuerte parece ser la expresión utilizada por la Constitución de Portugal del año 1976, en cuanto sostiene que el Consejo de la Revolución “podrá recomendar a los órganos legislativos que las dicten en un plazo razonable”. Vemos que esta última figura legal no prevé la obligatoriedad para el órgano legislativo de la recomendación efectuada por el Consejo, si bien su importancia política puede generar dicha inoperatividad.

Una segunda etapa posterior, identificada a finales de la década del 80 y la del 90, se caracteriza por herramientas que habilitan decisiones necesariamente imperativas, no solo anoticiadoras. Dentro de las soluciones anoticiadoras-imperativas ubicamos los textos normativos que, además de poner en conocimiento de un órgano la existencia de la “omisión”, le requieren al omitente la instrumentación de la medida ausente, otorgándole un plazo al efecto.

Dentro de esta categoría pueden ubicarse el texto Constitucional de la Provincia de Río Negro y el art. 103 de la Constitución de Brasil, en su inc. 2º, el cual, si bien toma la postura meramente informativa para el supuesto de omisiones por el órgano legislativo, adopta la segunda categoría para los casos de omisiones de los órganos administrativos. La doctrina brasileña ha referido a este efecto como “eficacia mandamental media”⁴¹, otorgándole el carácter de “ordem-judicial”⁴².

Cabe aclarar que generalmente en los casos de textos constitucionales de la primera categoría, la jurisprudencia ha admitido en la práctica una solución anoticiadora-imperativa⁴³.

La tercera etapa, que puede identificarse en ciertas experiencias del constitucionalismo latinoamericano entrado el siglo XXI, ya nos presenta una jurisdicción constitucional más robustecida, que recurre a fórmulas con recomendaciones, o incluso supletorias.

El primer supuesto encuentra en el texto venezolano su ejemplo, que autoriza al Tribunal Constitucional a declarar la omisión, y posteriormente establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección, aparece como excesivo, desde el momento que los contenidos sustanciales deberían estar constituidos por el mismo mandato constitucional, no pudiendo el Tribunal exceder los mismos, aunque sí formular su interpretación.

⁴¹ Carraza, Roque Antonio, “Acção direta de inconstitucionalidade por omissao...”, op.cit. pág.57, cit. Por Fernández Segado, op. Cit. Pág. 30.

⁴² Modesto, Paulo, , “Inconstitucionalidade por omissao: categoria jurídica e acção constitucional específica”, en Revista de Direito Público, num. 99, julio-septiembre 1991, Pág.124, cit. Por Fernández Segado, op. cit. Pág. 30.

⁴³ Así en el caso de la constitución portuguesa tras la reforma de 1982 el término “dar conocimiento” es considerado por José Joaquín Gomes Canotilho “como una suerte de apelación, con significado jurídico y político, del Tribunal Constitucional a los órganos legislativos competentes.”, según José Joaquim Gomes Canotilho, “Direito constitucional”, 4º ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1987, pág. 830, citado por Fernández Segado, op. cit., pág. 28.-

Con relación a las fórmulas que habilitan efectos supletorios, esto puede darse ya sea con efecto en el caso concreto⁴⁴, o bien con efectos generales.

La versión más amplia ha sido prevista por la Constitución Ecuatoriana, donde el actual inc. 10 del art. 436 dispone, entre las competencias de la Corte Constitucional: “Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley”. En una línea similar puede de la constitución del Estado de Veracruz, en México.

Las tres olas mencionadas reciben diversa lectura en la medida en que se analice la figura desde la perspectiva del principio de frenos y contrapesos. Aquellas fuerzas centrípetas que contribuyen en la articulación y la habilitación de la figura, como el principio de colaboración sin interferencias, sólidamente presente en las dos primeras, comienza a entrar en crisis en la tercera.

III.2. Ponderación de la experiencia argentina

Argentina, entonces, se encuentra entre aquellos países donde el control de inconstitucionalidad por omisión encuentra en la jurisprudencia su génesis, dado la falta de una garantía expresamente prevista en el orden procesal legislativo o constitucional, que así la habite. En cuanto a sus márgenes, ha utilizado conceptos presentes en las tres olas de desarrollo de la figura. Se han experimentado casos con meras recomendaciones, como también el recurso a sentencias diferidas, con una primera recomendación, y, luego, el recurso a modelos supletorios para el caso concreto.

IV. La inconvencionalidad por omisión

IV. 1. Una primera aproximación

Adentrados ya en las primeras décadas del presente siglo, la consolidación de la doctrina del control de inconstitucionalidad por omisión

⁴⁴ El ejemplo de la Constitución de Rio Negro ya presentado se incluye en esta categoría.

tenía fuerte presencia en los repertorios de los tribunales. Sin embargo, la injerencia tuitiva en materia de Derechos Humanos del bloque de constitucionalidad exigía ponderar su proyección a supuestos en que la inacción del legislador se trasladaba en la frustración de prerrogativas consagradas por fuentes propias del sistema regional o universal de derechos humanos. Es decir, el control de la “inconvenicionalidad” por omisión⁴⁵.

Explica Néstor Pedro Sagüés, que “el tema de la inconvenicionalidad por omisión refiere a las conductas incumplidas por el Estado, impuestas en las convenciones internacionales, en particular sobre las de derechos humanos”.⁴⁶ Su proyección en el campo internacional genera, como explica dicho autor, responsabilidad internacional del Estado.

Las proyecciones en el campo doméstico, entonces, toman especial prevalencia, en la medida en que, al conformar el bloque de constitucionalidad, la frustración de la prerrogativa desprendida del instrumento internacional constituye, por definición, también en una inconstitucionalidad por omisión. Lo interesante, en tal confluencia, en la convergencia de argumentos de índole interno y externo, en pos a la efectiva vigencia de los derechos de jerarquía constitucional.

Así, se ha señalado que:

*“La noción de inconvenicionalidad por omisión evoca el desconocimiento o la inaplicación del bloque de convencionalidad, que, dicho sea de paso, crea obligaciones a lo interno de cada Estado adscrito al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos -incluso, aplicable al Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos- ; de tal modo, puede afirmarse que, cuando no se desarrolla alguna cláusula o norma programática de un tratado o convenio internacional en materia de derechos humanos —ya sea regional o internacional— se habla estrictamente de un fenómeno concreto: se viola por omisión el desarrollo de dicha cláusula.”*⁴⁷

⁴⁵ También referida por algunos autores como “anti convencionalidad por omisión”. Vr. Bazán, Víctor, Control de las omisiones inconstitucionales e inconveniconales. Un recorrido por el derecho y jurisprudencia americanos y europeos, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015, pág. 327

⁴⁶ Sagüés, Néstor Pedro, “La inconvenicionalidad por omisión, Niveles y perspectivas”, - Número 1 - Diciembre 2019 Fecha: 17-12-2019 Cita: IJ-CMVIII-874”

⁴⁷ ALEX ROJAS ORTEGA: La Inconvenicionalidad por omisión, Universidad de Costa Rica, Revista de Ciencias Jurídicas N° 159 (1-25) SETIEMBRE - DICIEMBRE 2022

IV.2. Recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El tema ha recibido especial avance en un reciente fallo del Tribunal dictado el 26 de diciembre de 2019.⁴⁸ El conflicto que se planteaba era la frustración del derecho al doble conforme, en virtud de la falta de previsión legislativa que instrumente una vía recursiva idónea, cuando el imputado había sido absuelto en primera instancia, y recibía condena por la Cámara Federal de Casación Penal. El tribunal ya había resuelto que no correspondía la revisión plena por la Corte, vía recurso extraordinario, sino por otra Sala de dicho tribunal especializado. Sin embargo, en virtud de no encontrarse vigente una ley procesal que habilite tal vía recursiva, era necesario que el justiciable articule el remedio ante el máximo tribunal argentino, que a su vez remitía la causa a la Cámara de Casación, con el consiguiente retardo del proceso.

Cuando un imputado intentó recurrir directa y horizontalmente ante la siguiente Sala de Casación, ante su rechazo por falta de previsión legislativa, se interpuso recurso extraordinario federal, lo que le dio oportunidad a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a formular un interesante fallo, de control de inconvencionalidad por omisión.

El desarrollo es estudiado en el considerando 9º, la Corte hizo expresa referencia a la fuerza normativa de la Constitución y el control de las omisiones inconstitucionales. El Tribunal cimero sostuvo que, la omisión en la adopción de disposiciones legislativas necesarias para operativizar mandatos constitucionales concretos constituye un incumplimiento de la Constitución Nacional con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto. Ahora bien, tal aspecto se predica y proyecta a todo el bloque de constitucionalidad. En tal sentido, el máximo tribunal señaló que la omisión del Poder Legislativo en la adopción de las previsiones legales necesarias para poner en ejercicio mandatos concretos de “*jerarquía constitucional*” no puede conllevar la frustración de los derechos o prerrogativas consagrados por la Constitución Nacional. Finalmente, concluyó que de ello se colige necesariamente la exigencia de control de tales omisiones legislativas, y su subsanación.

El fundamento del Tribunal se basó en una doble justificación. Por un lado, la doctrina de la fuerza normativa de la constitución, conforme fuera

⁴⁸ Fallos: 342:2389

sostenida por Konrad Hesse⁴⁹, que radica en la pretensión de vigencia y de adaptabilidad a las circunstancias de la norma fundamental- El concepto proyecta diversas perspectivas una de las cuales refiere a “su aptitud para regular (en forma y contenido) la producción de normas subconstitucionales y de los actos y omisiones de sus operadores”⁵⁰. En consecuencia, “el vigor normativo de la Constitución implica la efectiva vinculación jurídica (y no solamente política) de los poderes públicos —entre ellos el legislador— a las disposiciones constitucionales, que consagran mandatos jurídicos y no meras expresiones de deseo”⁵¹.

En segundo lugar, la Corte funda el control en la existencia de mandatos convencionales y las obligaciones del Estado Argentino en los términos del art. 2 de la Convención Americana sobre derechos humanos que expresamente establece que “*los Estados Partes se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*” (énfasis agregado).

Al respecto, la Corte Argentina cita:

“la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha sido clara en indicar que en el marco de tales medidas “legislativas o de otro carácter” que debe adoptar el Estado, se encuentran no solo las legislativas y administrativas, sino también las decisiones y prácticas jurisdiccionales. Así, por ejemplo, ha señalado que “en cumplimiento del referido artículo 2 el Estado debe garantizar [...] la aplicación de las normas existentes en el ordenamiento y, en caso de que éstas sean insuficientes, adoptar las medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras - que sean eficaces para garantizar la protección contra dicha violación” (Corte IDH, Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240, Párrafo

⁴⁹ Hesse, Konrad (1993) Escritos de derecho constitucional, trad. por Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 61 y ss.

⁵⁰ Sagüés, Néstor P, La interpretación judicial de la Constitución, Depalma, Buenos Aires,, p. 19.

⁵¹ Bazán, op. cit..

244, vr. arg. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, Párrafo 235)."

De esta manera, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina instrumentó pretorianamente la satisfacción del doble conforme mediante el recurso de casación horizontal, a resolverse por otra sala de la Cámara de Casación.

Encontraron así la síntesis de dos principios que caracterizaron de manera transversal la obra de Germán Bidart Campos y Néstor Pedro Sagüés, la fuerza normativa de la Constitución, y la prevalencia de la tutela del orden internacional de los derechos humanos.

Un aspecto de especial importancia y de lo cual el fallo sería un importante ejemplo, es como la inconventionalidad por omisión repercute como argumento de legitimación en pos de un activismo jurisprudencial en miras al desarrollo por los operadores judiciales de remedios efectivos, que concreticen tanto el mandato del art. 8vo. de la CADH como de su art. 25 (protección judicial). Como señalara Antonio "... el énfasis pasa a recaer en la tendencia de perfeccionamiento de los instrumentos y mecanismos nacionales de protección judicial. Este cambio de énfasis atribuye mayor responsabilidad a los tribunales internos (judiciales y administrativos), convocándolos a ejercer actualmente un rol más activo –sino creativo– que en el pasado en la implementación de las normas internacionales de protección."⁵².

V. Recapitulación

Agradezco especialmente a la Asociación Argentina de Derecho Constitucional el permitirme participar en esta obra, que pondera los 30 años de vigencia de nuestra norma fundamental, a la par que homenaje a mi padre, Néstor Pedro Sagüés.

He intentado trasladar en estas palabras el producto de muchos años de estudio y diálogos con él en torno a la trascendencia de la violación de una norma no solo por acción, sino también por omisión, así como el progresivo desarrollo de las instituciones en la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

⁵² Cancao Trindade, Antonio A, "El derecho Internacional de los derechos Humanos en el siglo XXI", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001, pág. 300.

En síntesis, uno de los elementos caracterizantes de la historia constitucional argentina es la frustración de la vigencia de su norma fundamental. Por ello, el objetivo de robustecer su imperio es un elemento propio de su identidad, reflejado en su art. 36.

El estudio del tema nos plantea con claridad cómo orden constitucional argentino ha avanzado en pos de la superación del escenario de desconstitucionalización que lo jaqueó en su historia, en miras al desarrollo de herramientas que garanticen su efectiva vigencia. Y si bien la conclusión de la evolución es notoriamente positiva, es evidente también que la realidad nos sigue exhortando a profundizar esta línea, que no ha llegado aún a su punto culmine.

**XIV ENCUENTRO DE JÓVENES PROFESORES
DE DERECHO CONSTITUCIONAL: DEBATES
PENDIENTES A 30 AÑOS DE LA REFORMA
CONSTITUCIONAL DE 1994 (CABA.2024).
PONENCIAS Y COMUNICACIONES**

PONENCIAS

EL PRESIDENCIALISMO Y LA CONSTITUCIÓN “POR HACERSE”

JUAN MARTÍN SCARRAMBERG.¹

Sumario: Entre los objetivos declamados por la Reforma Constitucional de 1994 estuvo el de atenuar el presidencialismo argentino. La reforma no resolvió todos los puntos que abordó, sino que difirió muchos de sus pormenores a la legislación posterior. En el trabajo se analizará como esa legislación, la que “hizo” la Constitución, conspiró en contra de ese objetivo invocado.

I. Introducción

A lo largo de la historia argentina, el presidente cumplió un rol central dentro de su sistema constitucional, para bien o para mal. Las instituciones y las prácticas políticas lo colocaron en el centro de la escena política, ayudando a la creación de un poderoso Poder Ejecutivo; poderoso, no sólo en términos constitucionales, sino como constitutivo de una determinada tradición política y con un fuerte contenido sociocultural. Los argentinos identifican al presidente como el centro de ejercicio del poder político, circunstancia que determina que sea individualizado como “el máximo responsable de las crisis y que se concentren en la presidencia todas las demandas para superar[la]” (Bouzat, 2008: 339).

Por ello, Carlos Nino sostenía que la característica central de la estructura del poder en el país era la constitución de un sistema “hiper-presidencialista”, en el que el presidente de la Nación absorbe funciones

¹ “XIV Encuentro de jóvenes profesores de derecho constitucional”. Eje temático: V. Reflexiones sobre el diseño del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en la Constitución. a) Presidencialismo argentino a 30 años de la reforma: interacciones entre el Presidente y el Congreso. **Pertenencia institucional del autor:** Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

que deberían corresponder al Congreso de la Nación, a los jueces o a las provincias. En este sentido, destacaba que la hinchazón del Poder Ejecutivo “ha debilitado las instituciones democráticas en su conjunto y ha abierto enormes espacios que fueron ocupados por poderes corporativos” (1988:82). Una visión más *aggiornada* de la cuestión, planteada desde la ciencia política, explica que no todos los gobiernos pueden calificarse como “hiperpresidenciales”. Si bien existe un deseo de los presidentes de posicionarse en el centro de la escena política, definir la agenda pública o una tentación de refundar el orden político, en realidad, “lo característico del presidencialismo argentino no es el ‘hiperpresidencialismo’, sino el péndulo que oscila entre la concentración del poder y su licuación: líderes ‘todopoderosos’ [...] han alternado con líderes sumidos en la impotencia” (Acuña, 2008:142).

Es la figura presidencial, a secas, la que siguió este camino y la que es el sujeto de esta identificación; los líderes no necesariamente. La Constitución Nacional, la sancionada en 1853, otorgó un diversificado arsenal de poderes a disposición del presidente para intervenir en la discusión política y modificar el *statu quo*. Y, asimismo, lejos de agotarse en esos poderes formales, el papel prominente e indiscutible que fue adquiriendo, por las prácticas políticas, el Poder Ejecutivo se nutrió a partir de la dinámica de un proceso histórico que fue “reasignando atribuciones y recursos institucionales, modificando de hecho la distribución de poderes y el sistema de controles originariamente previsto en la Constitución” (Smulovitz, 1995:75).

Recuperada la democracia, se promovieron intentos por frenar la rueda de inestabilidad institucional que había azotado cíclicamente al país, desde el golpe de estado de Urriburu en 1930 en adelante, y que la había teñido de violencia y sangre. La inestabilidad política generada por el desempeño del sistema presidencial constituía uno de los puntos focales a abordar en dicha empresa.

La reforma a la Constitución aprobada en agosto de 1994 introdujo modificaciones al sistema presidencialista, a los poderes de los que gozaba el Poder Ejecutivo y al modo en que se relacionaba con el Congreso y con el federalismo. El texto resolvió positivamente varios puntos con el sentido de atenuar el presidencialismo argentino -la ampliación del período ordinario de sesiones legislativos, modificaciones en el régimen de la intervención federal, etcétera-. En este sentido, siguiendo a Negretto (2014:3), “no en todos los aspectos fracasó en poner límites al poder

presidencial”. No obstante, sobre otros puntos, algunos de ellos nucleares, arribó a soluciones tímidas, que no zanjaron la cuestión, sino que la dejaron sujeta, por un lado, a la regulación del Congreso y, por otro, a su definición por las propias prácticas políticas.

En las siguientes líneas nuestro objetivo es poner de manifiesto, con algunos ejemplos sobre el primer supuesto, cómo, a pesar de los objetivos declamados, la Constitución “por hacerse” —la efectivamente hecha y la omitida por parte del Congreso Nacional— terminó persiguiendo objetivos opuestos a los indicados por la Convención Constituyente.

II. La génesis de la reforma constitucional

Para encarar el tema propuesto es necesario realizar una muy sucinta introducción al proceso de Reforma Constitucional de 1994. La posición de los principales actores intervinientes permite explicar algunas de las razones del porqué y de la extensión de ciertas cláusulas incorporadas en el texto constitucional, aunque no determina necesariamente el sentido o la complementación legislativa posterior que se les otorgaron.

La historia nos recuerda que, alcanzada la estabilidad económica luego del éxito de la convertibilidad, desde el menemismo se comenzó a impulsar la reforma constitucional con el propósito de habilitar la reelección. La popularidad de Menem iba en ascenso y el mandatario planteaba esa necesidad como la única forma de garantizar el crecimiento económico. A pesar de la oposición radical, el proyecto oficial de reforma comenzó a avanzar y fue aprobado el 21 de octubre de 1993 en el Senado de la Nación, aunque debiendo negociar modificaciones con partidos provinciales. Al día siguiente, el presidente convocó a un plebiscito para el mes de noviembre para que la ciudadanía se pronunciase sobre la “*necesidad de la modificación Constitución Nacional y de su oportunidad*” (art. 1º, Dto. 2181/93, BO 26/10/1993). A su vez, si bien la oposición conservaba poder de veto en el Congreso, el oficialismo y sus aliados se hallaban impulsando en la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, la interpretación de que bastaban los dos tercios de los presentes —como en la reforma de 1949— para declarar la necesidad de reforma.

El radicalismo se encontraba en un momento crítico. Sumado a las sucesivas derrotas electorales que había sufrido —días antes había perdido las elecciones para diputados nacionales, con derrotas incluso en bastiones como la Capital Federal—, sectores del partido pujaban contra el lideraz-

go de Alfonsín, dos gobernadores radicales (Massaccesi, de Río Negro, y Maestro, de Chubut) aprobaban el proyecto de Menem, otros como Arnol-do Castillo de Catamarca anticipaban que no militarían contra la reelección y, finalmente —en palabras del ex-presidente en una entrevista dada en 2004— “*se iba a ir a un plebiscito, que nos mataba*”. La necesidad de negociar con Menem resultaba imperante. El 14 de noviembre de 1993, finalmente, los líderes sellaron el llamado “Pacto de Olivos”.

Al margen de las críticas que se le hicieron -y se le siguen haciendo-, el Pacto de Olivos constituyó un hecho inédito en la historia argentina: un acuerdo celebrado por los dos líderes de los partidos políticos más importantes y emblemáticos del país (uno de ellos presidente en ejercicio y el otro quien lo precediera), en democracia y sin la intervención o el veto de las Fuerzas Armadas. En este escenario, la mayoría del radicalismo entendió que, si no se incorporaba al juego, el Partido Justicialista iba a jugar sólo. Menem, por su parte, comprendió que, si no invitaba a participar a Alfonsín y sus correligionarios, arriesgaba la legitimidad de la reforma. Negretto sostiene que el mandatario entendía que “una reforma aprobada violando los procedimientos constitucionales habría conllevado un alto costo político” (2015:206). Su respuesta era Alfonsín y, a tal fin, debía hacer concesiones para que una reforma negociada fuera mejor que una reforma impuesta. Acotado su margen de maniobra, el líder radical encontró en esa necesidad la ventana para introducir algunas modificaciones a fin de atenuar el presidencialismo.

En definitiva, con el Pacto de Olivos y la reforma constitucional de 1994 se logró romper con el “*consenso negativo*” (Smulovitz, 1995:78), la idea de que la permanencia del texto constitucional de 1853/1860 se debía, más que a sus virtudes, a la incapacidad de los actores de arribar a acuerdos en pos de su modificación. Los partidos mayoritarios lograron, en un tenso y delicado juego, quebrar los vetos mutuos y arribar a un consenso que, si bien subóptimo, permitía satisfacer en mayor o menor medida ciertos intereses perseguidos por ambos bandos. El Pacto de Olivos, con su Núcleo de Coincidencias Básicas aprobado por el Congreso en la Ley N° 24.309 y luego ratificado por la Convención Nacional Constituyente, fue presentado como una transacción de intereses; a uno le allanaba la posibilidad de la reelección, mientras que el otro obtenía la atenuación de los poderes presidenciales, que aparecía como una conquista democrática.

El Pacto, es verdad, le costó caro en términos electorales y partidarios a Alfonsín, pero también le permitió avanzar con algunas de las propuestas

que ya habían sido esbozadas durante su gobierno por el Consejo para la Consolidación de la Democracia. Su reputación como líder del partido radical se puso en juego durante el acuerdo y la imagen del radicalismo se desdibujó como oferta opositora —circunstancias que se cristalizaron, principalmente, en la elección para convencionales constituyentes—. Pero también le permitió incorporar resortes para, por un lado, procurar atenuar la primacía del presidente en el sistema político argentino (tanto en la relación interpoderes, como en la relación multinivel, entre Estado Nacional y estados provinciales/CABA) y, por otro, garantizar ciertos cotos de poder para el partido radical (como fueron la incorporación del tercer senador y la autonomización de la Ciudad de Buenos Aires).

En definitiva, para aquel era preferible una estrategia de “morderse la lengua”, obtener algunas victorias y mantenerse dentro de un juego cooperativo; en especial cuando la posibilidad de que ese juego se convirtiera en uno de “suma cero” siempre se encontraba latente. Como sostiene Holmes, en ocasiones esquivar los conflictos no es un acto de cobardía, pues “[s]i nos mordemos la lengua ante una cuestión delicada, podremos obtener formas de cooperación y de camaradería que de otro modo quedarían fuera de nuestro alcance” (2017:49).

Sin embargo, su posición a la defensiva y arrinconada hizo que, en algunas de esas incorporaciones, la Constitución fuera escueta, genérica o delegara sus pormenores en leyes a sancionar por el Congreso Nacional. El juego, uno que se resolvería en tres jugadas —la definición del pacto, la sanción de la ley de necesidad de reforma y la convención constituyente— incorporó jugadas políticas posteriores, en una suerte de “Constitución por hacerse”.

III. La Constitución “por hacerse” y la que se hizo

Hacia 1994, Sagües sostenía que la “Constitución está aún por hacerse”, en tanto los pormenores de numerosas innovaciones institucionales —los decretos, el Consejo de la Magistratura, etcétera— se encontraban diferenciados a la actividad del Poder Legislativo y a la sanción de las leyes respectivas. Una suerte de Constitución flexible, en términos de Smulovitz, cuyos contornos podían ser delimitados y redelimitados, no ya por una convención constituyente, sino por el Congreso Nacional con mayorías más atemperadas. Por ello, dado el carácter inconcluso que tenía la Constitución, aquella autora consideraba que resultaba apresurado determinar quién tenía razón entre los que afirmaban que derivaría en un fortalecimiento del

Ejecutivo o en mayores controles sobre su actividad. Ello dependería “no sólo de las reglas sino también de las capacidades y de la forma en que los otros organizan sus recursos para restringir o extender sus atribuciones” (Smulovitz, 1995:86).

La actividad desplegada para “hacerla”, no obstante, en gran medida parece haber recorrido el camino de los convencionales agoreros. El sentido de la legislación sancionada (y la no dictada) por el Congreso en estos 30 años para “completar” las innovaciones constitucionales impidió la consolidación de las acciones e institutos destinados a atenuar el poder del presidente. Del mismo modo, aunque no es objeto del presente trabajo, la forma en que se implementaron institutos como el del Jefe de Gabinete de Ministros -uno en el que Alfonsín depositaba sus esperanzas- conspiró contra dicho objetivo.

¿Por qué fue así? La respuesta parecería estar, por un lado, en que el presidencialismo no se iba a dar por vencido tan fácilmente. En la historia de un país, las decisiones del hoy y del mañana están moldeadas por el pasado. Cuando se recorre una determinada dirección, se produce “un conjunto de mecanismos de retroalimentación [...] que va sesgando los beneficios y costos incrementales en favor de los que son básicamente consistentes con el marco institucional” (North, 1998:110). El modo de entender el rol del Poder Ejecutivo, las prácticas políticas consolidadas en torno a su figura y su influencia sobre el resto de los jugadores no se podía cambiar tan radicalmente. Se precisaban líderes y acuerdos dispuestos a atarse las manos, y no a aprovechar la debilidad institucional para revertir o frenar el sentido de las reformas.

Asimismo, los años que siguieron a la reforma de la Constitución fueron años de liderazgos presidenciales fuertes y refundacionales, sumados a una fuerte crisis económica que repercutió gravemente sobre el sistema de partidos. Negretto (2014), en este sentido, explica que “[l]as intermitentes crisis de gobernabilidad política y económica que se vivieron antes y después de la reforma brindaron a los presidentes oportunidades para acumular poder en aras de asegurar el orden y la paz social. A esto se sumó la gradual desaparición de alternativas partidarias estables de gobierno en el país. [...] Ante una oposición débil y fragmentada, la coalición gobernante buscó manipular la constitución en su beneficio”.

A continuación, expondremos tres ejemplos de innovaciones constitucionales diseñadas para atenuar el poder presidencial, finalmente frustradas por la actuación del Congreso.

IV. Los ejemplos

a) El caso de los decretos

La extensión de la cláusula que regulaba los decretos de necesidad y urgencia y su trámite fue una de las más debatidas entre los pactistas. En su núcleo estaban los alcances de la intervención del presidente en materia legislativa. Mientras que el radicalismo, si bien aceptaba su introducción, exigía fuertes limitaciones a su uso, el justicialismo pretendía, por ejemplo, que la mera aprobación por parte de una comisión bicameral los convirtiera en ley.

El artículo 99, inciso 3°, posee una redacción relativamente abierta; no definió específicamente las “circunstancias excepcionales” habilitantes, no impuso plazos de caducidad, y, aunque reguló un procedimiento constitucional de control, no definió concretamente los alcances de la intervención de la Comisión Bicameral. Una solución intermedia entre las posiciones existentes se plasmó en el texto constitucional, difiriéndose muchos de sus aspectos a una ley posterior. Esa norma podía actuar como un límite frente a la discrecionalidad de los poderes reglamentarios presidenciales —con por ejemplo, la introducción de plazos de caducidad— y, de tal modo, dar lugar a acciones que promovieran la seguridad jurídica; sellar aquellas indefiniciones que habían quedado sin saldar en la reforma y hacerlo concordantemente con los fines que -se decía- la inspiraron. El “diablo”, nuevamente, metió la cola.

Doce años le tomó al Congreso Nacional sancionar una norma en la que se jugaban muchos de los poderes del presidente. Y lo hizo en un sentido contrario al de “atenuar el presidencialismo”. La ley 26.122 no sólo posibilitó la práctica del silencio legislativo como respuesta frente al dictado de un DNU, sino que hirió al control parlamentario al exigir el pronunciamiento expreso de ambas cámaras para su rechazo o aprobación. Rara vez, desde el 1994 en adelante, los Poderes Ejecutivos no han contado con mayorías o cuasi mayorías en alguna cámara y consolidado, de este modo, un escudo legislativo para defender sus decisiones. A la fecha, nunca se ha rechazado un decreto del presidente.

Como sostienen Veramendi, Castro Videla y Santiago, esta ley, en particular, constituye una norma “de decisiva importancia en la configuración del sistema jurídico e institucional de nuestro país” y es evidente que su contenido traduce “una toma de posición respecto de los alcances y límites de las potestades legislativas del presidente, que difícilmente podía resultar neutra en términos políticos” (2019:39).

b) La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires

La autonomización de la Ciudad de Buenos Aires era otro de los puntos que Alfonsín había negociado específicamente con Menem. El distrito capitalino había sido históricamente esquivo para el Partido Justicialista -sin perjuicio de que había ganado recientemente las elecciones legislativas de 1993- y constituía uno de los principales bastiones del radicalismo.

El esquema organizativo previo a la reforma dotaba de una posición preminente al Presidente de la Nación sobre los asuntos de la entonces Municipalidad de Buenos Aires. Hasta ese momento, entre otras cuestiones, el intendente de la ciudad era elegido por el propio presidente, quien además participaba de la selección de los magistrados nacionales en conjunto con el Senado Nacional. Era necesario, sostenía Alfonsín, garantizar a los porteños el derecho a elegir sus autoridades y gestionar sus propios asuntos.

Como recuerdan De Luca, Tula y Jones (2002), en el seno de la Convención Constituyente, la cuestión de la Capital Federal fue una de las más conflictivas entre el peronismo y la oposición, principalmente por la oposición de los gobernadores justicialistas de “conceder a la ciudad de Buenos Aires amplias potestades en materia de gobierno, administración y justicia”. Las partes accedieron, a una “solución de compromiso”, a dotar a la ciudad de un régimen autónomo de gobierno, con facultades de jurisdicción y legislación, un jefe de gobierno elegido directamente por el pueblo y la potestad para dictar un estatuto organizativo de sus instituciones. Simultáneamente, se previó que una ley garantizaría los intereses del Estado Nacional mientras la ciudad fuera Capital Federal. Por ello, “muchas de las cuestiones de fondo quedaron para su resolución por el Congreso Nacional o por la asamblea que debía convocarse para dictar el estatuto local” (De Luca, Tula y Jones, 2002:86).

Si en el ejemplo anterior el Congreso se tomó doce años en sancionar una ley que limitaría los poderes presidenciales, en este caso lo hizo rápidamente, pero para garantizarlos. La mayoría justicialista en el Congreso de la Nación aprobó la ley 24.588, comúnmente conocida como “ley Cafiero”, relativas a la elección de autoridades locales y a la protección de los intereses del estado nacional en la capital, y “considerada por la oposición como restrictivas de las nuevas prerrogativas porteñas”. Del mismo modo, señalan De Luca, Tula y Jones (2002:86), “el gobierno de Menem limitó por distintas vías el traspaso de poderes a la ciudad de Buenos Aires, tanto en materia presupuestaria como en las áreas de seguridad, justicia y regulación de servicios públicos, reservándose algunas competencias”.

En estos treinta años, la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires se fue consolidando a cuentagotas, manteniendo las autoridades federales ciertos cotos de poder sobre ella. La Ley Cafiero se reformó en un par oportunidades, transfiriéndose competencias judiciales y la policía de la ciudad. Las reformas se presentaron como más como espasmódicas o fruto de pujas de poder, que como deudoras de una visión constitucional sobre la autonomía. A treinta años, la autonomía de la ciudad no es plena y el Presidente de la Nación sigue participando en algunos aspectos de su vida institucional.

c) La ley de coparticipación

El funcionamiento del federalismo era otro de los puntos sobre los que debían hacerse ajustes para limitar el poder del presidente. Señala Alfonsín que el debilitamiento del sistema federal “fue una de las causas relevantes del incremento de poderes de la Presidencia de la Nación” (1996:379). En este sentido, la constitucionalización de la coparticipación federal era uno tema sobre el que la Convención tenía habilitado el debate.

El artículo 75, inciso 2° previó la sanción de una ley convenio para la institución del régimen de coparticipación de las contribuciones, garantizando la automaticidad en el reparto de los fondos. A su vez, la cláusula transitoria sexta dispuso que esa norma debía ser sancionada antes de la finalización del año 1996. A treinta años de la reforma, el Congreso Nacional tiene entre sus deudas pendientes su sanción.

La omisión de la sanción de la ley de coparticipación dota de cierta discrecionalidad al Poder Ejecutivo en la distribución de algunos fondos, principalmente de los Aportes del Tesoro Nacional (ATN), que responden al 1% del monto total recaudado de acuerdo con la Ley 23.548. Bajo el esquema actual, como sostienen Bonvecchi y Lodola (2013:121), “aun cuando el presidente no puede modificar el monto total de los ATN, puede decidir discrecionalmente sobre el monto a adjudicar a cada provincia o municipio”. Del mismo modo, indican, también le permite actuar con discrecionalidad media en relación con los adelantos de coparticipación y, si bien no con el monto asignado, el Poder Ejecutivo también la ejerce en relación con la ejecución y el timing de la transferencia.

Las transferencias discrecionales -de ATN o en otros conceptos- son solo una de las falencias que existen dentro del federalismo fiscal y que centralizan poder en el presidente. Estas deficiencias, además, se vinculan con otro fenómeno, el *malapportionment*. El incumplimiento -uno

más- del Congreso en actualizar y ajustar el número de diputados permite al Poder Ejecutivo obtener “distritos de bajo mantenimiento”; frente a provincias muy dependientes de la billetera nacional, “[e]s ‘barato’ para los presidentes ‘comprar’ el apoyo legislativo, electoral y discursivo de los gobernadores de provincias pequeñas [...] esfuerzos fiscales modestos para la nación, pero grandes sumas para estas provincias, que a cambio pueden aportar una proporción significativa de diputados y senadores” (Gervasoni, 2012:122).

En suma, si bien la modificación de la ley de coparticipación es constitucionalmente compleja, esto no obsta a concluir que su omisión ha permitido la prevalencia del presidente.

V. Conclusiones

La reforma constitucional de 1994 no ha logrado todos sus cometidos. No ha fracasado en algunos de sus objetivos, como se apuntó, pero ciertamente no ha conseguido mitigar el poder del presidente. Si se busca cumplir con ello, la Constitución misma –y no un cambio de sus disposiciones– prevé las herramientas para hacerlo.

El mejor secreto para conservar una constitución, sostenía Alberdi, es tener una. Abrir la caja de Pandora de la reforma constitucional no es una opción válida ni políticamente plausible. El resultado del intento de mitigar el poder presidencial puede ser, nuevamente, su acentuación. De allí que entre sus cláusulas debemos encontrar la respuesta a estas problemáticas.

Las leyes que el texto constitucional ha ordenado sancionar han quedado a disposición de los presidentes y han seguido caminos diferentes a los pretendidos por los constituyentes. No obstante, con cambios legislativos en sus sentidos, es posible comenzar a transitar por la senda imaginada por muchos de ellos y “hacer” realmente la Constitución.

Bibliografía

Acuña, Carlos H., “Presidencialismo, federalismo y justicia en la democracia argentina”, en Nún, José y Grimson, Alejandro (comps.), *Territorios, identidades y federalismo*, Edhasa, Buenos Aires, 2008.

Alfonsín, Raúl, *Democracia y consenso*, Corregidor, Buenos Aires, 1996.

- Bonvecchi, Alejandro y Lodola, Germán, “La lógica dual de las transferencias intergubernamentales”, en Falletti, Tulia (ed.), *El federalismo argentino en perspectiva comparada*, EDUCA, Buenos Aires, 2013.
- Bouzat, Gabriel, “Poder presidencial y crisis política en la Argentina”, en SELA, *Poder Ejecutivo*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- Castro Videla, Santiago, Santiago, Alfonso y Veramendi, Enrique, *El control del Congreso sobre la actividad del Poder Ejecutivo*, 1° ed., La Ley, Buenos Aires, 2019.
- De Luca, Miguel, Tula, Inés y Jones, Mark, “Buenos Aires: The evolution of local governance”, en Myers, David y Dietz, Henry, *Capital City politics in Latin America*, Lynne Publishers, Colorado, 2002.
- Gervasoni, Carlos, “La política provincial es política nacional”, en De Luca, Miguel y Malamud, Andrés, *La política en tiempos de los Kirchner*, EUDEBA, Buenos Aires, 2012.
- Holmes, Stephen, “Las reglas mordaza o la política de omisión”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune (comp.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2017.
- Negretto, Gabriel, *La política del cambio constitucional en América Latina*, FCE, Buenos Aires, 2015.
- Negretto, Gabriel, “Origen y efectos de la reforma de 1994”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Vol. 15, 2014.
- Nino, Carlos S., “Presidencialismo vs. Parlamentarismo”, en Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Presidencialismo vs. Parlamentarismo*, EUDEBA, Buenos Aires, 1988.
- North, Douglass, C., “Una teoría de la política basada en el enfoque de los costos de transacción”, en Saiegh, Sebastián y Tommasi, Mariano, *La Nueva Economía Política*, EUDEBA, Buenos Aires, 1998.
- Smulovitz, Catalina, “Constitución y poder judicial en la nueva democracia argentina. La experiencia de las instituciones” en Acuña, Carlos H. (comp.), *La nueva matriz política argentina*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1995.

EL ALCANCE CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL: LOS PRESUPUESTOS PARTICIPATIVOS.

LAUTARO GUTIERREZ.¹

Sumario: Con la Reforma de la Constitución Nacional en 1994 y la incorporación del art. 123, se concluyó con el derrotero doctrinario y jurisprudencial que buscaba la consagración constitucional expresa de la autonomía municipal y su consecuente reconocimiento como un nivel de gobierno dentro de nuestro sistema federal. Asimismo, este artículo definió los alcances del poder municipal que deben ser garantizados por las Constituciones provinciales, que son de carácter: institucional, político, administrativo, económico y financiero. Entonces, se puede afirmar que la asamblea constituyente le otorgó una gran relevancia a los entes municipales dentro de nuestro sistema democrático constitucional, reforzado años después por lo decidido por la CSJN en “SHI”. Producto de la autonomía consolidada, ciertos municipios argentinos idearon e implementaron los presupuestos participativos², con comienzos en la crisis social y económica del 2001. Este mecanismo de participación ciudadana, abarca los alcances mencionados por el art. 123, particularmente los de carácter administrativo y político, y posibilita la deliberación y participación pública acerca del destino y distribución de los fondos que componen el erario público municipal.

Nociones introductorias

El propósito del presente artículo es remarcar cómo, por medio de los alcances municipales consagrados en el texto constitucional reformado en

¹ **XIV Encuentro de Jóvenes Profesionales de Derecho Constitucional.** Eje temático: I. Desafíos del federalismo Argentino a 30 años de la reforma constitucional. e) *Régimen de los municipios en las Provincias y de las comunas en CABA.* Pertenencia académica: Universidad Nacional de Córdoba.

² Entre los que podemos mencionar a Rosario (Santa Fe), Moron (Buenos Aires) y Río Cuarto (Córdoba).

1994, se permitió que este nivel de gobierno, el más descentralizado, pueda idear y aplicar mecanismos de carácter participativo y deliberativo, que ofrece una respuesta concreta frente a los conflictos sociales y económicos que se suscitan con periodicidad en la sociedad argentina, y que tornan necesario dotar de legitimidad a las instituciones democráticas. Esto implica necesariamente un ejercicio democrático dialógico con la autoridad pública representativa que cuenta con contacto más directo y personal con la ciudadanía, que realza la importancia del ente municipal como base y principio de un sistema democrático, constituyéndose como el lugar predilecto para otorgar una mayor (y mejor) discusión y consenso colectivo respecto a las decisiones de políticas públicas.

Fundamento constitucional del municipalismo

Por su parte, el presente busca, no solo poner en relieve la importancia constitucional del reconocimiento de la autonomía municipal y del ejercicio democrático participativo y deliberativo que esta permite, sino también analizar la constitucionalidad de las decisiones se adoptan en el marco de su organización y funcionamiento municipal.

En lo que al artículo concierne e interesa, a los fines de introducir las cláusulas constitucionales en cuestión, para el posterior análisis de las mismas, cabe comenzar con el art. 5 de nuestra Ley Suprema, sancionado con el texto constitucional de 1853 y posteriormente reformado en 1860, que no ha sufrido modificación alguna desde entonces.³ El mismo reza que “*Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano...y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria...*”⁴ (el resaltado me pertenece). La cláusula constitucional resulta clara: *toda provincia que quiera erigir su organización político jurídica propia, en ejercicio de su poder constituyente provincial, debe reconocer un régimen de municipios en su ámbito interno*. Asimismo es importante destacar que esta autonomía provincial fijada en el artículo se reconoce de modo igualitario para todas las provincias, tanto para las existentes en 1853/1860 como para las que

³ El art. 5 de la Constitución de 1853 contenía disposiciones que fueron modificadas para permitir el ingreso de la Prov. de Buenos Aires.

⁴ Artículo 5. Constitución de la Nación Argentina.

surgieron después⁵, por lo que para el ejercicio del mencionado poder constituyente se fijan idénticas bases para los Estados subnacionales, en respeto de su calidad de tales y precursoras del Estado nacional. Una interpretación distinta de la cláusula constitucional llevaría indefectiblemente a la existencia de provincias de distintas clases, contrarias a nuestra Carta Magna. Entonces, todas las provincias pueden darse su propio esquema institucional, siempre que se cumplan con las condiciones que el Estado federal controla y garantiza.⁶ Ello es así ya que las provincias al constituir el Estado nacional y delegar en él, el ejercicio de la potestad de sanción, vigilancia y control de la Ley Suprema, se someten voluntariamente a las pautas organizativas que ésta dispone, para poder darse cada una de ellas su propio ordenamiento jurídico político, por medio de su poder constituyente derivado, en igualdad de condiciones.

Por otro lado, esta manda constitucional de autonomía municipal no fue interpretada armónicamente y constituyó objeto de controversia. Ello implicó que hasta 1989 la naturaleza de los municipios fue objeto de discusión doctrinal y jurisprudencial, ya que la Corte Suprema había sostenido en diversos pronunciamientos que los mismos constituían entes autárquicos territoriales de las provincias⁷, adoptando una postura de carácter administrativa respecto de aquellas, en contra de la posición que sostenía que los entes municipales eran un orden de gobierno propio, con sus respectivas facultades y ámbito de aplicación y ejercicio de poder. En el año citado, el máximo tribunal argentino dictó el “*Fallo Rivadamarca/Municipalidad de Rosario*”⁸, zanjando la cuestión respectiva, reconociendo el carácter autónomo de los entes municipales, con anterioridad a la reforma. Asimismo, esta última introdujo elementos decisivos en la discusión y se terminó de consagrar el carácter autónomo de los entes municipales. Ello debido a que la cláusula establecida por el art. 5 debe leerse en conjunto y concordancia con 123, que determina a la autonomía como característica de los municipios e indica las áreas específicas que las provincias deben regular.⁹

⁵ Gargarella y Guidi (2019). *Constitución de la Nación Argentina comentada*. Página 106.

⁶ Gargarella y Guidi (2019). *Constitución de la Nación Argentina comentada*. Página 95.

⁷ Maria Angelica Gelli. 2004. *Constitución de la Nación Argentina concordada y comentada*. Página 44.

⁸ (Fallos 312:326).

⁹ Gargarella y Guidi (2019). *Constitución de la Nación Argentina comentada*. Página 119.

Es dable destacar también que la Constitución no obliga a las provincias a fijar un único modelo de autonomía¹⁰, por lo que cada una de ellas podrá reglamentar internamente los alcances de la misma, sin que ello implique desconocer el mandato constitucional. En lo respectivo a los alcances reconocidos a los entes municipales, es de vital importancia a los fines del presente artículo, el análisis constitucional sobre los de carácter institucional, político y administrativo, ya que son aquellos que permiten, en cuanto a su constitucionalidad, los presupuestos participativos municipales.

En lo concerniente al carácter institucional, este reviste importancia ya que supone la posibilidad del dictado de la propia carga orgánica¹¹ por parte del municipio. Esta facultad de los entes municipales entonces, permite que el ejercicio del poder constituyente pueda llevarse a cabo en el nivel de gobierno más cercano a la ciudadanía, el municipal. Se debe remarcar que las constituciones provinciales reconocen diferentes tipos de autonomías. No obstante la flexibilidad para establecer los parámetros de la autonomía municipal, la cláusula fijada por el artículo en cuestión no puede ser ignorada por aquellas.¹² Dicho esto, conforme a lo expuesto por Abalos, se puede encontrar: autonomía semiplena, autonomía condicionada y autonomía plena.¹³ La primera implica que los municipios no cuentan con el reconocimiento de la autonomía, por lo que no pueden dar sus propias cartas orgánicas, entre las que se encuentran las Provincias de Santa Fe y Buenos Aires¹⁴. La segunda reconoce la posibilidad de que los entes municipales puedan dictar sus propias cartas orgánicas, pero se encuentran sujetas a la aprobación de la Legislatura Provincial, similar al previsto por el art. 5 de la Constitución Nacional de 1853, el cual implica una profunda impronta centralista. Y la tercera es la de mayor alcance de autonomía y apego al texto y espíritu de la cláusula constitucional, ya que en esas provincias los municipios cuentan con autonomía en todos sus ámbitos, entre las que se encuentra, entre otras, la provincia de Córdoba.¹⁵

¹⁰ Maria Angelica Gelli. 2004. *Constitución de la Nación Argentina concordada y comentada*. Página 859.

¹¹ Gargarella y Guidi (2019). *Constitución de la Nación Argentina comentada*. Página 1198.

¹² Maria Angelica Gelli. 2004. *Constitución de la Nación Argentina concordada y comentada*. Página 860.

¹³ Gargarella y Guidi (2019). *Constitución de la Nación Argentina comentada*. Página 1199.

¹⁴ Estados provinciales en los cuales se analizan los presupuestos municipales.

¹⁵ Idem.

En cuanto al carácter político, este comprende facultades tales como determinar el modo de elección y/o remoción de las autoridades, seleccionar el sistema electoral, elegir la forma de gobierno, fijar diferentes instancias de participación ciudadana, etc.¹⁶ Así, este carácter debe ser pensado en concordancia con el institucional, ya que las instituciones y el modelo de municipio que se pretenda, deben encontrarse plasmadas en la carga orgánica, como también la delegación al poder legislativo municipal de la facultad de reglamentar políticas públicas que permitan la participación ciudadana. Es por ello la importancia de estos dos alcances, ya que necesariamente deben plasmarse en el texto orgánico las directrices municipales para el ejercicio del poder, tanto de las instituciones representativas como aquellas deliberativas y/o participativas que se elijan.

En lo relativo al carácter administrativo de la autonomía conferida a los entes municipales, el mismo implica que las competencias de administración que ejercen los municipios son de su titularidad y no delegadas por las provincias.¹⁷ Esto desvirtúa por completo la afirmación de que los municipios son entes autárquicos provinciales, ya que se les confiere el ejercicio pleno de todas las actividades que hagan a la decisión de propia administración y funcionamiento, con independencia del poder público provincial. Es decir que, los municipios poseen la capacidad para darse esta organización administrativa, incluir entre sus procedimientos a técnicas de participación ciudadana, como celebración de audiencias públicas, elaboración de presupuestos participativos, acceso a la información pública y demás.¹⁸

Es entonces gracias al reconocimiento constitucional de esta autonomía municipal, que los entes de dicho carácter, en vinculación con su aspecto institucional y político, pueden consagrar instrumentos o instituciones que avalen y permitan la deliberación y participación ciudadana en el más pequeño orden de gobierno. Incluso, en el supuesto de que un municipio no cuente con autonomía institucional y política plena, la de carácter administrativo le confiere la facultad de organizarse y promover aquellas políticas administrativas que hacen a su funcionamiento y dirección, que consideren adecuadas. En este contexto, los presupuestos participativos municipales adquieren absoluta constitucionalidad.

¹⁶ Gargarella y Guidi (2019). *Constitución de la Nación Argentina comentada*. Página 1198.

¹⁷ Gargarella y Guidi (2019). *Constitución de la Nación Argentina comentada*. Página 1202.

¹⁸ Gargarella y Guidi (2019). *Constitución de la Nación Argentina comentada*. Página 1202.

El valor democrático de los municipios y su reconocimiento en “Shi”.

A su vez, es importante analizarlo con la pauta jurisprudencial establecida en 2021 por el fallo “*Shi c/ Municipalidad de Arroyito*”¹⁹, dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como una muestra de la relevancia de los entes municipales en la organización jurídico-política de nuestro Estado. Sin adentrarnos en el fondo de la cuestión que fuese resuelta por la CSJN, lo resulta necesario de remarcar es como lo decidido de modo unánime por una asamblea pública municipal respecto al descanso dominical fuese expresado en una ordenanza de idéntico orden, que implicó la transformación del consenso de los actores políticos intervinientes en una política pública concreta, adecuada y fundamentada en la discusión mencionada. En el referido caso, la Municipalidad de Arroyito firmó, en conjunto con el Centro de Comercio local, el sindicato de Empleados de Comercio y el Agregado Parroquial, un acta de compromiso de forma voluntaria mediante la cual a partir de octubre de 2004 los comercios no abrirán sus puertas los días domingos. Ello luego fue materializado en una Ordenanza Municipal, la N°1660, en el año 2014.

Este pequeño racconto ejemplificativo nos sirve para demostrar cómo en un caso concreto, en un ámbito municipal y por medio de la consagración constitucional de su autonomía, se deliberó, con la intervención de todos los actores sociales implicados y/o con interés directo, y se pudo concretar su transformación en una medida legislativa municipal. Refuerza mi postura lo expresado en el voto mayoritario, más precisamente en los considerando 11 y 12. En el primero de los considerando mencionados, la Corte Suprema expresó que: “... *el tipo asociativo “comunitarios” predominante en las relaciones sociales del municipio demandado, ha permitido desarrollar un sistema participativo... construyendo una relación directa entre la participación política y el mejoramiento de la calidad de vida...*”. Continuó argumentando que: “...*las peculiares características del municipio de Arroyito y la gimnasia participativa de sus vecinos permitieron elaborar los antecedentes que culminaron en la sanción de la Ordenanza... el hecho de que se hayan producido 2 asambleas públicas, separadas por 10 años concordantes en el resultado, supone la permanente de los valores socialmente compartidos por la comunidad vecinal...*”. Concluye lo pertinente con la siguiente frase “*Despejada la legitimidad democrática de la decisión...*”. Por su parte, en el considerando 12 en su parte respec-

¹⁹ Fallos: 344:1151

tiva a este estudio, la Corte Suprema hace mención de que: “...sostener que la regulación adoptada por la Ordenanza, en cuanto tiene por objeto proteger un estilo de vida comunitario asumido por los vecinos y decidido por un amplio consenso, resulta ajena a las facultades del municipio por afectar el comercio, es irrelevante. Tal argumento supondría desconocer los aspectos inherentes a la vida cotidiana de la pequeña comunidad...”. Las palabras utilizadas son elocuentes y otorgan a lo decidido por la comunidad en asamblea pública y luego exployado en una ordenanza municipal, un lugar preponderante para la deliberación y participación democrática política y pública en el ámbito de su competencia.

Los argumentos brindados por los cortesanos, entonces, dotan de plena fuerza y vigencia a las pautas organizativas municipales reconocidas en la reforma de 1994. Adviértase cómo le otorga preponderancia al ejercicio democrático de participación y deliberación pública por parte de los actores involucrados y la sociedad en su conjunto, por sobre otras cuestiones, ya que entiende que si es la propia ciudadanía la que encuentra una solución práctica por medio de la implementación de mecanismos que gozan de plena constitucional, poco queda sujeto a valoración por parte de los poderes del Estado. De ello se puede interpretar que el carácter descentralizado y el tamaño más pequeño de las unidades de decisión (en este caso un Municipio de alrededor de 22.000 habitantes), *garantiza una mayor consistencia entre el resultado del debate y las opiniones individuales de los participantes, así como un mayor conocimiento de los problemas políticos concretos*²⁰, tal como fuera expresado por Carlos Nino, citado por Olivares.

Los municipios y la posibilidad de participación ciudadana

Con respecto a la importancia deliberativa y práctica del artículo 123 de la Constitución Nacional, debe destacarse que, resultando evidente que los municipios son espacios propicios para deliberación y participación pública, se deduce su potencialidad para convertirse en lugares de cohesión, acción y control social de los habitantes en relación con las políticas públicas que los afectan²¹.

²⁰ Olivares, Nicolas (2019). EL FEDERALISMO ARGENTINO A DEBATE: ARGUMENTOS EN DEFENSA DE UN MODELO DEMOCRÁTICO DELIBERATIVO DE GOBIERNO FEDERAL. Page 157.

²¹ Gargarella y Guidi (2019). *Constitución de la Nación Argentina comentada*. Página 1194.

De interpretar de modo contrario la cláusula constitucional mencionada, la ciudadanía no estaría posibilitada de entrometerse en asuntos públicos más que por su elección de representantes, antagónica con el modelo de participación y deliberación ciudadana que interpreto que pretende posibilitar la Constitución. Asimismo, es importante destacar que no en todos los entes municipales se deben dar las mismas discusiones, y que serán sus necesidades y particularidades propias las que determinarán la agenda política pública, con la necesaria participación de la ciudadanía por vía institucionales que insten a su diálogo (*lease como debates públicos barriales o sectoriales, promoción de discusión pública transversal a toda la sociedad, etc.*), todo enmarcado dentro de aquellas facultades que hayan sido reservadas.

La selección de los ciudades, pueblos o comunas para la implementación de mecanismos democráticos participativos y deliberativos no es arbitraria ni caprichosa, sino más bien, responde al hecho de que para su correcto funcionamiento, estos procedimientos deben realizarse en una urbe de características tal que sea, lo que en palabras de Alexis de Tocqueville manifiesta que estos espacios deben ser lo “*bastante extensa para que todos sus habitantes no tengan poco más o menos los mismos intereses*”²², y estén “*lo suficientemente pobladas para que se esté seguro de encontrar en su seno los elementos de una buena administración.*”²³ De esta manera, se garantiza que la ciudad, el pueblo o la comuna, por medio de instrumentos participativos y deliberativos, “*trata en ella los principales asuntos por sí mismo*”²⁴, otorgándole a sus decisiones una mayor legitimidad social y democrática, al ser los propios interesados quienes decidan en última instancia.

Conclusión

La centralidad de las ideas aquí desarrolladas se resumen en dos premisas fundamentales: la **primera** es que, en cada municipio la ciudadanía tiene la facultad constitucional de participar y deliberar internamente aquello que considere pertinente, siempre y cuando se encuentre dentro de sus facultades, en ese momento histórico determinado. Por su parte, la **segunda** es como los presupuestos participativos interrelacionan tres distintos alcances de la autonomía municipal, lo que implica que es el propio ente

²² Tocqueville, Alexis. (1835). De la démocratie en Amérique. Capítulo quinto (pág. 70).

²³ Idem.

²⁴ Tocqueville, Alexis. (1835). De la démocratie en Amérique. Capítulo quinto (pág. 71).

municipal el que cuenta con la facultad de dictar para sí, mecanismos para dotar de mayor legitimidad democrática a sus decisiones gubernamentales. En el caso jurisprudencial utilizado como referencia, la CSJN estableció que la gimnasia participativa democrática realizada por la ciudadanía en su propio ámbito territorial, despeja cualquier objeción sobre su constitucionalidad. Constituye el pleno ejercicio democrático deliberativo de la sociedad en el marco de la autonomía constitucional reconocida a los entes municipales, e instrumentada por la vía correspondiente. Una perfecta adecuación de la cláusula constitucional al caso en concreto.

Por eso afirmo que la reforma constitucional de 1994 permite que en estos ámbitos espaciales y territoriales más pequeños, donde las unidades de decisión son de menor tamaño, se implementen mecanismos participativos y deliberativos públicos donde lo decidido por medio de ellos cuente con relación directa a lo implementado por las autoridades competentes.

Bibliografía

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de marzo de 1989. Autos “RIVADEMAR, ANGELA DIGNA BALBINA MARTINEZ GALVAN DE c/ MUNICIPALIDAD DE ROSARIO s/ RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE PLENA JURISDICCION”

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 20 de mayo de 2021. Autos “Shi, Jinchui c/ Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” CSJ 1751/2018/RH1”

Gargarella Roberto y Guidi Sebastián. (2019). Constitución de la Nación Argentina comentada. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Editorial La Ley.

Gelli, Maria Angélica. (2004). Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada. Editorial La Ley.

Olivares, N. E. (2019). EL FEDERALISMO ARGENTINO A DEBATE: ARGUMENTOS EN DEFENSA DE UN MODELO DEMOCRÁTICO DELIBERATIVO DE GOBIERNO

FEDERAL. Revista De Ciencias Sociales, (74). <https://doi.org/10.22370/rcs.2019.74.2273> **Tocqueville, Alexis de. (1835).** De la démocratie en Amérique. pp. 69-85. Recuperado de: <https://www.suneo.mx/literatura/subidas/Alexis%20de%20Tocqueville%20La%20Democraci%20a%20en%20America.pdf>.

PROMESAS DE PAPEL

CAMILA GASCUE Y DELFINA CHACÓN¹

Introducción

A treinta años de la última reforma constitucional en nuestro país, es crucial reflexionar sobre los avances logrados en materia de género y el camino que aún queda por recorrer para alcanzar una igualdad real y efectiva. Al respecto, el feminismo constitucional viene a promover la discusión para buscar soluciones que den resultados concretos y efectivos a esta problemática.

El presente trabajo se adentra en el análisis del derecho a la igualdad de género y a la no discriminación en Argentina. En él se examinarán las medidas legislativas adoptadas y los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino, con un enfoque particular en la búsqueda de resultados reales.

De modo que, resulta fundamental seguir hablando y fomentando esta búsqueda, toda vez que acarrea una serie de beneficios tangibles para toda la sociedad, dirigiéndose hacia una realidad más justa y equitativa, brin-

¹ **XIV Encuentro de jóvenes profesionales de Derecho Constitucional. “A 30 años de la reforma constitucional del año 1994. Debates pendientes”.** Las nuevas dimensiones de los derechos fundamentales. El principio de igualdad y no discriminación. Feminismo constitucional. Camila Gascue. Abogada (Universidad de Buenos Aires), estudiante de posgrado en la Carrera de Especialización en Derecho Penal (UBA). Ayudante en la cátedra Ferreyra-Martínez en Elementos de Derecho Constitucional (2019-2023). Delfina Chacón. Abogada (Universidad de Buenos Aires), estudiante de posgrado en la Carrera de Especialización en Derecho Penal (UBA).

dando un mayor y mejor acceso de las mujeres a todos los aspectos de la vida cotidiana, tanto pública como privada.

Derecho a la igualdad y a la no discriminación

La última reforma constitucional del año 1994 trajo grandes avances en materia de igualdad, complementando la concepción de igualdad formal consagrada en el artículo 16 desde la constitución histórica². Esta reforma introdujo nuevas disposiciones que buscan garantizar una igualdad más real y efectiva, reconociendo las desigualdades históricas que afectan a diversos grupos de la sociedad. Del mismo modo, la Corte Suprema de la Justicia de la Nación ha interpretado en numerosas oportunidades desde 1875 que la igualdad de trato ante la ley implica la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentren en igualdad de circunstancias.³

En este sentido, en el año 1994 se incorpora a nuestro texto constitucional el artículo 75 inciso 23 estableciendo la obligación del Estado de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato. En otras palabras, esto implica *“autorizar al órgano legislativo a inclinar la balanza en favor de ciertos colectivos que históricamente fueron marginados, justamente para ponerlos en un pie de igualdad con otros sectores”*.⁴

Finalmente, el mismo artículo enumera los grupos para los cuales deben implementarse estas acciones positivas, dentro de estos se encuentran las mujeres, cuestión en la que aquí nos centraremos.

Estas medidas *“implican adoptar y ejecutar políticas activas que den impulso al acceso a esa igualdad real y efectiva admitiendo la llamada discriminación inversa”*.⁵ La discriminación positiva dirigida a las mujeres es

² Constitución Nacional. Artículo 16: *La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos los habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.*

³ Criminal c/ Olivar, Guillermo' (Fallos 16:118). También se ha sostenido en el fallo Caille (Fallos, 153:67) que el artículo 16 CN es el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros.

⁴ Leandro Abel Martínez, *Comentarios a la ley de actos discriminatorios. Una mirada desde el Derecho Constitucional*, p. 4.

⁵ Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2006, T. I, p. 530

esencial para asegurar la igualdad de género corrigiendo las desigualdades históricas y estructurales que han limitado sus oportunidades en distintos ámbitos. En palabras de Marcela Basterra: *“Cuando existen patrones o constantes históricas de trato diferente, se intenta corregirlos mediante una distinción jurídica, adoptando medidas tendientes a favorecer y en consecuencia equiparar las oportunidades de quienes, en este caso por su sexo, se encuentran en una condición de inferioridad”*.⁶

Con la última reforma no solo se incorpora el inciso 23 del artículo 75 sino que también a lo largo de su articulado se incluyeron varias referencias a las acciones positivas en pos de alcanzar la igualdad real.⁷

Asimismo, se incluye el inciso 22 del artículo 75 que enumera una serie de instrumentos de Derechos Humanos con igual jerarquía que la Constitución. Estos instrumentos incluyen numerosas disposiciones sobre igualdad y la no discriminación de las personas.

Feminismo constitucional

Isabel Jaramillo, figura clave en la consolidación del pensamiento legal feminista en América Latina expone que: *“Se ha mostrado que incluso cuando el derecho protege los intereses y necesidades de las mujeres e introduce su punto de vista, en su aplicación por instituciones e individuos moldeados por la ideología patriarcal, ha desfavorecido a las mujeres”*.⁸ En este sentido, partiendo desde la noción de que la Constitución fue históricamente redactada y aplicada principalmente por hom-

⁶ Basterra, Marcela I., *Las acciones positivas aplicadas a la cuestión de género. Veinticinco años después de la reforma constitucional*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, p. 9.

⁷ Constitución nacional. Artículo 75 inciso 23: Corresponde al Congreso: (...) 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y *el tiempo de lactancia*.

Artículo 37, segundo párrafo: *La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral*.

⁸ Isabel Cristina Jaramillo Sierra (2000). La crítica feminista al derecho, en Robin West, Género y Teoría del Derecho. Bogotá: Ediciones Uniandes.

bres, es posible concluir que las realidades y necesidades de las mujeres han sido ignoradas y minimizadas.

Estas circunstancias, que involucran los derechos de grupos en situación de desventaja, han demandado una participación activa por parte del Estado, esto con el fin de lograr una equidad social mediante la implementación de mecanismos especiales de protección dirigidos a quienes sufren discriminación.

Desde la última reforma en nuestro país, no podemos negar que, se han realizado avances en cuanto a materia de género. Por lo que, se vuelve nuestra obligación analizar los resultados de manera crítica. El constitucionalismo feminista implica una revisión crítica de estas normas y estructuras para identificar y corregir sesgos de género.⁹ Este tipo de constitucionalismo no sólo se centra en la eliminación de las normas jurídicas discriminatorias, sino también en la creación de un marco normativo que favorezca la igualdad sustantiva. Esto incluye la promoción de medidas afirmativas y la representación equitativa del colectivo femenino en todos los ámbitos de la vida pública y privada.

Marco internacional

Argentina cuenta con una variedad de instrumentos jurídicos internacionales con perspectiva de género que buscan promover la igualdad, la discriminación positiva y los derechos de las mujeres. Por un lado, con la reforma constitucional del año 1994 varios de ellos obtuvieron jerarquía constitucional debiendo entenderse complementarios de los derechos y garantías constitucionales¹⁰, algunos de estos son:

- 1) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que establece el derecho a la igualdad ante la Ley, a la protección de ataques abusivos hacia su persona, de disponer de un procedimiento judicial sencillo y breve contra actos de la autoridad y el derecho a la mujer en estado de gravedad o en época de lactancia de ser protegida con cuidados y ayuda especiales.¹¹

⁹ María José Garay, *Revisión Crítica del Derecho Constitucional Tradicional*.

¹⁰ Constitución Nacional. Artículo 75 inciso 22: (...) *no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías en ella reconocidos* (...)

¹¹ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, 1948.

- 2) La Declaración Universal de Derechos Humanos dentro de su cuerpo legal dispone la igualdad ante la ley y protección ante cualquier discriminación y derecho a igual salario por igual prestación.¹²
- 3) La Convención Americana sobre Derechos Humanos obliga a los Estados Parte a respetar los derechos en ella redactados sin discriminación de sexo, así mismo, se comprometen a garantizar el cumplimiento de toda decisión judicial al respecto.¹³
- 4) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales compromete a los Estados Partes a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título para gozar de todos los derechos enunciados, entre ellos, condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, una mejora continua de las condiciones de existencia y a asegurar la efectividad de estos derechos.¹⁴
- 5) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo se suma a reforzar el compromiso internacional del Estado Argentino con la protección en la igualdad y trato no discriminatorio.¹⁵
- 6) La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: (CEDAW) adquirió una relevancia fundamental, obligando al Estado a adoptar medidas para garantizar la igualdad real de las mujeres en todos los ámbitos.¹⁶

Por el otro, la ratificación en 1996 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará) además de introducir conceptos claves sobre la violencia contra las mujeres, obliga al Estado Argentino a tomar medidas para prevenirla, sancionarla y erradicarla.¹⁷ Es importante resaltar que, esta Convención no cuenta con jerarquía constitucional pero, su adopción, im-

¹² Aprobada y proclamada por Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.

¹³ Aprobada por Ley 23.054. Publicación en BO 27/03/1984.

¹⁴ Aprobado por Ley 23.313. Publicación en BO 13/05/1986

¹⁵ Aprobado por Ley 23.313. Publicación en BO 13/05/1986

¹⁶ Aprobada por Ley 23.179. Publicación en BO 03/06/1985.

¹⁷ Convención Belem do Pará. Artículo 7 inciso e: *tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer.*

plica un compromiso político y legal hacia la protección de los derechos de las mujeres y la eliminación de la violencia en todas sus formas.

Siguiendo en el plano de lo internacional, es relevante mencionar lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostuvo en el caso *González y otras c. México (Campo Algodonero)*¹⁸. La CIDH establece precedentes y directrices para proteger a las mujeres aplicando la perspectiva de género en la administración de la justicia. En este sentido, se desprende que los Estados deben *adoptar medidas integrales* para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. Asimismo, el Estado debe fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer.

Por todo lo mencionado, es evidente que Argentina mantiene grandes obligaciones y compromisos para la protección de la igualdad y no discriminación a la mujer, y hasta que esto no se cumpla seguirá teniendo una deuda nacional e internacional para con este colectivo.

Marco nacional

El innegable esfuerzo del Estado Argentino en establecer un marco teórico para encaminarse a un constitucionalismo feminista, sumado a los movimientos feministas que históricamente desempeñan un papel crucial en visibilizar las desigualdades, ha dado lugar a avances concretos, entre los cuales se destacan:

- La promulgación de la Ley 26.510 de Educación sexual integral en 2006 que obliga a brindar educación sexual integral en todos los establecimientos educativos del país, con una perspectiva de género que promueve la igualdad y el respeto.
- Luego, la Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres de 2009 que identifica tipos de violencia y establece mecanismos específicos para la protección y asistencia, crea el Consejo Nacional de las Mujeres, encargado de coordinar, implementar y monitorear las políticas públicas de prevención y erradicación de la violencia

¹⁸ Corte IDH. “González y otras (“campo algodonoero”) vs. México”, 16/11/2009.

- de género, y establece la creación de un registro único para documentar y dar seguimiento a los casos de violencia que sufren;
- La incorporación de la figura del femicidio al Código Penal en 2012 visibiliza, sanciona y ayuda a abordar de manera específica la violencia extrema que sufren las mujeres por razones de género.
 - La Ley 27.412 de Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política en 2017 que garantiza una mayor participación de este colectivo en los espacios de toma de decisiones políticas, asegurando su presencia equitativa y proporcional en los cargos electivos.
 - La ley 27.499 “Ley Micaela” en 2018 para prevenir la violencia de género a través de la sensibilización y formación de las personas que ocupan cargos públicos.
 - El Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, creado en 2019, fue el organismo gubernamental encargado de promover y garantizar la igualdad de género y el respeto de los derechos de las mujeres y personas de la comunidad LGBTQ+. ¹⁹
 - El Plan Nacional de Acción contra la Violencia por Motivos de Género (2022-2024) estrategia integral de dos años diseñada para abordar de manera efectiva y coordinada la violencia de género en Argentina.

Ahora bien, constatamos que en Argentina, contamos con un marco normativo protectorio en favor de los derechos de la mujer, sin embargo, persiste la continua manifestación de violencia contra ellas. Esta realidad suscita interrogantes sobre las causas subyacentes que perpetúan la discriminación y desigualdad, así como sobre las medidas que pueden adoptarse para su efectiva erradicación.

En este marco de incertidumbre, existe una brecha significativa entre la normativa y su implementación efectiva, razón por la cual, la violencia de género y la discriminación sistémica siguen siendo problemas graves en nuestra sociedad.

¹⁹ Decreto 86/2023: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/301353/20231227>. El Ministerio de las Mujeres, Género y Diversidad se transforma en una Subsecretaría de protección contra la Violencia de Género dependiente del Ministerio de Capital Humano.

Normativa vs realidad

Si bien contamos con disposiciones legales que promueven la igualdad de género y buscan proteger los derechos de las mujeres es momento de evaluar nuestra realidad social y el impacto de estas leyes.

Lamentable pero no sorpresivo, las estadísticas siguen mostrando números alarmantes y persistentes en desigualdad y discriminación por razones de género, por lo que tanta normativa para las mujeres es para ellas solo unas palabras en papel.

Esto se materializa en su cotidianeidad con la brecha salarial de género²⁰, en la violencia hacia su persona²¹, en los límites al acceso a su educación²², la subrepresentación en la actividad política y la toma de decisiones²³, las dificultades del acceso a la salud y sus derechos reproductivos²⁴, la carga de trabajo no remunerado²⁵ y en los estereotipos de género²⁶ que abundan en la sociedad.

Pareciera que no nos queda más que declarar que las políticas públicas no están funcionando, aparentemente tenemos herramientas pero no sabemos usarlas.

Frente a esto, visualizamos diferentes situaciones:

1) Una ausencia de compromiso por parte de las autoridades públicas, quienes deben velar para que esas políticas sean implementadas y logren sus resultados:

²⁰ En Argentina, las mujeres ganan en promedio 25% menos que los varones por la misma tarea, según datos de la Encuesta Permanente de Hogares realizada por el Indec (Instituto Nacional de Estadística y Censos) en el primer trimestre de 2023.

²¹ 322 femicidios fueron cometidos durante 2023, lo que implicó un aumento de 80 casos en comparación con 2022, según informó la Defensoría del Pueblo. Esto representa un salto del 33% anual. https://www.clarin.com/sociedad/fuerte-aumento-femicidios-argentina-2023-322-casos-80-anos-ano-anterior_0_pl4mGy1INZ.html

²² Las mujeres suelen percibir límites al acceso a su educación por dificultades económicas, responsabilidades de cuidado a otros que le son asignadas, violencia y acoso en establecimientos educativos, estereotipos de género, ausencia de recursos para asistir a clases durante el período de la menstruación, etc.

²³ Hechos y cifras: Liderazgo y participación política de las mujeres https://www.unwomen.org/es/what-we-do/leadership-and-political-participation/facts-and-figures#_edn5

²⁴ RAMOS, S., La salud y los derechos reproductivos: cuestiones de salud pública y derechos humanos. Consejo Nacional de la Mujer. Argentina, 2001

²⁵ https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/tnr_07_14.pdf

²⁶ Dossier N° 9: Estereotipos de Género en los Procesos Judiciales, UFEM.

En palabras del Dr. Raul Gustavo Ferreyra: *“Todas las constituciones vigentes poseen un determinado plan en materia de derechos fundamentales. No se conoce ningún texto que declare que sus autoridades se encargarán de no respetarlos o violar las formulaciones iusfundamentales. Tampoco existen autoridades que postulen que su tarea consiste en demoler derechos fundamentales, aunque en verdad acontece”*.²⁷

Esto nos lleva a reflexionar que aun cuando no hay una intención explícita de vulnerar los derechos de las mujeres, ello de todas formas ocurre si las autoridades responsables en tutelarlos no asumen un rol activo, perpetuando los sistemas y estructuras patriarcales que afectan la realidad.

2) La falta de una participación de las mujeres en el diseño y la supervisión de las políticas públicas:

Aunque ha habido avances, como la Ley de Cupo Femenino y la Ley de Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política, las mujeres siguen estando subrepresentadas en posiciones de poder y toma de decisiones. En el mismo sentido, es un hecho la menor representación de las mujeres en el mercado laboral formal y su predominio en las labores de cuidado, el hoy un poco más conocido “trabajo no remunerado”.

3) Falta de presupuesto, de control y seguimiento a las políticas promulgadas:

Las políticas públicas dirigidas a la igualdad de género y protección de los derechos de las mujeres a menudo no cuentan con un financiamiento adecuado y recursos suficientes para su implementación efectiva, las tan anunciadas iniciativas estatales carecen de un seguimiento y evaluación rigurosos para asegurar que se cumplan los objetivos planteados.

La precarización de estas políticas públicas desarticuladas, con presupuestos, recursos y personal insuficientes, no puede sino conducir al fracaso y a un desgaste de energía.

Ya en 2016 la CEDAW expresó su preocupación por los recursos limitados del Consejo Nacional de las Mujeres para promover estrategias de igualdad de género, así como para apoyar su función como órgano de coordinación para el Plan Nacional de Acción para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres (2017-2019).

²⁷ Raul Gustavo Ferreyra. *Fundamentos Constitucionales*. Ediar. 2015. p. 502

Años más tarde, la misma distribución de recursos limitados hace que las palabras se disipen mientras que los hechos permanecen.

4) Notoria resistencia por parte de la sociedad:

La idea de que los “problemas” de las mujeres le competen solo a ellas, desafortunadamente, es un concepto demasiado arraigado en nuestro inconsciente colectivo, y esto le deja vía libre al patriarcado. Ejemplo claro de esto son los miles de casos que se acumulan en los tribunales, pero también en nuestras charlas cada vez que se menciona una situación de injusticia a una mujer analizándolo como un fenómeno excepcional, producto de algunos “locos” o algunos ambientes lejanos a los propios.

Debemos tirar estas etiquetas y entender que son parte de un todo, admitir que tenemos una estructura patriarcal y que, como siempre va a caminar la sociedad y tras ella la ley, no tenemos otra alternativa que concentrarnos en el cambio social acelerando el paso.

Conclusión

La reforma constitucional de 1994 trajo avances en igualdad de género en Argentina pero aún queda mucho por hacer para lograr una igualdad real y efectiva.

Si bien aspiramos a un mundo donde los esfuerzos para promover la igualdad ya no sean necesarios, es evidente que el feminismo constitucional en Argentina todavía enfrenta desafíos significativos.

Para el camino que nos queda por recorrer, recomendamos atender a los aportes de Katharine Bartlett. En este sentido, proponemos implementar en relación a las medidas estatales, presentes y futuras el cuestionamiento en “clave feminista”, es decir, aprender a preguntarnos frente a cada directriz gubernamental sobre las consecuencias que ésta tendría en concreto para con las mujeres y, en sumatoria a esto, no puede faltar la creación de conciencia social, visibilizando las experiencias de vida de las mujeres y de las consecuencias reales que tiene el Estado sobre ellas.²⁸

²⁸ Katharine Bartlett, académica y profesora de derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Duke, y una voz influyente en la promoción de la igualdad de género en el ámbito legal y académico. “Feminist Legal Methods”, op. cit

Es decir que, para acortar el abismo que existe entre la teoría y la práctica, es esencial financiar adecuadamente las políticas y garantizar su seguimiento riguroso, además de adoptar una perspectiva feminista en la elaboración y evaluación de estas políticas.

Entendemos entonces, que un **avance en nuestro país no significaría nunca “menos Estado” sino, “mejor Estado” para que las promesas políticas, dejen de ser de papel.**

Bibliografía

Constitución de la Nación Argentina.

Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, Ley 26.485, sanción 11/03/2009, promulgación 01/04/2009.

Ley de Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política, Ley 27.412, sanción 14/12/2017, promulgación 14/12/2017.

Ley de Educación Sexual Integral, Ley 26.150, sanción 04/10/2006, promulgación 23/10/2006.

“*Ley Micaela*”, Ley 27.499, sanción 19/12/2018, promulgación 10/01/2019.

Marcela I. Basterra, “*Las acciones positivas aplicadas a la cuestión de género. Veinticinco años después de la reforma constitucional*”. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019.

Marcela I. Basterra “*Desde las acciones positivas en razón del género al gendermainstreaming, veinticinco años después de la reforma constitucional*”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019.

Leandro Abel Martínez, “*Comentarios a la ley de actos discriminatorios. Una mirada desde el derecho constitucional*”. <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2020/seminario-de-investigacion-debates-fundamentales-en-el-derecho-publico-contemporaneo/tema-04-martinez.pdf>

Diego A. Dolabjian, “*Constitucionalismo y feminismo*” en Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, N° SE 8, 2021.

Ronconi, Liliana—Clérico, Laura. Santa fe, Rubiznal-Culzoni.—Anabel Papa, “*Tratado de géneros, derechos y justicia. Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. ISBN: 978-987-30-2300-2, 984 páginas, 2021*”.

- Paola Bergallo, “Derechos, familia y reproducción” en Gargarella, Roberto, *“La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria. Bs As: Siglo XXI”*.
- Nadia Polanco, *“El feminismo como lente privilegiada para el análisis crítico del ejercicio profesional, de las políticas públicas y de las prácticas cotidianas”*
- César Rodríguez Garavito, *“El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI”*, Grupo editorial siglo veintiuno.
- Bidart Campos, Germán J. *Manual de la constitución reformada*. Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2006, T. I
- Ferreya Raúl Gustavo, *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2015.
- Jaramillo, Isabel, *La crítica feminista al derecho*, en Robin West, Género y Teoría del Derecho. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2000.
- Olga Patricia Velásquez Ocampo, *El feminismo constitucionalista en construcción*, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas–UNSAAC, 2019.
- Roberto Saba, (Des)igualdad estructural, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.
- Trabajo social y feminismos: perspectivas y estrategias en el debate*. <https://catspba.org.ar/wp-content/uploads/2020/01/FEMINISMO-Web.pdf>
- Katharine Bartlett. “Feminist Legal Methods”.
- Schneider, Elizabeth. La violencia de lo privado, en J. Di Corleto, Justicia, Género y Violencia. Librería, 2010, (pp. 43-56).
- <https://www.indec.gob.ar/>.

COMUNICACIONES

JUICIO POLÍTICO, INDEPENDENCIA JUDICIAL Y DEBILIDAD INSTITUCIONAL

CARLA DALLA NORA¹

I. Introducción

A treinta años de la última reforma constitucional, en nuestro país no han podido cumplirse gran parte de los objetivos que perseguían las cláusulas constitucionales incorporadas en ese entonces. Esto puede observarse, por ejemplo, en el abuso por parte de los sucesivos titulares del Poder Ejecutivo Nacional de los Decretos de Necesidad y Urgencia o en la afectación a las autonomías provinciales por la ausencia de la constitucionalmente deseada Ley Convenio de Coparticipación. Otra de las grandes deudas de la reforma de 1994 es la debilidad y la dependencia del Poder Judicial, en parte debido a las dificultades generadas en torno al funcionamiento del Consejo de la Magistratura.

Por su parte, el juicio político, uno de los institutos que provienen de la Constitución original, fue un mecanismo poco utilizado en nuestra práctica constitucional. Sin embargo, en las escasas causas que se han desarrollado en las últimas tres décadas, solamente han sido removidos por este mecanismo jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y no así los demás sujetos pasibles de ser juzgados por esta vía.

Entonces, el interrogante que se intentará responder es por qué en Argentina se ha desarrollado el juicio político de esta manera, ya que no resulta algo normal en la práctica institucional comparada, dado que en otros países del continente con sistemas presidencialistas como el nuestro, como

¹ **XIV Encuentro de jóvenes Profesores de Derecho Constitucional.** “A 30 años de la reforma constitucional del año 1994. Debates pendientes” **Pertenencia académica: Universidad Nacional de Córdoba.**

Perú, Brasil, Paraguay e inclusive en Estados Unidos, pudieron utilizarlo para enjuiciar también a presidentes.

II. El juicio político dirigido únicamente hacia el Poder Judicial y la debilidad institucional

El juicio político es el instrumento más poderoso y contundente del que dispone el Congreso –junto con el voto de censura al Jefe de Gabinete de ministros– para ejercer control sobre los demás poderes del Estado². Este consiste en un procedimiento establecido para remover de sus cargos a los funcionarios mencionados en el artículo 53 de la Constitución Nacional: “el presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema”, por las causales referidas en el mismo³. Además, la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal ha incorporado al procurador general y al defensor general como sujetos que también pueden ser destituidos por este mecanismo.⁴

En una democracia de tipo delegativa, en la que la ciudadanía tiene remotas posibilidades de revisión sobre los actos de los agentes públicos, esta herramienta de control horizontal interórganos cumple un rol fundamental en miras al respeto del principio republicano de la responsabilidad de los funcionarios.

Los constituyentes, a la hora de su diseño, han tomado como modelo al *impeachment* de los Estados Unidos, que, en términos de Alexis de Tocqueville, consiste en una medida preventiva, ya que tiene como objetivo retirarle el poder a quien hace mal uso de él e impedir que ese mismo ciudadano lo vuelva a tener en lo sucesivo pero no castigarlo, como tenía en miras su par europeo⁵. Con motivo de esa relativa suavidad de la sanción,

² Barrera Buteler, Guillermo. *Derecho Constitucional: tomo II*. Primera edición. Córdoba, Argentina. Advocatus, 2015.

³ “...por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes...”

⁴ Recordando que esto se encuentra discutido, atento a que en el año 2017 se declaró la inconstitucionalidad de la remoción a través del juicio político, previsto en el artículo 76 de la Ley 27.148, en lo que se refiere al Procurador General de la Nación, en “Será Justicia y otro c/ EN y otro s/proceso de conocimiento”, fallo del Juzgado Contencioso Administrativo Federal N°9.

⁵ De Tocqueville, Alexis. *La democracia en América*. Tercera edición. Fondo de cultura económica. México, 2019.

el autor francés vaticinó en el siglo XIX que el *impeachment* era un proceso en el que el Poder Legislativo adquiriría un poder moderado y regular, que podría ser utilizado todos los días. Esta profecía no ha sido cumplida en la historia constitucional de Estados Unidos⁶, mientras que en Argentina fue utilizado de manera levemente mayor, pero siempre dirigido en contra de los miembros del Poder Judicial, nunca hacia los demás sujetos constitucionalmente determinados como pasibles de ser juzgados por esa vía.

En nuestro país, la cantidad de procesos de juicio político llevados a cabo disminuyó considerablemente⁷ desde la derivación de la destitución de los jueces inferiores al Jurado de Enjuiciamiento en la última reforma, ya que desde 1994 dicho procedimiento solamente ha sido utilizado en dos ocasiones para remover a miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Eduardo Moliné O'Connor en 2003 y Antonio Boggiano en 2005). Ello pone en evidencia que, al suprimirse como sujetos susceptibles de ser removidos por esta vía a los jueces inferiores, el instituto perdió a uno de sus blancos principales.

Una posible respuesta al interrogante de por qué en Argentina siempre el juicio político ha sido dirigido contra los jueces puede hallarse en que nos encontramos en una realidad en la que el descreimiento de la ciudadanía en el Poder Judicial es manifiesto, motivando entonces a los sectores políticos a dirigirse contra ellos como estrategia política, a fin de obtener beneficios electorales. En un estudio reciente⁸, se ha expuesto que la confianza en las instituciones en general en Argentina es baja, quedando a salvo solamente las universidades públicas como referentes de seguridad institucional. Asimismo, respecto a la independencia de los jueces en general y la Corte Suprema en particular, un 72% de los entrevistados han manifestado que son poco o nada independientes los primeros, mientras que un 65% considera lo mismo respecto de la segunda.

Murillo, Levitsky y Brinks definen a las instituciones fuertes como aquellas que modifican en la realidad lo que sucedería si estas no existie-

⁶ Gerhardt, Michael J. *The federal impeachment process*. The University of Chicago Press, 2019.

⁷ Con respecto a los jueces, entre 1862 y 1976 se produjeron cuarenta y ocho casos de juicio político. (Sagüés, Néstor Pedro. *Manual de Derecho Constitucional*. Tercera edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2019).

⁸ Datos extraídos de la Tercera Encuesta de Cultura Constitucional realizada por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, octubre de 2023.

ran⁹. En este caso, podemos definir por el contrario al juicio político como una institución débil, ya que, al no ser utilizado de manera equitativa con respecto a todos los sujetos mencionados en el artículo 53, sino selectivamente contra los miembros del Poder Judicial, es notorio que no generó ningún cambio en las formas de actuar del resto de los funcionarios públicos, a los fines de evitar realizar las conductas tipificadas en dicha cláusula constitucional. Lo que sí produjo este mecanismo fue contribuir a la injerencia por parte de los sectores políticos sobre los tribunales, y, por lo tanto, convertirse en otro factor adicional en el debilitamiento de la independencia judicial.

III. Conclusiones

En estas tres décadas, el juicio político se ha convertido en una institución que se encuentra cada vez más lejos de la posible regularidad en su ejercicio que predecía Tocqueville. A su vez, también la podemos calificar como débil en los términos referidos, ya que no es utilizada como una herramienta idónea en miras a los objetivos de, en palabras de Gallo, “mantener la dignidad de la administración y asegurar la gestión honrada, benéfica y fecunda de los intereses sociales”¹⁰, sino que únicamente la mira del Congreso se ha fijado en los jueces de la Corte Suprema.

Si bien que la ciudadanía tenga una desconfianza manifiesta en el Poder Judicial es un factor que contribuye a la producción de este fenómeno descrito, lo cierto es que no es su epicentro. Que el juicio político siempre se haya dirigido contra jueces sucedió como resultado de una práctica institucional viciada por los problemas del hiperpresidencialismo, en la que se le ha brindado al titular del Poder Ejecutivo enormes atribuciones e ineficaces controles, que en numerosas ocasiones le ha permitido intervenir en el Poder Judicial con motivo de la inconveniencia política de su conformación y, por lo tanto, ir construyendo una judicatura conforme a sus preferencias.

Al existir un desbalance en la distribución de los frenos y contrapesos entre poderes a favor del Ejecutivo, sumado a su carácter de líder delega-

⁹ Murillo, M. Victoria, Levitsky, Steven y Brinks, Daniel. *La ley y la trampa en América Latina*. Primera edición, Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores, 2021.

¹⁰ Gallo, Vicente. *Juicio político: estudio histórico y de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, 1897.

tivo, con la creencia de que solamente se encuentra sujeto al juicio de los votantes en las siguientes elecciones, cualquier tipo de control institucional es considerado una injustificada traba, por lo que intenta subordinar, suprimir o cooptar esas instituciones¹¹.

IV. Bibliografía

- Barrera Buteler, Guillermo. *Derecho Constitucional: tomo II*. Primera edición. Córdoba, Argentina. Advocatus, 2015.
- De Tocqueville, Alexis. *La democracia en América*. Tercera edición. Fondo de cultura económica. México, 2019.
- Gallo, Vicente. *Juicio político: estudio histórico y de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, 1897.
- Gerdhardt, Michael J. *The federal impeachment process*. The University of Chicago Press, 2019.
- Murillo, M. Victoria, Levitsky, Steven y Brinks, Daniel. *La ley y la trampa en América Latina*. Primera edición, Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores, 2021.
- O'Donnell, Guillermo. *La democracia delegativa*. Diario La Nación, 2009.
- Sagüés, Néstor Pedro. *Manual de Derecho Constitucional*. Tercera edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2019.

¹¹ O'Donnell, Guillermo. *La democracia delegativa*. Diario La Nación, 2009.

¿QUÉ ES Y QUÉ NO ES UN DATO PERSONAL? LA COMPLEJA DEFINICIÓN DEL ALCANCE DEL TÉRMINO

MANUELA ARIZA¹

Sumario: I. Introducción II. Desarrollo III. Conclusiones

I. Introducción

Un debate que debe ser nuevamente abordado por el derecho constitucional a 30 años de la reforma, es la regulación de la protección de los datos personales y sus variadas y complejas aristas. Esta temática tiene la particularidad de estar constantemente desafiada por los agigantados avances tecnológicos que experimenta nuestra sociedad día a día, por lo que constituye un verdadero reto para el Derecho y sus operadores seguirle el ritmo.

Nuestra ley 25.326 del año 2000 ha quedado evidentemente desactualizada ante las nuevas amenazas y vulneraciones que permiten esos avances tecnológicos en los datos personales, y consecuentemente, en la intimidad y privacidad de las personas².

Entendiendo a la intimidad como *“la facultad que tiene cada persona, de disponer de una esfera, de un ámbito de privacidad o reducto infranqueable de libertad individual, que no puede ser invadido por*

¹ **XIV Encuentro de Jóvenes Profesores de Derecho Constitucional.** “A 30 años de la reforma constitucional del año 1994. Debates pendientes”. **Eje temático:** “III. Las nuevas dimensiones de los derechos fundamentales. b) Derecho a la intimidad: alcances. Desafíos de las nuevas tecnologías.”. Pertenencia académica: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

² Si bien a lo largo del trabajo las mayores referencias serán al derecho constitucional a la intimidad, se resalta que toda la temática de protección de datos tiende a proteger de manera más amplia el *derecho a la privacidad*, que tutela otras importantes facetas de la vida de las personas, no sólo las exclusivamente “íntimas”.

terceros”³, cabe reflexionar cuan poca, por no decir nula, es la información de cada uno que se mantiene por fuera del flujo de datos que se utilizan para los más variados fines.

Por ello es que la tutela de esa intimidad por medio de la protección de los datos personales debe posicionarse firmemente entre las políticas públicas de un Estado. Especialmente teniendo en cuenta que, esta intimidad, más allá de su valor en sí misma, está vinculada con la realización y protección de otros derechos fundamentales, como el honor o la imagen⁴.

El foco de este trabajo está puesto en lo que debe considerarse el punto de partida: el concepto de “*datos personales*”, atento a que es la clave para determinar la aplicación de la regulación protectoria y sus consecuentes derechos y obligaciones en los casos concretos.

II. Desarrollo

Definir a los “datos personales” es una tarea crucial de los legisladores, que debe ser llevada a cabo estratégicamente. En definitiva, es lo que va a marcar cuan protectorio, pero a su vez efectivo, puede ser el régimen. Los enfoques en el derecho comparado son variados, y así lo son también sus repercusiones.

Nuestra ley los define en su artículo 2 como “*información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables*”.

La inconsistencia que surge a simple vista de esta conceptualización reside en considerar a los datos de las personas jurídicas como datos personales. Y es inconsistente porque lo que se busca no es proteger datos en sí⁵, sino un derecho personalísimo como es el derecho a la intimidad personal que sólo puede pertenecer a las personas humanas.

Por ello, lo primero a suprimir en una futura reforma legislativa del régimen es la inclusión de los datos de las personas jurídicas en la protección. Es lo que correspondería si se busca lograr la mayor correspondencia con los fundamentos de la protección, además de descartar cualquier intento

³ EKMEKDJIAN, Miguel A. Tratado de Derecho Constitucional, t.I. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 567.

⁴ ALTMARK y MOLINA QUIROGA “Tratado de derecho informático” La Ley, 2012 p. 50.

⁵ ALTMARK y MOLINA QUIROGA p. 507.

de aprovechamiento del desacierto por sujetos que verdaderamente no se busca proteger.

Sin embargo, lo determinante para el alcance de la definición se encuentra en su segunda parte, cuando explicita que la información para ser dato personal debe referirse a personas “*determinadas o determinables*”. A pesar de ser definitorio en la cuestión, el artículo no da parámetros para considerar cuándo la persona va a ser “*determinable*”.

El Reglamento Europeo de Protección de Datos Personales es más preciso y utiliza otra terminología. Este define a los datos personales como “*toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»);*” y explicita que “*se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona;*”.

Sería positivo incluir en una hipotética reforma estos tipos de referencia a los aspectos que hacen determinable a una persona, atento a que sin ello es un concepto altamente abstracto.

Sin embargo, en este punto el camino se pone sinuoso en todos los ordenamientos jurídicos, incluido el europeo. La cuestión está en que hoy en día con el estado actual de la tecnología, por más de que cualquier información parezca desprovista de cualquier elemento que la pueda relacionar a una persona física real, las evolucionadas técnicas de la computación hacen que, con menor o mayor esfuerzo, puedan en un altísimo porcentaje de casos ser re-vinculadas a la persona que refieren⁶. En los términos de nuestra legislación: las personas son *determinables* a partir de piezas mínimas de información, que a primera vista no refieren a nadie en particular.

Planteando la problemática de una manera gráfica: los *responsables*, digamos por ejemplo una empresa o una página web, utilizan la información de las personas para diversos fines: de marketing, de evaluación de servicio, para organización interna, etcétera. Para intentar cumplir con estándares de seguridad y reducir determinados riesgos remueven las referencias a las personas físicas usando distintos métodos informáticos (aleatori-

⁶ FINCK y PALLAS, “*They who must not be identified—distinguishing personal from non-personal data under the GDPR*” *International Data Privacy Law*, 2020, Vol. 10, No. 1 p. 11.

zación, generalización o seudonimización)⁷, por ejemplo, reemplazando el nombre completo por un número al azar. De esta manera, tratan y operan con la información de consumos, operaciones bancarias, de ubicación geográfica, con mayor libertad en el entendimiento de que es más seguro o que directamente no están ya tratando con datos personales.

Sin embargo, y lo central de la cuestión, es que en la gran mayoría de los casos siguen tratando con datos personales atento a que, se podría mediante distintos métodos volver asociar esos datos con la persona a la que pertenecen. Y en ese caso entonces, pesarían sobre ellos todas las obligaciones y reglas que impone el régimen de protección de datos personales.

La respuesta que brinda nuestra ley actual a la cuestión es insuficiente. Ella establece la definición de “*disociación de datos*”, entendiéndola como “*todo tratamiento de datos personales de manera que la información obtenida no pueda asociarse a persona determinada o determinable*”. Entonces, la información disociada es la que no puede asociarse a un individuo, por lo que podría tratarse libremente sin el manto de protección que brinda la ley. Incluso el artículo 11 establece que no será necesario el consentimiento para la cesión de los datos cuando “*se hubiera aplicado un procedimiento de disociación de la información, de modo que los titulares de los datos sean inidentificables*”.

Pero, como se ha mencionado más arriba, con el estado actual de la tecnología, se puede decir que es casi imposible disociar totalmente la información referente a la persona, y con distintos métodos siempre se podría identificar a su titular. Esto puede ser tanto por el responsable de los datos, que utilizó un método informático para disociarlo de la persona, o un tercero totalmente ajeno a una relación lícita con los datos.

Por lo tanto, aplicando un criterio muy estricto, cualquier pieza de información referente a personas sería dato personal dado que no existe ningún método informático que permita disociar de manera irreversible la información.

Por ello es que es importante que la ley brinde criterios, no absolutistas, para determinar cuándo una información estaría lo suficientemente disociada o despersonalizada como para no ser calificada como dato perso-

⁷ Las distintas técnicas para intentar anonimizar datos personales son claramente explicadas por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial de España en sus guías: <https://datos.gob.es/es/documentacion/introduccion-la-anonimizacion-de-datos-tecnicas-y-casos-practicos>

nal, y así ser tratada sin sujeción al régimen. Y aquí es importante resaltar que uno de los fines de toda regulación también tiene que ser su aplicación efectiva porque, en definitiva, si se protege todo, en realidad no se estaría protegiendo especialmente nada.

En el derecho comparado para enfrentar el problema se utilizan el concepto de “anonimización”. Se denomina anónima a la “*información que no guarda relación con una persona física identificada o identificable*” o a “*los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo*”, y se establece que “*los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima*”⁸.

Ahora bien, en el considerando n°26 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea se establecen los criterios para determinar cuando la información que intentó ser despersonalizada, puede ser considerada anónima: “*deben tenerse en cuenta todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física. Para determinar si existe una probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos*”.

Es decir, un dato va a ser anónimo, y por lo tanto desprovisto del régimen de protección, si no se puede volver a relacionar a una persona por la utilización de medios razonables, midiendo esto según los costos, tiempo y tecnología disponible. Si hay un riesgo razonable de que se pueda volver a vincular a una persona, entonces se trata de datos personales.

Sin embargo, en la práctica esto es muy difícil de implementar, dando lugar a distintas interpretaciones por parte de los organismos estatales europeos encargados de aplicar y controlar el régimen.

Hay dos enfoques principales. Uno, que podríamos llamar relativo, acepta que siempre va a haber un riesgo de re-identificación con la persona titular, y entonces se deben elaborar criterios intermedios para considerar cuando razonablemente los datos deben considerarse por fuera del régimen/no personales. Este criterio es seguido por la Autoridad de Protección

⁸ El Reglamento General de Protección de Datos brinda esta definición en el considerando n°26.

de Datos Irlandesa⁹, y también se afirma que fue utilizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Breyer*¹⁰.

El otro enfoque, que podríamos llamar absoluto, adopta un criterio de cero-riesgo: la información estará fuera del régimen sólo cuando no haya ningún riesgo o posibilidad de que pueda volver a vincularse a la persona titular. Esto es sostenido nada más ni nada menos que por el Comité Europeo de Protección de Datos¹¹.

Esta postura de cero-riesgo ha sido calificada como idealista e impráctica¹². Las técnicas de análisis de datos y hardware no hacen más que mejorar, y expertos informáticos advierten que la anonimización total de los datos es una meta inalcanzable¹³. Combinando distintas bases de datos, estos siempre se pueden volver a vincular a sus titulares.

No se puede decir que nuestra legislación siga uno u otro enfoque. Si bien su interpretación literal podría indicar que la disociación solo sería posible si no se puede volver a identificar a la persona de ninguna manera, esto llevaría a resultados extremos como que en definitiva no haya datos efectivamente disociados. Pero esta no ha sido la intención de los legisladores hace más de 20 años atrás, atento a que la problemática que nos trae hoy el estado de la ciencia no existía.

Teniendo en cuenta esta breve y superficial reseña de la cuestión en la Unión Europea, se puede ver que delimitar entre datos personales de no personales es una tarea más que compleja, y se han analizado sólo algunos de los puntos problemáticos para su definición. Al ser fundamental para determinar la aplicación o no del régimen protectorio, es que se debe poner mucha atención y cuidado al legislarlo.

⁹ Data Protection Commission, ‘Guidance on Anonymisation and Pseudonymisation’ (June 2019) 5 <<https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/201906/190614%20Anonymisation%20and%20Pseudonymisation.pdf>>

¹⁰ FINCK y PALLAS, “*They who must not be identified—distinguishing personal from non-personal data under the GDPR*” *International Data Privacy Law*, 2020, Vol. 10, No. 1 p. 18. Caso Breyer: Case C-582/14 Patrick Breyer [2016] EU:C:2016:779

¹¹ Article 29 Working Party, Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques (WP 216) 0829/14/EN, 11–12, 2325.

¹² Stalla-Bourdillon and Knight (n 27) 298.

¹³ Arvind Narayanan and Vitaly Shmatikov, ‘Myths and Fallacies of Personally Identifiable Information’ (2010) 53 *Communications of the ACM* 24, 26.

III. Conclusiones

Las diversas amenazas que enfrenta el derecho a la intimidad de las personas hoy deben ser paleadas con un régimen de protección de datos dinámico, funcional y en un diálogo constante con los avances tecnológicos. En el derecho comparado mucha relevancia se le otorga a la cuestión y a su efectiva aplicación.

Nuestro país debe contar con una legislación actualizada que sirva de herramienta a las personas para hacer frente a las distintas vulneraciones que día a día sufren los datos personas tanto desde el sector privado como del sector público. Por ello es que es necesario reformar la legislación actual, observando las problemáticas y enfoques que trae la temática globalmente.

Bibliografía

Altmark, Daniel R.—Molina Quiroga, Eduardo Tratado de derecho informático.- 1a ed.—Buenos Aires: La Ley, 2012.

Barranquero José, “INTRODUCCIÓN A LA ANONIMIZACIÓN DE DATOS Técnicas y casos prácticos” 2022

Basterra, Marcela I. “Habeas Data: los Derechos Protegidos”.

Ferreira, Eduardo, “*Legislación argentina sobre protección de datos personales*”.

Finck, Michele y Pallas, Frank “*They who must not be identified—distinguishing personal from non-personal data under the GDPR*” *International Data Privacy Law*, 2020, Vol. 10, No. 1.”

Information Commissioner’s Office UK “*What is personal data?*”, 2018.

EL FEMINISMO Y LA CSJN, EN DEBATE

THOMAS DELFINA Y WEBER ROCÍO MILENA¹

Introducción

En la historia de la filosofía y las ciencias sociales, las voces y las contribuciones de las mujeres han sido sistemáticamente relegadas, lo que ha generado un sesgo en la producción de conocimiento y en la comprensión de la realidad social, cultural y política.

En el siguiente texto comunicativo, abordaremos sobre la importancia y necesidad de incluir el pensamiento y el razonamiento femenino al momento de ejercer un puesto en la Corte Suprema de Justicia, debido al estereotipo social referido a que una mujer es considerada inferior a sus colegas varones cuando en la realidad en la que vivimos contamos con mujeres capacitadas para ser incluidas y no lo son.

Desarrollo

La discriminación de la mujer en la política fue muy extensa: en 1988 constituía el cuarenta y ocho por ciento (48%) de las afiliadas a los partidos políticos y en 1991 eran el cincuenta y uno por ciento (51%) del electorado, pero sólo ocupaban el tres por ciento (3%) de las bancas del Congreso.

En 1994 la discriminación y exclusión de la mujer en la política seguía siendo muy firme. En la Convención Nacional Constituyente se establece que para las elecciones de 1991 el setenta por ciento (70%) de la población argentina eligió sólo a dos diputadas nacionales.

¹ **XIV Encuentro de Jóvenes Profesionales de Derecho Constitucional. Pertenencia Constitucional:** Pontificia Universidad Católica Argentina. Facultad “Teres de Ávila” – Sede Paraná.

El liderazgo del ex Presidente Kirchner imprimió huellas en diversas instituciones jurídicas. Muchas de las transformaciones del derecho promovidas desde su gestión aguardan todavía evaluaciones empíricas y sistemáticas. Kirchner nominó a la Corte a dos mujeres, las Magistradas Carmen Argibay y Elena Highton de Nolasco. Al hacerlo, como ningún otro mandatario de la democracia, Kirchner terminó con el prolongado monopolio masculino sobre uno de los tres poderes del Estado, y contribuyó a erradicar la ausencia histórica de políticas sensibles al género al interior del poder judicial.

Por un lado, podemos observar que la inclusión de las mujeres en la magistratura es una cuestión de igualdad de oportunidades en el empleo profesional y en el ejercicio del poder político. Pero como consecuencia conlleva una forma de representación democrática del género en la judicatura.

La Constitución reformada consagra la idea de igualdad de oportunidades, a la vez que eleva, y le da importancia a la jerarquía constitucional a determinados instrumentos de protección de los derechos humanos que contemplan estas medidas (art. 75 inc. 22).

A su vez el art. 30 del dec. 222/2003 establece: “Disponese que, al momento de la consideración de cada propuesta, se tenga presente, en la medida de lo posible, la composición general de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para posibilitar que la inclusión de nuevos miembros permita reflejar las diversidades de género, especialidad y procedencia regional en el marco del ideal de representación de un país federal”.

En ciento cincuenta y ocho (158) años que lleva la composición de la Corte Suprema, solo tres mujeres la integraron: las Dras. Margarita Argúas (1970-1973), Carmen M. Argibay (2005-2014) y Elena Highton de Nolasco (2004-2021).

“Sobre un total de ciento once (111) miembros que ha tenido la Corte Suprema desde 1862, cuando se integró por primera vez, hasta la actualidad (2020). En términos aritméticos, el porcentaje de mujeres es muy escaso, asciende a 0,02%.”

La proporción femenina es mayoritaria en el personal administrativo (61%) y en el funcionariado (61%), se reduce cuando hablamos de las/os magistradas/os, defensoras/es y fiscales (44%) y es aún menor en las máximas autoridades judiciales (28%). En la justicia federal y nacional se evidencia la baja presencia de mujeres en altos puestos, donde son mujeres sólo el 25% del total.

Para el año 2019, la mayoría de los cargos de magistratura estaban ocupados por varones: en la justicia federal y nacional eran varones el 69% de los magistrados, y en los Poderes Judiciales, el 57%, siendo la grieta de género aún mayor en la justicia federal y nacional que en la provincial.”²

En la historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos solo han sido designadas cuatro mujeres: las juezas de “associate justices of the Supreme Court of the United States”, Sandra Day O’Connor (1981-2006), Ruth Bader Ginsburg (1993-2020), Sonia Sotomayor (2009 al presente) y Elena Kagan (2010).

La mayoría de las mujeres no son políticas, no tienen poder y muchas de ellas son sus víctimas, sobre todo cuando a su condición de mujer se le suma la pertenencia a otro grupo discriminado y excluido, como las mujeres migrantes, las trabajadoras sexuales, las pobres, las madres del paco, las víctimas de la violencia familiar, las víctimas de la violencia sexual, etc.

Su participación política se vuelve una necesidad para mejorar la vida y el ejercicio de los derechos de las mujeres y de la sociedad toda.

La demanda de la presencia y representación se justifica porque los grupos subordinados, como las mujeres, suelen encontrar dificultades y obstáculos para ejercer poder al momento de elección de instituciones políticas. En orden a lo expresado se tienen en cuenta dos conceptos importantes: accountability y advocacy.

La accountability aparece en los nuevos actos electorales en los que las decisiones de representación son evaluadas por sus votantes que a su vez tienen la oportunidad de ajustar, renovar o cambiar sus mandatos. Esa accountability es un conjunto de interacciones en el que los individuos se involucran en nuevas participaciones y debates sobre la sabiduría y las implicancias de las decisiones de los representantes que ocurren en el proceso electoral pero también en los ámbitos de acción de la sociedad civil.

El concepto de advocacy apela a la independencia que tienen y necesitan los representantes, un espacio de autonomía y al mismo tiempo de conexión con sus representados. Y esto es importante para aquellos grupos excluidos que buscan resistir las tendencias del poder a silenciar sus reclamos o vulnerar su igualdad.

² CAEIRO, Palacio, *Mujeres y su integración en la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Puede consultarse el listado histórico de ministros de la CS en “Gobierno abierto”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, <https://www.csjn.gov.ar/>. El número de integrantes ha sido extraído de esa página.

Cabe resaltar otro concepto discutido hoy en día, el “techo de cristal”, representa un obstáculo diario para las mujeres en su ámbito laboral. Este término viene a dar nombre a la desigualdad y el impedimento para crecer que tienen las mujeres a la hora de alcanzar puestos jerárquicos o incluso, sueldos equitativos en comparación a sus compañeros hombres que realizan sus mismas tareas.

Muchas veces no solemos ver o percibir estas actitudes, porque justamente el término “techo” está arraigado a la estructura de la sociedad y su modificación puede darse únicamente con un cambio cultural que dé cuenta del machismo socialmente establecido.

Lamentablemente aún predomina el estereotipo que relaciona al hombre como directivo y se considera que la mujer no puede serlo porque le falta capacidad y autoridad. Además, el pensamiento de que la mujer siga siendo la que más horas dedica al cuidado de la familia y del hogar implica que encuentra menos tiempo para realizarse y crecer profesionalmente.

Entonces podemos decir que el techo de cristal es esa barrera invisible que impide que las mujeres alcancen las mismas posiciones de poder que los hombres y que está relacionada directamente con las normas y los estereotipos que perpetúan el patriarcado.

Romper el techo de cristal de forma definitiva requiere, necesariamente, la concienciación y participación de toda la sociedad en su conjunto. Lejos de ser un asunto que sólo concierne a las propias mujeres, es un problema social que afecta a todos los ámbitos y sectores. Por ello, resulta esencial que las administraciones públicas tomen medidas tales como promover leyes que fomenten la igualdad o implantar un registro salarial en las empresas privadas.

No podemos cambiar la cúspide de la pirámide si no hacemos esfuerzos por modificar la base. Las propias empresas han venido adoptando en los últimos años diversas medidas para paliar la desigualdad y fomentar el pleno desarrollo laboral de las mujeres, y también es lo que debería tener más en cuenta en el ámbito jurídico, especialmente en altos cargos como lo son los de la Corte Suprema de la nación.

Conclusión

Para concluir, podemos decir que la integración minoritaria de mujeres en la Corte Suprema de la Nación responde indudablemente a estereo-

tipos de género, históricos y culturales, impeditivos del reconocimiento y empoderamiento de sus derechos, para ser

juezas del Alto Tribunal en paridad de idoneidad jurídica.

Dentro de las soluciones normativas que pueden arbitrarse, es factible y debe respetarse la paridad inclusiva de las mujeres en la integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que los contenidos constitucionales y convencionales de derechos humanos no sean meras fórmulas neutras. Deben cumplir su misión esencialmente igualitaria.

Bibliografía

MENENDEZ MARTINEZ, Natalia, Techo de Cristal: ¿qué es y cómo debe combatirse?, Techo de Cristal: ¿qué es y cómo debe combatirse? (medicoplus.com) [Consulta: jueves, 09 de Mayo de 2024]

Decreto 222, Boletín Oficial 20 de junio de 2003, Fecha de sanción 19 de junio de 2003.

Piccone, María Verónica, UNLP 2009-2010, 330, Vindicación de la participación política de las mujeres. Participación política femenina a dos siglos de la Revolución de Mayo: de la exclusión absoluta a las acciones afirmativas.

Bergallo, Paola, Suplemento Universidad de San Andrés 21 de diciembre de 2010, 6, La integración de la Corte y la representación democrática.

Kemelmajer de Carlucci, Aida, RDF 2013-III, 267, La mujer en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palacio de Caeiro, Silvia B, LA LEY 29 de octubre de 2020, 1 LA LEY 2020-F,167, Mujeres y su integración en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

ÍNDICE

Autoridades	7
Presentación	9

DOCTRINA

La relación dialéctica entre Derecho y Política en la configuración del fenómeno constitucional. <i>Alfonso Santiago</i>	13
Una mirada de conjunto: 1983-1994. <i>Ezequiel Singman</i>	31
Un saldo negativo en el balance de una reforma con luces y sombras. <i>Félix V. Lonigro</i>	41
Apostillas acerca de la reforma constitucional de 1994 (Recuerdos de un asesor). <i>Eduardo Pablo Jiménez</i>	75
El Consejo de la Magistratura a treinta años de la reforma de 1994. <i>María Gabriela Abalos</i>	101
El artículo 36 de la constitución nacional en materia de corrupción balance a 30 años de operada la reforma. <i>Fabián Luis Riquert</i>	139
Reforma constitucional de 1994: atenuación y control al presidencialismo en la introducción de los Decretos de Necesidad y Urgencia. <i>Luciano Homero Lauría</i>	161

La democracia constitucional en Argentina Reflexiones a cuarenta años de la recuperación democrática y a treinta de la reforma constitucional. La reforma política y sus objetivos incumplidos. <i>Maximiliano Toricelli</i>	177
La inconstitucionalidad por omisión. a 30 años de la reforma Constitucional de 1994. <i>María Sofía Sagüés</i>	191

XIV Encuentro de Jóvenes Profesores de Derecho Constitucional: Debates pendientes a 30 años de la reforma constitucional de 1994 (CABA.2024). Ponencias y comunicaciones.

PONENCIAS

El presidencialismo y la Constitución “por hacerse”. <i>Juan Martín Scarramberg</i>	217
El alcance constitucional de la autonomía municipal: los presupuestos participativos. <i>Lautaro Gutierrez</i>	229
Promesas de papel. <i>Camila Gascue y Delfina Chacón</i>	239

COMUNICACIONES

Juicio político, independencia judicial y debilidad institucional. <i>Autora: Carla Dalla Nora</i>	253
¿Qué es y qué no es un dato personal? La compleja definición del alcance del término. <i>Manuela Ariza</i>	259
El feminismo y la CSJN, en debate. <i>Thomas Delfina y Weber Rocío Milena</i>	267

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de diciembre de 2024