# A 30 años de la **reforma de la Constitución Argentina y de la provincia de Buenos Aires**

**Director:** Julio Conte-Grand
**Coordinadora:** María José Rodríguez

CIJur
Centro de Información Jurídica

# A **30 años** de la **reforma de la Constitución Argentina y de la provincia de Buenos Aires**

**Director:** Julio Conte-Grand

**Coordinadora:** María José Rodríguez

**1. Palabras de presentación** ..... 17

**2. La reforma Constitucional de la Constitución Nacional Argentina** ..... 21

**a. Antecedentes históricos y normativos** ..... 23

Reformas a la Constitución Nacional. Antecedentes, y experiencias en la historia argentina, por **Juan José Herrero Ducloux** ..... 25

**I. INTRODUCCIÓN** ..... 27

**II. ANTECEDENTES PATRIOS ANTERIORES A 1853** ..... 31

**a.** Asamblea General Constituyente del año **1813** ..... 32
**b.** Constituciones de los años **1819** y **1826** ..... 34

**III. CAÍDA DE ROSAS. INICIO DEL PERÍODO DE ORGANIZACIÓN CONSTITUCIONAL** ..... 35

**a.** Influencia de **Juan Bautista Alberdi** ..... 35
**b.** Sanción de la Constitución de la Confederación Argentina de **1853** ..... 37

**IV. REFORMAS REALIZADAS A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL** ..... 40

**a.** Reforma de **1860** ..... 40
**b.** Reforma de **1866** ..... 48
**c.** Reforma de **1898** ..... 55
**d.** Reforma de **1949** ..... 58
**e.** Reforma de **1957** ..... 66

**V. A MODO DE CIERRE** ..... 70

**b. Reflexiones a 30 años de la Reforma nacional, desde una perspectiva histórica, actual y hacia el futuro** ..... 75

**I.** A 30 años de la Reforma Constitucional, por **Eduardo Menem** ..... 77

**II.** Valoración de la Reforma Constitucional de 1994, por **Antonio María Hernández** ..... 115

**III.** El núcleo de la Reforma Constitucional y la perspectiva actual, por **Luis Lozano** ..... 171

**IV.** La Constitución Nacional. Con motivo del trigésimo aniversario de su reforma, por **Ricardo Pablo Reca** ..... 191

**V.** La convencionalización del sistema jurídico argentino. La transformación más relevante de la reforma constitucional de 1994, por **Alfonso Santiago** ..... 251

**VI.** La reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos: El Control de Convencionalidad, por **Juan Carlos Hitters** ..... 271

**VII.** El artículo 75 inciso 22: La incorporación de los instrumentos de derechos humanos y el discurso de odio , por **Miguel Berri** ..... 297

**VIII.** La potestad sancionatoria interna o disciplinaria. Con especial referencia al principio de taxatividad legal, Por **María José Rodríguez** ..... 347

**IX.** Justicia constitucional y convencional como garantía de los derechos ciudadanos, la supremacía de la Constitución y a la democracia participativa, por **Allan R. Brewer Carías** ..... 405

**X.** La eficacia en la Reforma Constitucional de 1994. ¿La buena administración ha adquirido rango constitucional?, por **Alejandra M. Santos** y **Gustavo E. Silva Tamayo** ..... 417

**XI.** Mecanismos de la democracia semidirecta: un abordaje a su recepción constitucional y legal desde una perspectiva crítica, por **Carlos Gonzalo Francisco Fuentes** y **María de las Nieves Cenicacelaya** ..... 447

**XII.** "Proveer a la defensa del valor de la moneda" como atribución constitucional del Congreso desde 1994, por **Estela B. Sacristán** ..... 481

**XIII.** El Sufragio y los Partidos Políticos en la Reforma de 1994 a la Constitución Nacional, por **Carlos Alberto Mayón** ..... 523

**XIV.** La eliminación del colegio electoral y su impacto en el sistema federal argentino, por **Juan Paulo Gardinetti** ..... 555

**XV.** Los Decretos de Necesidad y Urgencia: a 30 años de la reforma constitucional de 1994, por **Rodolfo C. Barra** y **Anderson C. Saltzer Chavez** ..... 581

**XVI.** La delegación legislativa, a 30 años de la reforma constitucional de 1994, por **Juan Santiago Ylarri** ..... 619

**XVII.** A treinta años... La razón vital del Ministerio Público, por **Julio Conte-Grand** ..... 647

**XVIII.** El Ministerio Público y la Reforma Constitucional de 1994, por **Eduardo Casal** ..... 687

**XIX.** El Consejo de la Magistratura: un advenimiento constitucional con luces y sombras, por **Adolfo Ziulu** ..... 701

**XX.** La creciente influencia de los Colegios de Abogados en el servicio de justicia, por **Mateo Laborde** ..... 737

**XXI.** Es hora de un balance crítico: las sombras de la reforma, por **Pablo Yurman** ..... 767

**3. La reforma de la Constitución de la provincia de Buenos Aires**, por **Carlos Alberto Mayón** ..... 783

**a. Antecedentes históricos y normativos** ..... 785

**I. ANTECEDENTES DE LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES** ..... 787

- Carta Escrita del 29 / 30 de mayo de 1820 ..... 789
- Leyes Constitucionales ..... 790
- Proyecto de Constitución del 19 de diciembre de 1833 ..... 790
- Constitución del Estado de Buenos Aires del 11 de abril de 1854 ..... 792
- Constitución del 29 de noviembre de 1873 ..... 794
- Reforma del 21 de octubre de 1889 ..... 798
- Reforma del 23 de noviembre de 1934 ..... 798
- Constitución del 20 de mayo de 1949 ..... 799

- Proyectos de Reforma después de 1983 ..... 800
- Ley Nº 10.859 del 5 de diciembre de 1989 ..... 801

Las Reformas Constitucionales de 1994 ..... 803

**II. LA REFORMA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES DE 1994** ..... 807

- ¿Constitución Reformada ó Nueva Constitución? ..... 810
- Principales reformas introducidas en 1994 ..... 811
- Declaraciones, Derechos y Garantías ..... 811
- Derechos Individuales ..... 812
- Derechos Sociales ..... 812
- Derechos Colectivos ..... 812
- Igualdad ..... 812
- Derechos Políticos ..... 813
- Democracia Semidirecta ..... 814
- Garantías ..... 814
- Gobierno ..... 714
- Régimen Municipal ..... 817
- Cultura y Educación ..... 817
- Reforma de la Constitución ..... 817
- Algunas Observaciones sobre la Reforma Constitucional de 1994 ..... 818

**III. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES VIGENTE** ..... 821

I. Las Declaraciones ..... 823
II. Las Libertades y Derechos ..... 823
III. Los Derechos Políticos ..... 824
IV. Las Garantías ..... 825
V. La Seguridad Jurídica ..... 825

**VI.** Los Postulados del Constitucionalismo ..... 820
**VII.** Gobierno de la Provincia ..... 820
**VIII.** Los Límites del Poder ..... 828
**IX.** El Control del Gobierno ..... 828
**X.** El Régimen Municipal ..... 828
**XI.** Cultura y Educación ..... 829
**XII.** Reforma de la Constitución ..... 830

**b. A 30 años de la reforma provincial, desde una perspectiva histórica, actual y hacia el futuro** ..... 833

**I.** De administrados a ciudadanos, por **Mónica Graciela Andrieu** y **Guillermo Horacio de la Torre** ..... 835

**II.** Núcleos ideológicos y aspectos políticos y educacionales en las reformas a la constitución de la provincia de Buenos Aires de 1990 y 1994, por **Fernando Klappenbach** ..... 875

**III.** El procedimiento de selección y designación de los jueces en la provincia de Buenos Aires, por **Esteban Federico Taglianetti** ..... 921

**V.** La reforma del proceso administrativo 1994-2003: Lo hecho, lo frustrado y lo que resta por hacer, por **Carlos A. Botassi** ..... 981

# 1. Palabras de presentación

**Dr. Julio Conte-Grand**

Procurador General ante la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires

# Palabras de presentación

A 30 años de las reformas de nuestras Cartas Magnas, nacional y de la provincia de Buenos Aires

Este año se cumple el aniversario N.º 30 de la Reforma de la Constitución de la Nación Argentina y de la Provincia de Buenos Aires, lo que nos convoca a realizar un repaso de su historia y un análisis contemporáneo de este hecho coyuntural, que ha traído numerosas modificaciones impactando de forma transversal en nuestro ordenamiento jurídico.

En el ámbito nacional, han existido diferentes antecedentes a esta reforma, y diversas etapas de trabajo que resultaron en el acuerdo del año 1993 llamado "Núcleo de Coincidencias Básicas" y el posterior tratamiento de la Ley N.º 24309, que declaraba la necesidad de la reforma de carácter parcial. A partir de una votación democrática se creó la Convención Nacional Constituyente de 1994, con 305 convencionales, que deliberaron por tres meses y lograron la reforma de más de cuarenta artículos.

Los principales ejes de esta reforma fueron el reconocimiento de los derechos humanos con la incorporación con jerarquía constitucional de instrumentos internacionales de esa materia; la protección de derechos sociales y colectivos; el rol de los partidos políticos; el fortalecimiento del régimen federal; la atenuación del sistema presidencialista; la posibilidad de la reelección presidencial; la autonomía universitaria; la preservación del medio ambiente; la defensa del consumidor; la incorporación del *habeas corpus* y el *habeas data*; el establecimiento de la figura del Defensor del Pueblo, de la Auditoría General de la Nación, del Con-

sejo de la Magistratura; la autonomía del Ministerio Público; entre otros muchos temas de relevancia.

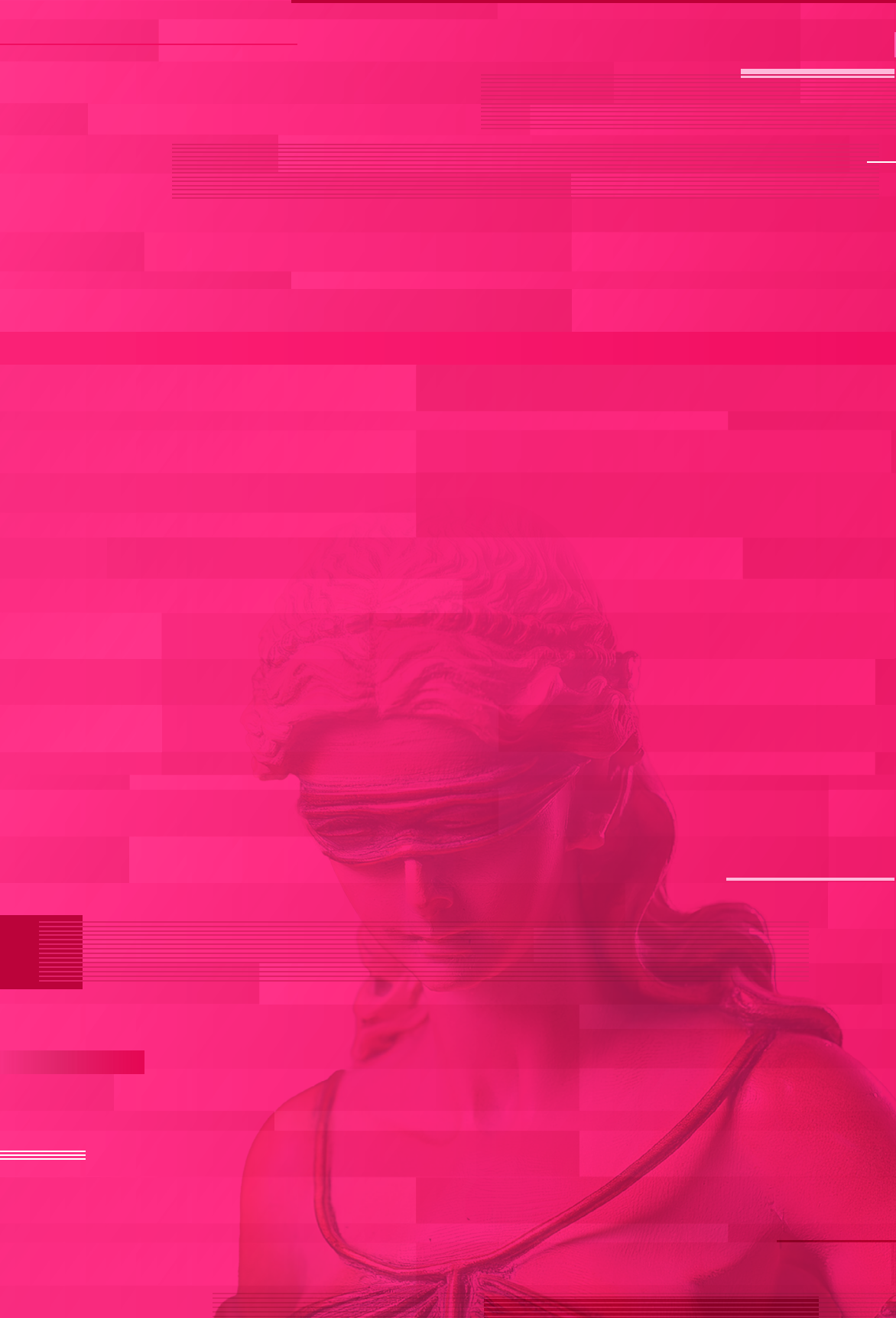
Similar contexto ha tenido la Reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, convocada por la Ley Provincial N.º 11488, por medio de la cual se declaraba la necesidad de la reforma parcial de su Constitución a través de una Convención Constituyente. La elección de los diputados convencionales se realizó de forma simultánea con la de los convencionales nacionales.

En muchos aspectos, a nivel provincial se reflejaron similares cambios a los que se sucedieron en el ámbito nacional, y también se modificaron algunas cuestiones propias. En relación a sus instituciones por ejemplo, se ampliaron las sesiones ordinarias de la Legislatura, se reguló la reelección del cargo de gobernador y vicegobernador, se creó el fuero contencioso administrativo y la Policía Judicial, se creó el Consejo de la Magistratura, la figura del Subprocurador y del Defensor del Pueblo. Además, se reconoció y reguló las entidades intermedias y a los colegios profesionales, se procuró la preservación del patrimonio cultural y el compromiso con el cuidado de los recursos naturales, entre otras cuestiones.

Ahora bien, más allá de los cambios específicos que se sucedieron, es importante destacar una característica clave de este proceso que tiene que ver con la legitimidad. En ese sentido, podemos afirmar que esta reforma contó con una gran legitimidad ya que fue el resultado del consenso y el diálogo, desarrollada en un marco democrático con participación de todas las fuerzas políticas y también de la ciudadanía, quienes eligieron a través de su voto a los convencionales constituyentes. Hoy, a 30 años de ese momento, nos parece importante realizar un análisis de la historia, pero también del presente y el futuro, para seguir con-

solidando los avances logrados y trabajando en las cuestiones pendientes.

Es por ello que en las siguientes páginas de esta obra colectiva realizaremos un recorrido a través de distintos trabajos de destacados autores, desde los debates de la Reforma Constitucional hasta la actualidad, haciendo alusión a puntos claves de este gran hecho histórico para nuestro país y de sus implicancias en nuestro orden jurídico y social.



# 2. La reforma Constitucional de la Constitución Nacional Argentina

# a. Antecedentes históricos y normativos

# Reformas a la Constitución Nacional. Antecedentes, y experiencias en la historia argentina

por
**Juan José Herrero Ducloux**[1]

A la memoria del doctor René Orsi, convencional constituyente en 1949 y en 1994, mi querido abuelo...

**1.** Abogado de la Sala de Asuntos Constitucionales y administrativos de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia. En el ámbito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, es secretario del Instituto de Derecho Constitucional y Político, profesor adjunto ordinario de Derecho Constitucional, profesor adjunto interino de Historia Constitucional y profesor del Postgrado de dicha unidad académica.

## I. INTRODUCCIÓN

Con motivo de los treinta años de la reforma constitucional del año 1994, la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través del Centro de Información Jurídica –CIJUR-, tuvo la muy importante iniciativa de efectuar un homenaje a tan magno momento institucional de la República Argentina.

A tal fin, en el presente, y agradeciendo la confianza depositada, serán reseñados algunos de los antecedentes provenientes de la historia constitucional argentina referidos a su organización institucional, que tuvieran lugar en forma anterior a la sanción de la Constitución de la Confederación Argentina, sucedida el 1 de mayo de 1853. Se hará hincapié en los mecanismos que los distintos documentos organizativos previeron para su reforma.

Luego en forma muy breve serán recordadas las reformas constitucionales efectuadas al texto originario[2], incluida la del año 1949, que si bien no goza de vigencia en la actualidad, rigió en nuestro país durante siete años.

Atento a la cantidad y calidad de autores que participan en este ejemplar, no trataré la reforma del año 1994, la cual es abordada en sus distintos aspectos en los detallados y fundados artículos que integran esta valiosa obra.

---

**2.**Dejo aclarado que parte de la información que aquí se comparte es producto de trabajos de mi autoría ya publicados, a saber: 1) ***"La Provincia de Buenos Aires y la Constitución Nacional de 1853 (Breve relación sobre su ausencia en el Congreso General Constituyente de Santa Fe)"*** *publicado el 20 de febrero de 2004, (Suplemento de Derecho Constitucional de la Revista Jurídica "El Derecho", pág. 15).* ***2) "Convención Constituyente de 1994: El último gran acuerdo nacional"***. Suplemento de Derecho Constitucional de la revista Jurídica "El Derecho" del día 17 de septiembre de 2004 (número especial en conmemoración de los diez años de la Reforma Constitucional de 1994, pág. 10). 3) ***"A 150 años de la Reforma Constitucional de 1866, y de la Guerra de la Triple Alianza".*** Suplemento de Derecho Constitucional de **"**El Derecho", Buenos Aires, 26 de agosto de 2016**. 4)** ***"La Constitución Nacional de 1949 y el 'Constitucionalismo Social', -con motivo de los 100 años de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos".*** Suplemento de Derecho Constitucional de "El Derecho", Buenos Aires, 21 de noviembre de 2017. 5) **"Del Pacto de San José de Flores a la jura de la Constitución por parte de la Provincia de Buenos Aires, con motivo de la reforma de 1860"**, Suplemento de Derecho Constitucional de "El Derecho", publicado el 22 de octubre de 2019. 6) **"Estudios de la Constitución Nacional de 1949 desde una perspectiva histórica".** Publicado en forma "*on Line*" en la Revista Jurídica "La Ley" –Thompson Reuters. **Cita Online:** AR/DOC/143/2020. **7) "La Reforma Constitucional de 1898 y la Argentina de aquél tiempo".** Revista Jurídica "EL DERECHO", Suplemento de Derecho Constitucional. Publicado el 1 de octubre de 2022 Cita Digital: ED-MMMDCXXXVII-666.

En forma previa, considero pertinente relatar brevemente cómo influyó en lo que hoy es nuestro país el denominado constitucionalismo, entendiéndose a éste como el movimiento histórico a través del cual se fueron ideando instrumentos, generalmente escritos, que bajo la denominación de "constitución", tuvieron como objeto de limitar las potestades de los gobernantes, a la par de reconocer derechos en favor de los habitantes del espacio físico en el que aquél documento debía regir.

Fue así que la mayoría de los países americanos fueron sancionando distintos textos fundamentales de acuerdo a las ideas políticas, económicas y filosóficas que rigieron durante el proceso de organización institucional en los Estados Unidos, y en la Francia posterior al período revolucionario de 1789.

En aquéllas experiencias quedó firme un principio fundamental referido al tema aquí analizado: las constituciones deben prever, entre otras cosas, la manera en la que dichos textos puedan llegar a ser reformados. Esto incluye el determinar cómo y bajo qué circunstancias dicho cometido puede llegar a llevarse a cabo. A su vez, esta labor lleva ínsita la necesidad de determinar qué órgano y bajo qué procedimiento se podría disponer esta toma de decisión, como así también la individualización del ente encargado propiamente de la tarea reformista y el procedimiento para lograr tal fin. Finalmente, y tal como se advierte, todo el proceso de reforma de una ley fundamental debe ser necesariamente más dificultoso que el exigido para modificar o enmendar una ley ordinaria, lo cual es una consecuencia de la denominada *rigidez constitucional*[3]. Claro está que los órganos intervinientes, y las

**3.**Como consecuencia de la teoría de la supremacía constitucional, expresamente receptada en el artículo 31 de la Constitución Nacional, la misma debe ser resguardada del riesgo de reformas frecuentes, y por tal motivo, el propio texto constitucional prevé un mecanismo que dificulta sus modificaciones, excepto que se alcancen grandes consensos luego plasmados a través de una decisión legislativa de carácter pre- constituyente (en el caso de la Constitución Federal, este procedimiento dificultoso está expresamente previsto en el artículo 30).

distintas formalidades exigidas para reformar una constitución varían de acuerdo al país de que se trate.

En la Constitución de los Estados Unidos se adoptaron dos métodos de revisión de su texto constitucional: en primer lugar, la iniciativa a cargo del Congreso, y en segundo lugar, iniciativa en cabeza de los estados miembros. En el primer caso, explica De Vedia

> "las enmiendas deben reunir en cada cámara, la mayoría de los dos tercios de sus miembros, y pasar además, por la ratificación de las tres cuartas partes de las legislaturas de estado. En el segundo, cuando dos tercios de las legislaturas reclaman una modificación, se convocará a una convención encargada simplemente de proponer enmiendas que, como las del congreso en su caso, necesitarían ser ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los diferentes estados, o por convenciones reunidas en igual número de estados" (De Vedia, 1907:131).

Cabe agregar que el segundo método, al día de la fecha, nunca fue utilizado.

A diferencia de los Estados Unidos, en la República Argentina -en el orden federal- se estableció el "poder constituyente de la Nación", cuya característica radica en que se da intervención para la creación y posterior reforma constitucional a órganos extraordinarios representativos de la soberanía popular, bajo la denominación de "congresos o convenciones constituyentes" (Longhi: 1945, 96).

De tal manera, según la Constitución Nacional, la reforma propiamente dicha debe estar necesariamente precedida del consen-

timiento legislativo expresado a través de mayorías especiales o calificadas, presumiéndose que una aprobación parlamentaria efectuada cumpliendo ese estricto requisito contará con el consenso político y legitimación de origen necesario para emprender una tarea de tamaña magnitud e importancia.

En definitiva, a través de mecanismos dificultosos, lo que se intenta proteger es la estabilidad del sistema jurídico, y que preferentemente la reforma de una constitución no sea el producto de la exclusiva voluntad de una sola fuerza política, sino del previo acuerdo entre varias de ellas.

La teoría política sostiene que el poder constituyente radica en el pueblo de la Nación y ello constituye una razón más para establecer un órgano especial, con mayor representatividad y con un poder creador normativo de alta intensidad y jerarquía, cuya denominación fue variando, desde un "cuerpo constituyente especial" a un "Congreso o Convención" investido de ese poder. Por lo tanto, se ha entendido que el ejercicio del Poder Constituyente debe ser llevado adelante por su titular, es decir, el pueblo de la Nación a través de sus representantes. Se trata, pues, de una manifestación de la soberanía "de ejercicio indirecto y por intermedio de representantes extraordinarios" (Longhi, 1945: 97).

Más allá de los conceptos antes expuestos, cada país le imprimió sus propias características y particularidades, y el nuestro no escapó a esa regla. Se distingue el poder constituyente originario del poder constituyente derivado, siendo el primero "la potestad de dictar la primera constitución o de cambiar la constitución vigente, dándole un sentido político o sustancialmente diferente" (Bidegain, 1986: tomo I pág. 57). Por su parte el poder constituyente derivado es aquél por el que se reforma una constitución ya

existente, y para ello debe obligatoriamente respetarse el procedimiento previsto en la propia constitución a ser reformada.

Carlos Sánchez Viamonte distinguía, dentro del denominado poder constituyente originario, dos situaciones diferentes: de *primigeneidad* y de *continuidad.* La primera se observaría en el momento de formación o creación de un estado nuevo, que por lo general tiene lugar luego de producido un acto revolucionario, por el cual se quiebra o se rompe con el sistema jurídico preexistente. Respecto al poder constituyente de *continuidad*, dijo Sánchez Viamonte que podría darse esta situación en el caso de un estado ya existente y respecto a una constitución ya sancionada y vigente, en cuanto se imponga otra constitución que consagre un cambio fundamental de sus principios políticos (Sánchez Viamonte, 1957: 576).

Tal como será expuesto más adelante, el sistema establecido por el constituyente originario se basó en la intervención del Poder Constituyente de la Nación como único legislador en materia de nuestra Carta Fundamental, dejándose librada la iniciativa de la reforma a los poderes constituidos[4].

## II. ANTECEDENTES PATRIOS ANTERIORES A 1853

Desde 1810 hasta la sanción de la Constitución de la Confederación Argentina de 1853, tuvieron lugar distintos instrumentos en el orden nacional, que con variadas denominaciones intentaron organizar el poder en el territorio de lo que hoy es nuestro país. En los párrafos venideros haré un breve recuento de aquéllos documentos que tuvieron naturaleza constitucional y que sirvieron di-

**4.**Hay otros modelos en los que también pueden llegar a intervenir las legislaturas de los estados, por ejemplo el artículo V de la Constitución de los Estados Unidos de América –tal como fuera recordado-, o un posterior referéndum como es el caso de la Constitución de Chile y de Italia.

recta o indirectamente como fuente de la Constitución Nacional sancionada el 1º de mayo de 1853.

### a. Asamblea General Constituyente del año 1813

En octubre de 1812 a través de un acto de fuerza, se remueve al "Primer Triunvirato", y se lo reemplaza por el denominado "Segundo Triunvirato"[5]. Este último fue el que convocó al Congreso General Constituyente de 1813, a los efectos de que en dicho ámbito se declarara la independencia y se sancionara una constitución.

Por exceder el propósito del presente trabajo, no abordaré las importantísimas decisiones adoptadas por la Asamblea del año XIII, y tan sólo me limitaré a enunciar algunos de los proyectos constitucionales que con motivo de este congreso, fueron presentados. Sobre los mismos haré una breve alusión, haciendo hincapié los procedimiento de reforma constitucional previstos.

Un primer proyecto de constitución fue presentado por la denominada "Sociedad Patriótica". Esta organización, tal como lo relató Arturo E. Sampay, había sido una de las promotoras de la revolución del 8 de octubre de 1812, a través de la cual se dio fin al llamado Primer Triunvirato (Sampay, 1975: 177). En este proyecto de carácter unitario, no se hacía mención a ningún procedimiento en especial para reformar la constitución, con lo cual, se deduce que debía seguirse el procedimiento legislativo ordinario.

Un segundo proyecto fue el de la Comisión Oficial[6], designada por el Segundo Triunvirato. Según Sampay, el mismo nunca llegó a ser debatido por la Asamblea del Año XIII. Era de carácter uni-

**5.** Integrado por Juan José Paso, Nicolás Rodríguez Peña y Antonio Álvarez Jonte.

**6.** Integrada por Gervasio de Posadas, Pedro José Agrelo, Nicolás Herrera, Valentín Gómez, Pedro Somellera, Manuel J. García e Hipólito Vieytes.

tario y tampoco contemplaba la posibilidad de reformar el texto constitucional.

Por último considero necesario recordar el proyecto cuyo autor fue Felipe Santiago Cardozo, uno de los representantes de la Provincia Oriental. Este proyecto de constitución de carácter federal, preveía el procedimiento de reforma en su artículo 62, en los siguientes términos:

> "El Congreso, todas las veces que las dos terceras partes de ambas salas lo juzgasen necesario, propondrá reformas a esta constitución, o por solicitud de las Legislaturas de las dos terceras partes de las Provincias, convocará una convención para proponer reformas: las cuales en uno y en otro caso serán válidas para todos los intentos y fines como parte de esta constitución, si se ratificase por los pueblos de las tres cuartas partes de la diversas provincias, o por convención de las tres cuartas partes de ellos, según pueda ser propuesto por el congreso, el uno o el otro modo de ratificación". (Ravignani, 1939: VI 2ª parte, 633-638).

Recuerdo que los dos grandes cometidos asignados a la denominada "Asamblea del Año XIII" no se concretaron: ni la declaración de independencia, ni la sanción de un texto constitucional. Queda como un importantísimos antecedentes el inmenso reconocimiento de derechos individuales que dicha asamblea incluyó (prohibición de tortura, libertad de vientres, fechas patrias, supresión del mayorazgo, eliminación de títulos de nobleza, etc.).

### b. Constituciones de los años 1819 y 1826

El Congreso de Tucumán, luego de trasladarse a Buenos Aires, bajo el directorio de Juan Martín de Pueyrredón, sancionó la primera constitución nacional, más allá de su efímera duración. Su denominación oficial era "Constitución de las Provincias Unidas en Sud América", aunque en la práctica se la ha conocido como Constitución de 1819. Este texto, en su artículo 104° preveía, en lo referido a la reforma constitucional, la siguiente cláusula: "*La Nación tiene derecho para reformar su constitución, cuando así lo exija el interés común, guardando las formas constitucionales*".

Luego en la Sección VI, titulada "*Reforma de la Constitución*", se establecía en los artículos 130 a 134 el procedimiento para llevar adelante ese cometido.

La renuncia del Director Supremo José Rondeau, luego de ser derrotado en la Cañada de Cepeda por las fuerzas federales del litoral (febrero de 1820), produjo también la caída de la Constitución de 1819.

El siguiente texto constitucional -que pretendió tener aplicación sobre todo el territorio nacional- tuvo lugar en el año 1826, durante la denominada época *rivadaviana*.

De esta forma, la Constitución de la República Argentina (tal su denominación oficial), pero conocida como la "Constitución de 1826", en lo referido al tema aquí abordado establecía entre los artículos 182 a 186, una redacción muy similar a su antecesora de 1819.

Destaco que tanto en el texto de 1819 como en el de 1826 se establecieron mecanismos complejos para lograr una hipotética reforma, en los que el titular del Poder Ejecutivo ostentaba una importante participación y protagonismo (Sampay, 1975: 276 y 321).

Fracasados los proyectos unitarios de constitución, comenzó un fructífero período en el que las provincias argentinas fueron suscribiendo compromisos y acuerdos recíprocos de carácter político, económico y militar. Entre ellos el más importante fue el Pacto Federal del mes de enero del año 1831, instrumento que sirvió como prenda de unión entre las catorce provincias argentinas durante más de veinte años.

## III. CAÍDA DE ROSAS. INICIO DEL PERÍODO DE ORGANIZACIÓN CONSTITUCIONAL

Luego de la batalla de Caseros los gobernadores provinciales[7] -a instancias del general Urquiza- firmaron el trascedente Acuerdo de San Nicolás, el día 31 de mayo de 1852, por el que se convocó al Congreso General Constituyente de 1852-53, y cuyo artículo 6º ordenaba que dicho órgano "*sancionará la Constitución Nacional*".

### a. Influencia de Juan Bautista Alberdi

Alberdi, luego de tomar conocimiento de la caída del gobernador de la Provincia de Buenos Aires Juan Manuel de Rosas, en poco tiempo, y desde Valparaíso (República de Chile) escribió su más importante obra titulada "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina". Una vez culminado dicho libro, se lo envió al general Urquiza, el vencedor de "Ca-

**7.**Estuvieron presentes para su firma la gran mayoría de los gobernadores. Los gobernadores que no pudieron concurrir otorgaron poder para que fuera suscripto, pese a su ausencia.

seros". En la segunda edición de "Las Bases", Alberdi incluyó un proyecto de texto constitucional (Alberdi, 1948). En el capítulo 4 de la Primera Parte del proyecto de constitución, titulado "*Garantías públicas de orden y de progreso*", el ilustre tucumano propuso en los artículos 37 a 39 el procedimiento de reforma constitucional:

> "Artículo 37.- La Constitución es susceptible de reformarse en todas sus partes; pero ninguna reforma se admitirá en el espacio de 10 años.
>
> Artículo 38.- La necesidad de la reforma es declarada por el congreso permanente; pero solo se efectúa por un congreso o convención convocado al efecto.

Artículo 39.- Es ineficaz la proposición de reforma que no es apoyada por dos terceras partes del congreso o por dos terceras partes de las legislaturas provinciales".

El propio autor hizo una nota al pie en el artículo 37 de su proyecto, donde explicó lo siguiente:

> *"Coloco las disposiciones sobre reforma entre las garantías de orden y progreso, porque, en efecto, la 'reforma', en el hecho de serlo, garantiza el 'progreso' y asegura el 'orden', previniendo los cambios violentos. Véase lo que sobre esto digo en el Párrafo XXXIV de este libro"* (Alberdi, 1948: 177)[8].

De tal manera, para Alberdi la constitución podía ser modificada, pero a través de un procedimiento complejo, que exigía alcanzar un amplio consenso político para arribar al voto favorable de "*las dos terceras partes del congreso o por dos terceras partes*

**8.** Esta nota al pie no figuraba en las dos primeras ediciones del año 1852, sino en la francesa del año 1856.

*de las legislaturas provinciales*". De su lectura se advierte que, a los efectos de declarar la necesidad de la reforma, Alberdi tomó como fuente principal el artículo V de la Constitución de los Estados Unidos de América, y no siguió lo que preveía el texto de la Constitución de Chile del año 1833 tal como lo hizo con otros artículos de su proyecto[9].

Una vez declarada la necesidad de reforma constitucional, Alberdi proponía que debía convocarse "al efecto" a un congreso o convención, que debía ser el órgano encargado de llevar a cabo específicamente la labor de modificar al texto fundamental.

Respecto al alcance que podía tener una hipotética reforma constitucional, Alberdi consideraba que podría llegar a incluir a "*todas sus partes*", es decir, todo el texto era pasible de ser reformado, lo cual descartaba la existencia de normas o contenidos pétreos o intangibles. Por lo tanto, haciendo una interpretación literal, podía enmendarse el texto constitucional sin limitación alguna.

### b. Sanción de la Constitución de la Confederación Argentina de 1853

En cumplimiento del compromiso contraído por las provincias a través del Acuerdo de San Nicolás, el día 20 de noviembre de 1852 se reunió el Congreso General Constituyente en la ciudad de San-

**9.**De la Constitución de Chile del año 1833, Alberdi tomó varios principios que consideró útiles, y los incorporó al proyecto de Constitución para Confederación Argentina, que fue incluido en la segunda edición de "Las Bases". Por ejemplo el "Estado de Sitio" previsto en el proyecto de Alberdi, luego incorporado como artículo 23 a la Constitución Nacional que aún nos rige, tuvo como fuente el artículo 161 de la citada constitución chilena. También varios de las competencias constitucionales que poseía el Poder Ejecutivo en el texto trasandino fueron receptadas por Alberdi, y de allí a la Constitución sancionada el 1 de mayo de 1853.
En lo que respecta a la cuestión de la reforma constitucional, en los artículos 164 a 167 de la Constitución de Chile se determinaba la forma en la que podía llevarse a cabo una reforma a aquélla Ley Fundamental. Era un sistema de enmiendas en los que la hipotética reforma debía ser tratada por las cámaras legislativas, y para lograr su posterior aprobación, se debía contar con el voto favorable de una mayoría calificada. En este proceso también participaba el Poder Ejecutivo, siguiéndose para ello el procedimiento para la sanción de leyes. Lo único que tenía en común con el texto la Constitución de la Confederación Argentina del año 1853 era, y tal como se dijera en una nota al pie anterior, que debía ser la cámara de inicio el Senado.
El propio Alberdi, pocos años después en el libro "Estudios sobre la Constitución Argentina", habla de "analogía" por parte de esta última constitución respecto a su par chilena de 1833, específicamente en lo relativo al Poder Ejecutivo. (Juan Bautista Alberdi, "Estudios sobre la Constitución Argentina", pág. 14 a 17. Ediciones Jackson, Buenos Aires, 1945).

ta Fe, enviando a tal fin dos diputados por cada una de las provincias de la Confederación Argentina, excluida la provincia de Buenos Aires que transitoriamente se había separado del resto de sus provincias hermanas, y por tal motivo no eligió sus representantes para tal transcendente congreso constituyente.

Finalmente, el 1 de mayo de 1853, fue sancionada la Constitución de la Confederación Argentina. Respecto a la cuestión de la reforma constitucional, se estableció en dos normas esta cuestión.

En primer lugar, el artículo 30 de la Constitución Nacional, redactado de la siguiente manera:

> Artículo 30.- La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes, pasados diez años desde el día en que la juren los Pueblos. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras, partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.

En segundo lugar se encontraba el artículo 51 del texto originario de 1853, por el que se determinaba que *"Solo el Senado inicia las reformas de la Constitución"*[10].

Cabe aclarar que el Diario de Sesiones del Congreso General Constituyente de 1852-53 no arroja luz respecto a la cuestión de la reforma constitucional, toda vez que en el mismo no se consignó debate alguno. En efecto, en la sesión del día 23 de abril de 1853, Facundo Zuviría, en su condición de presidente de dicho cuerpo, había puesto en conocimiento que, pese a lo dispuesto

**10.** El artículo 168 de la Constitución de Chile del año 1833 preveía también que debía ser cámara de origen el Senado, para el tratamiento de la declaración de necesidad de reforma constitucional.

en el Reglamento Interno, en esas sesiones iba a carecerse de taquígrafos, y por tal razón que iba a resultar "indispensable" que el Secretario

> "reprodujese en las actas algunas ideas de las vertidas por los Señores Diputados en materias tan graves como la discusión de la Carta Fundamental de la República; que no habiendo sino un Secretario, no podía exigírsele tampoco más de aquello a que alcanzasen sus fuerzas atendidos los pocos elementos de que disponía la Secretaría; que opinaba pues porque se dejase a su juicio la naturaleza y extensión de la actas" (Ravignani, 1937: IV, 503).

Lo expuesto en el párrafo anterior es la razón por la cual ha quedado sin ser registrado una importante porción de lo debatido por aquél Congreso General Constituyente. En sentido inverso en el diario de sesiones sólo quedó constancia del debate que tuvo lugar cuando fueron tratados los artículos 2, 3 y 4. Lo mismo, pero en forma muy breve, respecto a los artículos 14, 16, 19 y 29, y sobre este último, toda vez que hacía referencia –pero sin mencionarlo expresamente- al General Juan Manuel de Rosas, fue votado por "aclamación".

Finalmente, en la sesión del día 25 de abril, se puso a consideración el artículo 30, que trataba sobre el procedimiento de reforma constitucional. Sólo consta en el Diario de Sesiones lo siguiente:

> "*Se leyó el artículo 30º, y puesto a votación, resultó aprobado por afirmativa general*". (Ravignani, 1937: IV 516).

Respecto al artículo 51 figura en el Diario de Sesiones del día 27 de abril de 1853:

> "*Se puso en discusión el artículo 51, y después de una ligera explicación que hizo el señor Gorostiaga a solicitud de Lavaysse fue puesto a votación y aprobado unánimemente*" (Ravignani: 1937, IV, 527).

Esta fue la manera escueta en la que consta la aprobación de estos artículos. Por lo tanto, del constituyente originario, al menos en este tema, no se puede advertir cuál fue su intención ni voluntad, esto teniendo en consideración las cuestiones interpretativas que este artículo ha provocado a lo largo de su vigencia.

Se observa que el artículo 30 sancionado en 1853 establecía una intangibilidad temporal de diez años, lapso de tiempo durante el cual no debía ser modificada la constitución. Al haber sido incluida una cláusula similar en el proyecto de constitución propuesto por Alberdi, entiendo que resultaba evidente para este ilustre publicista que una constitución con diez años ininterrumpidos de vigencia, podría ser considerada con la madurez suficiente para –llegado el caso- ser pasible de reforma. Dejo sentado que en "Las Bases" en sus dos primeras ediciones no fue explicado el motivo de la inclusión de esta cláusula de carácter temporal. Tiempo después, en un trabajo titulado "Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853", publicado en el año 1854 en Valparaíso, que luego fuera incluido en 1858 en la "edición definitiva" de "Las Bases" publicada en Francia, Alberdi explica el sentido de aquélla norma" (Alberdi, 1945: 3).

## IV. REFORMAS REALIZADAS A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

### *a. Reforma de 1860*

Como es sabido, la Provincia de Buenos Aires no participó del Congreso General Constituyente llevado a cabo en la ciudad de

Santa Fe entre noviembre de 1852 y mayo de 1853. Estos hechos forman parte de la separación de esta provincia, convertida en el "Estado de Buenos Aires" luego de la sanción de su constitución en el año 1854.

El alejamiento por parte de Buenos Aires, y también la coexistencia de dos estados separados, *casi independientes,* uno del otro (la Confederación Argentina y el Estado de Buenos Aires) duró desde el 11 de septiembre de 1852 hasta la jura de la Constitución Nacional por parte de la citada provincia, llevada a cabo el 21 de octubre de 1860[11].

A modo de repaso, los hechos más importantes que precedieron a la unión nacional definitiva, fueron los siguientes: Acuerdo de San Nicolás; revolución del 11 de septiembre; sanción de la Constitución Nacional el 1 de mayo de 1853; asunción de Justo José de Urquiza como presidente constitucional (marzo de 1854); sanción de la Constitución del Estado de Buenos Aires del año 1854; Tratado de Paz entre Buenos Aires y la Confederación, firmado el 8 de enero de 1855; batalla de Cepeda (23 de octubre de 1859); Firma del Pacto de San José de Flores (10 y 11 de noviembre de 1859); elección de convencionales e instalación de la Convención del Estado de Buenos Aires (5 de enero de 1860); Convenio de Unión del 6 de junio de 1860; inicio de sesiones de la Convención Nacional *'ad hoc'* (14 de septiembre de 1860); jura de la Constitución nacional por parte de la Provincia de Buenos Aires (21 de octubre de 1860).

En lo referido a los hechos que precedieron la reforma de 1960, cabe recordar que días después de la *segunda* batalla de Ce-

**11.** Dije "casi independientes" porque, entre otras cuestiones que exceden el propósito del presente, compartían la misma bandera y nacionalidad.

peda, donde el ejército de Urquiza venció al liderado por Mitre, y luego de negociar entre ambas partes contendientes las condiciones de la paz, se firmó el Pacto de San José de Flores[12]. En dicho acuerdo se establecieron las siguientes cláusulas: 1) Buenos Aires se declaraba parte integrante de la Confederación Argentina; 2) como tal, efectuaría un libre examen de la Constitución Nacional de 1853 mediante la convocatoria de una Convención Provincial; si la mencionada convención proponía reformas al texto constitucional, las mismas debían ser sometidas a la decisión final de una convención nacional, con participación de todas las provincias, incluso Buenos Aires.

En estos términos la provincia de Buenos Aires se comprometía solemnemente a reintegrarse al resto de la confederación, reservándose en forma previa el derecho de ejercer la opción de aceptar la Constitución tal como fuera sancionada en 1853 o de proponer reformas a la misma. Como es sabido se adoptó el último temperamento.

Convocada la Convención Provincial, la misma fue integrada por las figuras más importantes de aquélla época: tres de sus miembros –Mitre, Sarmiento y Luis Sáenz Peña- fueron presidentes de la Nación, y otros tantos bien pudieron serlo, (Bernardo de Irigoyen, Dalmacio Vélez Sarsfield y Vicente Fidel López[13]).

La Convención Provincial culminó sus labores el 12 de mayo de 1860. Antes de esa fecha había sido elegido Bartolomé Mitre como gobernador de la provincia de Buenos Aires, culminando de este modo el interinato de Felipe Llavallol, quien había reemplazado

**12.** *"Pactos Preexistentes (tratados interprovinciales, 1816 a 1859)"*, pág. 123. Publicado por el H. Congreso de la Nación. Instituto del Parlamento Argentino. Circulo de Legisladores Nacionales, Buenos Aires, 1993.

**13.** *"Reforma Constitucional de 1860. Textos y Documentos Fundamentales"*. Introducción del Director del Instituto de Historia Argentina 'Ricardo Levene', Profesor Carlos Heras, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad Nacional de La Plata, año 1960.

a Valentín Alsina luego de la renuncia de éste con motivo de la derrota de Buenos Aires en la batalla de Cepeda.

El día 16 de mayo fue confeccionada una copia del acta final de la Convención Provincial, donde se detallaban las reformas que se proponían. El día 21 de ese mes, el gobernador Bartolomé Mitre designó al doctor Dalmacio Vélez Sarsfield, a los efectos de que fuera en comisión hasta el Gobierno de la Confederación y de esta forma se pudiera continuar con los pasos comprometidos en el Pacto del 11 de noviembre. La referida documentación fue elevada por medio de un oficio destinado al gobierno de la Confederación, y como se dijera antes, Vélez Sarsfield fue el encargado de su entrega al gobierno de Paraná.

El siguiente paso fue la firma del Convenio del día 6 de junio de 1860[14], suscripto por Vélez Sarsfield en nombre de Buenos Aires, y por Daniel Araoz y Benjamín Victorica por parte de la Confederación Argentina, estos últimos habían sido nombrados por el entonces nuevo presidente Santiago Derqui. Dicho convenio estaba compuesto por diecinueve artículos, dentro de los cuales se destacaba la ratificación del Pacto del 11 de noviembre, y lo relativo a la convocatoria a la Convención Nacional *'ad hoc'* en la que se debía considerar las reformas sugeridas por Buenos Aires a la Constitución Nacional.

En este convenio Buenos Aires aceptó como base de su representación a dicha Convención lo establecido en el entonces artículo 34 del texto aprobado en 1853, es decir, que iba a concurrir con doce diputados.

**14.** *"Reforma Constitucional de 1860. Textos y Documentos Fundamentales"*, obra citada, pág. 467.

La Cámara de Diputados y el Senado de la Confederación aprobaron la convocatoria de la Convención Nacional '*ad hoc*'[15], con el objeto de que se "*tome en consideración las reformas que la Convención de Buenos Aires propone se hagan a la Constitución Nacional y decida definitivamente sobre ellas*". La Convención Nacional, y tal como estaba determinado en el Pacto de San José de Flores, tuvo como único objeto el examinar las reformas propuestas por la Provincia de Buenos Aires al texto constitucional de 1853, las cuales fueran gestadas en la ya citada Convención Provincial.

Se convocó, entonces a una Convención Nacional que se reunió otra vez en la ciudad de Santa Fe, pero en este caso no se utilizó el criterio de dos diputados por cada provincia como se había acordado en el Acuerdo de San Nicolás para el Congreso Constituyente que sesionó entre 1852 y 1853, sino que se dispuso la representación proporcional a la población de cada una, tal como quedó establecido en el Pacto del 6 de Junio.

En la última sesión preparatoria se dispuso tomar juramento a las siguientes autoridades de la Convención Nacional: como presidente, Mariano Fragueiro; como vicepresidente 1º, Francisco de las Carreras y como vicepresidente 2º a Valentín Alsina; como secretarios Mansilla y Saravia. De esta forma, se declaró formalmente instalada la Convención Nacional *'ad hoc',* resolviéndose reunir al plenario en comisión para discutir las propuestas de Buenos Aires.

Las sesiones ordinarias comenzaron el día 22 de septiembre (Ravignani, 1937, IV, 1048). En la sesión inicial fue elegida una "comi-

**15.**Para ampliar el tema ver "Reforma Constitucional de 1860. Textos y Documentos Fundamentales", obra citada, pág. 497 y siguientes.

sión", cuya finalidad era que la misma informara "*in voce*" sobre las reformas presentadas por la provincia de Buenos Aires. Dicha comisión quedó integrada por los diputados José Mármol, Juan F. Seguí, Rufino de Elizalde, José Benjamín Gorostiaga, Dalmacio Vélez Sarsfield, Luis Cáceres y Salvador María del Carril (Del Valle, 1916: 466).

El informe de la citada comisión aconsejó a la Convención aceptar la mayoría de las propuestas de Buenos Aires, pero también propuso efectuar ciertas innovaciones. Así, a modo de ejemplo, aconsejó modificar el artículo 35, propuesto por la Convención Provincial, por el que se determinaban los nombres oficiales indistintos para nuestro país de "*Provincias Unidas del Río de la Plata*" y "*República Argentina*". De este modo, el citado informe sugirió que se mantuviera como nombre oficial el de "*Confederación Argentina*", usado en el texto de 1853 para la designación del gobierno y territorio de las catorce Provincias, proponiendo emplear la denominación "*Nación Argentina*" en la formación y sanción de las leyes.

Por una cuestión obvia, la Comisión propuso, por un lado, la eliminación de la intangibilidad temporal de 10 años establecida en el artículo 30 del texto originario, y por el otro, efectuar un pequeño agregado al artículo 31, en los siguientes términos: "*salvo para la Provincia de Buenos Aires los tratados ratificados después del Pacto del 11 de Noviembre de 1959*". A su vez en el artículo 32 ratificó la libertad de prensa, e incorporó la protección constitucional de los denominados "derechos implícitos" (art. 33).

En lo que se refiere al artículo 64 inciso 1° (actual art. 75 inc. 1°) propuso la supresión de la siguiente frase: "*en cuya fecha cesarán como impuesto nacional*". También sobre el entonces artícu-

lo 91 se sugirió modificar su texto: "*El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciese en el territorio de la Nación*".

A su vez la Comisión entendió necesario proponer que al artículo 97, (referido a la competencia del Poder Judicial de la Nación, el hoy art. 116) le sea agregada la siguiente oración: "*y entre una provincia ó sus vecinos contra un Estado o ciudadanos extranjeros*".

Ya en el plenario a las modificaciones propuestas por la Comisión se le sumaron tres más: al actual 48 –se estimó prudente suprimir el deber de acreditar tres años de residencia inmediata en la provincia para ser diputado, pasando a necesitarse dos años-; luego se propuso la misma reducción en el artículo 43 (actual 55) para ser electo senador, y finalmente se sugirió hacer algunas aclaraciones en el entonces artículo 64 inciso 1º (hoy 75 inc. 1º) referido a los impuestos a las exportaciones.

Tal como fuera adelantado, la mayoría de las reformas propuestas por la Provincia de Buenos Aires fueron aprobadas, como así también le fueron añadidos otros agregados y modificaciones.

Refería Joaquín V. González que

> "*de tres especies eran las reformas introducidas por la Convención del Estado de Buenos Aires en la Constitución federal de 1853, según los principios y los propósitos que se tuvieren en vista al proyectarlas: 1º reformas que importan reservas de derechos propios o derechos naturales intransferibles, que Buenos Aires propone como condición para*

> *federalizarse; 2º reformas puramente constitucionales que tienen por objeto perfeccionar la ley fundamental, garantizando mejor la libertad por medio de ellas; 3º reformas que son una consecuencia forzosa del Pacto, o que expresamente están consignadas en él"* (González, 1935:65).

Siendo ya presidente de la Nación Santiago Derqui, el gobernador de la provincia de Entre Ríos, el general Justo José de Urquiza, aconsejó a sus partidarios que aceptaran las reformas y las votaran (Matienzo, 1916: I, 64). Las modificaciones introducidas fueron admitidas por la Convención Nacional el día 23 de septiembre de 1860. Al momento de votar su aprobación, tanto los convencionales constituyentes, como así también el público asistente, se pusieron de pie con aplausos y aclamaciones patrióticas. De esta forma las sesiones finalizaron el día 25 de Septiembre de 1860 (Ravignani, 1937, IV, 1048).

Así, la Convención en tres sesiones culminó sus tareas. El Diputado Benjamín Victorica fue quien solicitó a sus pares "*la aclamación del dictamen de la Comisión, que estaba en el corazón y en la conciencia de todos los que se encontraban allí presentes*". Agregó que "*un solo voto debía dar la sanción de la Unión Nacional para que ella fuese recibida con el aplauso entusiasta y uniforme de todos los Pueblos*" (Ravignani, 1937, IV, 1050).

En síntesis, luego de ser revisada la Constitución de 1853 por parte de la Convención Provincial, y posterior aprobación por parte de la Convención Nacional "*ad hoc*", se le notificó a la Provincia de Buenos Aires, para que en cumplimiento de los pactos de 11 de noviembre de 1859 y 6 de junio de 1860, la promulgara e hiciera jurar[16].

**16.** La ceremonia de jura por la Provincia de Buenos Aires fue presidida por el gobernador de ésta, el general Bartolomé Mitre,

Esa fue la manera en que la Convención Nacional "*ad hoc*" de 1860, aprobó aquéllas normas, las cuales en su gran mayoría rigen al día de hoy en nuestra Ley Fundamental.

Una observación final: como se advierte, entiendo que en el 1860 hubo una verdadera reforma constitucional, y no, como algunos doctrinarios sostienen, que la labor constituyente de ese año habría sido la continuidad del Congreso General Constituyente de 1852-53, y de allí que en varias oportunidades se haya sostenido que la Ley Fundamental originaria de nuestro país era la "Constitución Nacional de 1853/1860". En sentido inverso, y más allá de otros fundamentos que en honor a la brevedad omitiré, tanto la Convención Nacional Constituyente de 1994, como así las leyes nacionales 24.309 y 24.430, han manifestado y resuelto que en 1860 hubo una reforma constitucional.

***b. Reforma de 1866***

La reforma constitucional de 1866, al nacionalizar en forma definitiva los derechos de exportación, puso fin a un tema que había generado intensas disputas y tensiones entre Buenos Aires y las provincias del interior del país. Esta enmienda a la Carta Magna significó el retorno al modelo aduanero establecido por el constituyente de 1853.

Además provocó el definitivo abandono a la orientación que pretendió imponer la Convención Constituyente "*ad hoc*" del año 1860 acerca de cuál jurisdicción –el Estado Federal o las Provincias- poseía la competencia para establecer y gravar las exportaciones.

Cabe recordar que una vez reunida, la Convención Nacional "*ad*

entonces recientemente ascendido a Brigadier General por el Presidente Santiago Derqui, y tuvo lugar el 21 de octubre de 1860.

*hoc"* de 1860 había aceptado las reformas propuestas por la convención porteña, pero agregó al final del inciso 1 del artículo 67, esto era que los derechos de exportación, desde la fecha indicada, tampoco existirían "como impuestos provinciales"'*; vale decir, que desde 1866 los derechos de exportación quedarían completamente suprimidos*.

Por su parte, en 1860 el inciso 1 del artículo 67 había quedado redactado en la siguiente forma:

> Corresponde al Congreso... "1. *Legislar sobre las aduanas exteriores y establecer los derechos de importación, los cuales, así como las avaluaciones sobre que recaigan, serán uniformes en toda la Nación; bien entendido que ésta, así como las demás contribuciones nacionales, podrán ser satisfechas en la moneda que fuese corriente en las Provincias respectivas por su justo equivalente.* ***Establecer igualmente los derechos de exportación, hasta 1866, en cuya fecha cesarán como impuesto nacional, no pudiendo serlo provincial****".*

El siguiente hito iba a ser la reforma constitucional de 1866, sobre la cual tratarán los próximos párrafos.

En octubre de 1862 tuvo inicio la presidencia de Bartolomé Mitre[17], lo cual incluyó que la organización y sede de los tres poderes del estado nacional fuera trasladada a Buenos Aires[18], lo cual provocó el incremento de los gastos corrientes. A partir del año 1863 los recursos económicos fueron aumentando, pero también los

**17.** En el Colegio Electoral había triunfado la fórmula Bartolomé Mitre Presidente- Marcos Paz Vicepresidente y oficializado este resultado por medio de la Ley N° 21.

**18.** Ley N° 19, de la Capital interina en Buenos Aires; Ley 27 de Organización de la Justicia Federal; Ley N° 31 (Edificio del Congreso Nacional).

egresos. Las aduanas funcionaban normalmente[19], y tal como lo explicara José Antonio Terry la recaudación se efectuaba "*con regularidad y honradez… Por todas partes se notaban síntomas de reacción benéfica y cundían ya la confianza y el optimismo*" (Terry, 1918).

En este período histórico sucede un hecho político de extrema gravedad que explica, en parte, el porqué de la reforma constitucional de 1866: la llamada "*Guerra de la Triple Alianza*". Desde el punto de vista económico esta guerra generó graves desequilibrios económicos y fiscales en nuestro país. Expone González Calderón

> "*Transcurridos apenas cinco años desde la reforma del 60, hechos y circunstancias apremiantes para el país y sus finanzas dieron la más completa razón a los constituyentes de 1853, que habían incluido los derechos de exportación entre los recursos del gobierno federal. El corto plazo de seis años fijado por los reformadores de 1860 para la subsistencia de dichos derechos, como impuestos nacionales, iba a vencer tan luego cuando el país se hallaba comprometido en lamentable guerra con el Paraguay, y era preciso, desde todo punto de vista que la situación se contemplara, que la Nación continuase disponiendo de aquella fuente de recursos*" (González Calderón, 1943: 619-620).

En la sesión ordinaria del Senado de la Nación del día 26 de septiembre de 1865, el senador Valentín Alsina presentó un proyecto de reforma a la Constitución Nacional. El mismo preveía, entre otras, modificar el artículo 67 inciso 1, eliminando el límite tem-

**19.** La Ley N° 9 de Derechos de Aduana para el año 1862; Ley N° 39 de Derechos de Aduana para los años 1863 y 1864. Finalmente por medio de la Ley N° 53 se ordenó la construcción de un nuevo edificio para la Aduana.

poral del gobierno federal de cobrar impuestos de exportación hasta el año 1866 (Ravignani, 1938: V, 533).

Ya comenzadas las sesiones ordinarias del año 1866, en la Cámara de Diputados fue presentado nuevamente el proyecto de reforma constitucional a los artículos 4 y 67 inciso 1. En la sesión del día 21 de mayo el miembro informante de la Comisión de Negocios Constitucionales, diputado Facundo Zuviría realizó la defensa económica del proyecto, cuya autoría pertenecía al Poder Ejecutivo. El diputado por la Provincia de Buenos Aires Marcelino Ugarte se opuso a la propuesta de reforma al texto constitucional por medio de una encendida alocución (Ravignani, 1937: V, 565 y 569 a 574).

Una vez aprobada en la Cámara de Diputados, y notificada la media sanción de esta iniciativa, el Senado de la Nación luego de un intenso debate también lo aprobó[20] bajo el número de Ley 171, en los siguientes términos:

> "Convocatoria de la Convención Nacional para reformar la Constitución en el artículo 4 e inciso 1 del artículo 67.
>
> Artículo 1: Convóquese una Convención Nacional con el único objeto de reformar la Constitución en el artículo 4 e inciso 1 del artículo 67, en la parte que limitan la facultad de imponer derechos de exportación.
>
> Artículo 2: Comuníquese al Poder Ejecutivo.
>
> Dada en la Sala de Sesiones del Congreso Argentino, en Buenos Aires, a 9 de junio de 1866"[21].

**20.** Senado de la Nación, Décima sesión ordinaria del día 9 de junio.

**21.** Legislación Argentina. Leyes Nacionales Clasificadas y sus decretos Reglamentarios. Recopiladas y Coordinadas por Augusto Da Rocha, Tomo IX Interior segunda parte, Librería y Editorial "La Facultad", Buenos Aires, 1937, página 163.

Luego el día 14 de junio el Congreso complementó la decisión anterior por medio de la Ley Nº 172, en la cual se determinaba la cantidad de convencionales a ser elegidos, lugar y fecha de inicio de las sesiones, entre otras cuestiones[22].

Finalmente, tal como lo reseña Emilio Ravignani, el día 12 de septiembre de 1866 se reunió la Convención Constituyente en la ciudad de Santa Fe. Las actas de la sesión fueron extraviadas. El citado publicista aún en el año 1937 manifestaba la esperanza de que pudieran ser encontrados esos documentos, o que la persona que los tuviere en su poder procediera a devolverlos (Ravignani, 1937: V, 653). Habiendo transcurrido ciento cincuenta años de esta reforma constitucional, estimo altamente improbable que sean hallados.

Para suplir las actas de sesiones, Ravignani, se valió de los periódicos de la época intentando de este modo reflejar con la mayor fidelidad posible lo ocurrido en esas históricas jornadas.

El periódico "***La Tribuna***" de Buenos Aires publicó lo siguiente:

> "El 12 del corriente fue reformada la Constitución Nacional por la Convención Constituyente reunida en Santa Fe.(...) He

**22.** Ley 172:
"Artículo 1: La Convención que debe tomar en consideración la reforma de la Constitución, declarada necesaria por el Congreso en el artículo 4 e inciso 1 del artículo 67, se compondrá del mismo número de diputados y en la proporción que fija el artículo 38.
Artículo 2: Pueden ser electos Diputados a la Convención los que sean hábiles para Diputados al Congreso.
Artículo 3: La Convención deberá reunirse el 1 de septiembre del presente año en la ciudad de Santa Fe.
Artículo 4: Las elecciones se verificarán el domingo 22 de julio.
Artículo 5: Los convencionales tendrán una compensación de mil pesos, además del viático de que disfrutarán en las mismas proporciones que los Senadores y Diputados.
Artículo 6: Las elecciones se practicarán con arreglo a la ley general de la materia, sirviendo de base los Registros abiertos para ese fin; y en aquellas Provincias donde esta formalidad no se hubiese llenado, o resultase viciosa, se abrirá un Registro durante ocho días consecutivos.
Artículo 7: La publicación del Registro Cívico en las elecciones de Diputados para la Convención Nacional, durará ocho días.
Artículo 8: El escrutinio de las actas electorales para la elección de convencionales se hará a los quince días de practicada la elección.
Artículo 9: El Poder Ejecutivo queda autorizado para hacer los gastos que exija el cumplimiento de esta ley.
Artículo 10: Comuníquese al Poder Ejecutivo.
Dada en la Sala de Sesiones del Congreso Argentino, en Buenos Aires, a 14 de junio de 1866". Legislación Argentina. Leyes Nacionales Clasificadas y sus decretos Reglamentarios. Recopiladas y Coordinadas por Augusto Da Rocha, Tomo IX Interior segunda parte, Librería y Editorial "La Facultad", Buenos Aires, 1937, página 164.

aquí ahora los detalles de la Convención y los términos en que ha sido reformada la Constitución:

La reforma: Los trabajos de la Convención se han reducido a tres sesiones habidas en tres días.

Lunes 10: Sesión preparatoria.

Martes 11: Sesión de instalación

Miércoles 12: Sesión de la reforma y clausura (...)

En la tercera sesión la Comisión, expedido el informe presentó su proyecto de reforma. Fundado por el Sr. Daniel Araoz y combatida por el Dr. Ruiz Moreno, se pasó a votación quedando sancionado en los mismos términos propuestos por la Comisión.

He aquí la Reforma tal como queda constituida:

"Primero. - Suprímese del art. 4° de la Constitución nacional la parte que sigue: "hasta 1866 con arreglo a lo estatuido en el inc. 1° del art. 67", debiendo quedar dicho art. 4° en los términos siguientes: "El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional, formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional; de la renta de correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso general, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación o para empresas de utilidad nacional".

> Segundo. - Suprímese igualmente la parte final del inc.1 del art. 67, que dice: "hasta 1866, en cuya fecha cesarán como impuesto nacional, no pudiendo serlo provincial". En consecuencia, quedará dicho inc. 1 como sigue: "Legislar sobre las aduanas exteriores y establecer los derechos de importación, los cuales, así como las avaluaciones que recaigan, serán uniformes en toda la Nación, bien entendido que ésta, así como las demás contribuciones nacionales, podrán ser satisfechas en la moneda que fuese corriente en las provincias respectivas por su justo equivalente. Establecer igualmente los derechos de exportación".
>
> Tercero. - Comuníquese al Gobierno federal de la República, para que se cumpla en todo el territorio de la Nación, y publíquese.
>
> Sala de sesiones de la Convención Nacional, en la ciudad de Santa Fe a los doce días del mes de setiembre de mil ochocientos sesenta y seis.
>
> Mariano Fragueiro (presidente). - J. J. Montes de Oca (diputado secretario). - Juan A. Barbeito (diputado secretario)".

Más allá de las críticas que la competencia por parte del Estado Federal de crear impuesto a las exportaciones pudo haber generado, no hay dudas que la Reforma Constitucional de 1866 sirvió para nacionalizar para siempre esta herramienta económica, culminando con más de 50 años de incertidumbres y enfrentamientos entre Buenos Aires y las provincias del interior, motivados en el intento de monopolizar este importante recurso fiscal.

### *c. Reforma de 1898*

En las postrimerías del siglo 19 tuvo lugar la reforma menos conocida de todas las realizadas a nuestra Constitución Nacional. Ese desconocimiento probablemente se deba a que no estableció ni creó ninguna institución al texto constitucional, ni tampoco reconoció derechos fundamentales en su parte dogmática. Tan solo fueron parcialmente modificadas dos normas de la parte orgánica de la Constitución (Sagües, 2007: 131), de las cuales una ha perdurado hasta hoy en el actual artículo 45[23], mientras que el otro precepto fue profundamente reformado en la Convención Constituyente de 1994[24].

El proyecto original fue presentado por el diputado Ayarragaray, y constaba de siete artículos. Por el artículo 1 se proponía la reforma de las siguientes normas de la Constitución Nacional: artículos 3, 15, 18, 31, 35, 37, 38, 39, 41, 42, 48, 67 (incisos 1 y 2), 87 y 98.

Luego del debate llevado a cabo en ambas cámaras del Congreso de la Nación, fue promulgada y publicada la ley 3507, declarativa de la necesidad de reforma constitucional[25]. El profesor Ziulu explica que esta ley "estableció, muy prolijamente, la forma de composición y funcionamiento de la Convención Nacional Constituyente". Agrega este profesor que "fijó, incluso, un plazo de treinta días para el funcionamiento de la asamblea". (Ziulu: 1996, Tomo I, pág. 84).

---

**23.** Entonces artículo 37 de la Constitución Nacional. Se aclara que a esta norma se le hizo una pequeña modificación en su redacción en el año 1994, pero no alteró la esencia de la norma sancionada en 1898:
"ARTÍCULO 45.- La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios. El número de representantes será de uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos. Después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado" (conf. actual redacción y numeración).

**24.** Luego de 1994 hubo un corrimiento del articulado de la Constitución, por lo que el entonces artículo 87 ahora se corresponde con el actual artículo 100, primer párrafo. Se deja aclarado que la redacción de este último artículo fue modificada en todas sus partes en 1994, y en sus trece incisos se determinaron las competencias del Jefe de Gabinete de Ministros.

**25.** Ley 3507. Sancionada el 20 de septiembre de 1897. Promulgada el día 23 de septiembre y publicada en el Registro Oficial del día 24 de septiembre de 1897.

Tal como se ha expuesto, la ley de convocatoria expresamente determinó el temario a tratar por parte de la Convención Constituyente, a saber:

a) adecuar el número de habitantes que el entonces artículo 37 determinaba como base para la elección de diputados de la Nación;

b) modificar el artículo 67 inciso 1º, a los efectos de autorizar la instalación de aduanas libres en los territorios del sur de la República;

c) finalmente reformar el artículo 87, con el objeto de permitir la ampliación del número de ministros del Poder Ejecutivo.

La ley declarativa también estableció que la Convención Constituyente iba a estar integrada por 120 miembros, los cuales fueron elegidos el día 15 de enero de 1898, a través de listas únicas en cada uno de los quince distritos electorales. Es decir, no se llevó a cabo una contienda o pugna electoral entre distintas fuerzas políticas.

También merece ser destacado que en 1898 fueron convencionales constituyentes los hombres más importantes de su época, entre ellos tres ex presidentes de la Nación -Bartolomé Mitre, Julio A. Roca y Carlos Pellegrini-. A su vez, integraron esta Convención Constituyente Manuel Quintana, que iba a ser presidente de la República en 1904, como así también Dardo Rocha y Bernardo de Irigoyen, quienes tuvieron altas chances de haberlo sido. A su vez, fue miembro de esta Convención el Dr. Antonio Bermejo, que más adelante fuera presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación entre los años 1903 y 1929. Por último, ostentaron el carác-

ter de convencionales constituyentes Joaquín V. González y Manuel A. Montes de Oca, los cuales, además de haber sido hombres de estado de primera magnitud, eran los constitucionalistas más relevantes de ese tiempo.

En primer lugar, esta reforma constitucional estableció en el entonces artículo 37 que la Cámara de Diputados iba a estar conformada por diputados cuya cantidad y proporcionalidad sería determinada por los censos a realizarse en forma periódica.

A través de la otra cláusula reformada se resolvió modificar el artículo 87 de la Ley Fundamental, aumentándose la cantidad de ministros del Poder Ejecutivo: de los cinco que preveía el texto de 1853/60 se incrementó a ocho. Este artículo fue totalmente modificado en 1994.

Finalmente, el plenario de la Convención Constituyente de 1898 decidió no modificar el artículo 67 inciso 1 del texto constitucional.

Por lo tanto, en el actual texto constitucional únicamente mantiene su vigencia sólo una de las normas sancionadas en aquélla convención.

De todo el proceso bajo análisis, podrían ser destacados, el prolijo y ajustado procedimiento llevado a cabo por parte del Congreso al debatir y resolver la declaración de necesidad de la reforma constitucional, en especial al momento de fijar el temario de temas habilitados a ser reformados, como así también las modificaciones que efectivamente se realizaron a la Constitución Nacional, en especial al artículo 37, cuya redacción subsiste en el actual 45.

Al decir del profesor Mayón, "*de todas las que se reunieron desde 1853 hasta la actualidad, fue la más cuidada en el respeto del procedimiento determinado por la Constitución para su reforma*" (Mayón, 2021: Tomo I pág. 279).

### *d. Reforma de 1949*

La Constitución Nacional de 1949, si bien estuvo vigente escasos siete años, entiendo que la misma debería recordarse, como así sus principios, varios de los cuales rigen en la actualidad, al igual que su ideario de justicia social[26].

El proyecto de declaración de necesidad de la reforma constitucional fue iniciado en la Cámara de Diputados de la Nación, a mediados del año 1948, esto es, durante la primera de las presidencias de Juan Domingo Perón. Luego de un intenso debate este proyecto obtuvo la aprobación el día 14 de agosto en aquélla cámara. Esta media sanción, y tal como será abordado en párrafos más adelante, fue impugnada por la oposición bajo el fundamento de no haberse –supuestamente- respetado en su totalidad el procedimiento previsto en el artículo 30 de la Constitución Nacional.

Luego pasó el proyecto al Senado de la Nación, donde el día 27 de agosto también fue aprobado, pero en este último recinto no hubo polémica respecto al número de senadores suficientes que votaron en forma afirmativa. Durante el debate en el Senado hizo uso de la palabra a favor del proyecto que iba a ser tratado el ministro del Interior de la Nación, el doctor Ángel G. Borlenghi, siendo su exposición posteriormente publicada (Borlenghi, 1948).

**26.** El artículo 75 inciso 19, expresamente alude a la "justicia social", que fuera expresamente contemplada en el Preámbulo del texto de 1949.

Finalmente fue promulgada bajo el número 13.233[27] la ley por la que se declaró "*necesaria la revisión y reforma de la Constitución Nacional, a los efectos de suprimir, modificar, agregar y corregir sus disposiciones, para la mejor defensa de los derechos del pueblo y del bienestar de la Nación*". Días después se sancionó la Ley Nº 13.262 de elección de los diputados constituyentes.

En lo que se refiere al procedimiento parlamentario por el que se sancionó la Ley Nº 13.233, se sostuvo que no se habría respetado en su totalidad lo dispuesto en el artículo 30 de la Constitución Nacional[28]. La discusión giró en torno a determinar si los dos tercios de los miembros de cada una de las cámaras del Congreso que hace mención la Constitución lo eran respecto al total de los miembros de cada una de las cámaras o, en sentido opuesto, si resultaba correcto que esos dos tercios fueran calculados sobre los miembros presentes de cada una de las cámaras, siempre y cuando en forma previa se hubiera alcanzado en ambas cámaras el *quorum* legal para tomar decisiones válidas – esto es, la mitad más uno de la totalidad de los miembros-. Esta cuestión[29] produjo una gran discusión en las sesiones de la Convención[30].

Así sostuvo Arturo E. Sampay -invocando a Agustín De Vedia- que

> "*desde que el texto constitucional no exige la concurrencia de un quórum extraordinario, debe entenderse que basta en cada Cámara la presencia de la mayoría absoluta de*

**27.** Promulgada el día 3 de septiembre de 1948.

**28.** Artículo 30 de la Constitución Nacional: "La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto".

**29.** En las anteriores reformas constitucionales no fue motivo de preocupación, y de hecho nunca se había interpretado que el artículo 30 exigiría que los dos tercios deban ser por el total de los legisladores. Conforme Ley de la Confederación Nº 234 post Acuerdo de San José de Flores para la reforma de 1860; Ley del Congreso Nº 171 y 172 para la reforma del año 1866 y finalmente la Ley Nº 3507 para la reforma de 1898.

**30.** Los mejores debates se refirieron a este tema, destacándose en el Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1949 los siguientes discursos: Carlos I. Berraz Montyn (pág. 134/147); Amílcar Mercader (pág. 148/159); Pablo Ramella (pág. 165/169); Adolfo E. Parry (169/180); Joaquín Díaz de Vivar (180/186).

> *sus miembros. Por tanto, sobre los presentes que cubran el quórum fijado por el artículo 56 deben contarse los dos tercios de votos*".

Agregó quien fuera el Miembro Informante por la mayoría en 1949 que

> *"cuando la Constitución consagra un quórum extraordinario lo dice expresamente -como deben ser expresas todas las excepciones-; tal como ocurre en el artículo 84, donde utiliza la inequívoca frase: `total de los miembros del Congreso´. Esto significa, en la economía de nuestra Constitución, que cuando no se establece quórum extraordinario rige el quórum establecido como regla general en el artículo 56, a saber: 'ninguna de ellas -las cámaras- entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros´"* (Sampay, 1975: 476).

También Sampay explicó que la interpretación antes efectuada "era la *communis opinio* de la doctrina norteamericana frente a una frase similar prevista en nuestro texto constitucional", de la cual era fuente directa. En efecto, el artículo 5 de la Constitución de Estados Unidos, expresa que "*El Congreso, siempre que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzgue necesario, propondrá enmiendas a esta Constitución*". De allí que consideraba dicho autor que por ser idénticos los textos a interpretarse sería necesario aplicar

> *"lo que dijera muchos años atrás nuestra Corte Suprema, de acuerdo con la célebre regla de la hermenéutica que enuncia clara Sarmiento, que cuando el texto argentino coincide con el americano puede aplicarse la doctrina suscitada por este último"* (Sampay, 1975: 480).

Cumplidos los pasos antes mencionados, se procedió al llamado a elecciones de convencionales constituyentes. Estos comicios se llevaron a cabo el día 5 de diciembre de 1948, conjuntamente con la elección para la renovación de la mitad de los diputados de la Nación.

El oficialismo obtuvo 109 convencionales, de un total de 158 que se elegían[31], destacándose ilustres convencionales constituyentes, tanto del oficialismo, como así de la oposición. Entre los primeros, cabe mencionar a los siguientes: Arturo Enrique Sampay, Vicente Bagnasco, Joaquín Díaz de Vivar, Rodolfo Valenzuela, Mario Goizueta, Italo Luder, Pablo Ramella y Ángel Federico Robledo, entre otros. Por el lado de la Unión Cívica Radical, resaltaban las figuras de Ramón Lascano, Gabriel del Mazo, Moisés Lebensohn, Anselmo Marini, Amilcar Mercader, Ataulfo Pérez Aznar y Alberto A. Spota.

Además fueron elegidos militares como lo eran Domingo Mercante, Alberto Teisaire y Vicente Aloé, como así también importantes sindicalistas, destacándose José Espejo, quien en ese entonces ostentaba el cargo de Secretario General de la Confederación General del Trabajo.

La Honorable Convención Constituyente realizó su acto inaugural de las sesiones el día 24 de enero del año 1949. Se eligió a Domingo Mercante como Presidente de la Convención. Héctor Cámpora y José Espejo, por su parte, fueron elegidos como vicepresidentes primero y segundo, respectivamente.

A su vez se designó al Dr. Arturo Enrique Sampay como miembro informante de la Comisión Revisora por el oficialismo.

**31.** El resultado obtenido arroja los siguientes porcentajes: Partido Peronista 61, 38 %; Unión Cívica Radical 26,86 %; Partido Comunista 2,95 %; Partido Conservador 0,67 %, en blanco y anulados 4,20 %, conforme, José Ignacio López, "Legalidad y legitimidad de la Constitución Nacional de 1949. Un enfoque histórico", 18 de Septiembre de 2012. www.infojus.gov.ar. Id SAIJ: DACF120169

En este contexto, la Constitución Nacional del año 1949 respondió a la corriente que regía en esta época de posguerra en occidente, consagrando el reconocimiento de distintos derechos de carácter económicos, sociales y culturales.

La incorporación al texto de nuestra Ley Fundamental de esta segunda generación de derechos, produjo que la Constitución Argentina de 1949 se ubicara en la misma línea que consagrara sus pares de Francia de 1946, la italiana de 1947 y la de Alemania Federal de 1949, entre otras.

Esta reforma constitucional hacía un expreso reconocimiento de importantes derechos de carácter social, los que fueron introducidos en el *Capítulo III,* denominado "*Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura*". Sobre la base de una importante legislación protectoria del trabajo, la reforma incorporó a la Carta Magna una serie de disposiciones destinadas a la protección del trabajo, dotándolo de jerarquía equivalente a la libertad, toda vez que era concebida como una condición para la dignidad humana. Así, en lo referencia a los derechos del trabajador, el art. 37 declaró el "*decálogo*" de esos derechos especiales.

Sampay consideraba que la reforma debía ser la impulsora de un Estado que fuera el "*promotor del bien de la colectividad que interviene para orientar la economía conforme a un plan general de beneficios comunes*". Se advertía que el propósito era diseñar un Estado que dirigiera en forma directa la política social y económica, con servicios públicos brindados por éste, y con un Banco Central activo. Se establecía, a su vez la fiscalización de las actividades privadas que debían velar y ser contestes con el bien común que se pregonaba. También se controlaría el desarrollo

de actividades industriales cuando éstas "*comporten monopolios de hecho*".

Por medio del artículo 40 de la Constitución se determinaba que la "*organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social.*" Continuaba expresando que "*el Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución.*"

A mayor abundamiento se dejaba aclarado que la conducción y explotación de los servicios públicos, debían pasar a estar en manos del Estado. A su vez por medio del mismo artículo 40 se determinaba que

> "*los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptibles e inalienables de la Nación*".

Se ordenaba también en aquél artículo que

"*los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaran en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine*".

Según el modelo constitucional de 1949, el estado poseía un activo rol como actor económico, caracterizado por ser un ente

cuyo objeto era garantizar la equidad en la distribución de los bienes y servicios en beneficio de todos los miembros de la comunidad.

También se determinaba en los artículos 39 y 40 que el capital debía estar al servicio de la economía nacional, así como también que la explotación de la riqueza tenía *"por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social"*; asimismo, se reconocía la libertad económica de los particulares, pero se les negaba la legitimidad de las ganancias usurarias.

Respecto al derecho de propiedad, el constituyente de 1949 realizó una profunda modificación: de una concepción liberal e individualista del derecho de propiedad contenido en la Constitución de 1853 se arribó a la función social de la propiedad privada, y sometida a las obligaciones que estableciera la ley con fines de bien común.

La Convención Constituyente concluyó con el juramento del nuevo texto el 16 de marzo de ese año, previo a ser sancionado el 11 de marzo de 1949.

Acaecido el golpe de estado de la denominada "Revolución Libertadora" a través del cual fuera desplazado el entonces presidente Juan Domingo Perón, Llegamos al año 1956, oportunidad en la que el presidente de facto, general Pedro Eugenio Aramburu derogó la Reforma Constitucional del año 1949 por medio de un decreto firmado el 27 de abril. Por el mismo se expresaba: "*declarar vigente la constitucional nacional sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898 y exclusión de la 1949"*. De esta manera, se reimplantaba una Consti-

tución surgida bajo las circunstancias históricas reinantes en el país más de una centuria atrás[32].

Esta medida fue consentida en forma expresa por el mismo sector que había acerbamente cuestionado el modo en el que había sido interpretado el artículo 30 de la Constitución por parte del entonces oficialismo con motivo de la declaración de la necesidad de la reforma llevada adelante en 1949. Luego ese mismo sector político fue el que participó en forma activa durante todo el proceso que derivó en la Convención Constituyente llevado a cabo en Santa Fe durante el año 1957[33], tal como se tratará en los próximos párrafos de este breve trabajo.

La Constitución de 1949 no sólo nunca fue reestablecida, sino que también fue expresamente omitida por la Convención Constituyente de la Nación de 1994. No obstante ello, y tal como fuera anticipado párrafos antes, varios de sus principios fueron incorporados al texto constitucional vigente, tanto en la Convención Constituyente de 1957 como así la de 1994.

Destaco lo sostenido por Raúl Baglini, para quien la herencia cultural y social de la Constitución de 1949 *"se advierte claramente en las reformas introducidas a la Constitución de 1853/60 a través de la Convención de 1957"*[34].

**32.** Las razones formales aducidas en el bando derogatorio del 27/04/1956 fueron las de restablecer el goce de la libertad, la libre expresión y la falta de discusión por el pueblo de la reforma constitucional, cuyo objetivo fue la reelección indefinida de Perón, por lo que era imperativo "devolver al pueblo el pleno goce de las instituciones".

**33.** Según Sampay esa convención constituyente fue convocada "tuvo por única misión convalidar el decreto derogatorio de la reforma de 1949, para lo cual se eligieron sus miembros previa proscripción del movimiento político de los grandes sectores populares" ("Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)", pág. 72, Recopilación, notas y estudio preliminar de Arturo E. Sampay, Eudeba, Buenos Aires 1975.

**34.** Raúl Baglini "Los principios sociales de la Constitución del 49, las reformas de 1957 y 1994 y el proyecto de Código Civil". https://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/lamatanza/pdf/LM_035_RAUL_BAGLINI.pdf

### *e. Reforma de 1957*

En septiembre de 1955 se produjo un golpe de estado de origen militar conocido como la "*Revolución Libertadora*", que depuso al presidente Juan Domingo Perón, a todos miembros de su gobierno, como así a los integrantes de los otros poderes del estado, sean en el orden federal como en cada una de las provincias y municipios. Asumió como "Presidente Provisional" el general Eduardo Lonardi.

Posteriormente el general Pedro Eugenio Aramburu reemplazó a Lonardi, y dictó la denominada "*Proclama del 27 de abril de 1956*"[35], por la cual dispuso la derogación de la Constitución Nacional de 1949 y ordenó el restablecimiento del texto de 1853 y sus reformas, excluyendo, claro está, la que por ese acto se derogaba. También se abrogaron las constituciones provinciales modificadas a tenor de los establecido en la disposición transitoria quinta de la Constitución Nacional de 1949.

El gobierno de la denominada "*Revolución Libertadora*" creó, a través del decreto 2011/55, la "Junta Consultiva Nacional", determinándose que su función iba a ser de asesoramiento al gobierno provisional[36]. Según el decreto de su creación, la Junta Consultiva debía ser presidida por el entonces vicepresidente, e integrada por los miembros de ciertos partidos políticos especialmente invitados por el gobierno[37] (Unión Cívica Radical, Partido Socialista, Partido Demócrata Nacional, Partido Demócrata Progresista, Partido Demócrata Cristiano y Unión Federal).

**35.** Anales de Legislación Argentina, T.XVI-A, pág.1.
**36.** Decreto 2011/55 del 27-10-1955 (Anales de Legislación Argentina, Tomo XV-A, pág. 562).
**37.** Decreto 3153/55 (Anales de Legislación Argentina, Tomo XV-A, pág. 581).

El día 27 de marzo de 1957 tuvo lugar el inicio de la 33ª Reunión Ordinaria de la Junta Consultiva Nacional[38], bajo la presidencia del contraalmirante Isaac F. Rojas, quien hizo uso de la palabra con motivo de la apertura del debate constitucional.

En forma paralela el "Gobierno Provisional" (así figura en los documentos oficiales de esa época), a través del decreto Nº 22.337 del día 17 de diciembre de 1956, creó la "*Comisión de Estudios Constitucionales",* designándose como miembros de la misma a los doctores Carlos Sánchez Viamonte, Juan A. González Calderón y a Sebastián Soler. Como secretarios a los doctores Jorge Tristán Bosch y Carlos María Bidegain. Esta comisión emitió una serie de trabajos bajo el título "*Materiales para la Reforma Constitucional*".

Una semana después de ser suscriptos los dictámenes de la "Junta Consultiva Nacional" y elevado el "Informe" de la "Comisión de Estudios Constitucionales", el presidente de facto Pedro Eugenio Aramburu, con fecha 12 de abril de 1957, dictó el decreto 3838/57, a través del cual declaró

> "*necesario considerar la reforma parcial de la Constitución de 1853, con las reformas de 1860, 1866 Y 1898*".

Respecto a los puntos de la Constitución Nacional a ser reformados, el artículo 2 del decreto incluía los siguientes, a saber:

> "*Si es necesaria la reforma de los artículos 4º, 5, 6º, 14, 16, 13, 23, 32, 33, 45, 46, 51, 53, 55, 57, 63, 67 (incisos 1, 2 y 26), 77, 81, 82, 83, 84, 85, 86 (incisos I, 5, 10, 11, 19 y 22), 87, 94, 99, 100;*

**38.** "Reforma de la Constitución Nacional" (debate). Junta Consultiva Nacional. Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1957.

*101, 108 y sus correlativos de forma, reordenando su texto si fuere necesario…"*[39].

Más allá de la cuestión semántica utilizada en la redacción del decreto en cuestión, claramente esta convocatoria no se hacía de acuerdo a los términos del artículo 30 de la Constitución Nacional, sino que se pretendió forzar que esa competencia emanaba y surgía de los poderes implícitos del propio del acto revolucionario acaecido en septiembre de 1955.

El peronismo en la clandestinidad y teniendo prohibido el poder participar en la elección de convencionales constituyentes de 1957, finalmente adoptó la postura de votar en blanco. La elección de convencionales constituyentes tuvo lugar el día 28 de julio de 1957. Esa oportunidad iba a resultar ser la primera vez en la que en nuestro país se iba a utilizar el sistema electoral de representación proporcional, cuyo procedimiento el decreto de convocatoria explicaba en sus artículos 3 a 6.

Una vez realizado el escrutinio para la elección de convencionales constituyentes, se verificó que el voto en blanco había superado en cantidad a los votos efectivamente obtenidos por cada una de las fuerzas políticas a las que se les había permitido presentarse.  A su vez, es de destacar que la Unión Cívica Radical Intransigente –la UCRI-, que había hecho su campaña en contra de la reforma constitucional de 1957, obtuvo una importante porción de votos.

**39.** El mismo artículo 2 establecía que las posibles reformas a esos artículos de la Constitución Nacional, tenían como "fin de asegurar:
a) El establecimiento del régimen electoral más adecuado (artículos 37, 46, 81, 32, 83, 34 y 35);'
b) El afianzamiento del sistema federal de gobierno (artículos 4º, 5º, 6, 67 (incisos 1, 2 y 26) y 108);
c) El afianzamiento de la libertad individual y de expresión y de los derechos individuales y sociales (artículos 14, 16, 18, 23, 32, 53: 67 (inciso 26) y 86 (inciso 19);
d) El fortalecimiento de las autonomías municipales (artículo 5º);
e) El equilibrio interno entre los poderes del Gobierno Federal, dando al Poder Legislativo independencia funcional y poder de contralor, y fijando las facultades del Poder Ejecutivo, inclusive en la designación y remoción de los empleados públicos. El robustecimiento integral del Poder Judicial (artículos 45, 51, 55, 57, 63, 77, 86 (incisos 1, 5, 10, 11 y 22), 87, 94, 99, 100 y 101);
f) El régimen adecuado de dominio y explotación de las fuentes naturales de energía".

La Convención Constituyente se reunió en la ciudad de Santa Fe entre el 30 de agosto y el 14 de noviembre de 1957. El recinto elegido para tal fin fue el Paraninfo de la Universidad del Litoral, el mismo lugar utilizado en 1994 para las reuniones plenarias durante la última reforma constitucional.

Durante la sesión inaugural pidió la palabra el convencional electo Oscar Alende, quien sostuvo que el bloque que él lideraba (el de la UCRI) consideraba nula a esa convención constituyente, aclarando que los miembros del citado bloque no se encontraban sentados en el recinto en condición de convencionales constituyentes, "*sino como simples ciudadanos que niegan validez a esta Convención Constituyente y niegan validez al mandato de los señores convencionales*". Concluido su discurso, Alende y todos los convencionales de la UCRI abandonaron el recinto donde sesionaba la convención constituyente, sin que les tomaran juramento del cargo por el que habían sido elegidos. Este bloque político era el más numeroso, y estaba compuesto por 67 miembros.

Poco tiempo después de iniciadas las sesiones ordinarias renunciaron otros convencionales provenientes de partidos menores.

En la sesión del día 24 de octubre, fue aprobada la incorporación de un artículo nuevo al texto constitucional, el actual "*14 bis*", también llamado "*artículo 14 nuevo*", conjuntamente con un pequeño agregado al entonces artículo 67 inciso 11. Agrego por mi cuenta que varios de los principios incluidos en el artículo 14 bis habían sido consagrados en el texto de 1949, excepto el derecho de huelga y la participación de los trabajadores en la dirección y ganancias de las empresas.

Después de ser aprobada la incorporación del artículo 14 bis, se pasó a un cuarto intermedio, con la intención de que al retomarse la labor por parte del plenario fueran debatidos los restantes despachos de la Comisión de Redacción referidos a otras enmiendas que pensaban llevarse a cabo al texto constitucional[40]. Esto último no iba a suceder. En efecto, Hacía un tiempo que la convención sesionaba con un quorum ajustado, debido a las renuncias y deserciones ya mencionadas. En ese contexto se produjo la renuncia de once convencionales por el sector conservador, lo que fue una suerte de "golpe de gracia" a la Convención Constituyente de 1957, al quedar el cuerpo sin el número mínimo para poder sesionar y adoptar decisiones válidas. Por ello, el día 14 de noviembre el presidente de la Convención, señor Ignacio Palacio Hidalgo, declaró la disolución de la misma[41].

Más allá de estas vicisitudes, tal como se expresara párrafos antes, esta convención constituyente incorporó al texto constitucional (y se mantiene hasta el día de hoy) el artículo 14 bis y un agregado al artículo 67 inciso 11, actual 75 inciso 12 de la Constitución Nacional.

## IV. A MODO DE CIERRE

Muchas cuestiones quedan sin abordarse, sobre todo desde la denominada teoría constitucional, a través de la cual se podría analizar la compleja  tarea de describir todas los pasos que necesariamente deben cumplirse para llevar adelante una reforma constitucional, pese a la aparente sencillez con la que fue redactado el artículo 30 de nuestra Ley Fundamental. Las dificultades interpretativas y las mayorías calificada que exige dicha norma

**40.** "Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente Año 1957", citado.  Tomo II, pág. 1493.

**41.** "Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente Año 1957", citado.  Tomo II, pág. 1664 a 1666.

constitucional tuvieron como consecuencia las escasas ocasiones en las que la Constitución Nacional fue reformada. De ahí el inmenso mérito de aquélla dirigencia política que, dejando de lado las diferencias de origen e ideológicas, aunaron esfuerzos para sancionar la reforma constitucional de 1994, que a treinta años vista de su sanción es recordada en esta obra colectiva de la cual tengo el inmenso honor de participar.

Vuelvo a agradecer al señor Procurador General Dr. Julio M. Conte-Grand y al Centro de Información Jurídica (CIJur) de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en especial a su titular la doctora María José Rodríguez y a sus muy eficientes y distinguidos colaboradores, abogados Cristian Millán y Karina S. Turdó, quienes tuvieron la generosidad de invitarme a hacer esta breve reseña de tan apasionante cuestión de la historia constitucional argentina.

**Bibliografía**

ALBERDI, Juan Bautista (1928). Derecho Público Provincial. Buenos Aires: Colección “La Cultura Argentina”.

ALBERDI, Juan Bautista (1945). *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*”, Buenos Aires: Ediciones Jackson.

ALBERDI, Juan Bautista (1948). *Bases y Puntos de Partida para Organización Política de la República Argentina.* Buenos Aires: Editorial Tor.

BIDEGAIN, Carlos María (1986). *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional.* –tercera edición actualizada- Tres tomos. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

BORLENGHI, Ángel (1948). *La Reforma Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft.

DEL VALLE, Aristóbulo (1911). *Nociones de Derecho Constitucional. Notas tomadas de las conferencias del Dr. A. del Valle,* por Máximo Castro y Alcides Calandrelli. Buenos Aires: Imprenta y Litografía "La Buenos Aires".

DE VEDIA, Agustín (1907*). Constitución Argentina*. Buenos Aires: Imprenta y Casa Editora de Coni Hermanos.

GONZÁLEZ, Joaquín V. (1935). *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires: Editorial Estrada.

GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan (1943). *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft.

MATIENZO, José Nicolás (1916). *Derecho Constitucional. Apuntes taquigráficos tomados en la cátedra del Dr. José Nicolás Matienzo, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata* por Juan Isaac Cooke. Dos tomos, La Plata: Talleres 'Sesé'.

MAYÓN, Carlos A. (2021). *Derecho Constitucional Argentino*, Cuatro Tomos, Primera Edición., Tomo I, pág. 279. La Plata: Ediciones Haber.

RAVIGNANI, Emilio (1937-1938). Asambleas Constituyentes Argentinas. Buenos Aires: Talleres S.A. Casa Jacobo Peuser, Ltda.

SAGÜES, Néstor (2007). *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Editorial Astrea.,

SAMPAY, Arturo E. (1975). Las Constituciones de la Argentina (1810-1972). Buenos Aires: EUDEBA.

SANCHEZ VIAMONTE, Carlos (1957). *El Poder Constituyente*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

TERRI, José A. *Finanzas* (1918). Madrid: Imprenta Clásica Española.

ZIULU, Adolfo G. (1996). Derecho Constitucional, Dos tomos. Buenos Aires: Editorial Depalma.

## b. **Reflexiones a 30 años de la Reforma nacional, desde una perspectiva histórica, actual y hacia el futuro**

# A treinta años de la reforma constitucional

Por
**Eduardo Menem**[1]

1. Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Córdoba). Presidente de la H. Convención Nacional Constituyente de 1994.

Con motivo de cumplirse este año un nuevo aniversario de la reforma constitucional de 1994, respondo gustosamente a la invitación de formular algunas reflexiones sobre ese acontecimiento histórico de nuestra vida institucional[2].

Para poner en valor la última reforma de nuestra ley fundamental, creo conveniente recordar la traumática y complicada historia de las sanciones constitucionales ocurridas en nuestro país, para anticipar la conclusión de que la de 1994 fue la más legítima, democrática y eficiente, en comparación con ellas.

## I. ANTECEDENTES

Hubo dos Constituciones, sancionadas en 1819 y 1826, que nunca entraron en vigencia por su carácter unitario, razón por la cual fue rechazada por las provincias. La violación del federalismo era tan evidente, que las constituciones provinciales tenían que ser revisadas y aprobadas por el Gobierno Nacional.

Después de esos dos intentos fallidos se fueron sucediendo los pactos provinciales tendientes a la organización nacional a los que se refiere el Preámbulo como los "pactos preexistentes", siendo los más importantes el Pacto Federal de 1831 (considerado como la base de la Confederación Argentina) y el Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos del 31 de mayo de 1852 que ratificó como ley fundamental el Pacto Federal de 1831 y convocó al Congreso General Constituyente que luego sancionó la Constitución de 1853.

Sin desmerecer en lo más mínimo la extraordinaria labor llevada a cabo por los constituyentes de 1853, cabe recordar que no

**2.** Este artículo fue escrito de acuerdo a lo solicitado por el doctor José Herrero Ducloux, y a la amable invitación del señor Procurador General de la Provincia de Buenos Aires, doctor Julio M. Conte-Grand.

participó la provincia de Buenos Aires (por no estar de acuerdo con la representación igualitaria de las provincias) y que los convencionales no fueron elegidos democráticamente por los pueblos de las provincias sino por el poder de turno y en forma poco transparente. Más aún algunos convencionales ni conocían las provincias que representaban, razón por lo cual Sarmiento los denominaba irónicamente como los "alquilones de Urquiza".

La reforma constitucional de 1860, llevada a cabo después de la batalla de Cepeda y el Pacto de San José de Flores, por el cual la Provincia de Buenos Aires se incorporó a la Confederación, fue efectuada por una denominada "Convención ad hoc", la que aprobó algunas modificaciones propuestas por dicha provincia.

La reforma de 1860 acentuó el federalismo, al eliminar el requisito de que las constituciones provinciales fueran revisadas por el Congreso de la Nación, restringió las causales de intervención federal a las provincias y reservó a ellas la jurisdicción para aplicar los Códigos Civil, de Comercio, Penal y de Minería. También se agregó el artículo 33 referido a los derechos no enumerados o implícitos. Esa reforma de 1860 fue calificada como inconstitucional por alguna doctrina, en razón de que la Constitución de 1853 prohibía su reforma por el término de 10 años.

La reforma de 1866 tuvo por finalidad modificar el artículo 4 y el 67 inciso 1 ° de la Constitución, a los efectos de eliminar el límite de vigencia de la percepción de los derechos de exportación y de importación que debía cobrar la Nación hasta 1866, quedando de esa forma por tiempo indefinido. Se argumentaba en favor de esta modificación que la Argentina se encontraba en guerra con el Paraguay, por lo que la Nación necesitaba seguir contando con esos recursos más allá de la fecha límite que se había establecido.

Cabe señalar que la ley 171 por la que se declaró la necesidad de la reforma de 1860 fue votada por los dos tercios de los miembros presentes y no de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no obstante lo cual el procedimiento no recibió ningún tipo de impugnación como la que se utilizó para anular la reforma de 1949.

La reforma de 1898 se limitó a ampliar la base poblacional para la elección de diputados y amplió de 5 a 8 el número de ministros del Poder Ejecutivo. La Convención que hizo esta reforma, al igual que la que se realizó posteriormente en 1949, fueron las únicas que tuvieron lugar en la ciudad de Buenos Aires y no en Santa Fe como se efectuaron las restantes.

La reforma de 1949, que fue prácticamente una nueva Constitución, incluyó nuevos derechos individuales y sociales agrupados en derechos de los trabajadores, de la familia de la ancianidad, de la educación y la cultura, además del hábeas corpus. Estableció la elección directa del Presidente de la Nación, con posibilidad de reelección y la elección directa de los senadores reduciendo su mandato de 9 a 6 años.

Esta reforma fue en su momento cuestionada por cuanto la ley declarativa de la necesidad de la reforma no había sido sancionada por los 2/3 del total de miembros de cada Cámara, sino solamente de los miembros presentes. Esta fue la principal causa invocada para su derogación en 1956 por una resolución del gobierno militar, autodenominado Revolución Libertadora que había derrocado a las autoridades constitucionales en 1955.

La reforma de 1957 fue efectuada por una Convención convocada por el mismo gobierno de facto que había derogado a la reforma

de 1949 y funcionó irregularmente al producirse un retiro masivo de convencionales, por lo que se limitó a sancionar el artículo 14 bis. En la elección de convencionales no pudo participar el partido peronista por estar proscripto.

El estatuto de 1972, dictado por el gobierno militar también introdujo reformas a la Constitución, en base a las cuales se organizó el gobierno civil de 1973 que a su vez fue derrocado en 1976 por otro golpe militar. Esta normativa groseramente inconstitucional quedó formalmente extinguida el 31 de marzo de 1976 ya que el estatuto para el autodenominado Proceso de Reorganización Nacional de esa fecha, ni siquiera lo mencionó.

Esta breve síntesis de nuestra historia constitucional, pone en valor la reforma de 1994 sancionada luego de un proceso en el que se cumplieron todos los pasos previstos por la Constitución Nacional en un marco de plena democracia republicana.

## II. IDEAS CENTRALES QUE IMPULSARON EL PROCESO DE REFORMA

Entre las principales ideas que inspiraron el proceso de la reforma de 1994, pueden mencionarse las siguientes:

a) Ampliar los derechos de los ciudadanos estableciendo las garantías para asegurar su efectivo cumplimiento;

b) Fortalecer el sistema democrático;

c) Otorgarle mayor participación a los ciudadanos en el manejo de las instituciones públicas;

d) Consagrar un nuevo equilibrio de los poderes del Estado, mediante la atenuación de las facultades del Poder Ejecutivo y el fortalecimiento del Poder Legislativo y del Poder Judicial;

e) Otorgar mayor eficacia al funcionamiento de las instituciones estatales;

f) Conferir jerarquía constitucional a los órganos de control del Estado;

g) Fortalecer el régimen federal;

h) Incorporar valores que consolidan los principios fundamentales de la cultura de la reconciliación y de la paz;

h) Promover la integración latinoamericana y con otros países extranjeros;

Transcurridos 30 años de la reforma de 1994 puedo afirmar que en general la mayoría de estos propósitos fueron concretados con las nuevas normas constitucionales, pero lamentablemente muchas de ellas no han sido cumplidas, ya sea por la falta del dictado de las leyes reglamentarias que dispone la Constitución, o porque algunas de las leyes sancionadas desvirtuaron el propósito de sus preceptos, para favorecer intereses políticos partidarios. Más adelante nos referiremos a esos desvíos reglamentarios.

## III. LEGITIMIDAD DE LA REFORMA

### A. En cuanto a su origen y antecedentes

La reforma de 1994 llevó un largo proceso de gestación, manifestado a través de los numerosos proyectos presentados con anterioridad por legisladores de distinta extracción política y con diferentes alcances, que no fueron convertidos en ley.

Es decir que la reforma no fue una repentina decisión adoptada por el oficialismo gobernante en la década de los 90, sino que existían muchos antecedentes que revelaban la conciencia predominante en la sociedad y en sus representantes y dirigentes políticos, sobre la necesidad de la adaptar nuestra ley fundamental a los profundos cambios que se habían producido en la sociedad. Y era lógica esa inquietud por cuanto la Constitución Nacional de 1853-1860 era una de las más antiguas del mundo, y las antes citadas reformas producidas desde su sanción no implicaron una actualización, salvo la incorporación de los derechos sociales en el artículo 14 bis efectuados por la cuestionada reforma de 1957.

Entre los proyectos y estudios más importantes sobre la reforma debe recordarse el impulsado por el Presidente Raúl Alfonsín a través de la creación del Consejo para la Consolidación de la Democracia mediante el decreto 2446/85 y que fuera integrado por importantes dirigentes políticos de distintos partidos y juristas, coordinados por el Dr. Carlos Nino. Este Consejo emitió dictámenes fundamentando la necesidad de la reforma y propiciando algunas reformas que fueron tenidos en cuenta por la Convención Nacional Constituyente de 1994.

Otro antecedente favorable a la reforma constitucional fue su previsión en las plataformas electorales de los partidos políticos mayoritarios, aunque en algunos puntos no coincidían en el contenido y extensión de las normas a modificar.

En virtud de los antecedentes brevemente citados, no era de extrañar que las dos fuerzas políticas mayoritarias del país, justicialismo y radicalismo, luego de intensos estudios realizados por comisiones de juristas de ambos partidos, llegaran a un acuerdo para promover la reforma, conocido como el Pacto de Olivos, suscripto el 14 de noviembre 1993, complementado por el Pacto de la Rosada del 13 de diciembre del mismo año, por el Presidente Carlos S. Menem y el ex Presidente Raúl Alfonsín, en su carácter de titulares de sus respectivos partidos.

**B. En relación a la etapa preconstituyente**

El proceso de la reforma propiamente dicho se inició en el Congreso de la Nación mediante la sanción de la ley 24.309 declarando la necesidad de la reforma constitucional. Dicha ley fue sancionada por los 2/3 de los votos de la totalidad de los miembros de cada Cámara, terminando con la vieja discusión acerca de si esa mayoría calificada se computaba sobre los miembros presentes, como se hizo con las leyes que habilitaron las reformas de 1866 y 1949, o si sobre la totalidad de los integrantes de las Cámaras como ocurrió con la ley 24.309, sentando un valioso precedente al respecto.

El proceso parlamentario se inició en la Cámara de Senadores en base a un proyecto de integrantes del bloque justicialista que fue acompañado por los bloques del Movimiento Popular Neuquino y del Movimiento Popular Fueguino, mientras que la bancada ra-

dical y otros partidos provinciales lo hicieron en contra. El proyecto fue finalmente aprobado en la sesión del 21 de octubre de 1993, con el apoyo del senador del Partido Bloquista de San Juan Leopoldo Bravo, para lo cual hubo que introducir a su pedido, modificaciones al proyecto original del justicialismo.

Mientras el proyecto se encontraba en la Cámara de Diputados en el carácter de revisión, se celebraron los Pactos ante referidos, razón por la cual dicha Cámara aprobó el proyecto de reforma, incluyendo el contenido de aquellos, con fecha 22 de diciembre de 1993, por 191 votos a favor, 56 en contra y 9 abstenciones, alcanzándose de esa forma los 2/3 de votos del total de los miembros de la Cámara.

Al volver el proyecto modificado a la Cámara de Senadores, como Cámara de origen, resultó aprobado con excepción del artículo referido al mandato de los senadores, que había sido reducido a 4 años, insistiendo el Senado con su sanción original de 6 años.

De este modo quedó aprobado el texto de la ley declarativa de la necesidad de reforma constitucional, que se registró con el número 24.309.

### C. En cuanto a la sanción de la reforma

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 8 de la ley 24.309, el Poder Ejecutivo convocó al pueblo de la Nación a elegir convencionales constituyentes, estableciendo en el artículo 9 que cada provincia y la Capital Federal elegirán un número de convencionales constituyentes igual al total de legisladores que envían al Congreso de la Nación, es decir la suma de senadores y diputados que representan a cada distrito electoral. Por su parte

el artículo 10 dispuso que los convencionales serán elegidos por voto directo, aplicándose el sistema proporcional D'Hont para la distribución entre los partidos participantes y la ley electoral vigente para la elección de diputados nacionales.

Como consecuencia de los resultados electorales la Convención Nacional Constituyente se integró con 305 convencionales que conformaron 19 bloques políticos, por lo que puede afirmarse que estuvo representado todo el espectro político del país, confiriéndole a esta magna asamblea un pluralismo sin antecedentes en nuestra historia constitucional y reafirmando su carácter democrático. Debe también destacarse en ese sentido la participación de 80 convencionales mujeres, integrando distintos bloques políticos, mientras que sólo hubo 4 mujeres en la Convención de 1957 y ninguna en las anteriores.

En razón de que la ley 24.309 había establecido en su artículo 12 que la Convención funcionaría en las ciudades de Santa Fe y Paraná sin mayores precisiones, lo que podría generar algún tipo de problema en su desarrollo, antes de su inicio y frente a la posibilidad concreta de ser elegido Presidente de la Convención invité a La Rioja a los gobernadores de Santa Fe, Carlos Reuteman y de Entre Ríos, Mario Moine para lograr un acuerdo, que debía someterse a la aprobación de la Convención, en el que se convino lo siguiente: el acto de inauguración y apertura de la Convención, las sesiones especiales y la de clausura se realizarían en la ciudad de Paraná, para lo cual el Gobierno de Entre Ríos puso a disposición el Teatro 3 de febrero; las sesiones plenarias tendrían lugar en las instalaciones la Universidad del Litoral, donde también funcionarían la mesa de autoridades y secretarías. Las Comisiones de trabajo tendrían sus sedes en los lugares que fije la Convención, procurando que se repartan equitativamente entre Santa Fe y

Paraná. Asimismo, se dispuso que la ceremonia de juramento de la Constitución reformada, tanto de los convencionales como de los titulares de los poderes nacionales tuviera lugar en el Palacio San José ubicado en Concepción del Uruguay, Provincia de Entre Ríos.

La propuesta fue aceptada y las actividades de la Convención se desarrollaron en la forma convenida.

Asimismo se cumplió estrictamente con el plazo de 90 días improrrogables fijados por el artículo 12 de la ley 24.309 para el funcionamiento de la Convención: se inauguró el 25 de mayo de 1994, se clausuró el 22 de agosto y se juró el 24 de agosto. Quedó desmentido de esta forma uno de los argumentos sostenidos por los detractores de la reforma, según el cual la Convención se declararía soberana y prorrogaría las sesiones por tiempo indeterminado.

El funcionamiento de la Convención comenzó rigiéndose por el Reglamento de la Cámara de Diputados, según lo autorizaba el artículo 13 de la ley 24.309, hasta que luego de un largo debate sancionó su propio Reglamento por 198 votos a favor y 88 votos negativos.

Corresponde señalar que el principal punto de discusión sobre el Reglamento fue la forma de votar el denominado Núcleo de Coincidencias Básicas, conformado por varias reformas descriptas en el artículo 2 de la ley 24.309 y que, según el artículo 5 de la misma, debían votarse en forma conjunta. Es decir que la votación afirmativa significaría la aprobación de todas las reformas contempladas en el artículo 2 mientras que la negativa implicaría el rechazo de todos ellos. El principal cuestionamiento radicaba

en que la Convención no podía quedar sometida a la forma de votación establecida por el Congreso. Esta cuestión devino en abstracta al aprobar la Convención ese modo de votar en el artículo 127 del Reglamento, aclarando además que para la votación no podían separarse los artículos, temas, proposiciones o períodos contenidos en el Núcleo de Coincidencias Básicas.

De todos modos, debemos destacar que las razones dadas para votar en bloque el Núcleo de Coincidencias Básicas, consistían en que se trataba de un sistema que establecía un nuevo equilibrio de poderes, por lo que no se podían votar sus componentes por separado, mientras que los opositores, además de rechazar que era un sistema, argumentaban que se les negaba el derecho de aprobar algunas disposiciones con las que estaban de acuerdo y de rechazar otras con las que discrepaban. El debate sobre el Reglamento, que duró 85 horas, fue el más extenso dado en la Convención.

En la sesión inaugural de la Convención se procedió a elegir la mesa de autoridades que quedó constituida de la siguiente forma: Presidente: Eduardo Menem (PJ); Vicepresidente Alberto Pierri (PJ); Vicepresidente 1º Ramón Mestre (UCR); Vicepresidente 2º: Fernando Solanas (Frente Grande); Vicepresidente 3º: Roberto Echenique (Modin); Vicepresidente 4º: María C. Guzmán (Movimiento Popular Jujeño). El Vicepresidente 2º Fernando Solanas renunció a su cargo en la sesión del 9 de junio, en desacuerdo con la forma de votación del Núcleo de Coincidencias Básicas.

Por otra parte y como es de costumbre en las asambleas legislativas, la Convención creó 11 Comisiones de trabajo: 1) Redacción; 2) Coincidencias Básicas; 3) Competencia Federal; 4) Régimen Federal y Autonomía Municipal; 5) Nuevos Derechos y Garantías;

6) Sistemas de Control; 7) Participación Democrática; 8) Integración y Tratados Internacionales; 9) Peticiones, Poderes y Reglamento; 10) Hacienda y Administración; 11) Labor Parlamentaria.

A lo largo de 36 sesiones plenarias la Convención consideró exclusivamente los temas autorizados por la ley 24.309, quedando sin tratamiento, por falta de tiempo, la creación de un Consejo Económico y Social con carácter consultivo. Asimismo se respetó la disposición, establecida por el artículo 7 de dicha ley, en cuanto prohibió introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidas en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución, es decir de los primeros 35 artículos.

En definitiva y dentro de los límites fijados por la ley se sancionaron en total 61 reformas, de las cuales 20 fueron nuevas normas, 24 modificadas y 17 disposiciones transitorias.

Corresponde aclarar que, si bien no estaba incluida la ratificación de nuestros derechos de soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sándwich del Sur, sancionada como Cláusula Transitoria Primera, su incorporación era procedente para precisar que la Constitución reformada debía también ser aplicada en esos territorios y espacios insulares y marítimos correspondientes, por ser parte del territorio nacional. Esta norma de nuestra autoría fue aprobada por aclamación. Asimismo, fueron aprobadas por unanimidad la norma de defensa de la democracia del artículo 36 y el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos aborígenes argentinos, del artículo 75 inciso 17. Las restantes reformas fueron aprobadas por holgadas mayorías.

Finalmente, como otra circunstancia relevante que ratifica la legitimidad de la reforma constitucional de 1994, y el marco de plena democracia en el que fue debatida y sancionada, se destaca que la Constitución reformada fue formalmente jurada por todos los convencionales, aún por los que se opusieron total o parcialmente a ella, dejando solo en el recuerdo los "portazos" y abandonos masivos producidos en las dos últimas Convenciones realizadas en 1949 y 1957.

## IV. EFECTOS DE LA REFORMA EN NUESTRA FORMA DE GOBIERNO

Entre los distintos enfoques con los que se puede abordar el análisis de la reforma constitucional de 1994 optaremos por destacar los efectos que ha producido en nuestra forma de gobierno representativa, republicana y federal establecida por el artículo 1º de la Constitución Nacional.

### A. Sistema representativo

Al clásico principio consagrado por el artículo 22 de nuestra ley fundamental de que "el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución", se lo ha complementado en la reforma por una mayor participación de los ciudadanos en el manejo de las instituciones públicas.

Esa mayor participación directa de los ciudadanos se puede comprobar en los siguientes temas:

**a.** Elección directa del Presidente y Vicepresidente de la Nación (artículo 94), eliminando los colegios electorales y de los Senado-

res Nacionales (artículo 54) que eran elegidos por las legislaturas locales. En ambos casos se torna más transparente la voluntad popular al suprimirse intermediaciones que en muchos casos la desvirtuaban.

**b.** Los institutos calificados como de "democracia semidirecta", en los cuales la participación de los ciudadanos es esencial para la adopción de algunas decisiones relevantes en el ámbito estatal, tales como:

**b1.** La iniciativa popular, mediante la cual los ciudadanos pueden presentar proyectos de ley ante la Cámara de Diputados (artículo 39) cumpliendo los requisitos exigidos por la ley reglamentaria 24.747.

**b2.** La consulta popular vinculante (artículo 40), autorizando a la Cámara de Diputados a realizar una convocatoria que no puede ser vetada, para someter a votación obligatoria del pueblo de la Nación un proyecto de ley que, en caso de ser aprobado, se convierte en ley de promulgación automática.

**b3.** La consulta popular no vinculante (artículo 40) en virtud de la cual el Congreso o el Presidente de la Nación, dentro de sus respectivas facultades, pueden convocar al pueblo para que se pronuncie voluntariamente sobre determinado asunto, observando el procedimiento establecido por la ley reglamentaria 25.342.

**c.** La participación necesaria de las asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control de las relaciones de consumo, protección de su salud, seguridad e intereses económicos, información adecuada y veraz, libertad de elección y condiciones de trato digno y equitativo (artículo 42).

**B.** Sistema republicano

Encontrándose entre las característica principales de la República la responsabilidad de los funcionarios públicos, la periodicidad de sus mandatos, la publicidad de los actos de gobierno y la división y equilibrio de los Poderes del Estado, las reformas de 1994 han fortalecido algunos de esos rasgos, como surge de las normas que se mencionan a continuación.

**a. Responsabilidad de los funcionarios públicos**

Siendo el control la antesala de la responsabilidad, la Constitución reformada le ha concedido jerarquía constitucional a algunos de los organismos de control existentes en el ámbito "infra constitucional" pudiéndose citar al respecto:

**La Auditoría General de la Nación**

Es un organismo de asistencia técnica del Congreso con autonomía funcional que tiene a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública, centralizada y descentralizada, cualquiera sea su modalidad de organización.

Sus dictámenes constituyen el sustento del examen y opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública, cuyo control externo en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos corresponden a dicho Poder.  Además, se le asigna intervención necesaria en el trámite de aprobación o rechazo de la cuenta de percepción e inversión de los fondos públicos (artículo 85).

Este organismo había sido creado por la ley 24.156 de administración financiera y de los sistemas de control del sector público nacional, sancionada el 30/9/92, la que estableció su integración por 7 miembros, 3 designados por el Senado y 3 por la Cámara de Diputados, mientras que 7º era nombrado por resolución conjunta de los Presidentes de ambas Cámaras.

Al ser incorporado en la Constitución Nacional en el citado artículo 85, se determinó que el presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso, ratificando de este modo el carácter pluripartidista y democrático de la reforma de 1994.

**El Defensor del Pueblo**

Este organismo había sido creado en el orden nacional por la ley 24.284 sancionada el 1º de diciembre de 1993 en base a un proyecto de nuestra autoría juntamente con el senador nacional por La Rioja Libardo N. Sánchez. De acuerdo a esta ley, se trataba de un organismo instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad, cuya misión fundamental era la de proteger los derechos e intereses de los individuos y de la comunidad frente a los actos, hechos u omisiones de la administración pública nacional

Al receptar esta figura en el artículo 86 de la Constitución, se le agregó expresamente que tenía como misión la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados por la Constitución y las leyes. Asimismo, se le otorgó legitimación procesal para cumplir con sus funciones, disponiendo el artículo 43 que, además del afectado y de las aso-

ciaciones competentes, el Defensor del Pueblo podrá interponer acción de amparo contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.

Cabe señalar que después de la incorporación del Defensor del Pueblo a la Constitución, se modificó la ley 26.284, mediante la ley 24.379 publicada el 12/10/94, para adecuarla como ley reglamentaria a la norma constitucional.

**b. Periodicidad de los mandatos**

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

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

Por otra parte, al introducir la figura del Defensor del Pueblo, fijó su mandato en 5 años, pudiendo ser nuevamente designado por solo una vez.

**c. Publicidad de los actos de gobierno**

Esta característica del sistema republicano de gobierno ha sido tenida en cuenta en la reforma de 1994 al consagrar expresa-

mente que el acuerdos que debe prestar el Senado para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se realice en sesión pública convocada al efecto (artículo 99 inciso 4, 1º párrafo).

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

**d. División y equilibrio de los Poderes del Estado**

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

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

**1. Mayor eficacia del Poder Legislativo**

Se logra este resultado mediante las siguientes reformas:

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

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

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

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

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

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

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

## 2. Atenuación del Presidencialismo

Como ya lo explicamos al referirnos a la división y el equilibrio de los poderes del Estado, como una de las características del sistema republicano, el Poder Ejecutivo fue diseñado como un Poder fuerte, según la concepción de Alberdi influenciado por la Constitución chilena. Pero con el transcurso de los años ese poder se fue incrementando en desmedro del Poder Legislativo y del Poder Judicial, razón por la cual la atenuación del Presidencialismo fue una de las ideas-fuerza que inspiraron la reforma de 1994.

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

**2.1** La creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros, como responsable político ante el Congreso de la Nación, atribuyéndole

facultades para desconcentrar las del titular del Poder Ejecutivo, entre ellas: ejercer la administración general del país; efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al Presidente; coordinar, preparar y convocar a las reuniones del gabinete de ministros, presidiéndolas en caso de ausencia del Presidente; hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de Presupuesto Nacional; refrendar los decretos reglamentarios de las leyes, los decretos que dispongan la prórroga de las sesiones ordinarias del Congreso o la convocatoria a sesiones extraordinarias y los mensajes del Presidente que promuevan la iniciativa legislativa, etc. (artículo100);

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

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

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

**2.5** La limitación de la facultad de dictar disposiciones de carácter legislativo, es decir los denominados decretos de nece-

sidad y urgencia, salvo cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, lo que deberá ser decidido en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. Este funcionario deberá elevar, dentro de los diez días, los decretos a la Comisión Bicameral Permanente, la que en el mismo plazo someterá su dictamen al plenario de cada Cámara, para su aprobación o rechazo, en los términos de la ley reglamentaria.

**2.6** Corresponde considerar también como una atenuación del Presidencialismo, la prohibición de la delegación legislativa al Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de delegación que el Congreso establezca (artículo 76).

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

## 3. Independencia del Poder Judicial

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

En ese sentido nos remitimos a lo explicado en el punto 2.7, referido a uno de los aspectos de la atenuación del presidencialismo, en cuanto exige ciertas condiciones para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los jueces federales de tribunales inferiores, asegurando una mayor transparencia en esas designaciones y contribuyendo también a la independencia del Poder Judicial

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

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

de justicia y decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión y formular la acusación correspondiente,

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

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

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

## C. Sistema federal

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

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

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

- Reconoce el dominio originario de las provincias de los recursos naturales que se encuentren dentro de su territorio (artículo 124)

- Admite la posibilidad de que las provincias puedan crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines (artículo 124).

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

- Establece, como se explicitó anteriormente, que la intervención federal a las provincias y a la ciudad de Buenos Aires es una facultad que corresponde exclusivamente al Congreso de la Nación durante el periodo de sesiones, pudiendo aprobar o revocar la intervención decretada por el Poder Ejecutivo durante su receso (artículo 75 inciso 31).

- Reconocimiento de la autonomía municipal que tiene manifestación concreta en la autonomía de la ciudad de Buenos Aires (artículo 129). Es decir que no basta con que las provincias aseguren el régimen municipal, como lo establece el artículo 5 de la Constitución, sino que se les exige asegurar la autonomía municipal reglando su alcance y contenido su alcance en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero (artículo 123).

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

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

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

## V. DIMENSIÓN AXIOLÓGICA

La ley 24309 determinó que la Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución, es decir de los primeros 35 artículos (artículo 7). Además, prescribió que serán nulas, de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención apartándose de la competencia establecida en los artículos 2° y 3° de la ley (artículo 6).

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

También se sostenía con evidente mala fe que la mayoría peronista iba a imponer la restauración de la Constitución de 1949 o que una vez aprobada la reelección presidencial se daría por terminada la Convención.

Con la sanción de las reformas de 1994 no sólo quedaron despejadas esas dudas y temores sino que, además de respetar los límites fijados por la ley, se introdujeron normas que ampliaron las Declaraciones Derechos y Garantías de los primeros 35 artículos, otorgándole a la Constitución reformada una dimensión axiológica enriquecida por nuevos valores en beneficio de las personas y de las instituciones.

En ese orden de cosas, y en virtud de lo autorizado por el artículo 3º inciso b) de la ley 24.309, se incluyó un segundo capítulo en la Primera Parte de la Constitución, bajo el título de "Nuevos derechos y garantías", que son los que se mencionan a continuación:

- La defensa del orden constitucional y del sistema democrático (artículo 36)

- Los derechos políticos (artículo 37)

- La regulación de los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático (artículo 38)

- El derecho a la iniciativa popular (artículo 39)

- El derecho a la consulta popular (artículo 40)

- La consulta popular (artículo 40)

- El derecho a un ambiente sano (artículo 41)

- La defensa del usuario y del consumidor (artículo 42)

- El derecho a promover las acciones de amparo, de habeas data, de habeas corpus y a la preservación del secreto de las fuentes de información periodística (artículo 43)

Por otra parte al autorizar la ley 24.309 la modificación del art.67 (hoy 75) referido a las atribuciones del Congreso, se incorporaron nuevos derechos, valores, garantías y principios, y otros que son complementarios a los declarados por la Constitución de 1853-1860. Entre ellos pueden mencionarse los siguientes:

1.- Equidad, solidaridad, calidad de vida e igualdad de oportunidades (artículo 75, inciso 2º, párrafo 3º). Se refiere a la distribución de los ingresos por la coparticipación de las contribuciones entre la Nación, las Provincias y la Ciudad de Buenos Aires, estableciendo que debe hacerse en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas, contemplando criterios objetivos de reparto. Será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades.

2.- Igualdad real de oportunidades (artículo 37). La norma consagra los derechos políticos y establece que debe garantizarse mediante acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral, la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios.

3.- Igualdad real de oportunidades y de trato (artículo 75 inciso 23º). Esta cláusula establece como atribución del Congreso la de 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 la Constitución y los tratados sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

4.- Libertad de elección y trato equitativo y digno (artículo 42). La norma consagra el derecho de los usuarios y consumidores en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

5.- Promoción de los valores democráticos (artículo 75 inciso 19, párrafo 3°) Refiriéndose a los objetivos que deben tener las leyes de organización y de base de la educación, se menciona la responsabilidad indelegable del Estado en la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna.

6.- Progreso económico con justicia social (artículo 75 inciso 19, párrafo 1°). Se incluye este concepto en la enumeración de atribuciones del Congreso, comenzando por proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, etc.

7.- Identidad y pluralidad cultural (artículo 75 inciso 19°, párrafo 4°) Hace referencia a la obligación del Congreso para sancionar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural.

Asimismo debemos tener en cuenta los derechos y garantías contenidos en los Tratados sobre Derechos Humanos a los que se les otorgó jerarquía constitucional por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución y otros a los que se les concedió igual jerarquía con posterioridad, siguiendo el procedimiento establecido por dicha norma. Excedería la extensión a la que debe someterse este trabajo la enunciación de todos los derechos y garantías contenidos en esos instrumentos internacionales, pero sí debo decir que no derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

## VI. IMPORTANCIA DE LA DIMENSIÓN AXIOLÓGICA

Hemos puesto énfasis en la dimensión axiológica de nuestra Constitución porque los valores que ella reconoce la perfilan como una Constitución moderna, de avanzada, garantista, que no solo proclama los derechos fundamentales del hombre sino que además establece los medios para defenderlos como las acciones de amparo, de habeas corpus y de habeas data.

Al referirse a la dimensión axiológica o estimativa de la Constitución española el prestigioso jurista Pablo Lucas Verdú, sostiene que la importancia de los valores es su relación esencial con el hombre porque se interrelacionan con su situación vital, agregando que existe la necesidad que la sociedad tiene de vincular el orden axiológico al derecho. A su vez en la doctrina alemana se ha dicho que la democracia es una comunidad de valores.

Por otra parte, como dijimos en el discurso de clausura de la Convención Nacional Constituyente de 1994, los valores y principios incorporados a la Constitución Nacional constituyen un relevante aporte a la cultura de la paz, concepto que está contemplado en uno de los artículos de la carta constitutiva de la UNESCO según el cual: "puesto que es en la mente de los hombres donde se genera la idea de la guerra, es también en la mente de los hombres debemos crear los baluartes para la paz."

También recordábamos en ese discurso que el Congreso Internacional sobre la Paz en la Mente de los Hombres, realizado en Yakosuka (Japón) en 1989, se propugnaba el desarrollo de una cultura de la paz fundada en el respeto de los valores universales de la vida, la libertad, la justicia, la solidaridad, la tolerancia, los derechos humanos y la igualdad entre los hombres y las mujeres.

Y decíamos que "estos son los valores a los que nos hemos referido permanentemente en los distintos debates de esta asamblea. Hemos hablado de la solidaridad, de los derechos humanos, de la tolerancia y de la no discriminación y los hemos incorporado al texto constitucional. Por eso decimos que la Convención Nacional Constituyente ha contribuido al desarrollo de la cultura de la paz en la República Argentina y en el mundo, lo cual constituye un motivo de satisfacción y orgullo para todos los argentinos amantes de la paz".

## VII. CONCLUSIONES

Considerando los propósitos perseguidos por la reforma podemos decir que se cumplió acabadamente con los mismos, dentro del marco establecido por la ley declarativa de la necesidad de la reforma y sancionados por una Convención Nacional Constituyente que funcionó en forma legítima y democrática.

Por cierto que no se trata de una obra perfecta, como no lo es ni ha sido ninguna de esta naturaleza, pero es de destacar que no se produjo ninguno de los pronósticos pesimistas que difundieron los opositores a la reforma antes y durante el funcionamiento de la Convención. Hasta se promovieron acciones judiciales que llegaron a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para detener el proceso de reforma, las que felizmente no prosperaron. También se conjuraron tentativas de introducir reformas que no estaban previstas y eran totalmente improcedentes, como la de permitir la reelección de gobernadores en algunas provincias.

## VIII. INCUMPLIMIENTO DE LA REFORMA

Lamentablemente en la etapa posterior a la reforma no se sancionaron algunas leyes reglamentarias de las nuevas normas o, peor aún, se sancionaron algunas que desvirtuaron totalmente el sentido de las mismas.

A simple título de ejemplo de leyes no sancionadas se puede citar la que ordena el artículo 75, inciso 2º sobre la coparticipación federal de impuestos entre la Nación y las Provincias, con el agravante de que, según la disposición transitoria sexta, debía sancionarse antes de la finalización del año 1996.

Y entre las sancionadas tergiversando la finalidad de la norma reglamentada y deviniendo en inconstitucionales podemos citar las siguientes:

- La ley 26.122 regulatoria de los denominados decretos de necesidad y urgencia, previstos por el artículo 99 inciso 3º de la Constitución, según la cual una vez sometidos a su tratamiento por el Congreso, se requiere el rechazo de ambas Cámaras para dejarlos sin efecto, cuando de la naturaleza y el espíritu de la norma surge que necesitarían la aprobación de ambas Cámaras para que siguieran teniendo vigencia. Más grave aún, mientras las Cámaras no se pronuncien, como viene sucediendo, los decretos mantienen su vigencia, produciéndose una suerte de sanción tácita o ficta que está prohibida por el artículo 82 de la Constitución para el caso de las leyes y que, con mayor razón, es de aplicación para los decretos de necesidad y urgencia por su menor jerarquía institucional.

- La ley 26.080 reglamentaria del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento, a la cual nos referimos al tratar la

independencia del Poder Judicial y explicamos su inconstitucionalidad por violar el equilibrio de los distintos estamentos que los integran, favoreciendo al estamento político. Felizmente la CSJN declaró la inconstitucionalidad de la ley 26.080 y se volvió a la integración original del Consejo de la Magistratura.

- Finalmente se incurre en inconstitucionalidad por omisión, al mantener vacante por aproximadamente 15 años el cargo de Defensor del Pueblo que, como explicamos al tratar esta institución, constituye un importante organismo de control de la administración pública y tiene legitimación procesal para defender y proteger los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados por la Constitución Nacional.

De lo expuesto surge claramente que la responsabilidad por el incumplimiento de las normas incorporadas por la reforma de 1994 recae en el Congreso de la Nación, sobre todo cuando tenía mayoría parlamentaria el oficialismo de turno en el año 2006, en el que se sancionaron las citadas leyes 26.080 y 26.122.

Curiosamente algunos integrantes del sector político que hizo sancionar esas leyes inconstitucionales, que fueron convencionales y juraron cumplir la Constitución reformada en 1994, estuvieron promoviendo una nueva reforma constitucional planteando temas absurdos, como la sustitución del Poder Judicial por un denominado “servicio de justicia” o la implementación de un sistema parlamentario que ya fue debatido y rechazado en varias oportunidades.

Ante esta situación parece lógico recomendar que antes de promover una nueva reforma constitucional, se comience por cumplir la Constitución reformada en 1994, sancionada por una

Convención Nacional Constituyente legítima y en el marco de la democracia.

# Valoración De La Reforma Constitucional De 1994

Por
**Dr. Antonio María Hernández**[1]

**1.** Profesor Titular Plenario de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal en la UNC, Profesor Honorario de la UBA y Postdoctorate Senior Fellow de la Universidad del Estado de New York en la Buffalo Law School. Director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Co-Director de la Maestría en Derecho Constitucional de la UNC. Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Consejo Directivo del instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y de la Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales (IACFS). Ex Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (IACL).

## I. INTRODUCCIÓN

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

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

Pienso que para realizar un juicio de valor de una reforma constitucional se deben considerar los tres períodos del proceso constituyente: el "preconstituyente"[5], de declaración de la necesidad de la reforma, a cargo del Congreso y que culmina con la elección popular de los Convencionales; el "constituyente", cuando la Convención ejercita el poder constituyente y sanciona las reformas y el "postconstituyente", destinado a la reglamentación y cumplimiento de la reforma producida.

Asimismo, indico que para la consideración del período específicamente constituyente -y al cual dedicaré mayor atención-, analizaré las siguientes cuestiones: la legitimidad de la reforma,

---

**1.** En el libro colectivo "A diez años de la reforma constitucional", de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Editorial Advocatus, Córdoba, 2005

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

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

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

**5.** El denominado Pacto o Acuerdo de Olivos con sus contenidos definitivos, fue firmado el 13 de diciembre de 1993 en la Casa Rosada, en el que participaron además de Carlos Menem y Raúl Alfonsín como Presidentes de los partidos, los integrantes de la Comisión de Juristas Eduardo Menem, Carlos Ruckauf, Jorge Matzkin, Eduardo Bauzá, Carlos Corach y Alberto García Lema por el Justicialismo y José Genoud, Raúl Galván, Antonio Berhongaray, Ricardo Gil Lavedra, Enrique Paixao, Arnoldo Klainer y el suscripto por el Radicalismo..

sus ideas-fuerza, el diseño constitucional y la modernización producida.

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

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

## II. LA LEGITIMIDAD DE LA REFORMA

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

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

Allí recordé los debates producidos con motivo de las reformas constitucionales, comenzando con la de 1860. Desde la necesidad de sostener que existió ejercicio de poder constituyente originario

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

**7.** Segundo V. Linares Quintana, "Tratado de la ciencia del derecho constitucional", Tomo 2, Alfa, Buenos Aires, 1953, p. 139.

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

y abierto[9] -iniciado en 1810 y terminando en 1860 con la incorporación de la provincia de Buenos Aires a la Confederación- ya que de lo contrario se podría impugnar la constitucionalidad de la reforma, porque una cláusula del texto de 1853 prohibía que se efectuara dentro de los 10 años.

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

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

Y ello explica nuestra dificultad para alcanzar acuerdos durante nuestra historia que nos permitiesen reformar la Ley Suprema,

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

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

mientras nos hemos caracterizado por las violaciones permanentes de ella.

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

En este sentido, la ley Nº 24.309 -de declaración de la necesidad de la última reforma-, tuvo las mayorías exigidas constitucionalmente por el art. 30 de la Ley Suprema, o sea, más de dos tercios de la totalidad de los miembros de cada una de las cámaras; y los Convencionales fueron electos en comicios absolutamente limpios, con vigencia del Estado de Derecho y de las libertades públicas. Más allá de las objeciones efectuadas a la ley –que fueron superadas con la adopción del Reglamento por parte de la Convención[11]-, hoy parece ya acallado el debate al respecto.

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

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

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

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

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

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

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

## III. LAS IDEAS - FUERZA DE LA REFORMA

Considero pertinente recordar aquí lo que señalamos sobre este particular en los Fundamentos de mi Proyecto integral de Reforma de la Constitución Nacional, presentado en la Convención Constituyente[14]:

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

**14.** Véase mi Proyecto de Reforma Constitucional, que abarcó todos los puntos de la reforma según lo dispuesto por la ley declaratoria N° 24.309, presentado en la Convención Nacional Constituyente de 1994, bajo el N° 72, que obra en el Diario de Sesiones de la Convención y en mis libros "Reforma Constitucional de 1994...", págs. 26 y sgts. y "Federalismo, autonomía municipal y ciudad de

"El contenido del proyecto que propiciamos está inspirado por seis ideas fuerza: a) la atenuación del presidencialismo; b) la modernización y fortalecimiento del Congreso; c) la garantía de la independencia del Poder Judicial; d) el fortalecimiento del federalismo y las autonomías municipales; e) el otorgamiento de un nuevo status a la Ciudad de Buenos Aires; y f) el reconocimiento de nuevos derechos y garantías constitucionales".

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

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

Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994", Depalma, Buenos Aires, 1997, en el Apéndice. Por otra parte, adviértase la coincidencia con lo expuesto sobre el particular por el Convencional Alberto García Lema en los debates de la Convención, - también integrante de la Comisión de Redacción-, lo que se encuentra mencionado en el trabajo de su autoría, en la obra que coordinamos, citada en la nota 3.

quien, en definitiva, va a resolver la continuidad o no de una gestión presidencial.

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

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

hemos comentado apuntan en esa dirección, compatibilizando eficacia y control.

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

La segunda idea fuerza es la **modernización y fortalecimiento del Congreso**. Un análisis detenido de la política argentina, en la última década, muestra el aumento de las atribuciones del Presidente en detrimento del Congreso. A esto se suma un creciente desprestigio del Congreso frente a la opinión pública, fenómeno que se repite en otras partes del mundo. El fortalecimiento del Congreso y la revalorización de sus funciones en el Estado moderno es uno de los imperativos de la hora. En efecto, se trata de revitalizar la función representativa, de redimensionar -al mismo tiempo- la función del Congreso como ámbito de debate y diseño de políticas públicas y finalmente, de rescatar y dinamizar las funciones de control que son propias de un Congreso republicano.

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

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

Como dijimos, una de las funciones esenciales del Congreso es la relacionada con el control del Ejecutivo. Cuando ese control es débil o llega tarde, el equilibrio de los poderes se desdibuja y la República corre el riesgo de una concentración excesiva del poder e incluso de la utilización discrecional y arbitraria del mismo. Para evitar estos peligros, el proyecto refuerza la función de control a través de numerosos mecanismos, entre los que cabe mencionar, por ejemplo, el control del Congreso sobre los decretos de necesidad y urgencia y los actos del Ejecutivo derivados de delegación del Congreso, así como sobre la promulgación parcial de leyes por el Ejecutivo. El proyecto redefine, en la misma línea de

acción, las facultades del Congreso en cuanto a los pedidos de informes y a la interpelación y regula la formación de comisiones de investigación. Finalmente, la incorporación del Jefe de Gabinete va acompañada de la posibilidad de control congresional a través del voto de censura.

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

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

La cuarta idea que informa este proyecto es la de **fortalecer el régimen federal y la autonomía municipal**. El desproporcionado y desequilibrado desarrollo de la Argentina es una realidad palmaria que no requiere mayor comentario. El presente y el futuro de la Nación requieren de un federalismo moderno de concertación y no de confrontación, de cooperación interjurisdiccional y regional y no de competencia y desequilibrio desgastante. Uno de los aspectos a contemplar para dar nueva forma al federalismo argentino, es el de las relaciones económico-financieras de la Nación y las provincias para evitar que, desde el gobierno central, se avasallen sistemáticamente las autonomías provinciales. La institución de la coparticipación federal de impuestos no puede basarse en la imposición del gobierno central a las provincias, sino en el acuerdo y consenso entre las jurisdicciones involucradas. Como decía Alberdi, "sin finanzas, sin rentas, no hay gobierno". En este mismo orden, se reconoce a las provincias su capacidad de decisión autónoma sobre los recursos naturales cuyo dominio es innegable.

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

La regionalización es un instrumento apto para el desarrollo económico y social de importantes sectores de nuestro territorio. En tal sentido, el proyecto prevé la posibilidad de crear regiones en

un marco de coordinación y consenso, evitando la imposición, desde escritorios de tecnócratas, de estructuras carentes de sustento real. La regulación de la competencia provincial en los establecimientos de utilidad nacional también está contemplada en el proyecto. Se saldan así reiteradas discusiones doctrinarias y conflictos políticos que no siempre tuvieron uniforme resolución en los estrados de la Justicia.

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

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

El **reconocimiento de nuevos derechos y garantías para los habitantes de la Nación**, **además del otorgamiento de rango constitucional a algunos tratados internacionales de derechos humanos,** constituye la sexta idea fuerza que ha guiado la elaboración del presente proyecto. Lugar destacado en este capítulo merece el reconocimiento de los mecanismos de democracia

semidirecta: la iniciativa popular y la consulta no vinculante. El proyecto propone también la constitucionalización del amparo y el hábeas corpus, que son las máximas garantías de los derechos de las personas. Asimismo, se contempla los derechos a un medio ambiente sano y los derechos de los usuarios y consumidores, el respeto del derecho a organizar partidos políticos democráticos y las garantías esenciales del derecho del sufragio, sin cristalizar fórmulas que se trasforman, con el tiempo, en obstáculos insalvables para el desarrollo político. Se otorga rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Se incorpora expresamente el derecho de las comunidades indígenas a una integración que respete su idiosincrasia y su cultura. Se prevé, también, la creación de un Consejo Económico Social con carácter consultivo, institución propia de una moderna concepción de la democracia social y participativa."

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

## IV. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL Y LA PRÁCTICA INSTITUCIONAL POSTERIOR

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

Con respecto a la primera, **la atenuación del presidencialismo,** es la que ha suscitado mayores controversias, con diversas críticas ante la continuidad del fenómeno del "hiper- presidencialismo"[15].

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

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

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

2) Fortalecimiento del Congreso mediante distintas reformas, que más adelante analizaremos y que persiguen un mejor equilibrio de los poderes dentro de nuestro sistema republicano. En tal sentido, menciono la ampliación del período ordinario de sesiones, las mayores atribuciones para la declaración de la intervención

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

federal, la creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros que debe rendir mensualmente informe ante cada una de las Cámaras y que puede ser removido por un voto de censura y la creación de órganos de control que tienen relación funcional con el mismo.

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

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

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

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

7) Incorporación al texto constitucional de los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada, como institutos de emergencia convalidados por la jurisprudencia de la Corte

**16.** Como lo expresaron Madison y Hamilton en los "Federalist papers" y Loewenstein desde la doctrina constitucional y la teoría del federalismo.

Suprema de Justicia desde los casos "Peralta" (1990) y "Delfino" (1927) y con la indiscutible finalidad de limitar las atribuciones del Poder Ejecutivo en el ejercicio de los mismos, como emerge de los arts. 99º inc. 3 y 76 y de los debates de la Convención Constituyente.

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

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

En particular, considero criticable la declinación por el Congreso de sus atribuciones, especialmente por la sanción de las leyes de emergencia económica como la 25.561, de 2002 con amplísimas delegaciones legislativas, que fue prorrogada hasta el 6 de enero

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

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

de 2018 y la 27.541 de 2019, de similares características; el uso excesivo de decretos de necesidad y urgencia y de legislación delegada por la Presidencia, sin controles del Congreso; la inconstitucional reglamentación efectuada por la Ley 26.122 de dichos institutos de emergencia; la concesión de los llamados superpoderes en la Administración financiera y presupuestaria al Jefe de Gabinete de Ministros; la práctica institucional de este último órgano, que en modo alguno ha atenuado los poderes presidenciales ni servido hasta ahora en una situación de crisis, como la de fines del 2001 durante la Presidencia de De la Rúa.

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

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

**19.** Y más recientemente, en los casos "Camaronera Patagónica SA c. Ministerio de Economía y otros s/amparo", sobre principio de legalidad en materia tributaria y limitación de las delegaciones, fallado por la Corte Suprema de Justicia en 2014, además de los recaídos en los reclamos efectuados por las provincias de San Luis, Santa Fé y Córdoba a las detracciones a la masa coparticipable para la Anses y la Afip, resueltos por el Alto Tribunal en noviembre de 2015, a los que me referiré también más adelante.

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

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

En relación específica a los decretos de necesidad y urgencia, aunque se ha reglamentado el art. 99 inc. 3 de la Ley Suprema que estableció la Comisión Bicameral Permanente para el control de dichos decretos, por medio de la Ley Nº 26.122 en el 2007, la mayoría que ejerció el partido del gobierno en la misma ha significado en la práctica que actuara simplemente para convalidar los decretos dictados, que han superado holgadamente el número de proyectos de leyes enviados por el Poder Ejecutivo al Congreso.[25]

---

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

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

**23.** Una excepción de ello fue el rechazo del proyecto de Ley del Poder Ejecutivo que pretendía la convalidación de la Resolución 125 sobre retenciones, -como notoria expresión de hiperpresidencialismo pues se trataba de materia tributaria-, producido en el Senado de la Nación en julio del año 2008. Véase nuestro artículo "Las retenciones, el hiperpresidencialismo y las violaciones constitucionales", Debates de Actualidad, Nº 200, mayo-diciembre 2008, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, pág. 40 y sgts..

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

**25.** Según editorial del 11 de septiembre de 2007 del diario "La Nación" de Buenos Aires, el Presidente Kirchner suscribió durante su mandato 249 Decretos de Necesidad y Urgencia frente al envío de sólo 174 proyectos de ley remitidos al Congreso. Asimismo, con acertado criterio constitucional se sostenía en dicho documento en relación a la Ley 26.122: "Es que la ley que reguló el trámite y los alcances de la intervención del Congreso frente al dictado de DNU -sólo sancionada 12 años después de aprobada la reforma constitucional- no estableció término alguno para que las cámaras se expidieran al respecto ni, menos aún, la caducidad de los DNU no ratificados dentro de un plazo determinado. Peor aún, establece esa ley que para rechazar uno de estos decretos se deben expedir en el mismo sentido ambas cámaras, de manera que si una cámara lo rechaza y la otra lo aprueba, el decreto

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

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

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

1. Ampliación del período ordinario de sesiones.

---

seguirá vigente. Esto determina que, aun con mayoría en una sola de las cámaras, el Poder Ejecutivo puede en la práctica emitir disposiciones de carácter legislativo sin limitación alguna. Por esta vía se llegó a una deformación del sistema republicano por la cual en la Argentina actual es más fácil conseguir la aprobación parlamentaria de un decreto que obtenerla para un proyecto de ley. De ese modo, en vez de desalentarse, se estimula la emisión de esta clase de normas de carácter muy excepcional". Además de dicha reglamentación alejada del espíritu de la Constitución, insisto en que al número de decretos de necesidad y urgencia se sumó otra enorme cantidad de decretos delegados –en razón de la ley de emergencia económica citada N° 25.561 y sus prórrogas- lo que confirma mi afirmación acerca del gobierno por decreto en nuestro país que hemos tenido y que actualmente padecemos, como muestra inexcusable de la decadencia de nuestro estado de derecho.

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

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

3. Nuevo procedimiento para la sanción de las leyes.

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

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

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

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

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

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

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

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

1) Creación del Consejo de la Magistratura.

2) Creación del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.

3) Creación del Ministerio Público.

Estas tres instituciones están funcionando, pero es evidente que de manera progresiva se fue afectando la independencia del Poder Judicial, y por tanto, violado el sistema republicano de la Constitución. Ello se debe a lo acontecido con las dos primeras instituciones, que en un primer momento fueron reglamentadas a través de las Leyes Nº 24.937 y 24.939, para posteriormente ser modificadas por la Ley Nº 26.080, de 2006. Sobre esta última, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, dictaminó lo siguiente en sus Conclusiones:

"Que la nueva ley 26.080 recientemente sancionada por el Congreso de la Nación, no se adecua a los arts. 114 y 115 de la Constitución Nacional, que establecen que el equilibrio entre los sectores en el Consejo de la Magistratura y en el Jurado de Enjuiciamiento, es el principio fundamental para la integración de ambas instituciones. Que la inconstitucionalidad de la nueva ley resulta evidente puesto que se ha otorgado a la representación de los órganos

políticos la mayoría de los cargos tanto en el Consejo como en el Jurado de Enjuiciamiento. Que esta ley inconstitucional significa no sólo una grave lesión al principio de la independencia del Poder Judicial, que es esencial para el funcionamiento de nuestro sistema republicano y del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, sino además una violación a los principios que surgen de la Constitución Nacional…."[27].

Pero posteriormente se produjo un intento más grave por parte del anterior oficialismo gobernante para avanzar en el control del Consejo de la Magistratura, mediante la sanción de la Ley Nº 26.855, que fue declarada inconstitucional en varios de sus artículos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Rizzo", en 2013.

Esa propuesta integró junto a otras que seguidamente comento, lo que se denominó como la "democratización de la justicia"[28]. Por mi parte, al no compartir esta propuesta sobre el Consejo, sostuve que democratizar no era "partidizar"[29], ya que el objetivo de la reforma constitucional fue corregir los excesos de la "politización de la justicia", mediante la creación de este instituto, que debe tener una integración equilibrada de diversos sectores, para asegurar la independencia del Poder Judicial. Y creo que con las objeciones a la Ley 26.080, -que subsistieron luego del caso "Rizzo"-, no se ha alcanzó una adecuada reglamentación del Consejo hasta el momento en que la Corte Suprema declaró dicha normativa inconstitucional en 2021. Y allí se dispuso el

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

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

**29.** Véase Antonio María Hernández, "Democratizar no es partidizar", La Voz del Interior, Córdoba, 11 de abril de 2013.

regreso a la integración y funcionamiento conforme a las leyes iniciales 24.937 y 24.939, consideradas más acordes con los objetivos perseguidos por la Reforma constitucional en el Art. 114.

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

En cambio considero inconstitucionales e inconsistentes con aquél propósito, otras normas incluidas, como la Ley N° 26.854 de 2013 que limitó las medidas cautelares contra el Estado Nacional, y con ello lesionó gravemente los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional y en Tratados Internacionales de Derecho Humanos. Es inconcebible una vigencia de esos derechos, sin dichas medidas cautelares, que son esenciales para una administración de justicia oportuna[30]. Piénsese que hubiese ocurrido con el corralito, sin las medidas cautelares innovativas y autosatisfactivas que se dictaron…[31]. Es muy evidente el gran avance producido por la reforma en derechos humanos y en garantías, y eso es lo que se debe respetar y asegurar y en consecuencia, debe derogarse esta Ley.

**30.** Véanse los artículos de Marcela Basterra, "El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado. A propósito de la Ley 26.854", Estudios de Derecho Público, Director Enrique Alonso Regueira, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho de la UBA, Buenos Aires, 2013, págs. 533/66; Osvaldo A. Gozaini, "Las medidas cautelares ante la Ley 26.854", La Ley, Supl. Especial Cámaras Federales de Casación, Buenos Aires, 2013, Eduardo Oteiza, "El cercenamiento de la protección a la medida cautelar en los procesos contra el Estado por la Ley 26.854", La Ley, ídem y Andrés Gil Domínguez, "La inconstitucionalidad e inconvencionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en que el Estado es parte (Ley 26.854)", La Ley, ídem, entre otros artículos, donde además se citan diversos fallos judiciales.

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

Asimismo, objeté otra Ley sancionada al respecto, la Nº 26.853 de creación de las Cámaras Nacionales de Casación en lo Contencioso administrativo, en Trabajo y Seguridad social y en lo Civil y Comercial, porque entre otras cosas, servirían para demorar aún más las causas y para centralizar aún más en Buenos Aires las funciones judiciales, lo que afecta el federalismo[32].

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. La intervención federal, cuya declaración corresponde esencialmente al Congreso, modificando la práctica anterior que mostró al Presidente actuando por Decreto en las 2/3 partes de los casos observados.

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

-En los Aspectos **Financieros**:

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

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

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

-En los Aspectos **Económicos y Sociales:**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el **Informe Anual[39] sobre federalismo de 2021**, he sostenido:

### 1. "La continuidad de las violaciones constitucionales

Durante el año 2021 se han mantenido las violaciones constitucionales relacionadas con el proyecto federal de la Constitución Argentina que anualmente, desde 2006, hemos venido señalando en las sucesivas ediciones de esta publicación (ver *Cuadernos de Federalismo*, Nº XX, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX, XXX, XXXI, XXXII, XXXIII y XXXIV).

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

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

En efecto, recordamos que: a) Todavía no se sancionó la ley convenio de coparticipación impositiva ni se reglamentó el organismo fiscal federal con los criterios fijados en el art. 75 inc. 2º C.N., que conforme a la cláusula transitoria sexta de la Ley Suprema debían estar establecidos a fines del año 1996; b) Siguen dictándose leyes de presupuesto que no se adecuan a los mandatos del art. 75 inc. 8 C.N. en cuanto a los principios federales para el gasto público, c) Se mantiene vigente el art. 37 de la Ley de Administración Financiera que permite la modificación del presupuesto por Decreto, lo que también lesiona al Federalismo; d) Continúa una notoria insuficiencia en el avance del proceso de integración regional dentro del país, y en algunos casos está detenido; e) No se cumplen otras normas referidas a los aspectos económicos del federalismo, f) Persisten leyes centralistas que también lesionan el federalismo y las atribuciones de las Provincias, que es necesario modificar o derogar, y a las que nos hemos referido en anteriores informes y en nuestras "20 propuestas para fortalecer el federalismo argentino", además de las referencias que expresamos más adelante, g) No existe una autonomía plena para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; h) Existen violaciones a la autonomía municipal, especialmente en los aspectos fiscales y de ejercicio del poder de policía; y h) Se mantiene una inadecuada ordenación territorial argentina -cuyo eje central es la superpoblación del área metropolitana de Buenos Aires- , que no ha recibido cambio alguno. Esto exige soluciones impostergables, como lo venimos reclamando, y como lo indicamos en las 20 Propuestas referidas.

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

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

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

### 2. "La arbitrariedad en el destino del gasto público federal

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

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

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

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

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

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

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

Es por ello que se impone en esta materia un estricto cumplimiento de las pautas federales de la Constitución tanto en lo relativo a la sanción de las leyes de presupuesto como con respecto a la imperiosa necesidad de avanzar con las leyes de coparticipación impositiva.

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

### 3. Federalismo y Covid-19

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

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

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

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

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

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

Desde la asunción del nuevo gobierno federal, con la sanción de

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

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

En definitiva, Argentina volvió a su pasado, caracterizado por los abusos en materia de institutos de emergencia y con profundas afectaciones al sistema republicano y federal. Por el manejo de la emergencia el país recibió entre las peores calificaciones a nivel mundial. Sin poder detenernos en la cuestión, agregamos que fue penoso el proceso de vacunación, por los privilegios de que gozó la dirigencia política gobernante, además de la violación de

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

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

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

otras normas dictadas, que hirieron la igualdad ante la ley. Por otra parte, es muy evidente que el **oficialismo gobernante redujo sus preocupaciones políticas prácticamente al Área Metropolitana de Buenos Aires"**.[44]

### 4. El debate por los biocombustibles

"Durante 2021 se produjo un importante debate en torno a esta cuestión. Debe recordarse que el proyecto de ley de prórroga de la legislación que oportunamente había impulsado este tipo de energías en base a la soja, el maíz y la caña de azúcar, fue aprobado en el Senado, pero sorpresivamente demorado en la Cámara de Diputados por el oficialismo.

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

Finalmente fue sancionada en agosto de 2021 la Ley 27.640, aun-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En tal sentido señalo los casos "Zavalía José Luis c. Santiago del Estero, Provincia y Estado Nacional s/amparo"(2004) y "Díaz Ruth Inés c. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (2006), sobre **soberanía y autonomía provinciales**[47]; "El Práctico c. Córdoba, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (2011), sobre el **alcance del poder de policía provincial en el transporte interprovincial**[48]; "Camaronera Patagónica SA c. Ministerio de Economía y otros s/amparo" (2014), sobre **principio de legalidad en materia tributaria y limitación de las delegaciones**[49]**; y** "Pedraza Héctor Hugo c. Anses s/acción de amparo" (2014), sobre **federalismo y descentralización judicial al posibilitar que las Cámaras Federales del interior del país intervengan en cuestiones de seguridad social**[50]**.**

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

En efecto, el 25 de noviembre de 2015 nuestro más Alto Tribunal emitió 5 sentencias, haciendo lugar a los reclamos presentados a partir del 2008 por la Provincia de San Luis y 2009 por la Provincia de Santa Fé, además de una medida cautelar solicitada por la

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

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

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

**50.** La Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del art. 18 de la ley Nº 24.463 y estableció que la Cámara Federal de la Seguridad Social dejará de intervenir en grado de apelación contra la sentencia de los Jueces Federales con asiento en las provincias, que serán de competencia de las respectivas Cámaras Federales. En particular en el Considerando 16 se hace expresa referencia al federalismo y la descentralización institucional, lo que consideramos un precedente de singular importancia, que debe extenderse a otras materias, tal como lo postulo en la Propuesta 14 de Fortalecimiento del Federalismo.

Provincia de Córdoba en el 2013, por detracciones a la masa coparticipable, ordenando el inmediato cese de las mismas.

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

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

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

**51.** Antonio María Hernández, "Los fallos de la CSJN sobre detracciones a la masa coparticipable y la confirmación de una jurisprudencia federalista", Suplemento La Ley, Constitucional, Directora María Angélica Gelli, Abril 2016, Nº 2, págs.. 44 y sgts..

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

**53.** Véase Antonio María Hernández, "Sin coparticipación impositiva no hay federalismo", Clarín, Opinión, pág. 33, 27 de noviembre de 2014.

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

También debe señalarse que aquí **se está consolidando una jurisprudencia de la Corte Suprema a favor de la autonomía municipal.** Ya hubo fallos en los aspectos institucionales, políticos y administrativos a partir de **"**Rivademar, Angela Martínez Galván de c. Municipalidad de Rosario" (1989)" y hasta "Ponce Carlos Alberto"(2005)[54]. A ello se suma jurisprudencia más reciente sobre los aspectos financieros de la autonomía, como el antes comentado fallo en "Intendente Municipal de la Capital c. Provincia de La Rioja" de 2014, al que debe agregarse el recaído en **"Intendente Municipal de La Banda c. Provincia de Santiago del Estero s. Conflicto de poderes"**, de 2018, en que el más Alto Tribunal orde-

**54.** Véanse mis comentarios "La Corte Suprema de Justicia, garante de la autonomía municipal- Análisis de los casos "Municipalidad de la ciudad de San Luis c. Provincia de San Luis y otro" y "Ponce Carlos Alberto c. San Luis, Provincia de", Debates de Actualidad, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Nº 195, 2005, págs. 146/158 y "La Corte Suprema de Justicia y la reafirmación de la autonomía municipal", La Ley, Suplemento Extraordinario de Derecho Constitucional, 75 Aniversario, agosto de 2010 y los de María Gabriela Abalos, sobre "Autonomía municipal", Cap. XL del libro "Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho Constitucional", Director Pablo Manili, ya citado, Tomo IV, págs. 635 y sgts.

na a la Provincia terminar la discriminación sufrida por el Municipio en materia de coparticipación impositiva.[55]

Y luego dicha jurisprudencia fue reafirmada con el fallo **"Esso c. Municipalidad de Quilmes",** de 2021, donde la actora discutía la constitucionalidad de la tasa de seguridad e higiene[56].

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

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

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

---

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

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

**57.** Para un estudio detenido del tema, véanse nuestras obras: "Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la

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

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

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

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

**Estos Convenios deben ser aprobados por parte del Congreso de la Nación para su cumplimiento**. El **Poder Ejecutivo de la**

reforma constitucional de 1994", Cap.IV; "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", Depalma, Buenos Aires, 2009 y "La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino", Jusbaires, Buenos Aires, 2017.

**Nación ha enviado a la Cámara de Diputados de la Nación los Proyectos de Ley** N° **1/2017** para la aprobación del Convenio interjurisdiccional de transferencia de la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo y el **2/2017** para la aprobación del Convenio interjurisdiccional para la transferencia de la Inspección General de Justicia. El Poder **Ejecutivo de la Nación asimismo remitió al Senado de la Nación los Proyectos de Ley** N° **14/2017** para la aprobación del convenio interjurisdiccional de transferencia de la justicia penal ordinaria de la Capital y el **15/2017** para la aprobación del convenio interjurisdiccional por el traspaso del Registro de la Propiedad Inmueble.

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

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

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

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

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

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

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

También aquí se observa el notable avance obtenido en la materia a la luz del derecho comparado, así como las graves dificultades observadas para la efectiva vigencia de los derechos humanos en nuestro país, como consecuencia de la violación de la Constitución y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos [60] y el uso inconstitucional de los institutos de emergencia. Ejemplo paradigmático de esta lamentable realidad fue el "corralito" –entre otros efectos derivados de la "emergencia económica

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

**60.** Véase la exhaustiva obra de Víctor Bazán sobre "Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales", editado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Mexico, 2017

que hemos padecido- y la violación de los derechos económicos y sociales, como lo indican los altísimos índices de pobreza, marginación y exclusión social que actualmente padecemos.

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

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

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

**62.** Véanse nuestro libros "Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios", Depalma, Buenos Aires, 2000 y "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

**63.** Que hemos analizado detenidamente en nuestras Tres Encuestas realizadas, a las que nos remitimos y que antes he citado. Allí se comprobó desde una metodología interdisciplinaria el acierto del pensamiento de Carlos Nino, expuesto con singular brillantez en su obra "Un país al margen de la ley", de 1992, que sería su testamento intelectual, pues moriría el 29 de agosto del año siguiente.

## V. LA MODERNIZACIÓN CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

---

A ello hay que agregar, como lo expresamos en su Homenaje a los 25 años de su muerte, realizado en la Facultad de Derecho de la UNC, el 8 de noviembre de 2018, sus obras "Fundamentos de Derecho Constitucional", también del mismo año 1992 y su obra póstuma sobre "The constitution of the deliberative democracy", editada por Yale University Press, bajo el cuidado de Owen Fiss.

En ese marco las Constituciones Nacionales fueron reconociendo una mayor vinculación entre el derecho interno y el internacional público y se fueron admitiendo los procesos de integración, con creación de organismos supranacionales y sistemas jurídicos regionales y mundiales destinados a la protección de los derechos humanos, además de la aparición de un derecho comunitario, con su máxima expresión en la Unión Europea.

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

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

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

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

Y en cuanto a los otros cambios introducidos en el Gobierno Federal, también se aprecia la modernización, con influencias que han provenido tanto del constitucionalismo comparado como

desde nuestro constitucionalismo provincial, que también se anticipó en la introducción de nuevas instituciones.

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

## VI. EL INCUMPLIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

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

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

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

Pero en la etapa "post –constituyente", destinada a la reglamentación y cumplimiento de la reforma, que también exige esa política, sostengo que la misma dejó de practicarse.

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

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

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

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

1. Del art. 36 contra actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, derecho de resistencia a la opresión y el enriquecimiento por delito doloso que atente contra el Estado. Lo que supone la modificación del Código Penal y de la Ley de Ética Pública, a dichos efectos. No cabe dudar que Argentina tiene un altísimo nivel de corrupción y mucho más grave aún, de impunidad, que es imperioso modificar, a través de cambios en la legislación, entre otros aspectos.

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

**65.** Como en los casos del Consejo de la Magistratura –recién señaladas Nº 26.080 y 26.855-, de la de Decretos de Necesidad y Urgencia Nº 26.122 y sobre la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Nº 24.588 y 24.620, que restringieron la misma. (Véase Antonio María Hernández, "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, Cap.V y la 2ª. Edición actualizada y ampliada de 2023).

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

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

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

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

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

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

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

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

11. Sobre ciudadanía y naturalización, que importará modifica-

ciones de la legislación vigente, según lo dispuesto por los incs. 12 y 22 del art. 75.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En cambio, debemos puntualizar que la crítica anterior sobre la Corte Suprema de Justicia, por el caso **"Fayt**" (1999), que declarara la nulidad del artículo 99 inc. 4 y la Disposición Transitoria Undécima, desconociendo la reforma y los principios de la teoría constitucional [67], ha sido corregida y revocada por una nueva jurisprudencia fijada en el caso **"Schiffrin"**[68].

Pero además no se trata solamente del Gobierno Federal, pues es bien conocida la violación flagrante de la Ley Suprema en que están incurriendo **tres Provincias (Buenos Aires, Mendoza y Santa**

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

**67.** Véase nuestro libro "El caso Fayt y sus implicancias constitucionales", 1º. Ed., Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2001 y 2ª. Ed., "El caso Fayt", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

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

**Fe), que no han producido sus respectivas reformas constitucionales para dar cumplimiento al Art. 123** sobre la autonomía municipal.

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

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

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

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

**69.** Antonio María Hernández, "Las emergencias y el orden constitucional", 1ª. ed., Rubnzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002 y 2ª. ed. ampliada, Universidad Nacional Autónoma de Méjico y Rubinzal-Culzoni Editores, Méjico, 2003 y "Emergencias, orden constitucional y Covid19", ya citadas.

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

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

Nuevamente hay que recordar a **Sarmiento**: **"Arriba la Constitución como tablero y abajo la escuela para aprender a deletrearla"**.[72]

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

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

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

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

Solo así podremos cumplir el primer gran objetivo del Preámbulo que es el de constituir la unión nacional, que nos permita superar

**71.** Entre las medidas que hemos propuesto al respecto, es menester poner el énfasis en la educación cívica y democrática, asentada en los valores y principios de la Constitución Nacional, tal como lo dispone la Ley Nº 25.863, -cuya sanción lográramos en 2003 cuando ejercí la Presidencia de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional-, que también se incumple. Dicha norma fija el 1º de Mayo como Día de la Constitución Nacional y obliga a la enseñanza de la misma en todos los niveles educativos.

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

las graves desavenencias y conflictos que dividen al país y resolver sus problemas estructurales.

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

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

# El núcleo de la Reforma Constitucional y la perspectiva actual

Por
**Luis Lozano**[1]

**1.** Juez del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. Fue Secretario Ejecutivo de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial de la Cumbre Judicial Iberoamericana entre agosto de 2016 y agosto de 2018. Profesor de Derecho Administrativo y Seminario de Derecho Constitucional profundizado en la Universidad Torcuato Di Tella. Autor de distintos artículos de temas constitucionales y de derecho administrativo.

## EL NÚCLEO Y LA PRUEBA DE AMOR

La reforma comenzó con un acuerdo notable, tanto por el sigilo con que fue celebrado, como por la extensión del programa de reforma. El primer obstáculo que tuvo que vencer fue la desconfianza de que la convención excediera los contenidos pactados, o cumpliera sólo alguno de ellos, la reelección presidencial. No era un temor injustificado, habida cuenta de algunos antecedentes de convenciones provinciales de los que no me ocuparé.

Lo cierto es que un grupo pequeño y de alta calidad intelectual fue concibiendo un "Núcleo de Coincidencias Básicas" que recogió los variados contenidos de la reforma en un cuerpo que sería aprobado o desechado en su totalidad (art. 5 de la ley 24309).

Mientras la necesidad de reforma debía ser declarada por dos tercios de miembros de cada Cámara del Congreso, subsistía la posibilidad de que la mayoría de los convencionales declararan soberana a la convención.

En ese escenario aparece un precedente interesante: Ríos, Antonio Jesús. El 2 de diciembre de 1993. La CSJN dice *"4) Que, sentado ello, es menester poner de relieve que, de ningún modo, los poderes conferidos a la Convención Constituyente pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquéllos se halla circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia. En sentido coincidente vale destacar que, las facultades atribuídas a las convenciones constituyentes están condicionadas "...al examen y crítica de los puntos sometidos a su resolución, dentro de los principios cardinales sobre qué descansa la constitución", (Manuel Gorostiaga, "Facultades de las convenciones Constitucionaledías", Estado Cromo-Lito-Tipográ-*

*fico J. Ferrazini y Cía., Rosario 1898, págs. 52 y 53).*" Poco tenía que ver la cita con un caso reconocidamente local de la Provincia de Corrientes, pero, la afirmación de que la Convención está limitada por la ley que la convoca cobra la dimensión propia de un principio de derecho natural o lógico jurídico capaz de delimitar a todas ellas, provinciales o federal, especialmente en el sentido de que esas asambleas no pueden estimarse la encarnación actual del Poder Constituyente del Pueblo. Así quedó asegurado el respeto del "Núcleo".

El 29 de diciembre era sancionada la ley 24309 y ese mismo día promulgada por decreto 2700.

## LA CORRECCIÓN DE ERRORES

La labor del Congreso no terminó allí. A la hora de aprobar el texto definitivo de la reforma, el Diablo metió la cola, y quedó aprobado un texto por la Comisión Redactora distinto en un aspecto esencial del votado en sesión.

En aquel momento, fueron propuestos modos diversos de corrección. Uno de ellos, que lo hiciera la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Finalmente, el Congreso sancionó la ley 24430, que fue ampliamente votada y conformó a todos los espectadores. Es decir, el asunto fue resuelto en medio de un reconocimiento previo y posterior al Congreso.

## REESTRUCTURACIÓN DEL PE

La reforma introdujo modificaciones a la estructura del PE, una, bajo el título "Atenuación del sistema presidencialista", la figura del Jefe de Gabinete, y otras ubicadas en el Punto G del art. 2

de la ley 24.309 que reúne aquellas disposiciones relativas a facultades del PE que, de algún modo, se introducen en el ejercicio de potestades legislativas más allá del veto, a saber, emisión de legislación por medio de DNUs, el ejercicio de delegaciones y alteración de los textos que sanciona el Congreso mediante la promulgación parcial. La emisión de todas estas normas (DNU, legislación delegada y promulgación parcial) debe ir acompañada por el Jefe de Gabinete.

El sistema tiene una lógica impecable. El Jefe de Gabinete es designado por el Presidente de la Nación, pero, puede ser removido por una mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. Ciertamente, esa mayoría no es fácilmente alcanzable, pero, hacerlo es mucho más simple que la que llevaría a separar al Presidente o a un ministro (podría ser también el JdeG), cuya remoción requiere juicio público y dos tercios de presentes, mayoría que puede ser inferior en números absolutos, pero, presumiblemente es más difícil de reunir o, dicho de otro modo, su reunión puede ser obstruida con mayor facilidad.

La relación Presidente-JdeG queda delineada, el primero, como Jefe Supremo de la Nación y responsable político de la Administración que el segundo ejerce (arts. 99 y 100). El JdeG refrenda las iniciativas legislativas del PE y envía el proyecto de ley de Ministerios y de Presupuesto, que regula sus propias competencias, "*… previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo" (art. 100 inc. 6)*. El JdeG debe concurrir al Congreso mensualmente, En suma, la CN pone la relación del Poder Ejecutivo con el Legislativo en el ámbito de competencia del JdeG.

Todo ello habría hecho posible que las diferencias serias entre los legisladores y el Presidente encontraran un puente de comu-

nicación adecuado en un JdeG elegido por el Presidente entre las personas capaces de suscitar la confianza de una mayoría legislativa. Un cambio legislativo, a medio término del mandato presidencial, podría llevar a sustituir al JdeG, al igual que una modificación significativa del rumbo del gobierno.

Varias fueron las ocasiones en que, en estos treinta años, los presidentes estuvieron lejos de contar con el acompañamiento de una mayoría de legisladores. Sin embargo, no fue utilizada la herramienta constitucional para hacer fluida la relación. Ello incluye dos supuestos extremos, uno en que la Asamblea Legislativa escogió sucesivamente dos presidentes y otro en que la figura central fue el Ministro de Economía.

La figura del JdeG habría podido facilitar la delegación de facultades legislativas que posibilita el actual art. 76 de la CN. El mecanismo consistiría en someter la delegación a un plazo cierto, tal y como sucede habitualmente, sumado a una condición resolutoria: la permanencia de una persona determinada en la posición de JdeG. En esas condiciones, quien ocupase el cargo sería el garante del cumplimiento del pacto. Nuevamente, cabe pensar en ejemplos de la realidad en que la delegación habría despertado confianza si participara en la ejecución concreta de las potestades delegadas una persona cuyas condiciones garantizaran la orientación de las medidas efectivamente dispuestas en el marco de la delegación. La Argentina es calificada recurrentemente como país presidencialista, lo que excluye acudir a la flexibilidad que la CN reformada posibilita, sin que se examine la hipótesis de encontrar en el presidencialismo una de las causas de lo que todos vivimos como fracaso. Creo que un imaginario visitante, esclarecido y no contaminado, vería en ello una curiosidad.

Entretanto, ha sido creciente el número de DNUs y, más aún, más variado, casi omnicomprensivo, su contenido.

Alguien podría pensar que, en lugar de poner límites a la vocación legiferante de los presidentes, la nueva Constitución la ha incrementado, al tiempo que ha disminuido la incertidumbre que podría abrigar sus emisores acerca de su capacidad de superar el cuestionamiento ante los estrados judiciales. No me parece confiable esa observación, teniendo en cuenta que no sabemos qué habría ocurrido en ausencia de la reforma. Si, es cierto, que la norma no ha detenido la proliferación. También lo es que ha traído una, en mi opinión, dificultad al sistema. De ella me ocupo algo más abajo.

La delegación de facultades legislativas ha sido introducida como temática en el actual art. 76. Pone límites a los contenidos, no por la vía de excluir algunos asuntos -tributos, normas penales, partidos políticos y régimen electoral- como en el caso de los DNUs- sino por la positiva -situaciones de emergencia pública y asuntos de administración-, a la discrecionalidad exigiendo la explicitación de bases a las que debe sujetarse el PE, y al tiempo de vigencia de la delegación. Como en el caso de los DNU, había antecedentes de delegaciones amplias, como las contenidas en la ley de Reforma del Estado.

Nuevamente, el propósito expuesto fue el de limitar las delegaciones. Hasta se fijó por vía de la Convención Constituyente un plazo de caducidad de cinco años para todas las delegaciones vigentes en ese entonces.

Empero, hubo un resguardo obvio que el constituyente no incorporó. En España, por ejemplo, las delegaciones deben ser sus-

criptas por todo el Gabinete y su ejercicio agota la delegación aun cuando el plazo no lo esté. Ello, unido al régimen de designación del Gabinete, que propende u obliga a la formación de una alianza legislativa suficiente, hace que ese Gabinete sea usualmente una réplica de la alianza. En tales condiciones, la aprobación unánime en Gabinete pasa a ser algo similar, en respaldo político, al menos a una aprobación en comisión en una cámara. El agotamiento por medio del ejercicio asegura que la delegación solamente posibilite una medida, pero, no la transferencia de la competencia por un lapso, por cierto, prorrogable. Finalmente, pudiendo requerir la firma de gabinete de ministros, que no representa lo mismo que en un gobierno parlamentarista, pero, fue entendido como una mayor garantía, y por ello exigido, en el supuesto de los DNUs, no lo hizo para los supuestos del art. 76.

En cambio, al igual que a los DNU y a las promulgaciones parciales, se los envía a la comisión bicameral organizada por la ley 26122.

La sanción de esta ley tuvo lugar aproximadamente doce años después de vigente la reforma de 1994. Durante ese tiempo, hubo varias discusiones que ejemplifican cuestiones no saldadas por la Convención. Una de ellas es cuál es el alcance de la noción de delegación legislativa. Conviene tener presente que la mayor parte de las facultades de la Administración no provienen directamente de la Constitución sino de leyes que el Congreso sanciona en ejercicio de sus potestades, especialmente las del art.75 incs. 20 y 32. Entre esas potestades está la creación de facultades administrativas, algunas consistentes en emitir actos administrativos, otras, reglamentos. Por su condición de normas generales, los reglamentos -mejor decir, la mayoría o una porción sustancial de ellos- podrían ser emitidos por el PL, claro está que

cargándose de una tarea que lo anegaría impidiéndole cumplir su función esencial. Por ello, el Congreso suele dotar a órganos administrativos de facultades reglamentarias. Los españoles lo llaman "deslegalización", lo que no supone obrar contra la ley sino, por ley, hacer obligatorias normas generales que emanan de la Administración y, por ende, son de jerarquía inferior a la ley.

La ausencia de criterios claros para distinguir lo que podía ser competencia reglamentaria creada por el PL y facultad legislativa delegada, llevo a una insistente prórroga de las facultades delegadas que debían caducar a los cinco años de entrar en vigor la reforma constitucional. Finalmente, el Congreso sancionó la ley 26122 creando la comisión bicameral prevista en la reforma constitucional y diseñó un procedimiento único para el examen legislativo de los decretos de necesidad y urgencia, los que ejercen facultades delegadas y los que promulgan parcialmente leyes. En ese marco, sólo si ambas Cámaras rechazan el decreto éste cae.

Esto es algo así como someter a examen legislativo no ya las normas que toman al Congreso por sorpresa, DNUs y, con matices, las promulgaciones parciales, sino los del art. 76, que el PL autorizó a emitir.

Más tarde aún, el Congreso formó, mediante ley 26.519, otra comisión bicameral, esta vez para discernir cuáles eran las normas que caían por el plazo de la cláusula transitoria 8va.. Ese plazo venía prorrogado "a granel" por las leyes 25148, 25645, 25.918, luego la 26.135 del año 2006 y, por último, en el año 2009, la que lleva el Nro. 26519[2]. Presidió la Comisión el diputado Alfredo Dato,

**2.** ARTICULO 1º — Sin perjuicio de la facultad derogatoria del Poder Legislativo nacional, ratifícase en el Poder Ejecutivo nacional, a partir del 24 de agosto de 2009, por el plazo de un (1) año, y con arreglo a las bases oportunamente fijadas por el Poder Legislativo nacional, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pú-

anteriormente juez de la Corte de Tucumán. Vale señalar que el Congreso tuvo, desde un principio -ley 25148- la precaución de reducir la prórroga a las materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública del art. 76.

Desde la perspectiva de diciembre de 2023, este conjunto de reformas parece haber sido fruto de preocupaciones comunes vistas desde dos ángulos de visión diferentes: quienes concurrieron nutridos por la experiencia europea de relación PL-PE y quienes quisieron restablecer buenas prácticas republicanas propias del modelo estadounidense. Ambas visiones vieron en la invasión de potestades legislativas motivadas por la necesidad de urgencia, en la creciente y reiterada puesta de grandes paquetes de competencias del PL a disposición del PE para responder a emergencias, y en la promulgación parcial de leyes, supuestos a someter a límites constitucionales. Sólo una de ellas vio la solución en el JdeG. A su turno, ya fuera porque no se pudo o no se quiso (asumo convencidamente que se sabía cómo hacerlo) completar la regulación en el texto constitucional, se previó el trámite en el seno de una comisión bicameral pero se libró a la ley su configuración y, principalmente, establecer cuáles serían las condiciones de vigencia de los productos que se preveía someterle.

Atribuir competencia a la Comisión Bicameral daba oportunidad (es decir, generaba el riesgo) de que el examen de estos decretos se asumiera como una cuestión deferida finalmente al Congreso. Esto parece inspirar el voto mayoritario en el precedente *Rodríguez, Jorge* (17/12/1997)[3], aunque la concurrencia en el caso de una vía anormal de acceso a la Corte Suprema oscurece el

blica emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento. El titular del Poder Ejecutivo nacional y el Jefe de Gabinete de Ministros ejercerán exclusivamente las facultades delegadas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 100, incisos 4 y 12, de la Constitución Nacional y la Ley 26.122. En cada caso, deberá citarse la norma jurídica en la cual se enmarca la delegación legislativa, determinando número de ley y artículo.

**3.** Rodríguez, Jorge - jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/ plantea cuestión de competencia e interpone apelación extraordinaria directa en autos: "Nieva, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional - decreto 842/97 (medida cautelar)"

pensamiento sobre el punto. En la causa *Verrocchi* (19/8/1999), el giro del Ministro Boggiano modificó la mayoría y queda desechada la idea de que el examen final corresponda al Congreso. Aún no estaba constituida la Comisión Bicameral, la ley 26.122 que la organizó es del año 2006. Más tarde, la Corte Suprema repitió la doctrina en causas como Consumidores Argentinos c/ EN-PEN-Superintendencia de Seguros, del 19/5/2010. Presumo que el mayor examen que esta línea supone trae alivio a la mayor parte de la doctrina, especialmente porque en el régimen de la ley 26122 sólo el rechazo por ambas cámaras elimina la vigencia de estos decretos. Esto es especialmente significativo en el caso de los DNUs, porque supone admitir una modalidad de formación de una norma de jerarquía legislativa que puede eludir toda mayoría de legisladores, a condición de que no sufra un rechazo judicial. Pero, eso no quiere decir que el examen judicial sea satisfactorio o suficiente. El caso Consumidores Argentinos citado recién no contó con los aseguradores o los bancos como parte, no obstante que los contratos que, a partir de la declaración de inconstitucionalidad, quedaban identificados como de objeto prohibido tendrían a estos sujetos de derechos como partes. No parece satisfactorio. A su turno, la facultad del BCRA de emitir Leliqs, sugestiva en entidades de esa especie, tiene origen en el decreto 401/2002, emitido como DNU, que no fue examinado por la CSJN. Presumiblemente, nadie lo llevó a su estrado.

La ley 26.122 adopta el mismo modelo de examen para los decretos que ejercen facultades delegadas. Es curioso, porque la potestad de emitir estas normas tiene un respaldo legislativo previo y las bases y el plazo, a que está sometida la competencia, da ocasión a un examen del contenido, por parte de los jueces, a fin de establecer si se cumplen las bases de la delegación, y el ámbito de administración y/o el escenario de emergencia que la ha-

cen posible. Este examen está vedado en los EEUU por la doctrina sentada por su Corte Suprema en los precedentes Chada v. INS 462 U.S. 919 (1983) y más específicamente para reglamentos en Process Gas Consumers Group v. Consumer Energy Council, 463 U.S. 1216 (1983). Cierto es que la idea de delegación en los EEUU es más próxima a lo que antes referí como "deslegalización". Pero, las razones que vedan este "veto legislativo" son las mismas que podrían cuestionar el examen previsto en la Comisión Bicameral en el caso de estos decretos.

En ambos casos, surge el problema de la posible (y efectivamente ocurrida) concurrencia del examen legislativo y judicial. Eso da ocasión, al menos, a dos cuestiones prácticas ¿debe uno preceder al otro? ¿qué ocurre cuando son divergentes? ¿qué ocurre si el Congreso se pronuncia a favor de la vigencia después de que un órgano judicial -que puede ser la Corte Suprema- se pronuncia en contra? Por ahora, no ha habido perplejidades.

## FORMACIÓN DE LAS LEYES

El procedimiento fue simplificado y no parece haber suscitado problemas.

## RESISTENCIA JUDICIAL

En materia judicial, la reforma introdujo modificaciones muy significativas. La primera conformación del Congreso tras el recupero de la democracia dejó impresa en la concepción institucional del partido político que obtuvo la Presidencia que poner la aprobación de los nombramientos de los jueces -más ostensiblemente que la de oficiales superiores de las fuerzas armadas o de los embajadores- en el ámbito del Senado tenía algo

de injusto, porque en esa Cámara el oficialismo estaba muy lejos de la mayoría. Obviamente, el punto es opinable. No tanto en el supuesto de los jueces federales sino en la abrumadora mayoría de los que integran el Poder Judicial de la Nación, pero, ejerciendo competencias locales. Vale señalar que esos jueces quedaron incorporados al Poder Judicial de la Nación por la Constitución de 1949, es decir, el sistema de aprobación senatorial de 1860 no estuvo diseñado para esos cargos. Lo cierto es que haber incluido a los Consejos de la Magistratura en el proceso de selección puso, por una parte, a la Cámara de Diputados en una situación de paridad con el Senado en esa etapa, y por la otra, la inclusión de los jueces, académicos y abogados potenció la influencia de una parte específica de la ciudadanía. La experiencia es que no pudimos ponernos de acuerdo en cuál es el mejor diseño del Consejo.

Con el Consejo, quedó simplificado el mecanismo de remoción de los jueces de instancia inferiores a la Corte Suprema.

El tope etario, fijado en 75 años, fue sumamente resistido. No me detendré en el examen de la cuestión ¿pero, pudo haber otro camino? Estimo que sí, poner ciertos mandatos -básicamente los de la CSJN en un máximo de entre 15 y 20 años, de manera de asegurar una cierta renovación. También habría sido preferible, en mi opinión, aprovechar a fijar el número en los 9 que tenía por ley en el momento de la reforma. Ese número y el límite anterior habrían evitado cambios bruscos como el que se produjo cuando varió de 5 a 9, es decir, cuando un mismo presidente escogió casi la mitad de los miembros. El cambio de un miembro sería el del 11,11% del poder de voto mientras que con cinco es del 20%, lo que no sólo aumenta el peso del juez sino el del Presidente que lo elige. Habría disminuido la tentación de generar vacantes. Habría

posibilitado que la integración tuviera mayor riqueza y variedad de opiniones.

## AUTONOMÍA CABA

La CABA fue investida de facultades propias de legislación y jurisdicción. Las jurisdiccionales le fueron recortadas por la ley 24588 y devueltas en alguna medida por leyes posteriores, lo que supone el correlativo recorte de las legislativas. También retuvo la Nación potestades administrativas como las de la IGJ o el Registro del Inmueble.

Esta autonomía ha venido resistida tanto por los políticos como por parte de la doctrina. Curiosamente, al menos en la política, con invocación del federalismo, que es precisamente lo que sufre las consecuencias del declarado interés federal. Lo cierto es que fue la Corte Suprema la que hizo sucesivos y crecientemente enfáticos llamados al cumplimiento de la cláusula constitucional.

## COPARTICIPACIÓN FEDERAL DE IMPUESTOS

La Convención Constituyente, habilitada por el art. 3 de la ley 24309, reflotó el tema del gasto público, a nivel federal, y de la coparticipación de impuestos con estas palabras:

"A. FORTALECIMIENTO DEL REGIMEN FEDERAL

Distribución de competencias entre la Nación y las provincias respecto de la prestación de servicios y en materia de gastos y recursos. Régimen de coparticipación."

Librada a su creatividad -a diferencia de lo que ocurrió en otros asuntos- dispuso cuáles serían los impuestos a coparticipar, dispuso hacerlo con arreglo a criterios objetivos a fijar dentro de pautas concretas[4], y su cláusula transitoria 6ta. dispuso que el régimen debía ser readecuado a esos criterios antes de finalizar el año 1996. Que no haya ocurrido supone, además del incumplimiento de lo establecido por la Convención, una creciente vulneración de la igualdad fiscal. De nada vale que esa igualdad (o proporcionalidad) sea observada al tiempo de exigir el impuesto si seguidamente se devuelve a los contribuyentes sin respetar criterios válidos de reparto. Es difícil anunciar equidad si, jugando a la perinola, cada participante pone uno, pero, uno lleva todo.

## ACCIONES DE CLASE

El art. 43 prevé la existencia de derechos de incidencia colectiva, mientras el 42 acuerda algunos que naturalmente llevan a esa incidencia. No ha habido una regulación general de las acciones que pueden llevarlos a los jueces (aunque están contempladas en supuestos de defensa del consumidor o ambiente), pero, los jueces han ido construyendo estándares para brindarles acceso a la justicia.

## EVALUACIÓN

Concluyo aquí el repaso decididamente incompleto de los contenidos reformados.

**4.** Art. 75 inc. 2 "...La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional..."

Más allá de que la voluntad de lograr la reelección presidencial pudo ser un motivo desencadenante de la reforma, lo cierto es que ella fue muy amplia y profunda. También creo que potencialmente fecunda.

El primer acuerdo, esto es, la delimitación de la reforma fue previsto, instrumentado y ejecutado de un modo institucionalmente impecable. El precedente Ríos dejó sentada una doctrina que facilita significativamente eventuales futuras reformas. Esto es un activo institucional, en mi opinión, invalorable. Quizás no sea esta una visión ampliamente compartida.

El primer pacto, el de Olivos, fue cumplido. Fue celebrado discretamente, alguno pensará que a hurtadillas. Pero, a su debido tiempo fue expuesto, y explicado, al pueblo, antes de la elección de los convencionales.

En cambio, los contenidos librados a la legislación mostraron puntos débiles del acuerdo, tanto en cuanto al contenido último, como a la voluntad de cumplimiento. En ese orden de ideas, la figura de JdeG quedó convertida en una suerte de Jefe de Despacho. No se convirtió ni en el verdadero nexo con el Congreso, ni ejerció verdaderamente por sí la administración del país, ni puso límite al ejercicio de facultades delegadas o la emisión de DNUs. Tampoco fue responsabilizado por los que emitió el Presidente, ni la Comisión Bicameral fue el esperado efectivo control de los avances del PEN sobre el PLN. En todo caso, lo fue la CSJN, Poder cuyo diseño y naturaleza hacen impensable un control de igual especie y extensión al concebido en la Convención. Aun así, pienso que una mayor comprensión de las posibilidades que introduce la figura, y principalmente cómo puede mitigar los poderes del PEN incrementando los

del Congreso, en la medida en que el Congreso asuma el rol que la CN le atribuye. No pretendo aquí detectar causas de la debilidad del Congreso, pero, no creo que estén todas en el sistema electoral. La debilidad de los partidos políticos y la escasa comprensión del sistema seguramente han contribuido aun cuando no agoten el asunto. Visto en perspectiva, la introducción de la figura constituye una oportunidad.

La evolución del Congreso en la prórroga a granel de las potestades alcanzadas por el art. 76 y la cláusula transitoria 8va. revela poca claridad acerca de cuáles están allí y cuáles en el art. 75 inc. 20 de fijación de atribuciones de los agentes de la administración. También muestra poca claridad la circunstancia de que la ley 26.122 haya establecido un mismo curso no ya para el tratamiento de las tres categorías de decretos sino las mismas condiciones para el mantenimiento de su vigencia. La posible colisión con los pronunciamientos de la CSJN, a que me referí antes, no parece haber suscitado inquietud en el Congreso. Todo lo cual brinda una nueva oportunidad de desarrollo, al que mucho puede contribuir la doctrina especializada.

Como síntesis, la reforma tuvo logros inmediatos con aplicación futura -limitación de agenda-, modificaciones que han evolucionado de modo trabajoso -selección de los jueces, por ej.-, otras que no parece que lo hayan hecho de modo satisfactorio -empleo por el PEN de potestades legislativas- y otras que no han arrancado -distribución de impuestos, por ej.-. Lo esperanzador es que todo lo no logrado abre oportunidades futuras a condición de que enriquezcamos nuestra comprensión, tanto la recíproca de nuestros diferentes intereses y opiniones, como la de la funcionalidad de los instrumentos in-

corporados. El mayor peligro es no asumir que, repitiendo el camino -no tornando operativos los contenidos de la reforma-, no podemos aspirar a llegar sino al acostumbrado puerto de la frustración.

# La Constitución Nacional

## -Con motivo del trigésimo aniversario de su reforma-

Por
**Ricardo Pablo Reca**[1]

**1.** Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España), Profesor titular de la cátedra I de Derecho Público, Provincial y Municipal y Director del Instituto de Política y Gestión pública, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

## I. PALABRAS PREVIAS

Agradezco la especial invitación de la Procuración de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, para participar en este nuevo aniversario de la reforma de la Constitución Nacional, ya que se cumplen treinta años de esta sustancial modificación, que anudan las particulares circunstancias que precedieron su decisivo alumbramiento y el simbólico alcance, como decía el autor del Aleph, que promueven las cifras que finalizan en cero.

Todo aniversario nos invita a un reflejo balance, resultaría imposible tributar estas décadas sin que una íntima y paralela reflexión nos repase en imágenes y realizaciones, esas volátiles referencias que animan nuestra memoria y nos hablan de la estatura del tiempo en nosotros.

La Constitución no escapa a esta inevitable disposición, estos seis lustros de la reforma que despidió un siglo y transita otro, también supone esas miradas superpuestas en un marco que, sin duda, aceleró el fenómeno de la globalización[2] y la irrupción del postmodernismo[3], fuentes donde convergieron nuevas y determinantes corrientes que, con ritmo creciente, permean nuestra actualidad.

Un complejo panorama, que podemos constatar si remitimos a nuestras experiencias y desvelos sociales, para anticipar sinópticamente, que en esta etapa la economía pasó a ser predomi-

**2**. Como sabemos, la globalización supone un proceso político, económico, tecnológico, social y cultural, que conduce a la consolidación de un mercado mundial, priorizando el comercio, el flujo financiero y la transferencia de conocimiento. De las muchas facetas que ofrece el análisis sobre su fenómeno, no debemos omitir la resignificación al concepto de Soberanía y las consecuentes presiones a la naturaleza e idiosincrasia del Estado-Nación.

**3**. Una de las características fundamentales de esta corriente es el desplazamiento de la conciencia histórica y en ella, una ruptura con la estructura del conocimiento moderno (en particular, el racionalismo y el positivismo) bajo el axioma *"que no existe una única verdad, sino distintas maneras de saber"*.
Un nuevo paradigma que rechaza los textos y programas omnicomprensivos, en un mundo donde prevalece la individualidad y la hegemonía de la tecnología e innovación permanente. En palabras de Esther Diaz, ("Posmodernidad" ed. Biblos) nuestra época se desembaraza de las utopías, reafirma el presente, rescata fragmentos del pasado y no se hace demasiadas ilusiones respecto al futuro.

nantemente financiera, la palabra la imagen y la representación, desbordando sus cauces naturales, múltiples y difusas agrupaciones[4].

Pero la Constitución es antes que nada un sistema de equilibrio, toda su génesis y organización se basa en este concepto, como lo expone una pausada lectura de su texto, que guarda en armónica coherencia la razón de su perdurabilidad y completitud interpretativa.

Con sobria lucidez, García de Enterría señala:

*"La Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un orden de valores materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales del Derecho, que o al intérprete toca investigar y descubrir (sobre todo, naturalmente, al intérprete judicial), o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos, por la decisión suprema de la comunidad que la ha hecho, unos valores sociales determinados que se proclaman en solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva. Ninguna norma subordinada -y todas lo son para la Constitución-podrá desconocer ese cuadro de valores básicos y todas deberán interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio, precisamente, a dichos valores.*[5]

**4**. Como un ejemplo de lo dicho, en las elecciones PASO del 13 de agosto de 2023, podemos observar que la Justicia Nacional Electoral oficializó la impresionante cifra de 23 fórmulas presidenciales, que superaron ampliamente cualquier registro anterior en nuestra historia política. Sin perjuicio de esta exuberante referencia, también cabe destacar las 270 listas internas (entre ellas "Principios y Valores" que llevó 5 fórmulas presidenciales), de las 91 agrupaciones oficializadas, con un altísimo costo por parte del Estado para el pago de las respectivas boletas.

**5**. García de Enterría, E."La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional". Ed. Civitas. S.A. 1994.

## II. UNA INDISPENSABLE REFLEXIÓN

La Constitución no es necesariamente un tema de académicos ni de especialistas, ni de un elitismo conformado en la excluyente tutela de su misión; su finalidad no pretende objetivar la realidad para que la misma se ajuste a sus normas ni fosilizar a las generaciones en el ritual de sus concepciones.

Tampoco, es la presuntuosa palabra final que fluye de una recepción interesada o la absurda permeabilidad de llevar sus alcances de un lado a otro hasta el límite de su desnaturalización; de tal forma, que no basta con invocarla como si fuera el ropaje formal del poder, que concibe su contenido haciendo hincapié únicamente en aquellas referencias que son funcionales a su marcha.

En una palabra, la Constitución no es una suma de letras inertes producto de la arrogancia deliberativa ni un compendio que adosa la actualidad con apremiada vocación.

Es un sistema que conjuga nuestro mayor pacto democrático, la precisa voluntad del espíritu que la plasma, el consenso que la justifica, las líneas de pensamiento que dan vida a sus preceptos; hilando nuestros precedentes, la identidad que nos enlaza como Nación y nuestra heterogénea composición social, en los incólumes valores asociados al equilibrio de su legitimidad.

Por lo tanto, su sistema normativo tiene que cotejarse con la realidad, con sus consecuencias, con el alcance equitativo de su justicia, con el efectivo control de sus poderes, con la actitud seria y apasionada de proveer sus leyes, desarrollando un contenido cuyos parámetros rijan en armónica interpretación sus finalidades.

En definitiva, la Constitución tutela al Estado de Derecho, nuestra forma federal de gobierno, la incondicional recepción de los derechos humanos y la irrestricta vinculación entre gobierno y representados, en inalterable vigilia republicana.

### *Su concepción pedagógica*

La Constitución debería sacarse de los estantes, de los prolijos anaqueles, de su abuso discursivo o del fatuo amparo que su pretenciosa cita presume.

Desde ya, no estamos aludiendo a su enjundioso estudio ni a su específica interpretación[6], nos referimos a su contenido fundamental; a los derechos inalienables, al latido de los valores que nutren sus objetivos, a la manda que prístina nace de su preámbulo.

Esa Constitución pedagógica debería darse con naturalidad en las escuelas, en los foros y en cualquier ámbito que se nutra de la inquietud pública.

Deberíamos afirmar, una y otra vez, que no estamos frente a una sombra preceptiva que dispone como un acto de imposición sobre la naturaleza de nuestra conducta; por el contrario, es un programa general de insoslayable cumplimiento en resguardo de los derechos que a todos nos asisten[7].

---

**6**. A titulo ilustrativo, simbolizamos esta referencia en los profundos estudios, del querido y recordado prof. Germán Bidart Campos, "El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa" Ed. Ediar 1995; la prof. María Angélica Gelli "Constitución de la Nación Argentina -Comentada y Concordada-" ed. La Ley. Año 2001 y la reciente obra de Antonio Maria Hernandez "Federalismo y Constitucionalismo Provincial". Segunda edición actualizada y ampliada. Ed. Abeledo Perrot. 2023.

**7**. Cuando aludimos a los derechos, naturalmente, estamos asumiendo los distintos pliegues que han ensanchado sus atribuciones. No está demás recordar, que los *derechos de primera generación* han sido esencialmente civiles y políticos inspirados en la protección del individuo frente a los excesos del Estado y en consecuencia referidos a la libertad y participación en el más amplio e inalienable sentido, entre otros, la libertad de expresión, de reunión, de religión, de circulación, todos principios que plasma e infiere la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadanos de 1789.
Posteriormente la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, dió lugar a los llamados *Derechos de segunda generación* consagrando el alcance de la equidad e igualdad, esencialmente asociados a los *Derechos Sociales Económicos Culturales y Ambientales* (DESCA) que contemplaban los Derechos del trabajo (artículo 14 bis CN) , de vivienda, educación y salud, contenidos

Antes de discutirla, con irascible énfasis y palabras dogmáticas, debería comprenderse, conocerse, compartirse; no como una respuesta ante el principiante sino como una invitación a nuestras responsabilidades y al hacerlo pensarnos.

Pero reiteramos, cuando decimos que la Constitución tutela al Estado de derecho, estamos señalando que todos los actores, gobernantes y ciudadanos, están sujetos a la ley, a sus atribuciones y obligaciones, garantizando el respeto a los derechos y libertades fundamentales, neutralizando, de esta manera, la pretensión de cualquier ensayo como generador de un sistema ilimitado.

### *Sobre el interés general*

Como sabemos, hay una inescindible relación entre Constitución, democracia y sociedad[8], su inspiración organizadora constituye el numen del Estado moderno y, como dijimos, la extraordinaria desacralización de los misterios del mandato[9].

---

que asumieron su inicial efectividad en los respectivos *Pactos Vinculantes* que dictó Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.
A partir de la década de los 80 se promovieron los *Derechos de tercera generación,* con la incorporación de los *"Derechos Colectivos" o "Intereses difusos",* que ampliaron la brecha de la legitimidad, respecto a la reivindicación de aquellos que se encontraran en análogo y potencial perjuicio, nos referimos al Derecho al ambiente, a los ecológicos, Consumidores y Usuarios.
Actualmente, la mayor parte de la doctrina señala los *Derechos de cuarta generación,* que implican el delicado y complejo alcance de los Derechos Humanos (en particular, los tratados suscriptos con jerarquía constitucional-art. 75 inc. 22 CN) y a las nuevas modalidades tecnológicas y digitales, como expresión de una inevitable tutela, que alcanza su cumbre en la incipiente legislación sobre la Inteligencia Artificial (IA).

**8**. Karl Loewenstein señala que: "La Constitución en cuanto a su existencia no es otra cosa que el resultado de una relación dialéctica entre la normalidad y la normatividad...Su ser depende de su existir, y su existencia de su eficacia. Una teoría de la Constitución limitada a lo jurídico positivo seria un vacío esqueleto normativo.
El Estado Constitucional moderno corresponde a una forma de gobierno de democracia constitucional, sometida a una dinámica del poder propio de la nueva tecnología, en una sociedad de masas y constantemente desafiada por el reconocimiento de fenómenos autocráticos. La sociedad como tal es el soporte de la Constitución, no es ella la Constitución, pero la Constitución es su reflejo... Ella voluntaria y responsablemente constituye el núcleo del llamado sentimiento constitucional o elemento subjetivo de la Constitución". Loewenstein, K "Teoria de la Constitución" Ed. Ariel 4ta. Edición, 1986.

**9**. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, proclama la conservación de los derechos fundamentales e inviolables a que su titulo se refiere... Por una parte, la Ley, es la expresión de la voluntad general, dice el artículo 6, lo que exige que "todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente o por sus representantes a su formación", además de "ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos son iguales ante ella". Son sus notas estructurales básicas. Pero, por otra parte, el fundamental artículo 4 de la Declaración nos ilustra sobre cuál debe ser el objeto de la Ley; "La libertad-dice este articulo-consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; de este modo el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más limites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos". Y concluye con la frase decisiva: "Esos límites no pueden establecerse más que por la Ley". Garcia de Enterría, E. y Menéndez Menéndez, A., *"El Derecho, la Ley y el Juez Dos estudios"*. Editorial Civitas S.A, 1997.

Pero este orden normativo y fundamental, ha pasado por distintas etapas presa de gobiernos autoritarios o dictatoriales que han desnaturalizado su misión[10].

Su jerarquía ha ido evolucionando en estricta vinculación con el alcance de nuestro sistema democrático, ensanchando el control del poder y los derechos y garantías ciudadanas[11].

En consecuencia, no se trata de las adjetivaciones que pretendamos adosarle al Estado o de la interpretación interesada basada en una supuesta legitimidad plebiscitaria.

El concepto axiológico de esta representación lo constituye el "*interés general*", ese horizonte que sintetiza la inasible expectativa que traduce y legitima su delegación, íntimamente asociada al compromiso y participación social en su marcha.

El Estado no es una entelequia que reduce su cometido a las intrigas, veleidades o expansiones que se atribuye cada órgano y, menos aún, el lenguaje secreto de las influencias o propósitos, como si su rumor supusiera la inalcanzable distancia entre el detentador del poder y sus delegantes.

El espíritu constituyente es la expresión de un proceso complejo, en un marco único, con un tiempo determinado y un mandato que expresa taxativamente el alcance de su determinante función; es también, una instancia excepcional (así lo expone su cronología) de una manifestación precisa y a la vez dinámica, para que las normas absorban la natural ecuanimidad que inspira su programa[12].

---

**10**. Sobre este tema, desarrollaremos una breve sinopsis al abordar el artículo 36 de nuestra Constitución Nacional sobre la garantía del orden institucional y democrático.

**11**. A su vez, Loewenstein anota, "la democracia constitucional es un régimen que se caracteriza por el establecimiento y un conjunto de reglas y procedimientos que permite a la población tomar decisiones colectivas propias de las democracias y por valores y principios que definen al Estado constitucional" (Ob cit).

**12**. Artículo 30 CN: "La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe

Esta concepción no puede arroparse en una potestad omnímoda y una sociedad débil, un personalismo exacerbado y una democracia restringida o en un proyecto disruptivo y un presente asfixiante.

Cualquiera de estas hipótesis subvierte la Constitución, pues no sólo enerva sus cometidos sino también los valores cardinales en los que se sustentan, al desmadrar con sus iniciativas la esencia del Estado, en un tránsito provocado, en todo caso, por una clase dirigencial que difumina sus responsabilidades en el conjunto[13].

### *Algunas imprescindibles cualidades*

La Constitución necesita ejemplaridad ante sus desvíos o atropellos. No puede deslizarse en el terreno de las insinuaciones, en las denuncias cruzadas o en la descripción de los medios de comunicación, que ilustran los resquicios de la impunidad sin ninguna consecuencia, generando una perplejidad que se suma al desánimo y estupor cotidiano.

Tampoco puede estar amañada por el *espectáculo político,* que usufructúa el rédito de situaciones provisorias, que finalmente se diluyen por variados y muy opinables criterios judiciales, como ocurrió con algunos resonantes casos[14].

---

ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto".
El expreso contenido del artículo, no debe dejar ninguna duda, que se trata de las dos terceras partes del total de sus miembros, exigencia naturalmente asociada a la significación de la voluntad pre-constituyente, la precisa determinación de señalar los artículos y capítulos a reformar y la condición excepcional y ad-hoc, de la misión encomendada a la propia Convención.
Consideración, que aun obvia, necesita reiterarse frente a las frecuentes e interesadas posiciones sobre la mayoría requerida.

**13**. La interpretación conforme a la Constitución de toda y cualquier norma del ordenamiento tiene una correlación lógica en la prohibición, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmatica que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales. Las normas constitucionales son, pues, normas dominantes frente a todas en la concreción del sentido general del ordenamiento. García de Enterría, E. "*La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*". Ed. Civitas, S.A.1994.

**14**. Por cierto, excede esta cita, el análisis sobre las prisiones preventivas y los recaudos que el código procesal determina para su implementación; pero no puede dejar de llamar la atención, los serios motivos que dieron lugar a su aplicación en nuestra ciudad y la puerilidad de un comportamiento político, que dejó registradas con desidia las supuestas intenciones, en imágenes que fueran reproducidas por los medios y dieran lugar a que el Tribunal Oral Federal interviniente, las considerara como prueba suficiente para anular la causa y sobreseer a todos los imputados.
Más allá de referencias específicas y otras valoraciones, el hecho expone al ciudadano una situación de inadmisible estupor a los que, entre otros casos, se suma la emblemática "Causa de los cuadernos", que en súbito giro y en inminencia del juicio oral y público, la Cámara de Casación ante la queja de tres empresas, aceptó que los eventuales sobornos, se tratarían solo de un aporte

El monopolio de la fuerza pública debe encausarse en la tutela de sus normas y en la decidida intervención frente a los actos y hechos que las infringen.

Debería comenzar por los propios actores judiciales y por la efectiva imparcialidad que infiere su delicada tarea; en este sentido, tendría que tenerse en cuenta que sus titulares no pueden asumir roles políticos durante su desempeño, ocupando los mismos con el cargo de reserva de su actividad jurisdiccional, o el Consejo de la Magistratura, en sus constantes vaivenes políticos, dilatar su primordial finalidad con enormes perjuicios funcionales, o ignorar el decreto 122/03 (que supimos ponderar en una clase junto al Doctor Félix Loñ, cuando se sancionaron los requisitos públicos para los candidatos a la Suprema Corte), que hoy solo parece haber servido para establecer un marco de pristinidad inaugural, frente a la "mayoría automática" que rigió durante la década de los 90.

Todo parece extraviarse en la memoria y esa neblina corroe- entre otros tantos aspectos-la imperiosa y sustancial credibilidad.

## III. EL CONTEXTO

La Constitución debe cotejarse en la realidad, como naturalmente el propio derecho público, sus atribuciones no son ni pueden ser un catálogo de aspiraciones, ni esa anómala tendencia por vestir de novedad sus misiones.

De que vale, memorizar artículos y subrayar sus ponderaciones, si estos no se corresponden en una razonable medida con los hechos.

---

electoral, cuyo delito estaría prescripto.

No hablamos de estadísticas, como si su magna finalidad tuviera un impulso predictivo y el balance que hiciéramos sobre ella se basara en apabullantes datos, pues su naturaleza es proyectiva, por lo tanto, dinámica y enriquecida en su interpretación.

Pero aun así, ninguna de estas condiciones puede empañar, desconocer o desnaturalizar la clara y determinante filosofía que la invoca[15].

El primer consenso que debería ejercitarse como una disposición implícita, son los alcances y límites de sus derechos y garantías, que trazan sus hitos fundamentales, más allá de la orientación del gobierno y las ideologías que lo sustenten.

No puede ser, que estudiemos los  principios constitucionales, la ley, su reglamentación y las referencias comparadas de un instituto, que nunca se aplicó o que al hacerlo observamos su reiterada desvirtuación.

Debemos anclar su manda y detenernos en sus consecuencias, vislumbrar el efectivo sentido de su renovación y el ensayo de su ritmo evolutivo; solamente así, los hábitos constituidos en cultura cívica, incorporan su alcance preceptivo y constatan en su ejercicio los defectos y omisiones que la misma pueda presentar. La genuina satisfacción en este apasionante campo, consiste en el desarrollo de una norma que opere sobre la realidad, transformando, corrigiendo y mejorando la calidad de vida y en ella, la aspiración axiológica de nuestro bienestar común.

**15**. "Estos valores no son simple retorica, no son –de nuevo hemos de impugnar esta falaz doctrina, de tanta fuerza inercial entre nosotros- simples principios programáticos, sin valor normativo de aplicación posible; por el contrario, son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación". Garcia de Enterría, E. (ob. Cit). Ed. Civitas, S.A,1994.

### *Una añeja cartografía*

Pero las circunstancias parecen demostrar lo contrario y la organización institucional se aleja de nosotros como si aludiéramos a una añeja cartografía.

Cuáles son estos defectos?

Dónde descansa su diagnóstico?

Dónde radica su aparente infertilidad?

Un tema muy significativo, de inevitable asociación con la propia actividad legisferante.

Sin duda, hay una Constitución que se adeuda, que reside en la falta de desarrollo de varias leyes y en muchos casos, en el carácter inconsistente o irrazonable de las mismas. Su contenido suele no contemplar su desarrollo, provocando una forzada vigencia que no garantiza su validación, como ocurre cuando luego de una larga enumeración de motivos, no preveén adecuadamente su financiamiento, sus ámbitos de aplicación ni la tutela de su orden público; acaso, como un sencillo ejemplo, podamos aludir al decisivo "Instituto de impacto ambiental" y preguntarnos sobre su orfandad ante las grandes obras públicas o los irregulares asentamientos territoriales, como lo exponen palmariamente distintos estudios[16].

**16**. Para citar solo un ejemplo, en la Cuenca baja del Rio Luján, (Tigre, Escobar, Campana y Pilar), se han urbanizado más de 10 mil hectáreas de humedales, equivalentes a la mitad de la superficie de la Ciudad de Buenos Aires. Esta notable expansión no hubiera sido posible sin la activa promoción de los municipios, autorizando de una manera irregular los cambios de usos de suelos como también la propia Provincia de Buenos Aires, que ha concedido un sinnúmero de privilegios que afectan normativas constitucionales y las normas de orden publico ambiental.
A tal efecto, habilitó un procedimiento excepcional para el empadronamiento de proyectos urbanísticos que se hubieran consolidado sin autorización. En este orden, ver también, resoluciones 400/19, 650/20 y 360/22

Insistimos, la ley no puede convertirse en una sugerencia, ni en un oropel preceptivo, ni en una benigna expectativa de cumplimiento, tiene que consagrar con equidad su efectividad y la razón sancionatoria que la justifica.

## IV. UNA MIRADA SOBRE LA ACTUALIDAD

En este orden, resulta difícil escribir estas líneas sobre este especial tributo constitucional, en un contexto de conmoción colectiva.

El inicial parámetro parece exponerlo este contraste abrupto, que conmueve a la sociedad en una súbita desregulación económica, liberando precios de insumos y servicios básicos en una desmedida escala.

A ello se suma el desproporcionado aumento de las obras sociales, los medicamentos, la saturación de los equipos sanitarios, y una presión impositiva que converge en un crítico escenario.

Se podrá insinuar que no había otra alternativa para reconvertir un modelo intervencionista, que mantenía ficticiamente un equilibrio económico sin reservas y con una incontrolable emisión monetaria.

En ese lenguaje pragmático que caracteriza las miradas macroeconómicas, esta perentoria situación exigía un rotundo cambio, para impulsar una *economía de mercado,* en una sociedad que orilla el 50 % de pobreza y salarios de una condición pauperizante.

Esta increíble asimetría promovió una iniquidad sin palabras y un desplazamiento en el resguardo de valores esenciales de pro-

funda connotación, favoreciendo una galopante devaluación y la pérdida consciente del salario, en un ritmo que pulveriza su propio valor monetario.

Pareciera que quienes lo estimulan –formadores y cadena de precios- no sólo buscan el resarcimiento producido por las gestiones precedentes, sino también una discrecional compensación sobre la inestabilidad futura; como si ésta insensible estrategia fuera la muestra más acabada de la permanente emergencia socio-económica que atravesamos; desestimando, entre otras fundamentales garantías, *los derechos de los consumidores y usuarios*, como si se tratara de una reivindicación dormida.

***El horizonte de la confianza***

Ahora bien, podemos convenir que este abrupto impacto fuera necesario como lo refleja una mayoritaria expectativa, que asume esta etapa con la esperanza de una puesta en marcha, que libere las fuerzas productivas, el emprendimiento y esa energía que tiende a multiplicar ideas y propósitos.

Proyección que no solo supuso la necesaria creencia de un mañana mejor, sino también la íntima disposición que homologó con su voto el categórico cambio sobre la situación precedente.

Por cierto, nuestro sistema constitucional (artículos 96 y 97 CN) define el ejercicio de esta opción entre dos alternativas (en este caso, una que apelaba a un escenario ya vivido y otra a su radical modificación); daría la impresión que podría conformarse una nueva brecha, entre una concepción que prioriza el Estado y una anunciada orientación que se desobliga del mismo, asentando su fundamento en el liberalismo de nuestra primigenia Constitución.

Una vez más, queda expuesto que la falta de un definido programa electoral debilita el sufragio, en una dimensión donde prevalecen otros circunstanciales factores, que como señalan expertos, expresan su decisión en el último momento.

Como fuere, toda determinación evidencia un espacio de libertad, que en muchos casos, deberá elaborar su fundamento con posterioridad a lo actuado, en ausencia de una propuesta que ofrezca su preciso desarrollo.

Desde ya, no es este el momento de profundizar pareceres e impresiones[17], pero no podemos dejar de señalar que las primeras iniciativas, el "DNU 70/23" y la llamada "Ley Ómnibus", violentaron severamente la Constitución en su fuerza normativa[18] y en especial en sus "Declaraciones, Derechos y Garantías", que parecen haberse estrujado sólo en el primer término, como si una inocua vocación definiera su transcendental finalidad.

Perspectiva, que se acentúa con vértigo en el actual contexto.

---

**17**. No podemos dejar de comentar, que el DNU 70/23, en su inédita presentación, exuberante volumen (366 arts.) e inevitable tensión constitucional, guarda una *vigencia condicionada*, por la sola operatividad del cumplimiento del plazo que así lo habilita (art. 5 del CCyCN), independiente del tramite que persiga en el Congreso. El tema (que no tiene antecedente que pueda asemejarse), solo parece asentarse en el artículo 22 de la ley que reglamenta su ejercicio (ley 26.122/06) que define *"que en caso que se rechace seguirán teniendo validez legal los derechos adquiridos durante su vigencia"*, interpretación que no puede extenderse a la derogación lisa y llana que esta disposición determina, pues resulta ilegitimo y absurdo provocar un descalabro normativo por un DNU que no fue aprobado, afectando a las leyes que sancionadas por su órgano de origen, han cumplido todo el procedimiento previsto por la Constitución. Debemos también señalar, que el trámite del Decreto ha sido de una irregularidad manifiesta, desde la inexistente Comisión Bicameral Permanente (que recién se integró en marzo, con el curioso objetivo de analizar los últimos tres periodos constitucionales) y por la superposición de la ley ómnibus (ingresada el 27 de diciembre de 2023), que ha dilatado de una forma intencionada, el detallado estudio del mismo. Tampoco esta demás recordar que el 14 de marzo del corriente, el Senado desaprobó con una mayoría significativa (42 votos negativos, 28 positivos, 4 abstenciones). En este sucinto panorama, vale preguntarse si un Decreto de Necesidad y Urgencia puede generar *más necesidad y urgencia*, deformando el cuadro legal en una súbita desregulación, que afecte sus principios de una forma insalvable.

**18**. Ambas se presentaron en Diciembre del 2023, cuyos textos originales conjugaban un total de 1035 artículos e innumerables derogaciones de nuestro marco jurídico. Cuestión, que puso en evidencia, con su autorizado saber e inalterable compromiso público, el profesor. Antonio María Hernández, cuando en un tórrido 10 de enero, tuvo la generosidad de enviarnos un exhaustivo análisis sobre la génesis, naturaleza y alcance de los Decretos de Necesidad y Urgencia y la Delegación legislativa; un trabajo de imprescindible lectura sobre esta inédita e inconstitucional propuesta, que compartimos plenamente. Hernández, A "Los Decretos de Necesidad y Urgencia y La Delegación legislativa en la Constitución Nacional" en Nuevos Papeles, https://nuevospapeles.com/nota/los-decretos-de-necesidad-y-urgencia-y-la-delegacion-legislativa-en-la-constitucion-nacional/

## V. UNA TENDENCIA PREDOMINANTE

Un contexto imperceptible se superpone sobre las construcciones teóricas, la sujeción a un orden jurídico previsible y un grado de civilidad que refleje nuestra calidad democrática.

Por un minuto imaginemos los miles de kilómetros que en el lecho marino y en el espacio envuelven, facilitan y potencian nuestra comunicación[19].

Centenares de señales nuevas y poderosas modalidades digitalizan, apremian y difuminan la propia información y en ella un relato que, con la velocidad de la luz, se afirma en la *posverdad* como expresión fidedigna de los episodios y acontecimientos.

Esta expansiva conectividad pareciera guiar los hilos de nuestro curso público, una vida incorpórea que estrecha su relación al siempre difuso intercambio virtual, que parece agotarse en el incontenible oleaje de la coyuntura.

La vida se retrae y en su recogimiento e intimidad se incorpora un mundo de impresiones, muy lejos de deletrear nuestro mayor pacto convivencial.

Nada que no sepamos, pero la capacidad de adaptación es tan vertiginosa que ha modificado hábitos, costumbres y posiciones, en el *determinismo de los hechos consumados.*

**19**. Practicamente la totalidad de la comunicación de la actualidad (mas del 90%) se hace a través de cables submarinos pues son opciones muchos mas ventajosas frente a otras como los satelites.El primero que existió se terminó en el año 1866 y se creó con la intención de conectar America con Europa, bajo el nombre de *cable Trasaltlantico telegráfico*. Recientemente se ha conectado la isla de Gran Canaria con un extenso cable que tendrá la longitud de 45 mil kilómetros cuadrados para unir 33 paises de Asia Africa y Europa, enlazando mas de 3 mil millones de personas. Se trata del cable submarino mas extenso de toda la historia, bautizado con el nombre de ZAFRICA, promovido por consorcios internacionales donde participan decenas de propietarios.

### *Sólo una cita*

La sociedad parece ser solo una cita, cuya referencia conmueve de una forma tan cercana como lejana, en una superposición escénica que apenas registra su exclamación y se diluye en un *individualismo*, que la propia situación genera en un fluir de hechos, que solo convocan al repliegue y la imprevisión.

Desde ya, no estamos relevando nuestra idiosincrasia, plena de compromisos solidarios y nobles que expresan su espontánea entrega, aludimos a una inercia que nuestra propia liquidez social resignifica en un continuo desencanto.

Daría la sensación, que ningún esfuerzo adquiere la estatura que aglutine una iniciativa firme y perdurable, para atenuar y orientar una realidad que en su insoldable base solo parece retroalimentar discursos eufóricos o actitudes demagógicas, como aquella "mesa del hambre" que se conformó en los albores del gobierno anterior con fines tan borrosos como sus propios integrantes o la insólita e inexplicable situación actual, que retuvo los alimentos a los más necesitados, bajo el pretexto de su utilización ante una eventual catástrofe.

### *Un paisaje raído*

Una incesante decadencia dibuja un raído paisaje y no hay derechos, ni garantías, ni tratados o convenios internacionales, que puedan palear tan lacónico y desenfrenado andar, que parece reincidir en el *síndrome de la constante inauguración.*

Este panorama, que podría ilustrarse en tantos casos, enmudece el espíritu y letra de la Constitución y, por cierto, no estamos ape-

lando a sus deudas, a su parcial cumplimiento o a las teorías que reducen su contenido haciendo hincapié en perspectivas antagónicas, nos referimos a la imposibilidad de plantear *las prioridades de una política de Estado.*

Qué derechos pueden levantarse ante las indignas jubilaciones, o la frecuente y alarmante inseguridad, si esta avalancha lleva el ímpetu de una disgregación, que se presenta como una estadística más de un proceso de globalización, que mide al mundo como una muestra caleidoscópica del éxito o el fracaso.

Honrar nuestra Constitución, también debe ser un acto de resistencia a su avasallamiento.

***Un mundo ajeno y distante***

La corrupción, los obscenos enriquecimientos, el nivel corporativo de la política, el poder que todo lo contrae, los enquistamientos en las funciones, y la recurrente tendencia por prolongar los mandatos y el volumen de sus atribuciones, componen un lamentable y previsible diagnóstico[20].

Pero a estas y otras características, que muchas veces hemos señalado, se suma un inasible contexto financiero.

La inmensa mayoría de la población transita una dinámica económica, ajustada a la suerte de sus salarios y observan con preocupación cómo se afectan o devalúan los mismos, por razones tan complejas que sólo parecen explicarse en la espiralada inflación.

**20**. Reca Pablo "Cuarenta años de Democracia" – Número extraordinario de la Revista Anales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. 2024 en edición.

Desde hace años, una remanida expresión sintetiza esta situación "*la fiesta la pagamos entre todos*", una frase no menos vacua y sarcástica, que incorpora un plural con un grado de ligereza y generalidad desconcertante.

A qué nos estamos refiriendo o que infiere esta expresión? Con que culposa disposición asumimos el derroche pasado como si hubiésemos sido parte de ese irresponsable dispendio.

El cansancio suele aceptar estas gratuitas admoniciones, una retórica advertencia sin respuesta, que enmascara la realidad de un mundo financiero, ajeno, al universo de la contraprestación, el intercambio o el ahorro; es decir, la llamada economía real o física.

De esto poco o nada sabemos y, menos aún, nos informan sobre la afectación e influencia que promueve este rumbo sobre nuestra cotidianeidad.

Ciertamente, advertimos la burocracia estatal, sus infinitos laberintos y, en oportunidades, su escabroso direccionamiento, pero nada conocemos sobre el alcance de la deuda pública o la significación y compromiso de la misma.

En este marco, podemos constatar que la moneda no se define por lo que es sino por lo que sirve.[21]

Y para qué sirve, cabe interrogarnos?

**21**. Ciclo de charlas sobre "Economía y Finanzas" con el licenciado Héctor Guiliani, entrevistado por Santiago Ruiz de Galarreta., que pueden compartirse en el canal de youtube homónimo.

Para qué sirve iniciar un emprendimiento, sostener una pyme, o una actividad cuentapropista, si el costo de este tránsito, está condicionado por un alcance financiero tan volátil como imprevisible, priorizando un ajuste con una perspectiva que, una vez más, supone excluir la dimensión social.

Un sistema, que evita compartir y dilucidar una deuda externa abrumadora, que ha crecido de una forma aritmética en los últimos 50 años y cuya administración, defensa, y representación, sigue el camino de los "*secretos del Estado*", que ni siquiera fue esbozado por el Presidente de la Nación en el discurso inaugural ante el Congreso.

***Un incompresible glosario***

Un universo de términos cifrados, sugieren de una forma implícita e insinuante sobre el tenor de este régimen e ilustran, con cuadros cargados de signos, inquietantes vaticinios en un ritmo encriptado y acechante.

Mencionan, entre otras referencias, los bonos del tesoro, la calificación crediticia, los certificados de depósitos, los costos de oportunidad, los cronogramas de amortización, el dinero virtual, las criptomonedas, los fondos de inversión, las acciones y agentes bursátiles, el servicio de la deuda, las tasas variables, el riesgo de liquidez o la tecnología financiera de los activos líquidos.

Este incomprensible léxico, nada informa sobre nuestra deuda externa con el Fondo Monetario Internacional y los organismos bilaterales.

Qué es el Megacanje?

Qué especial prerrogativa supone el blanqueo de capitales?

Todo un sistema, ajeno al incesante incremento de las tarifas de servicios básicos o el escándalo por la reparación previsional básica (que supone un aumento del 0,43 del PBI), mientras nadie aclara, que ocurrió con el mayor préstamo a nuestro país (45 mil millones de dólares en 2018), el más elevado en la historia del Organismo Internacional, cuyos desembolsos realizados solo estarían cubriendo el reintegro de capital, en un áspero ciclo que reanudaría su efectivo pago, recién en el año 2026.

Un desconcierto, que ilustran algunos emblemáticos casos.

***Sobre luces y sombras***

Hace unos años en un ámbito colmado de emoción, se celebraba la nacionalización de YPF, un sentimiento que parecía reivindicar los insustituibles bienes nacionales, que históricamente han conformado nuestro patrimonio, soberanía y desarrollo.

Con el soplo de apenas una década, una jueza de Nueva York condenó al país con una deuda de 16 mil millones de dólares, promovida por un Estudio inglés, que adquirió los derechos de un grupo de accionistas minoritarios, disconformes con el acuerdo.

Todo indicaría, que a esa suma deben incorporarse los intereses que corren por día y la potencialidad de un embargo, repitiendo en cercana memoria el imborrable caso de *"La Fragata Libertad",* mientras se tramita la apelación, que engrosaría esta suma hasta duplicar el valor de la propia compañía.

El tema supera el diario trajinar, pero una impresión conmueve la calidad de las decisiones, como si estas fueran negligentes o, en todo caso, una corrosiva indolencia sobre nuestra senda, que celebrando proyectos, socaba la confianza y el porvenir.

Quién es responsable?
Cómo unos accionistas minoritarios entablan un juicio,
cuyo monto supera con creces el valor de la propia empresa?
Qué ocurriría con Vaca Muerta?
Cuál es su plan estratégico?

Un complejo cuadro de situación, que lejos de *Promover el bienestar general* que revela nuestro Preámbulo, ensombrece el excepcional cometido de la Asamblea Constituyente, a la cual, más que nunca, debemos remitirnos.

## VI. LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

Una de las condiciones más importantes de la Asamblea Constituyente, ha sido su plena representación, ese consenso sobre su propósito que, aún en su inicial interpretación política y las modalidades especiales que resguardaron su objetivo, consolidó un proceso reformista saneando los más inmediatos antecedentes.

Con pasión intacta, Antonio María Hernández, señala *"La Convención de Santa Fe y Paraná tuvo 305 convencionales-la suma del numero de los miembros del Congreso: 257 diputados y 48 senadores-, que representaron a 19 bloques políticos. Fue la convención más numerosa de la historia argentina, que realizó su tarea en solo 90 días, en un marco ejemplar de pluralismo democrático –como lo sostuvieron los distintos partidos políticos-,y*

*que produjo la más importante reforma constitucional, tanto en la parte dogmática como en la parte orgánica. Existió muy alto grado de acuerdo para la sanción de sesenta y un normas constitucionales: veinte nuevas, veinticuatro reformadas y diecisiete disposiciones transitorias. En el amplio contexto de nuestra historia institucional, consideramos que esta es la reforma con mayor legalidad y legitimidad, y que además clausuró dolorosas etapas de frustraciones y desencuentros, que incidieron gravemente en la vida naciona"*[22].

En la cita correspondiente, también expresa el relevante autor (que fuera vicepresidente de la comisión de redacción de la Convención Nacional Constituyente de 1994), "*el consenso llegó a la unanimidad en la votación de varias cláusulas, como las del reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios, la de nuestros derechos sobre la Islas Malvinas e islas del Atlántico sur, y sobre la defensa del orden constitucional, lo que resulta notable para una Asamblea tan numerosa".*

Desde esta clara y concluyente reseña, nos permitimos con el mismo afán, una breve mención sobre las secuencias reformistas de nuestra Asamblea Constituyente, en el orden que el propio texto anticipa (las realizadas en 1860, 1866, 1898 y 1957); en el entendimiento, que nuestra originaria Constitución se fundió en un proceso complementario e inescindible, con la integración de Buenos Aires en 1860.

### *Un mutuo y tácito reconocimiento*

El triunfo de la Confederación en la batalla de Caseros (3 de febrero 1852), había despejado la etapa de "Organización Nacio-

**22**. "A veinticinco años de la Reforma Constitucional de 1994". Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 2019.

nal", cuyos gobernadores firmaron el 31 de mayo del mismo año el Acuerdo de San Nicolás, por el que se llamaba a un Congreso Constituyente.

Hasta entonces, un liderazgo imbuido de facultades extraordinarias, había expandido el estilo de un federalismo que se asentaba en la campaña bonaerense con la hegemonía de los sectores terratenientes, y en el pretérito protagonismo que impregnaba Buenos Aires, desde su reconocimiento como capital del Virreinato(1776), su excluyente condición portuaria (que por entonces, era la única salida al mar), la precoz latencia de una clase dirigente, que había dotado a su Asamblea de facultades legislativas y constituyentes (1821), y la campaña del desierto (1833/34), que supuso un cambio territorial sobre sus límites, con el dominio efectivo sobre las comunidades originarias de La Pampa y el Norte de la Patagonia.

En una palabra, la expansión de las fronteras productivas, el manejo de los ingresos de la aduana, el control de la navegación de los ríos y, por cierto, la federalización de Buenos Aires, formaban parte de una reivindicación esencial.

La convocatoria al Congreso Nacional Constituyente de 1853, tradujo ese histórico momento, no solo por los significativos antecedentes (honrando el Pacto Federal y el Protocolo de Palermo), sino también por la férrea voluntad de su organización[23], tensión que llevó al extremo institucional las desavenencias con Buenos Aires.

**23**. En el terreno de las desavenencias aludidas podemos, a titulo ilustrativo, señalar; la decisión de uniformar la representación en la convocatoria (dos diputados por provincia), el ámbito de su desarrollo (Santa Fé),el tema de los tributos aduaneros (art. 4) y lo establecido respecto a su capital en el articulo 3 que definía:*" las autoridades que ejercen el Gobierno federal, residen en la ciudad de Buenos Aires, que se declara capital de la Confederación por una ley especial".*

La recién sancionada Constitución y el rechazo de la Provincia de Buenos Aires (que dictó su Carta fundamental en 1854), desmoronaba todas las instancias y pactos preexistentes, en un inflexible tránsito que finalmente resolvió la batalla de Cepeda (23 de Octubre de 1859) y el inmediato *Pacto de San José de Flores* (11 de noviembre), que fue uno de los hechos más significativos de nuestra urdimbre nacional[24].

### *Un pacto fundamental*

Esta loable propuesta, permitió al Estado de Buenos Aires reveer la Constitución, realizar las observaciones a la misma y asegurar, entre otros temas, su propia integridad territorial.

A ese gesto único, expresión de un mutuo y tácito reconocimiento, Buenos Aires respondió con una excepcional Comisión especial (vgr. Sarmiento, Mitre, Vélez Sarsfield, Mármol, Obligado), que propuso 22 enmiendas al texto constitucional, fortaleciendo el federalismo, ampliando los derechos y garantías de las provincias (Vgr. la plena autonomía de sus constituciones y la creación del Congreso Nacional Bicameral), redefiniendo el asiento de la capital (con su innominada elección) y la nacionalización de los tributos aduaneros, supeditados a una acotada prórroga, motivo de la reforma de 1866[25].

---

**24**. El Pacto de San José de Flores, también llamado de "Unión Nacional", se firmó el 11 de noviembre de 1859, que con magnánima disposición, se tradujo en 16 artículos de los cuales a título ilustrativo, remitiremos a cuatro de ellos.
Articulo1: *Buenos Aires se declara parte integrante de la Confederación Argentina, y verificará su incorporación por la aceptación y jura solemne de la Constitución Nacional.*
Articulo 2: *Dentro de veinte días de haberse firmado el presente Convenio, se convocará una Convención Provincial que examinará la Constitución de Mayo de 1853, vigente en las demás Provincias Argentinas.*
Articulo 8: *Se exceptúa del artículo anterior, la Aduana, que como por la Constitución Federal corresponden las Aduanas exteriores a la Nación, queda convenido en razón de ser casi en su totalidad las que forman las rentas de Buenos Aires, que la Nación garante a la Provincia de Buenos Aires su presupuesto de 1859 hasta 5 años después de su incorporación, para cubrir sus gastos, inclusive su deuda interior y exterior.*
Articulo10: *Quedando establecido por el presente pacto un perpetuo olvido de todas las causas que han producido nuestra desgraciada desunión, ningún Ciudadano Argentino será molestado por hechos ú opiniones políticas, durante la separación temporal de Buenos Aires, ni confiscados sus bienes por las mismas causas conforme a las Constituciones de ambas partes.*

**25**. Efectivamente, se prohibía el impuesto a las exportaciones (retenciones articulo 4 y 67 inc. 11 de la CN) a partir de 1866, conforme lo previsto en la cláusula octava del Pacto San José de Flores.

Seis meses de arduo trabajo, que excediendo el plazo original, modificó en su aprobación la cláusula alberdiana (que contemplaba los diez años que debían transcurrir antes de su reforma); sepultando el tenso periodo de secesión, jerarquizando la relevancia de los Estados miembros y alumbrando la apelación de Nación Argentina.

Quizás, de las muchas hipótesis que se desgranaron con motivo de la batalla de Pavón (1861), sobre el repliegue de Urquiza y la consecuente victoria de Buenos Aires, prive la expresión que se le atribuye a Mitre *"fue una guerra entre hermanos peleando por un ideal común",* que encausó la etapa de quienes mantenían sus recelos apelando a un antagonismo, cuyo arduo ciclo finalizó el 6 de septiembre de 1880, cuando se promulgó la Ley 1029 que declaró a la Ciudad de Buenos Aires como Capital de la República[26].

***Los pliegues de la historia***

Con la prudencia de destacar, a modo de síntesis, podemos señalar que en estos 134 años que definen el perenne lapso desde la Constitución de 1853/60 a la Asamblea Constituyente que estamos celebrando, cuatro artículos se han modificado y uno sólo, por cierto fundamental, se ha incorporado en este largo devenir como Nación.

Cada una de estas instancias, no estuvieron exentas de las complejidades que presumió su iniciativa y el propio proceso constituyente.

**26**. Con la ley 19/1862, también llamada "Ley compromiso", se logra un acuerdo que permitió que por un plazo de 5 años, tanto las autoridades nacionales como provinciales residieran en la ciudad, aunque e gobierno federal solo como huéspedes de la provincia. En este marco, la situación en la ciudad de Buenos Aires era como mínimo incomoda. Los dos gobiernos, el nacional y provincial, compartían territorio. El gobierno nacional residía en la casa Rosada, el gobernador en Moreno 134; el Congreso en Victoria y Rivadavia; la Legislatura en Perú 134; la Corte suprema en la calle Bolívar 137; la Corte Provincial en la misma calle nº23.

Nos referimos a la reforma de 1866, que tuvo un repertorio de tres temas y finalmente dos artículos aprobados; pues, en un caso, bastó eliminar la prórroga sobre el impuesto de exportación (y su consecuente prohibición), que se restituyó bajo las imperativas circunstancias de la guerra de la Triple Alianza (1865/70).

A ella se anexaron la responsabilidad de los ministros acompañando los Decretos acorde a sus respectivas atribuciones y la competencia del Poder judicial para entender en las causas de vecinos de distintas provincias.

En 1898, el debate inicial lo conformaron quince puntos, pero en definitiva se aprobó la creación de tres ministerios más (entre ellos, el de Obras Públicas) y se modificó la proporción representativa de los diputados considerando el significativo crecimiento demográfico.

Si esta sinopsis, la lleváramos a una mera cuestión terminológica, quizás se podrían llamar enmiendas a las modificaciones de estos artículos; pero cada uno implicó una compleja articulación, que en el primer caso (1866) supuso compatibilizar la convocatoria a la reforma, la conformación de la Asamblea y el propio calendario electoral.

En cuanto a la reforma del año 1957, es decisivo señalar la incorporación del artículo 14 bis, que mas allá de sus condicionamientos (a los que aludimos en este trabajo), significó un salto cualitativo del Estado Gendarme al Estado de Bienestar Social, integrando en su adjetivación, la indispensable relación entre la libertad individual y la justicia Social, cuyo espíritu habían anticipado la Constitución de Santa Fe (1921) y la Constitución Nacional de 1949, en cuanto consagraba (en su art. 37) los derechos bá-

sicos y garantías integrales del trabajador, reflejando una concepción solidaria y equitativa, en armónica e indispensable fusión con nuestra Constitución y, en la actualidad, con las normas internacionales sobre Derechos Humanos.

Por eso, estas ligeras líneas no pretenden aprehender las circunstancias históricas, irrepetibles y contextuales, pues los hechos esbozados no pueden resolverse en criterios definitivos, que economizando detalles y apasionadas posiciones, sinteticen los pliegues de nuestra historia.

En todo caso, lo comentado sirva para subrayar que la reforma del 94, tuvo en su seno, composición y misiones, la contundencia de lacrar aquellas pretéritas fisuras, afirmando la supremacía constitucional en su representación, finalidades y en un excelente debate, ajustado a los tiempos y formas previstas.

***Las instancias precedentes***

Por cierto, parece oportuno recordar las circunstancias que implicaron la iniciativa de esta significativa reforma.

El motivo de reparar brevemente sobre aquella etapa, supone reconocer la convicción institucional que inspiró la perspectiva de nuestro primer Presidente y la consciente actitud de los ajustados costos públicos que la misma entrañó[27], que superando la repercusión política, tradujo en el tiempo, la institucionalidad que finalmente hoy celebramos.

**27**. Así lo puso de manifiesto las elecciones para convencionales constituyentes, oportunidad en el que el PJ obtuvo el 38 % 134 convencionales, el radicalismo el 20% 71 convencionales, el Frente Grande 31 convencionales y el MODIN 21 convencionales.

El carácter reservado de aquellas primeras reuniones requería considerar el alcance de su modificación, que ya había forjado valiosos trabajos sobre la misma, frente a un oficialismo que buscaba afanosamente la reforma del mandato del poder ejecutivo.

Así lo había hecho explicito, quien titularizaba la comisión de asuntos constitucionales del Senado de la Nación, contabilizando para este cometido solamente los *dos tercios de los miembros presentes* y una inminente convocatoria a un plebiscito, para manifestarse sobre este propósito.

Finalidad, que también propiciaba el resultado de las elecciones legislativas de 1993[28] y un contexto de cierta placidez económica, generada por la convertibilidad y el nuevo alineamiento; preludio de un tiempo desideologizado y con ello, del propio sistema político.

### *Una repercusión inmediata*

Con el paso de los días se hizo público esas conversaciones y la repercusión fue inmediata, el impacto tiñó de renunciamiento la voluntad opositora y las especulaciones se ramificaron sobre el sentido y alcance de esta iniciativa.

Periódicos de alta difusión aludían en su editorial sobre una *"Democracia de a dos"*, enunciado que parecía desvanecer las firmes objeciones y disidencias sobre la sinuosa dirección asumida por el gobierno.

**28**. El 3 de octubre de 1993, se llamó a elecciones para renovar la Cámara baja del Congreso Nacional, en esa oportunidad, el Partido Justicialista obtuvo el 43,47 % de los votos y la UCR el 30,23%. Ocasión, en las que surgieron otras fuerzas políticas, como si fuera un escenario inicial e imperceptible que conmovía el histórico bipartidismo.

Claro que fue una sorpresa este proyecto y en particular en la Provincia de Buenos Aires, (llamada siempre a ser el soporte de las expectativas eleccionarias), donde mucho influía la suerte del, por entonces, gobernador (que literalmente había sido excluido de los entresijos de estos acuerdos), en los que veía naufragar su propia postulación y con ello la necesidad de su continuidad en una nueva instancia electoral (que la Constitución bonaerense no contemplaba), en un propósito equivalente y casi simultáneo de reforma, como poco después quedó expuesto[29].

***Un capital de ideas***

No está demás señalar, que la reforma de la Constitución Nacional constituía un imprescindible horizonte y que el "Concejo para la Consolidación de la Democracia", había trabajado arduamente sobre este objetivo, que mucho sirvió como fundamento de la propuesta.

Tengo presente las deliberaciones sobre el "Jefe de Gabinete" o el "Ministro coordinador" y los aportes sobre los "Decretos de Necesidad y Urgencia", que buscaban atenuar el peso de un presidencialismo asentado en el centro de un poder excluyente.

Un capital teórico y largos pronunciamientos habían nutrido de ensayos y proyectos la impostergable necesidad de compensar y restablecer el yermo campo de nuestros antecedentes que, dicho sea de paso, había sido anticipada por una decena de reformas provinciales[30] que, con vigoroso pulso, modificaron sus constituciones como Tierra del Fuego, que fue el último territorio

**29**. Para ilustrar lo antedicho, basta recordar que el 10 de abril de 1994 se llamaron simultáneamente a elecciones de convencionales nacionales y de la provincia de Buenos Aires .

**30**. La Constitución de La Rioja, San Juan , Salta y Jujuy en 1986, San Luis y Córdoba 1987, Rio Negro 1988, Tucumán 1990, Formosa y Tierra del Fuego 1991, Corrientes 1993.

provincializado en el año 1991, excepcional instancia que supimos compartir en un bautismal y previo encuentro con numerosos expositores.

Momentos inscriptos en el idioma del recuerdo, que reflejaron una singular impronta, pues sus postulados, criterios y nuevos derechos, constituyeron una fuente significativa del espíritu reformador de aquella etapa.

En fin, los episodios con el tiempo suelen estrecharse, pero junto a estos precedentes, también podemos señalar el incipiente impulso que, por aquellos años, anticipaba la embrionaria vigilia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada en el año 1979.

### *El espíritu de la misma*

Seis lustros que han acompañado las fundamentales transformaciones en el campo científico-tecnológico y por ende en el desenvolvimiento de nuestra trayectoria socio-institucional; en un brecha, que nos permitimos señalar, desde el "Consenso de Washington[31]" a la "Agenda 2030 de Naciones Unidas[32]", reflejan-

---

**31**. Parece necesario recordar que en 1989 se implementó el "Consenso de Washigton", cuyo mentor John Williamson estableció un programa de ajuste para paliar la crisis de la deuda en America Latina frente al fracaso de la "sustitución de importaciones" como modelo de desarrollo.
La propuesta contemplaba, entre otros puntos, la liberalización financiera y comercial, un tipo de cambio competitivo y la inversión extranjera directa; criterios que requerían la privatización, desregulación y reconversión del sistema de legalidad y contabilidad, para asegurar y estimular las operaciones del sistema capitalista. Respecto al Estado, los principales dogmas reflejaban, disminuir su competencia a la minima expresión y ubicarlo como mero intermediario de los negocios del sector privado y ocasional garante de la paz social.
La globalización, no hizo mas que enfatizar la internacionalización de la economia, bajo el presupuesto que la misma generaría una casacada de riqueza hacia las clases menos favorecidas.
No hace falta decir, que la aplicación de ese modelo tuvo su severa recesión en nuestro pais en 1998, que mas allá de causas propias influyó de una manera determinante las políticas macroeconómicas que favorecieron un crecimiento acelerado y sin equidad, excluyendo las cuestiones sociales y el fortalecimiento de las instituciones.
La catástrofe llevó a Williamson y a su equipo a expresar que el programa *"eran meras recomendaciones"* y que se trataba de *"las reformas de primera generación"*.
Quedaba claro que se habia producido un desequilibrio entre la eficiencia económica y la equidad distributiva, que llevó a Hobsbwam a expresar que se trataba *"el triunfo del individualismo sobre la sociedad"*.

**32**. Toda esta experiencia precedente generó que la Asamblea General de Naciones Unidas se remplanteara un *criterio amplio de estabilidad macroeconómica*. Asi ocurrió en el mes de septiembre del año 2015, cuando se aprobaron los 17 objetivos sobre el Desarrollo Sostenible, que fueron acordados por la Argentina y otros 192 países y que regirían durante los próximos 15 años, bajo la ponderación "Agenda 2030 de La ONU". La misma tiene por objetivo un crecimiento con inclusión sin degradación ambiental, promoviendo los emprendimientos y las Pymes, contemplando especialmente la pobreza, el hambre y la seguridad alimentaria, salud, educación, igualdad de género, agua y saneamiento y energía, una agenda universal y holística para el logro del desarrollo sostenible, que simbólicamente se afirmaba en cinco indicadores (personas, planeta, prosperidad, paz y partnership).

do las inquietudes más apremiantes de este nuevo siglo; enhebrando en ajustado equilibrio las preocupaciones de ayer, las nuevas reivindicaciones y las líneas directrices de un programa prospectivo.

De tal forma, no podemos dejar de citar la "*Defensa del orden institucional y democrático*" (con la insustituible intermediación de los partidos políticos), referencia que junto a su valor, remite a las perentorias circunstancias de su debate y sanción.

Huelga decir que toda mirada retrospectiva incorpora como un hábito natural sus antecedentes; pero no está de más subrayar que no podía inferirse un precepto equivalente en nuestra Carta Magna, en las tantísimas vicisitudes que allanaron las asonadas y levantamientos militares.

No hay duda, que el eco del ejemplar juicio a las Juntas definió el simbólico inicio de esta etapa, que tuvo por finalidad evitar las continuas oscilaciones que marcaban el vaivén de nuestra continuidad cívica.

En una palabra, había que sellar esta instancia tan delicada y sensible, con responsabilidades y garantías, que respaldaran la vigencia y misiones de la propia Constitución.

Para este fin hubo otras reformas determinantes, como la consagración de la *Ciudad Autónoma de Buenos Aires,* edificada sobre los vetustos cimientos de su acotada jurisdicción capitalina[33], que sancionó su Estatuto organizativo que en el año 1996

Resulta pertinente señalar, que esta decisiva iniciativa partía de alarmantes parámetros sobre el acceso al agua corriente, la red cloacal, la red de agua, la energía electrica, los asentamientos cerca de basurales y zonas inundables y la desnutrición infantil cronica. En una palabra, enlazar las tres dimensiones del desarrollo, considerando su perspectiva económica, social y ambiental con la finalidad de erradicar la pobreza extrema y conjugar los insustituibles valores de dignidad e igualdad.

**33**. Reca Pablo "*Sobre la Personería Jurídica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*". Revista Anales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP 2008.

y la condición electoral de darse su primer gobierno, cuyo titular, paradójicamente, se había opuesto con fervor al llamado "Pacto de Olivos".

Y por cierto, *la imprescindible autonomía del gobierno municipal*, favoreciendo el dictado de más de 180 Cartas orgánicas, ensanchando los sujetos políticos que, en distinta escala, constituyeron los flamantes protagonistas de nuestra integración federal.

A ello nos referiremos.

## VII. DOS GARANTÍAS INSOSLAYABLES

Nos detendremos en estas dos garantías, que suelen asumirse implícitamente y sin embargo, tienen la extraordinaria misión de haber concluído décadas de análisis, posiciones y divergentes aportes doctrinarios sobre la materia.

Nos referiremos, con los límites que este trabajo presume, al **artículo 36** de nuestra Constitución, que de una forma profusa e inapelable, fija la *garantía de nuestro orden institucional y democrático* y los consecuentes efectos de quienes se alzaren por actos de fuerza contra su inviolable imperio.

También haremos hincapié en el **artículo 123**, en la convicción que la autonomía municipal no solo ensancha nuestro federalismo (atribuyendo al gobierno local su indispensable identidad y el dictado de su carta orgánica), sino que debe interpretarse en indivisible relación con el emblemático artículo 5[34], que estable-

**34**. La Ley de reforma constitucional 24309/93 estableció tres modalidades; el núcleo de coincidencias básicas, los artículos y temas referidos a su libre debate y las reglas procedimentales; en este marco por su articulo 5 definió que la parte dogmática de la Constitución formaba parte de esta primera modalidad y naturalmente el precepto de la garantía federal.

ce la *garantía federal*, como núcleo y destino de nuestra propia composición nacional.

Con autorizada firmeza, Néstor Osvaldo Losa, señala *"el régimen municipal expresado en el artículo 5 de la Constitución Nacional es hoy indudablemente un gobierno municipal y no un mero ente administrativo subordinado y autárquico; esto es un hecho objetivo y un precepto imperativo de mayor nivel por contar con raigambre constitucional que así lo confirma*[35]*"*

***Un relevante capitulo***

No hay duda, que en la parte dogmática de la Constitución y en particular, en el capítulo segundo (Nuevos Derechos y Garantías), se consagraron otros fundamentales principios, como los derechos políticos y la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a los cargos públicos (artículo 37 de la CN), el decisivo rol de los partidos políticos (artículo 38 CN), la iniciativa y consulta popular (artículos 39 y 40 CN), la detallada cláusula sobre medio ambiente, garantizando el principio de sustentabilidad y la responsabilidad de la Nación para dictar los presupuestos mínimos (artículo 41 CN), los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, incluyendo la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados (artículo 42CN) y la sustancial incorporación del instituto del amparo, ampliando el alcance, materia y ámbito de su protección (artículo 43 CN)[36].

**35**. "*Municipio moderno y necesidad de tripartición de funciones. Justicia local autónoma*", Mexico, mayo de 2013. Ver del mismo autor "Derecho público municipal. Región. Provincia. Jurisdicción". Ed. Abaco Rodolfo Depalma. 2017.

**36**. La sustancial incorporación del Instituto del amparo, amplía y enriquece lo previsto (Ley 16.986/66), eliminando la exigencia de agotar la vía administrativa, ampliando el ámbito de protección, estableciendo que el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de las normas, permitiendo la posibilidad de interponer el amparo ante cualquier forma de discriminación, reconociendo las legitimidades relativas a los derechos de incidencia colectiva la representación de defensor del pueblo y de las asociaciones que provean a ese fin.

En definitiva, una compacta trama que desarrolla y ampara el ejercicio de nuestro horizonte democrático, expresado en estos cuarenta años de existencia, con la imperturbable vocación de una definitiva forma de vida que, aun en sus dificultades, se asienta en la voluntad colectiva y en las determinantes reglas que manifiesta nuestra Constitución.

Quizás el tema que abordaremos, se presente con un valor tangencial frente a estas y otras decisivas reformas o aquellos tópicos que protagonizan nuestra actualidad (la evolución digital, el cambio climático, la efectiva implementación de los tratados internacionales sobre los derechos humanos) y, desde ya, por razones obvias que signan la complejidad de esta hora, la Delegación legislativa (art. 76 de la CN) y los Decretos de Necesidad y Urgencia (art.99 inc. 3 CN)

Desde estas necesarias prevenciones, nos abocaremos con toda convicción a los artículos referidos, pues entendemos constituyen dos piezas determinantes de nuestra concepción cívica y de los sujetos políticos llamados a ejercitarlos, plenitud que da razón a nuestra condición ciudadana.

***La firmeza de esta cláusula***

Con alguna justificación podrá comentarse, que esta cláusula en su contundencia peca de obstáculos de difícil resolución, sosteniendo que las circunstancias a las que alude resultan impensagdas en este definitivo devenir cívico y que su extremo supone un análisis cuya especulación, conduce a una compleja y abstracta elaboración.

Sin embargo, partiendo del categórico enunciado que ofrece el epílogo de la primera parte de la cláusula "*estos actos serán insanablemente nulos*" debemos comprender en ellos, todas las secuencias que la historia y los antecedentes nos revelan.

Desde el propio acto de imposición, la asunción del poder, la proclama, la clausura del congreso, la intervención de las provincias, la proscripción de los partidos políticos y organizaciones sociales, las causas que le dieron origen y naturalmente cualquier disposición o normativa que se sancionara.

Esta enunciación, tentativa y obvia, constituye el espinel que presume el atentar contra el orden institucional y democrático; todo, absolutamente todo el proceso, seria de una nulidad insanable, incluyendo *a quienes usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o la de las provincias, las que responderán civil y penalmente de sus actos*[37].

Una nulidad imprescriptible, que excediendo las causas del instituto de la intervención (articulo 6 CN) ubica y categoriza esta instancia en el marco de "*los infames traidores a la patria*" (artículo 29 CN), que evoca y asimila en su sanción, las huellas de quienes asumieran por concesión o por la fuerza, *las facultades extraordinarias* o *la suma del poder público.*

**37**. El artículo 36 reza: "Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este Artículo. Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función."

### *Un indispensable precepto*

Como decíamos, aun coincidiendo que la norma presuma una compleja teorización desde una inviable hipótesis, esta justificada mirada no empaña su categórico y fundamental alcance.

Pues, no es lo mismo una manda constitucional con un solitario y añejo artículo concebido en la mitad del siglo XIX, que un indispensable precepto con vocación restitutiva, proyectado culturalmente sobre este avanzado siglo XXI, consagrando una garantía que disuade cualquier acto de fuerza que pretenda oponerse[38].

En este caso, la propia Constitución se pone de pie y expresa con la voz arquitectónica que valida el poder constituyente, las severas consecuencias (en todos los niveles) que implica quebrar el orden institucional y su insoslayable condición democrática[39].

No habrá más disquisiciones, la fuerza no legitimará el origen del poder, tampoco la producción jurídica que del mismo emane; no habrá tribulaciones llamadas a justificar o morigerar las causas y razones que le dieron origen y, mucho menos, que un Estatuto revolucionario se ubique en una supuesta jerarquía supra-constitucional, contaminando todo el espectro compositivo del Estado en una ilegitimidad insanable.

---

**38**. En cuanto a la última parte del artículo en tratamiento, también se contempla la sanción para aquellos que "...suprimieran o menoscabaran, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación...".
Tema que hemos abordado en el seminario "Administración y Corrupción", que forma parte del libro "La Crisis de la Argumentación Publica". Ed. Platense. 2022

**39**. Art. 226 del Código Penal: "Serán reprimidos con prisión de cinco (5) a quince (15) años los que se alzaren en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del Gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales. Si el hecho descrito en el párrafo anterior fuese perpetrado con el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación, la pena será de ocho (8) a veinticinco (25) años de prisión. Cuando el hecho fuere perpetrado por personas que tuvieren estado, empleo o asimilación militar, el mínimo de la pena se incrementará en un tercio".-

### *Cavilaciones y eufemismos*

Tampoco habrá largas cavilaciones, sobre "*la seguridad jurídica*", que en su nombre presuma una homologación, que exorbitando las razones de *urgencia y necesidad*, se expanda como un salvoconducto y ensanche sus propósitos con eufemismos como *"los fines perseguidos por la revolución*" o convoque o augure una nueva Constitución, con la pretensión de reencauzar el ordenamiento de nuestra vida cívica, ignorando la deliberación pública como fuente perenne de todo consenso.

No habrá Proclama inaugural, ni juez que jure por el Estatuto, ni Partidos políticos proscriptos, ni Plan Cóndor, ni Escuela de las Américas, ni una ciudadanía vaciada por el miedo y la oscuridad.

Este categórico precepto configura el primer artículo de los nuevos derechos y garantías, su prelación no fue una mera condición metodológica, supuso priorizar el concepto axial sobre el que se sustenta toda nuestra ontología constitucional.

### *Una disposición inequívoca*

Esta firme e inequívoca disposición constituye la respuesta a los gobiernos de facto, que se fueron reiterando a partir del 6 de septiembre de 1930 hasta el 10 de diciembre de 1983.

Aludir a estos seis atropellos institucionales parece haberse constituido en una cita evanescente y usual, invocando un tiempo que forma parte del pasado y se presenta como un hecho lejano para gran parte de la población y por su propia percepción, en una definición terminante y a la vez ligeramente aspiracional; soslayando algunos matices que deben resaltarse.

En principio, deberíamos detenernos en la voluntad constituyente, que se plasmó cuando apenas se habían cumplido poco más de diez años de vida democrática, con el especial contexto que el Presidente Alfonsín, en un hecho de irreprochable espíritu republicano, anticipó la entrega de su mandato seis meses antes, frente a una insidiosa convulsión económica y su consecuente repercusión social.

Es decir, apenas una década que seguía siendo acosada por las tinieblas de la inestabilidad (no se puede omitir la dos asonadas), que en otras circunstancias habrían apelado a la sustitución del poder, que durante medio siglo encarnó las fuerzas armadas, en una expresión de intolerancia institucional, ajena al diálogo y a las alternativas del sufragio, con el tácito asentimiento de un sector de la sociedad, dispuesta a modificar el rumbo de su marcha. Basta mencionar que en ese largo periodo, solo dos presidentes –por lo menos formalmente- habían terminado su mandato.

Tampoco está de más recordar, que la primera irrupción de facto (6 de septiembre de 1930), el voto obligatorio y secreto (piedra angular de nuestro sistema) no había cumplido 14 años de ejercicio, una conquista tan fundamental como imberbe en su maduración, donde acechaban los ecos de una generación política predominante, cuya pretensión había incorporado la idea de *intérpretes y cultores de la Constitución* y en particular, sobre el alcance igualitario de la representación.

Por fin, parece necesario reiterar que la norma en comentario, fue plasmada por una Convención Constituyente, integrada por todas las fuerzas representativas, que confirmaron con su análisis, propuesta y voto, el acallado deseo de tallar en la Constitución la insalvable nulidad de esa tutela fáctica, que irrumpía bajo las

circunstancias aludidas y las tensiones e influencias geopolíticas que fueron definiendo cada etapa.

Afianzando la salud constitucional, esa condición tan esencial cuya previsibilidad permite trazar el horizonte que impulsa nuestra construcción cívica, amurallando su sistema inmunológico y expandiendo el mensaje, que su cuidado reposa en la memoria y consciencia de cada uno de nosotros.

***Una ligera semblanza***

Por cierto, en esta ligera semblanza evitaremos las circunstancias políticas precedentes y las sucesivas transiciones que se produjeron en los propios gobiernos de facto, pues nos interesa señalar las consecuencias jurídicas del mismo y la incorporación a nuestro ordenamiento legal, con el latente efecto que sigue provocando en nuestra actual normativa.

A modo de síntesis, podemos subrayar que estas irrupciones institucionales fueron a los largo de los años creciendo en sus propósitos, duración, organización y producción normativa.

En **1930**, Uriburu informa a la Corte la voluntad de constituir un *"gobierno provisional",* intención que ya había materializado con la proclama revolucionaria, la marcha sobre la capital, la suspensión de la Constitución, el Congreso, las Universidades, las elecciones y los partidos políticos, bajo el lema de un "*movimiento de renovación espiritual y político*", que pretendía restaurar la legalidad democrática con la drástica modificación de la Ley Sáenz Peña.

Resulta impactante, que esa *provisionalidad* no impidiera declarar la ley marcial, decretar la pena de muerte, la persecución a la

oposición con detenciones arbitrarias, la clausura de la prensa y la intervención a doce provincias.

Tanto la Corte como el Procurador, permanecieron en sus cargos, dando inicio a la llamada *"doctrina de los gobiernos de facto".*

En esa oportunidad, el Alto tribunal *aceptó de modo restrictivo los decretos-leyes, en tanto respondieron a razones de necesidad y urgencia, que no aludieran a materia penal y sosteniendo que dichas normas caducaban con el gobierno de facto; afirmando también que cesado el mismo, la legislación por él derogada volvería a tener imperio exclusivo.*

En **1943,** con el nuevo golpe de Estado, la Corte mantuvo el criterio restrictivo*, pero sutilmente anexó a las razones de necesidad y urgencia los "fines de la revolución" y en una nueva acordada estableció, que los decretos-leyes subsistirían sin necesidad de aprobación por el Congreso, pues las razones eran privativas del gobierno de facto y ajenas al control judicial.*

Sin duda, un paso determinante al incorporar los decretos leyes y los fines de la revolución como un nuevo fundamento, bajo el amparo doctrinario *"de los hechos políticos no judiciables",* en este caso, atribuidos a los gobiernos de facto.

En **1955**, el 16 de Septiembre, en un clima de preanunciada convulsión política y a solo tres meses del trágico bombardeo a la Plaza de Mayo, asume la Revolución libertadora, que fue más allá de los antecedentes aludidos, pues intervino en todos los niveles las provincias, disolvió el Congreso, reemplazó a los jueces de la Corte y de diversos tribunales inferiores, declarando nula la reforma constitucional de 1949.

Y en nueva jurisprudencia determinó "*...que el único límite consistía en lo establecido por el artículo 28 del texto constitucional...".*

En este marco se llamó a una Convención Constituyente.

***Una Convención condicionada***

Por cierto, no es intención de este trabajo repasar esa instancia histórica, alcanza con aludir a las circunstancias de facto que signaron su convocatoria, la aprobación de la proclama que suponía la restitución de la Constitución de 1853/60, la proscripción del Partido Justicialista, las impugnaciones y renuncias que caracterizaron su inicio (entre ellas, la fractura de la UCRI y la UCRP).

Tampoco puede eludirse las posturas interpretativas que pugnaron por su legitimidad, bajo el criterio de la facultad original del gobierno revolucionario, alterando la continuidad constitucional (que solo valida sus reformas en el taxativo precepto que refrenda su fundamental alcance), *modificando lo que a su vez se desconocía.*

Esa reforma dejó finalmente como saldo el artículo **14 bis** de nuestra Carta (y la facultad del Congreso para dictar el Código de trabajo); es decir, la consagración de los derechos sociales, que dieron origen a una frondosa y necesaria legislación laboral, fundamental concepción, azuzada por la inminencia de falta de quórum que preanunciaba su inevitable desenlace.

***Un tiempo dominante***

En **1962** se produce un nuevo golpe de Estado, con equivalentes efectos pero en este caso de una manera "*sui generis",* pues en

ausencia del vicepresidente (que por discrepancia con las concesiones petroleras había renunciado pocos meses después del inicio de la gestión), asume el presidente provisional del Senado, invocando la Ley de acefalía y en un hecho, que cubrió profusamente las páginas de entonces, la Corte convalidó, con inmediatez, la asunción expresando *"que no correspondía a ese tribunal pronunciarse acerca de los motivos por los cuales se había producido la acefalía".*

Una forzada convivencia condicionó la gestión, pues se disolvió el Congreso, se anularon las elecciones de ese año, se excluyó al Partido Justicialista; poniendo de manifiesto, que los ecos revolucionarios seguían guiando los propósitos que habían fundamentado aquel alzamiento.

Un tiempo dominante que cubrió casi tres décadas (del 55 al 83), en donde la institucionalidad democrática parecía el frágil inquilino de un encono político, que disgregó la sociedad en una inestabilidad cívica sin precedentes.

Como ocurrió en **1966** en una nueva irrupción de facto, que antepuso su Estatuto por encima de la Constitución, estableciendo en su primer articulo: *"que el gobierno ajustará su cometido a las disposiciones de este Estatuto, a la de la Constitución Nacional y Leyes y decretos dictados en su consecuencia, en cuanto no se opongan a los fines enunciados en el acta de la Revolución Argentina".*

Con la pretensión de fundar una nueva legitimidad, llamó *gobernadores* a los hasta entonces interventores, *ley* a los decretos leyes y ya no anticipaba su naturaleza "*provisional*", por el contrario, proclamó una modificación de la Constitución (1972), que

iba a regir por diez años, si antes no era ratificada por una Convención Constituyente.

Un sistema corporativo y autoritario, que se arrogó facultades supra-constitucionales, provocando el exilio de la vida cívica y las voces críticas, que simbólicamente podemos aludir en *"La noche de los bastones largos"*, como un tormentoso presagio, que irrumpió nuevamente el **24 de marzo de 1976**, con impenetrable oscuridad.

El *Proceso de Reorganización Nacional* no requiere de más palabras, basta recordar la "Doctrina de seguridad nacional"[40] y el terrorismo de un Estado, cuyos rastros siguen latiendo en la corrosiva angustia del dolor, las ausencias, la imperturbable vigilia y el más profundo quiebre que supuso la ignominia de esa etapa.

Un imborrable abismo que, aún distante, sigue latiendo presente en algunas secuelas normativas.

### *El positivismo ideológico*

No hay construcción jurídica que pueda alimentar un "*derecho de facto*" o en palabras de Nino un "*positivismo ideológico*", que más allá de la ilegitimidad de su *origen,* afecte con idéntica irregularidad su *contenido.*

Desde ya, asumimos la seguridad jurídica, regla básica que contempla los derechos adquiridos, y las enormes dificultades que supondría supervisar la infinidad de normas dictadas en gobiernos de facto; pero atendiendo a su alcance, debemos sopesar

**40**. Por entonces, la Argentina era el único país en el Conosur que mantenía un régimen democrático, en tanto que todos los países vecinos estaban gobernados por dictaduras militares; Banzer en Bolivia, Geisel en Brasil, Pinochet en Chile, Stroessner en Paraguay, Bordaberry en Uruguay.

el *contenido* de las mismas y reflexionar si es posible que, cuatro décadas después, puedan seguir rigiendo, en algunos casos, aspectos esenciales de nuestra vida comunitaria.

Pues, resulta inconsistente descalificar una norma sólo por su origen y lucirse en apreciaciones que remitan a esa anómala etapa, como si ella constituyera un fin en sí mismo; pero nunca es tarde, para detenernos en sus propósitos y hurgar si su materia, acaso expresa una concepción vinculada a la autocracia que la sancionó y al contexto de su vigencia.

Como, lamentablemente, ocurre en nuestra Provincia de Buenos Aires.

***Una explícita consagración***

No cabe reserva alguna, sobre la explicita consagración autonómica que el articulo 123 de nuestra Constitución Nacional atribuye a los municipios[41].

Ni siquiera, ese abuso deductivo cuando el mismo reza, *"reglando su alcance y contenido"*, una conjunción ajustada a las versátiles características de nuestra descentralización.

No son pocas las veces que, con alguna ligereza, en Jornadas sobre el tema, se ha esbozado esta supuesta pretensión, como si la política pudiera manejar la relevancia de esta atribución, encolumnando, en absurda exégesis, el sentido de su formulación.

**41**. "Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero".

Nos recuerda, con su aquilatada calidad, Gabriela Abalos *"El municipio aparece como un verdadero gobierno que se integra con el nacional, los provinciales, y luego de la reforma de 1994 con el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cada uno en su esfera de competencia y con sus autoridades propias. De ahí que, al fijar el "alcance y contenido" de la autonomía municipal ninguna provincia podrá extremar las limitaciones que puedan llegar a privar al municipio de un contenido mínimo en cada grado de autonomía ni extralimitarse de forma tal que se dificulte el ejercicio de potestades nacionales o provinciales. En el cumplimiento de lo expresado surge necesaria una buena coordinación de potestades que permita el crecimiento municipal en beneficio de la provincia para el fortalecimiento nacional."* [42]

En absoluta coincidencia con la prestigiosa autora, este alcance no puede asumirse como una discrecional interpretación, que permita desnaturalizar el expreso contenido, a expensas de un criterio que reduzca o haga ilusorio su esencial finalidad, pues esta precaución refiere a las disímiles características de cada provincia y a su respectiva organización local, pero nunca para estrujar la irrevocable potestad reconocida.

***Una inadmisible omisión***

Resulta fatigoso sintetizar algunos aspectos que caracterizan nuestra inédita situación, por eso iniciaremos estas líneas con una advertencia de intima asociación con el tema.

El capitulo municipal de nuestra Constitución, data del año 1889.

**42**. "Revista Derecho Publico" " 25 años de la reforma constitucional de 1994". Ed. Rubinzal Curzoni 2019.

Si, leyó bien, el texto vigente toma su letra de la Constitución de finales del siglo XIX (sección sexta-del régimen municipal-artículos 202 y sgts.), que desde entonces, se preserva casi intacto hasta hoy.

El hecho no es menor y mas allá de las circunstancias políticas, que privaron en nuestra reforma constitucional bonaerense, nos ofrece un panorama inadmisible frente a este especial aniversario, que celebramos con la inquietante rémora de preguntarnos, de que manera estamos honrando su vigencia, si el primer Estado del país, ignora lo dispuesto por el explicito mandato de la Constitución Nacional sobre la naturaleza autonómica del gobierno municipal.

Sumando su voz a otros autores, la profesora Abalos señala "*Cabe preguntarse qué ocurriría si una provincia al reformar su texto luego de 1994 desconociese lo dispuesto en torno a la autonomía municipal en el art. 123. La respuesta es clara, tal omisión tornaría inconstitucional a la reforma provincial, implicando una evidente violación a la prelación normativa que se impone desde el art. 31, con el art. 75 inc.22 y demás normas de la Constitución Nacional, que suponen relaciones de supraordinación y subordinación entre la Nación y las provincias".* [43]

### *Un campo anegado*

No es el caso seguir arando en un campo anegado por esta inaudita omisión constitucional[44], por el centralismo, el cautiverio cívico, el incompresible retraso, la indiferencia de una clase política que, cada tanto, presenta un proyecto con esa inconsistencia

**43**. Abalos, M. Gabriela (ob. cit), Directora de la Diplomatura en Derecho y Gestión Municipal de la Universidad de Mendoza.

**44**. Reca Pablo "La Convención Constituyente Bonaerense –hipótesis sobre una omisión-" Revista Argentina de Derecho Municipal. Nº 3. 2018

que presume la formalidad, y la impotencia que, en nombre del interés, sumerge a 17 millones de habitantes en el más profundo anonimato.

Las ideas no crecen sino encarnan culturalmente, si penden del frágil hilo de la imaginación o del solitario discurso en el baldío del desinterés; necesitan de una voluntad vindicativa acorde al traumático hecho que la generó.

La involución no es solo atraso, ni el raquítico contexto que dibuja, ni la abulia del pensamiento; es un espíritu que adormece su energía con la resignación de lo inconmovible y un pauperismo institucional, que se niega a ver lo que se presenta incontrastable a su mirada.

En este pronunciado declive se maneja nuestro territorio, ajustado a un régimen local cuya fórmula hace más de un siglo consagró el sistema de partido (único en nuestro derecho público) sin preguntarse, si es lógico mantener ese extenso limite, mientras crecen en su ámbito ciudades que no tienen otro destino que estar confinadas al municipio cabecera, como si fueran un espacio de colonización de las Leyes de Indias.

No solo el proverbial "*alcance y contenido*" que reza el artículo 123 de nuestra CN, usufructúa esta inconcebible realidad, pues también se desoyó la precisa voluntad pre-constituyente (ley 11488/93), que indicaba la reforma de este capítulo, cuya deserción solo podemos interpretarla como una explícita finalidad de sostener este anacrónico sistema.

Una primera conclusión podemos apresurar, *la política* se impuso a *lo institucional*, y como si fuera una nueva *secesión*, desoye

la garantía federal  y la ley que indicaba su implementación, hiriendo la Carta Magna, el propio proceso reformista y en ellos, los derechos fundamentales de su ciudadanía.

***Una concepción irrazonable***

Desde ya, este absurdo régimen genera una legislación inconsistente, reglando aspectos fundamentales a través de *decretos y resoluciones,* que constituyen la manifestación más acabada de la provisoriedad de sus disposiciones y la inercia de una legislatura, ajena a debates tan prioritarios, como la planificación del territorio, la coordinación y administración del área metropolitana o la inconcebible vigencia de una ley orgánica de las municipalidades (6758/58), cuyo contenido no justifica el menor análisis.

En este sentido, como supimos aludir, no es el caso juzgar a las normas de facto por su *origen* sino estrictamente por su *contenido*.

Cuál puede ser el sentido que la ley orgánica municipal de casi 300 artículos, rija indistintamente para los 135 partidos, en una uniformidad que solo puede explicarse en las circunstancias que privaron en su sanción.

Esta es la única manera que justifica conciliar su incoherente formulación, al asimilar las particularidades de Gral. Lavalle o Tordillo con la Matanza, Quilmes o Berazategui.

Una sola razón anticipa cualquier otra consideración, una estructura piramidal exigía una dirección homogénea, que representaba el mando y el orden que lo inspiraba, como también lo reflejan

las *ordenanzas generales* que, en algunos casos, increíblemente siguen vigentes[45].

Sin duda, un contenido *autocrático* no sólo por su naturaleza sino por el explicito fin de subrogar la potestad municipal y resolver en un absurdo cuerpo general el excluyente objetivo de sus cometidos.

Pues, este tejido de normas sobrevive todavía en nuestra provincia; es decir, ya no solo el *origen* de su producción sino el inequívoco *contenido* de sus misiones.

Podemos colegir que muy poco se ha modificado en estos años, generando un estancamiento que con alcance imperceptible ha domesticado nuestros hábitos, fulminando los principios y valores más esenciales que destila la Constitución Nacional.

Acaso podemos hablar de una plenitud cívica (más allá del sufragio) en un marco legislativo que de una forma evidente emana lo contrario?

### *Un espiralado fenómeno*

La norma que rige el ordenamiento territorial y uso del suelo, fue dictada en el año 1977, elaborada por un reconocido grupo de expertos, que tuvimos la oportunidad de analizar, mientras cursábamos "*Derecho urbanístico*", una de las materias de Doctorado en la Universidad Complutense de Madrid.

**45**. La ordenanza general 267/80 (de Procedimiento Administrativo Municipal), en su plexo remite a la Constitución de la Provincia, a la Ley orgánica municipal y a las ordenanzas y decretos que se dicten en sus consecuencias (artículo 3).
El ejemplo, exime de palabras y, mas allá que confirma un amarrado contenido que no fluye con el alcance que la actualidad demanda, constituye una aberración jurídica, pues no solo subroga la competencia de la Legislatura, sino también las atribuciones de los Concejos Deliberantes de cada uno de los municipios.

Al inicio de la etapa democrática, formamos parte de la iniciativa que se impuso mejorar esta ley, con la calificada tutela de la arquitecta Iris Braco y un meritorio equipo de colaboradores, de la dirección de Ordenamiento Territorial del Ministerio de Obras Publicas de nuestra provincia.

Aquellas iníciales y valiosas inquietudes, sólo constituyen hasta hoy un capital de experiencias, pues la ley sigue aún vigente, casi sin aplicación alguna y utilizando figuras de su texto (vgr. Club de Campo- articulo 64 ley 8912) para reconfigurar a través de meras resoluciones, el espiralado fenómeno de los barrios cerrados.

El tema, lo hemos observado y descripto en distintos escritos[46], ahora solo nos interesa resaltar, que bajo esa aparente legalidad se sigue favoreciendo el singular negocio de modificar el uso del suelo, en una dispar atribución delegada a nivel municipal.

***Una sociedad sin nosotros***

El marco ambiental en nuestra Provincia de Buenos Aires (Ley 11723) prevé la necesidad de una consulta previa frente a la emisión de declaración de impacto ambiental, bajo el paradigma (que también recoge la ley de ambiente nacional 26675) que toda persona tiene derecho a opinar[47].

Sin embargo, esta decisiva consulta tiene que realizarse por la página web y a su vez, no resulta vinculante para sus autoridades.

Quizás, los autores que han previsto esta modalidad se encuen-

**46**. Reca, P. "Derecho Urbanístico" Tomo II: "El Ordenamiento territorial". Ed. La Ley. Año 2002.

**47**. Artículo 18 de la Ley 11723: "Previo a la emisión de la DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL, la autoridad ambiental que corresponda, deberá recepcionar y responder en un plazo no mayor de treinta (30) días todas las observaciones fundadas que hayan sido emitidas por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas interesadas en dar opinión sobre el impacto ambiental del proyecto. Asimismo cuando la autoridad ambiental provincial o municipal lo crea oportuno, se convocará a audiencia pública a los mismos fines".

tren conformes, luego de haber desarrollado una larga enumeración de motivos, para disponer que las audiencias ambientales –decisivo requisito del propio acto de Autorización del Impacto- se realicen por plataforma digital y que, naturalmente, su alcance tenga un discrecional efecto.

El mundo virtual permite esta y otras ambigüedades, como convocar a un acto fundamental, cuya participación debe encausarse por la red, con los límites y soliloquios que la misma condiciona y con ironía traducir en el silencio, una implícita aprobación de esta instancia[48].

Los pragmáticos o interesados, asumen esta enumeración de palabras muertas, como el efectivo cumplimiento de las condiciones exigidas por la ley, incapaces de hacer con ellas un proceso activo y participativo; como aquellos autores que comentan la exégesis de una norma con la utilitaria disposición de su sola vigencia.

Para evitar definiciones pétreas, podemos señalar que esa modalidad se reitera con inusitada frecuencia, agudizando una *participación fantasmal*, que no irriga la responsabilidad y sentimiento que concibe el insustituible "*ejercicio de ciudadano".*

Un desamparo que avergüenza y una comunidad reducida a la sola condición de espectadores, que en sus espaldas carga los nuevos derechos, con la frustración de su inocua apariencia.

**48**. El Decreto 1072/18 manifiesta en su artículo 1: "Establecer que los procedimientos para la convalidación de cambios de uso del suelo y aprobación de conjuntos inmobiliarios Etapa Barrios Cerrados y Clubes de Campo, se sustanciarán en forma electrónica e integrada través de un Portal Web de la Provincia de Buenos Aires".
La disposición referida, se encuadra en el "Plan Estratégico de Modernización de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires", que establece las nuevas tecnologías de información y comunicación (Ley 14.828/16)

Esta concentración del poder no es autocracia; pero, de alguna forma, su comportamiento se le parece...

## VIII. CONSIDERACIONES FINALES

En este trabajo, nos hemos propuesto tributar la decisiva significación de la *Democracia Constitucional*, en una relación que contenga, ampare y promueva la dinámica social, bajo las reglas y valores de nuestro Estado de Derecho.

Sabemos, que la Democracia ofrece distintos matices en su concepción y su sola referencia no presume un concepto univoco; lo mismo ocurre con la Constitución, que puede ser la expresión de la tradición, culto e idiosincrasia de un país y, en algunos casos, el sistema institucional adoptado o impuesto por el mismo.

Por eso, no solo apelamos a una forma de gobierno, sino también a una dinámica social, asentada en la dignidad de las personas, el reconocimiento de sus derechos esenciales, los valores a los que aspira y una participación activa, conforme a las reglas constitucionales establecidas.

Ahora bien, así como reconocemos en la Constitución Nacional la fuente excluyente de nuestra organización jurídica, también debemos hacerlo con los actores públicos de nuestro sistema federal, en cuya efectiva descentralización se infiere el ideal de plasmar la "*unidad en la diversidad*".

En este orden, la reforma de 1994 consagró nuevos sujetos federales, al reconocer la personería jurídica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, alumbrando la potestad de dictar su Estatuto organizativo; como también lo hizo, con la plenitud autonómica

conferida a los gobiernos locales, con la atribución de dictar sus Cartas orgánicas.

Para los fines que animan estas líneas, a estas distintas denominaciones (Estatutos, Cartas orgánicas) podemos llamarlas, sin duda, Constituciones; si por ello entendemos, el marco jurídico-institucional, que garantiza el ejercicio de las competencias propias en un determinado ámbito o jurisdicción.

Por lo tanto, los municipios con el alcance que recién aludimos, según los casos, están dotados de la máxima potestad (autonomía institucional) para darse su propia Constitución local. Desde la importancia que tal atribución presume, podemos convenir que la misma adquiere todavía mayor repercusión, en un contexto globalizado donde la *desreferencia,* emana de su vertiginosa naturaleza.

En este entendimiento, hace años los especialistas han promovido el concepto de *glocal,* con la inequívoca intención de afirmar el fortalecimiento de la escala municipal, como el fundamental ámbito de identidad y pertenencia, frente a una "*mundialización*" que absorbe las propias fronteras, en un agitado intercambio comercial, de innovación tecnológica y comunicacional, cuya multiplicación y simultaneidad, fragmenta la propia ciudadanía.

No está demás enfatizar, que la autonomía municipal incorpora en la actualidad, dos aspectos que se conjugan en indispensable objetivo; por un lado, la imprescindible aptitud frente a nuestra complejidad y densidad urbana, que constituyeron el *progreso y la modernidad* y hoy, la palpable referencia a una efectiva ciudadanía como protagonista del *desarrollo sustentable* y el fenómeno de la *posmodernidad*.

### *Una tensión insuperable*

Si estos paradigmas se presentan incuestionables, podemos permitirnos realizar un planteo a la inversa y, de este modo, exponer su vital necesidad.

Que ocurriría con esta tendencia globalizada en permanente evolución, que incluye su propia agenda planetaria (como el cambio climático y la inteligencia artificial), en una comunidad urbana, a la que se le ha confiscado su pasaporte ciudadano, impidiendo su voz, su participación y el natural compromiso con los complejos problemas de la localidad que habita.

Toda la generación de "Nuevos Derechos", la iniciativa y consulta popular, las cuestiones ambientales (en particular la preservación de patrimonio cultural y natural), la clasificación, tratamiento y traslado de los residuos (domiciliarios, tóxicos y patogénicos), el uso y planificación del territorio, entre otros tantos tópicos que infiere la sustentabilidad, deben ejercitarse con la palpable disposición de sentirse parte de su desarrollo.

Nuestra propia democracia requiere para su fundamental consolidación, el pleno ejercicio cívico, que retroalimente la relación Estado-Sociedad, con la enriquecida tensión que presume su dialéctica. Situación que, por obvias razones, se presenta mucho más compleja en la graduación jurisdiccional (Nación, Provincias) y, por el contrario, adquiere toda la plenitud en la identidad local, bajo las condiciones que así las garantice.

En esta línea argumental, se presenta como una inaudita deserción, que estos derechos estén ausentes en su implementación en toda la Provincia de Buenos Aires, enquistada en ciudades y

delegaciones que, a falta de una agenda publica, asumen los **años con la impotencia de un tiempo** que parece mecerse en su apatía.

Resulta inexplicable que el anhelo colectivo agote sus cometidos en una ciudadan**ía acorralada o en la impronta** de una voluntad, que trata de impulsar o compartir lo que no existe.

***Un constante relativismo***

Pocos vislumbran que esta crónica situación, promueve un escepticismo que favorece el culto al presente, como si su efímera concepción se agotara en el instante y la expectativa del azar.

Desatendiendo que aquello que no se comparte nos exilia en involuntaria soledad, lo que no avala la conducta nos sumerge en una honda incredulidad y la ausencia de compromiso en un insondable relativismo, que se desinteresa del contorno en contingentes razones.

Nada puede aplazarse más…

No hay lugar para especulaciones políticas, para el reiterado fervor electoral o los retóricos discursos sobre los vaivenes del país.

Es indispensable recuperar el orgullo de cimentar  nuestra Constitución local, cuya sanción plasme y realce sus contenidos, fuente de interpretación y resistencia ante cualquier atropello económico o jurisdiccional, con esa altiva disposición que caracteriza al poder.

La ciudad tiene que despertar sus energías, proveer a su competitividad, expandir las expresiones de su cultura, y modernizar sus instituciones, con los principios y valores, que hoy reconocemos en este tributo.

***A pie de página***

Esta demás decir, que estas líneas aspiran estar a tono con este excepcional aniversario y la generosa convocatoria a formar parte del mismo, con un aporte que, esperamos, pueda resultar de interés al eventual lector.

Creo que a las palabras las ennoblecen las actitudes, esa natural disposición que precede sus símbolos y asiste con apretada convicción el sentimiento que las invoca.

El mejor tributo que podemos realizar es cumplir la Constitución, que los derechos no sean declamativos y la formación no constituya una dúctil aptitud para justificar cualquier tesis.

Debemos tener en cuenta la íntima relación entre Constitución y Democracia y comprender que esta última, se expande y desarrolla en ese campo de atribuciones, garantías y límites, que nos hace ser *uno en todos*, en cuya amalgama late nuestro porvenir ciudadano.

Desanima percibir la distancia que provoca la ajenidad, el desdén sobre nuestro horizonte o las jactanciosas sentencias que emiten quienes, evadiendo sus responsabilidades, agitan ampulosos discursos desde otras geografías.

Una sociedad, que parece haber extraviado el prestigio de la judicatura y la imparcialidad que caracteriza sus misiones o el enorme valor de la representación, *de ser la voz de quienes no la tienen,* en la fundamental tarea de instruir leyes, controlar el poder y convalidar designaciones esenciales.

Conmueve que muchos se arremolinen en un anonimato o soliciten reciprocidades, con ese impune envilecimiento que avergüenza e intoxica la credibilidad o esas súbitas fortunas que intentan enmascarar con la avidez del entenado.

Indigna que el silencio corporativo sea una señal de pertenencia y su lealtad encierre conspiraciones, para apañar el poder y apoltronarse en el dominio de sus prerrogativas.

Es esencial poner en valor el ejemplo, la seriedad, la vocación de servicio y una vida sin ostentaciones, que extienda con solidaridad su mano para multiplicar la mismidad.

El camino está en la Constitución, en las huellas que reflejan su historia y alumbramiento, en la Democracia como insustituible espacio de encuentro y expresión y en el Gobierno local, reguardo de una privacidad fraterna y colectiva, para conjugar el mundo desde nuestra más profunda identidad.

A ustedes, estas líneas sin más palabras, que una infinita gratitud.

# La convencionalización del sistema jurídico argentino
# La transformación más relevante de la reforma constitucional de 1994

Por
**Alfonso Santiago**[1]

**1.** Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Austral. Director de su Escuela de Política, Gobierno y Relaciones Internacionales y de su Departamento de Derecho Constitucional. Miembro Titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Miembro Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

## PRESENTACIÓN

Se cumplen ahora treinta años de la reforma constitucional de 1994 que introdujo importantes reformas tanto en el sistema institucional como jurídico de nuestro país. La tesis que sostendremos en este trabajo es que en la práctica las reformas del sistema jurídico fueron más relevantes que las acaecidas en el sistema institucional y que entre ellas, la más significativa fue la convencionalización de nuestro sistema jurídico, principalmente mediante el otorgamiento de jerarquía constitucional a los Tratados sobre Derechos Humanos (art. 75 inc. 22.2 y 3 y inc. 23) y las consecuencias que ello se derivan.

Este año también se cumplen cuarenta años de la ratificación por parte de nuestro país de la Convención Americana de Derecho Humanos. Podemos afirmar que hemos regresado a la vida democrática de la mano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Uno de los primeros actos del Congreso de la Nación Argentina fue la aprobación, en marzo de 1984, de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), mediante la ley nº 23.054.

Una de las transformaciones más significativas del Ordenamiento Jurídico argentino a lo largo de estas cuatro décadas fue su progresiva "convencionalización"; es decir, el fenómeno por el cual aumenta la influencia que las normas, principios y pautas convencionales ejercen en la operación de nuestro sistema, por obra de todos sus actores: convencionales constituyentes, legisladores, jueces, integrantes del ministerio público, funcionarios administrativos, abogados, doctrinarios, etc.

Esta "convencionalización" afecta a todas las ramas de nuestro ordenamiento jurídico, como son el Derecho Constitucional, Civil, Penal, Laboral, Administrativo, Procesal, etc.

Se transformó así nuestro Ordenamiento Jurídico, basado inicialmente en el predominio de reglas, en otro conformado tanto por reglas como por principios; haciéndolo, a su vez, "más dúctil", al decir de Zagrebelzky, con las ventajas e inconvenientes que ello trae consigo.

En este trabajo intentaremos identificar los principales acontecimientos de este proceso de "convencionalización", analizado los problemas constitucionales que se fueron plantean y las respuestas que se ofrecen, para finalmente extraer algunas conclusiones finales[2].

## PRINCIPALES ACONTECIMIENTOS DEL PROCESO DE "CONVENCIONALIZACIÓN" DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

De modo esquemático podemos señalar los siguientes acontecimientos en el proceso de "convencionalización" del Ordenamiento Jurídico argentino:

**Año 1984:** Argentina adhirió a la CADH y reconoció la jurisdicción de la Corte IDH.

**Año 1988:** La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) dictó el fallo "Ekmekdjian I"[3], en el que rechazó la pretensión del ejercicio del derecho de réplica, reconocido en el art. 14 de la CADH, por

**2.** Hemos ya dedicado otros trabajos a desarrollar aspectos próximos a esta temática. Entre ellos, remitimos a: Santiago, Alfonso, *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1978-2018*, *LL*, Bs. As., 2018; Santiago, Alfonso, *Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación*, Astrea, Bs. As., 2021.

**3.** CSJN, "Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo", Fallos 311:2497 (1988).

considerar que aún no se había sancionado la ley que lo reglamentaba en el orden interno.

**Año 1992:** La CSJN dictó el fallo "Ekmekdjian II"[4], en el que, abandonando su anterior postura, reconoció el carácter operativo del derecho de réplica consagrado en el art. 14 de la CADH y fijó las condiciones de su ejercicio en el caso concreto. Adicionalmente, la CSJN estableció la supremacía de los Tratados Internacionales (TI) sobre las leyes internas, y el carácter operativo de los Derechos Humanos reconocidos en dichos instrumentos internacionales.

**Año 1994:** Con la reforma se incorporaron los novedosos incs. 22 y 23 al actual art. 75 de la Constitución Nacional (CN). De ese modo, se estableció que todos los TI tienen jerarquía normativa superior a las leyes nacionales (art. 75 inc. 22.1), a la vez que se otorgó jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22.2) y se le reconoció al Congreso de la Nación la facultad de dar dicho rango normativo a otros TI de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22.3). Complementariamente, en el inc. 24 del mismo artículo se autorizó la transferencia de competencias a "organizaciones supraestatales", cuyas normas también cuentan con jerarquía superior a las leyes ordinarias[5].

Por ser esta decisión del Constituyente, plasmada en el art. 75 inc. 22, el acontecimiento más significativo en el proceso de "convencionalización" del Ordenamiento Jurídico argentino, nos detendremos para hacer una exégesis algo pormenorizada de su contenido.

---

**4.** CSJN, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros", Fallos 315:1492 (1992). Ya hemos analizado este fallo en profundidad en nuestro trabajo: Santiago, Alfonso, "A treinta años del caso Ekmekdjian: un auténtico big bang en el sistema jurídico argentino", ED (diario del 7-VII-2022).

**5.** Para estudiar este interesantísimo proceso se pueden consultar, entre otros, los siguientes trabajos: Boggiano, Antonio, *Derecho Internacional - A.D. 2000 (en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina 1863-2000)*, 2001 (donde se publica una amplia y completa recopilación de los fallos sobre Derecho Internacional dictados por la CSJN argentina); Fayt, Carlos, *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia*, LL, Bs. As., 2005, c. XX; Rabbi-Baldi, Renato, "La Corte Suprema en el origen y el desarrollo de la constitucionalización de los tratados sobre derechos humanos", *ED* (diario del 23-I-1999).

En su primer párrafo, el art. 75 inc. 22 establece y reafirma el carácter "supra-legal" de todos los TI y de los Concordatos con la Santa Sede, noción que, como ya se dijo, había sido establecida por la CSJN al resolver el caso "Ekmekdjian II".

De modo aislado, en 1949 la CSJN había sostenido en el caso "Merck"[6] que en tiempos de guerra los TI tenían predominio sobre las normas internas, aun la propia CN. En cambio, desde el caso "Martín" [7] de 1963 la CSJN sostuvo el principio de la igualdad jerárquica entre los TI y la ley interna, cuyos conflictos normativos debían resolverse de acuerdo a los principios generales que sostienen que la norma posterior prevalece sobre la anterior (*lex posterior derogat legi priori*) y que la norma especial triunfa sobre la general (*lex specialis derogat legi generali*). Esta última postura fue luego reiterada en el caso "Esso, S.A. Petrolera Argentina c/ Nación"[8]. Numerosos fallos jurisprudenciales posteriores al caso "Ekmekdjian II" y a la reforma constitucional de 1994 dieron cuenta de la continuación de este claro criterio constitucional de supremacía de los TI por sobre las leyes internas; entre los más importantes pueden mencionarse los fallos "Fibraca"[9] y "Cafés La Virginia"[10].

El segundo párrafo es, sin lugar a dudas, el más significativo e importante de todos los del inc. 22. Allí se mencionan once instrumentos internacionales de Derechos Humanos a los que, en las "condiciones de su vigencia", se les otorga jerarquía constitucional; a la vez que, se señala que "no derogan artículo alguno de la primera parte" de la CN y que "deben entenderse complemen-

**6.** CSJN, "Merk Química Argentina S.A. c/ Nación", Fallos 211:162 (1948).
**7.** CSJN, "Martín & Cía. Ltda., S. A. c/ Nación", Fallos 257:99 (1963).
**8.** CSJN, "Esso, S.A. Petrolera Argentina c/ Nación. Flandria Algodonera S.A.", Fallos 271:7 (1968).
**9.** CSJN, "Fibraca Constructora SCA. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", Fallos 316:1669 (1993).
**10.** CSJN, "Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)", Fallos 317:1282 (1994).

tarios de los derechos y garantías por ella reconocida". Pasemos revista a cada una de las afirmaciones de este segundo párrafo. En primer lugar, encontramos la enunciación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos a los que se les otorga jerarquía constitucional: son Declaraciones[11] y Convenciones[12], algunos universales y otros regionales[13], unos referidos a todas las personas y otros específicos para determinados grupos[14], o destinados a condenar ciertos actos considerados especialmente denigrantes de la Dignidad de la persona humana[15]. De ellos se predica que tienen jerarquía constitucional, si bien, a mi entender, no forman parte de la CN, y están, como veremos más adelante, un leve escalón por debajo en aquellos casos en que se produce un conflicto insalvable entre una disposición constitucional y una norma de esta clase de TI (o referida a su interpretación). La frase "en las condiciones de su vigencia" fue introducida por la Convención Constituyente con la expresa intención de manifestar que dichos instrumentos rigen de acuerdo con las declaraciones y reservas que el Estado argentino haya expresado al momento de aprobarlo o ratificarlo. De hecho, en las publicaciones del documento de la CN no sólo figura el texto de los TI, sino también el de las leyes mediante las cuales han sido aprobados y donde se formularon reservas o declaraciones interpretativas[16].

Asimismo, se señala que dichos instrumentos internacionales de Derechos Humanos, a los que se les otorga jerarquía constitu-

**11.** La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

**12.** Todos los demás instrumentos enumerados. Incluso, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (y su Protocolo Facultativo).

**13.** DADDH y la CADH.

**14.** La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEFDM) y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

**15.** La Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la CEFDM y la Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, inhumanos o Degradantes.

**16.** Esta enfática aclaración tiene especial importancia en relación a la CDN, en cuya ley aprobatoria se declaró que, para nuestro país: "se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad". Ello sumado al art. 6 de dicha Convención que protege el derecho intrínseco a la vida y señala que el Estado debe asegurar la supervivencia del niño en la máxima medida posible, otorgan a las personas por nacer una protección que debe ser respetada en todos los casos por los poderes constituidos y por todos los ciudadanos.

cional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la CN y se han de entender como complementarios de los derechos allí reconocidos. Se trata de una consecuencia lógica de los límites que el Congreso de la Nación, como poder preconstituyente, le impuso a la Convención Constituyente, mediante el dictado de la ley nº 24.309. Allí se estableció que la Convención no estaba habilitada, bajo pena de nulidad insanable, a modificar ninguno de los treinta y cinco primeros artículos de la CN. Entre esos inmodificables figuraba el art. 27, el cual establece la supremacía de la CN por sobre todos los TI. Por último, en la parte final de este segundo párrafo se establece que esos instrumentos internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional solo pueden ser denunciados por un procedimiento especial: requiriendo la previa aprobación de esa denuncia por las dos terceras partes de la totalidad de los integrantes de cada Cámara que conforma el Congreso de la Nación.

Finalmente, en el tercer párrafo del art. 75 inc. 22 se habilita al Congreso de la Nación a conferir jerarquía constitucional a otros TI de Derechos Humanos, con posterioridad a que ellos hayan sido aprobados. Para esta decisión se requiere una mayoría agravada de dos terceras partes de los miembros totales de cada una de las Cámaras; se trata de la mayoría más exigente de todas las establecidas por la CN. Dicho recaudo encuentra razón en que por este mecanismo excepcional se admite que el Congreso de la Nación, un poder constituido, establezca normas con jerarquía constitucional[17].

**17.** Desde el año 1994 hasta la fecha, el Congreso de la Nación ha ejercido esa facultad en cuatro oportunidades, a saber:
-En 1997, a través de la ley nº 24.820, se otorgó jerarquía constitucional a la ley nº 24.556 de 1995 (Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas).
-En 2003, a través de la ley nº 25.778, se otorgó jerarquía constitucional a la ley nº 24.584 de 1995 (Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad).
-En 2014, a través de la ley nº 27.044, se otorgó jerarquía constitucional a la ley nº 26.378 de 2008 (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo).
-En 2022, a través de la ley nº 27.700, se otorgó jerarquía constitucional a la ley nº 27.360 de 2017 (Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores).

**Año 1995:** La CSJN dictó el fallo "Giroldi"[18], en el que, teniendo en cuenta las normas convencionales y su interpretación por parte de la Corte IDH, amplió el ámbito del recurso de casación previsto inicialmente en el nuevo Código Procesal Penal, incluyendo tanto cuestiones jurídicas como fácticas, para tutelar el derecho a la doble instancia en materia penal. Señaló nuestro máximo tribunal que la "(...) jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, "en las condiciones de su vigencia" (...), esto es, tal como la Convención rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales para su interpretación y aplicación"[19].

**Año 1998:** La CSJN dictó el fallo "Cancela"[20], en cuyo cndo. 10 del voto mayoritario[21] se estableció una presunción *iure et de iure* acerca de la compatibilidad entre la CN y los TI de Derechos Humanos a los que la Convención Constituyente otorgó jerarquía constitucional. Esta misma doctrina fue luego citada en otros precedentes del máximo tribunal, aunque dejó de ser reiterada en los últimos años.

**Año 2003:** La CSJN dictó el fallo "Cantos"[22] ante la primera condena de nuestro país por parte de la Corte IDH. El tribunal interamericano había sentenciado que, al haber aplicado al caso la ley de

**18.** CSJN, "Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación - causa nº 32", Fallos 318:514 (1995).

**19.** *Idem*, cndo. 11.

**20.** CSJN, "Cancela, Omar Jesús c/ Artear SAI. y otros", Fallos 321:2637 (1998).

**21.** Se puede leer en el considerando:
"(...) [C]onviene recordar que el art. 75, inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcripto, establece en su última parte que aquellos 'no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos'";
"Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los Tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se producen derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. De ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente; no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir".

**22.** CSJN, "Cantos, José María", Fallos 326:2968 (2003).

tasa de justicia y de honorarios profesionales, el Estado argentino había violado el derecho de acceso a la justicia consagrado en los arts. 8.1 y 25 de la CADH, pretendiendo cobrar al actor sumas exorbitantes una vez terminado el juicio[23]. A raíz de esta sentencia de la Corte IDH, el Procurador del Tesoro de la Nación se presentó ante la CSJN a los fines de que el tribunal instrumentara el cumplimiento de lo dispuesto en sede internacional. La mayoría declinó la intervención solicitada por el Procurador del Tesoro. Se entendió que, de hacerlo, se estarían infringiendo ostensiblemente los derechos constitucionales de los profesionales que habían intervenido en la causa. En efecto, la reducción de honorarios ordenada por el tribunal interamericano importaría violar no sólo el derecho de propiedad de los mentados profesionales, sino también su derecho a la defensa en juicio, toda vez que no habían tenido oportunidad de participar en el procedimiento desarrollado ante la instancia internacional. En suma, la CSJN se resistió en este caso a ordenar el cumplimiento de una sentencia del tribunal interamericano, no sin antes deslizar una aguda reflexión, al hacer notar que "(…) bajo el ropaje de dar cumplimiento con una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional (…), [se] llevaría a la inicua –cuanto paradójica- situación, de hacer incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional por afectar garantías y derechos reconocidos a los profesionales, precisamente, en el instrumento cuyo acatamiento se invoca"[24].

**Año 2004:** La CSJN dictó el fallo "Espósito"[25], en el cual resolvió un recurso extraordinario contra la resolución de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de

**23.** En consecuencia, se dispuso que el Estado argentino debía: a) abstenerse de cobrar a Cantos la tasa de justicia y la multa por falta de pago de la misma, levantado todas las cautelares trabadas al efecto; b) fijar en un monto razonable los honorarios que habían sido regulados en el caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y c) asumir el pago de los honorarios y costas correspondientes a todos los peritos y abogados del Estado y de la Provincia de Santiago del Estero.

**24.** CSJN, "Cantos, José María", Fallos 326:2968 (2003), cndo. 4 del voto de los jueces Faty y Moliné O'Connor.

**25.** CSJN, "Esposito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal", Fallos 327:5668 (2004).

Buenos Aires que había declarado prescripta la acción penal en el conocido caso "Bulacio". Los hechos de la causa habían sido tratados y conocidos previamente por la Corte IDH, la cual había declarado la responsabilidad internacional del Estado argentino debido a la deficiente tramitación de la causa judicial, lo que se tradujo en la violación del derecho a la tutela judicial efectiva de los familiares de la víctima. En la sentencia internacional se había que "(...) el Estado debe proseguir y concluir la investigación del conjunto de los hechos de este caso y sancionar a los responsables de los mismos; que los familiares de la víctimas deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de conformidad con la ley interna y las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y que los resultados de las investigaciones deberán ser públicamente divulgados (...)". Así, aunque la acción ya estaba prescripta para el derecho argentino, la CSJN, teniendo en cuenta la sentencia de la Corte IDH, declaró inaplicable al caso las normas generales sobre extinción de la ley penal y ordenó la prosecución de la causa[26].

**Año 2005:** La CSJN dictó el fallo "Simón"[27]. Con una extensa sentencia que dejó sin efecto su anterior jurisprudencia en la materia, el tribunal supremo declaró la inconstitucionalidad de las leyes nº 23.492 ("punto final") y nº 23.521 ("obediencia debida"), permitiendo así el inicio o la reapertura de los procesos penales de quienes habían sido beneficiados por los efectos de la amnistía implícita decidida por el Congreso de la Nación al dictar ambas leyes, ahora invalidadas por el tribunal[28]. El fallo fue dictado por una

**26.** Señaló el tribunal "[q]ue la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1 CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional" (*idem*, cndo. 6 del voto de la mayoría y cndo. 6 del voto de la jueza Highton de Nolasco). No obstante esta decisión, la CSJN señala su discrepancia con el fallo de la Corte IDH, por entender que es lesivo de las garantías penales establecidas en el art. 18 de la CN.

**27.** CSJN, "Simón Julio Héctor y otros s/ privación ilegitima de la libertad etc. -causa nº 17.768-", Fallos 328:2056 (2005). Hemos analizado en profundidad este fallo en el libro escrito en coautoría con Héctor Sabelli: *Tiempo, Constitución y Ley Penal*, Abeledo Perrot, Bs. As, 2007, donde remitimos.

**28.** El fallo mayoritario (dictado por el juez Petracchi y repetido por los ministros Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Loren-

mayoría de siete a uno de sus integrantes[29]. En anteriores pronunciamientos la CSJN ya había considerado, aplicando normas de derecho penal internacional, que los delitos de lesa humanidad tienen carácter de imprescriptibilidad: así los casos Priebke[30] y Arancibia Clavel[31]. Profundizando esa línea jurisprudencial, en el fallo del caso "Simón" la CSJN entendió que esa clase de delitos son, también, inamnistiables, a la luz de la jurisprudencia emanada de la Corte IDH y de los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En base a estos fundamentos, las leyes nº 23.492 y nº 23.521, regularmente dictadas en su momento por el Congreso de la Nación, fueron declaradas inconstitucionales; aun a pesar de que en un pronunciamiento anterior la CSJN, con diferente integración, había confirmado expresamente su validez constitucional en el caso "Camps"[32].

**Año 2007:** La CSJN dictó el fallo "Mazzeo"[33], en el cual, dejando sin efecto una decisión suya anterior protegida por la garantía constitucional de la cosa juzgada, declaró inconstitucional el decreto nº 1002/1989, norma que había dispuesto el indulto del general Riveros, procesado, por hechos relacionados con delitos de lesa humanidad[34]. En esta sentencia, nuestro máximo tribunal recep-

---

zetti) dispone: "Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina".

**29.** Votaron a favor de declarar la inconstitucionalidad de las mencionadas leyes los ministros Petracchi, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni, Higthon de Nolasco, Lorenzetti y Argibay. En disidencia votó el juez Fayt y el juez Belluscio se abstuvo.

**30.** CSJN, "Priebke, Erich s/ solicitud de extradición - causa nº 16.063/94", Fallos 318:2148 (1995).

**31.** CSJN, "Arancibia Clavel Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa nº 259-", Fallos 327:3312. Puede verse una crítica a la doctrina de este fallo en García Belsunce, Horacio, "Reflexiones jurídicas en torno de la doctrina de la Corte Suprema en el caso Arancibia Clavel", Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2004. Entre otros comentarios a la mismo sentencia: Gelli, María Angélica, "El alcance de la irretroactividad penal y las fuentes del ordenamiento jurídico en el caso Arancibia Clavel", *LL* (diario del 10-XI-2004); Cianciardo, Juan, "La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y la aplicación retroactiva de la ley penal", *LL* (diario del 13-X-2004), Suplemento de Derecho Constitucional; Basterra, Marcela, "Una sentencia que dispara un arduo y dificultoso debate", *LL* (diario del 13-X-2004), Suplemento de Derecho Constitucional; Gil Domínguez, Andrés, "El caso Arancibia Clavel: un fallo fundante en torno a la aplicabilidad", *LL* (diario del 13-X-2004), Suplemento de Derecho Constitucional.

**32.** CSJN, "Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional -Camps, Ramón Juan Alberto y otros-", Fallos 310:1162 (1987). Entre algunos precedentes posteriores concordantes pueden enumerarse: Fallos 311:401; Fallos 311:816; Fallos 311:890; Fallos 311:1085; Fallos 311:1095; Fallos 312:111; Fallos 315:2988; Fallos 316:532; Fallos 316:609; Fallos 316:2171; Fallos 321:2031.

**33.** CSJN, "Mazzeo Julio Lilo y otros s/ S/Rec. de casación e inconstitucionalidad". Fallos, 330:3248 (2007).

**34.** La mayoría se compuso con los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni. En disidencia (total y parcial, respectivamente) votaron los jueces Fayt y Argibay.
En el cndo. 10 del extenso voto de mayoría se sostiene que "el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en diversos tratados y documentos prescriben la obligación por parte de toda la comunidad internacional de 'perseguir', 'investigar' y 'sancionar adecuadamente a los responsables' de cometer delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos", y en el cndo. 11 se afirma que ese Derecho Internacional es de "aplicación perentoria" en nuestro país. Para justificar esa "perentorie-

tó la noción del "control de convencionalidad"[35]. Señaló también que "el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"[36] y afirmó que dicha interpretación es "insoslayable pauta de interpretación"[37].

**Años 2007 y 2011:** En el marco de la causa "Derecho"[38], en el que también se discutía la prescripción de la acción penal iniciada

---

dad" el tribunal entendió, con cita del jurista Ferrajoli y otros, que luego del nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas a finales de 1948, "(...) el derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema práctico, basado en tratados bilaterales *inter pares*, y convirtiéndose en un auténtico ordenamiento jurídico supraestatal: ya no es un simple *pactum asociationis*, sino además, un *pactum subiectionis*" (cndo. 11) . En el cndo. 13 se afirma que "(...) estas declaraciones [internacionales] importaron el reconocimiento de los derechos preexistentes de los hombres a no ser objeto de persecuciones por el Estado. Esta necesaria protección de los derechos humanos, a la que se han comprometido los Estados de la comunidad universal, no se sustenta en ninguna teoría jurídica excluyente. En realidad, sus postulados sostienen que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos, independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos, lo cual no implica optar por excluyentes visiones iusnaturalistas o positivistas. La universalidad de tales derechos no depende pues de un sistema positivo o de su sustento en un derecho natural fuera del derecho positivo (conf. Carlos Santiago Nino, Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1984, p. 24)" (el énfasis es agregado). Concluye el voto de la mayoría en el cndo. 15 "(...) que existe un sistema de protección de derechos que resulta obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente dentro de este proceso evolutivo como *ius cogens*".
En una aún más dilatada disidencia, el juez Fayt reiteró los argumentos ya expresados en sus votos disidentes en los casos "Arancibia Clavel" y "Simón", respecto de que la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, que recién había entrado en vigencia en nuestro país a partir de la firma del tratado en 1995, violaría la CN. El juez resaltó el carácter constitucional de la "cosa juzgada" y su relación con el principio de *ne bis in idem*. Señaló en el cndo. 31 que es falso el pretendido "(...) antagonismo entre 'el interés del beneficiario del indulto' y el 'derecho de las víctimas a una tutela judicial efectiva' (...)", y recordó en el cndo. 33 "que los derechos humanos surgieron para poner límites al poder estatal y que, consiguientemente, en el proceso penal los derechos humanos se enfrentan al Estado como freno a su poder y en defensa exclusiva de los intereses individuales. El juicio penal 'no sólo se enfoca en los individuos más que en las instituciones responsables, sino que considera a estas últimas como virtualmente irrelevantes (...) [p]uesto que [como se dijo] el propósito de un proceso penal es el de determinar la culpabilidad o la inocencia del acusado, la víctima es un medio para tal fin y no el objeto primordial del interés' (Blumenson, op. cit., loc. cit.)". En esa línea, explicó que nadie tiene un derecho constitucional a que el Estado imponga una sanción penal a otra persona; no existe un derecho a la pena. Así, afirmó en el cndo. 35 que "(...) la protección a las víctimas establecida en los instrumentos internacionales de derechos humanos no implica necesariamente castigo penal (lo que, por otra parte, no se condeciría con su carácter fragmentario y de *ultima ratio*). La persecución penal -sin respeto a las garantías del individuo- invertiría la función que los derechos humanos poseen en el proceso penal que, de protección del imputado frente al Estado, pasaría al fortalecimiento de su poder absoluto, esta vez so pretexto del sugerente -aunque artificioso- argumento de protección a las víctimas".
Por su parte, el voto en disidencia parcial de la jueza Argibay se centró en la imposibilidad de tratar la cuestión dado el carácter firme de la sentencia que había ya absuelto al acusado. Aclaró que, a su criterio, los indultos a personas procesadas no son válidos, puesto que la CN los prevé sólo respecto de condenados. Sin embargo, especificó en el cndo. 5 que su "(...) opinión personal sobre la validez de estos indultos resulta una mera declaración de principios porque en la presente causa no puede dictarse un pronunciamiento judicial sobre ese punto sin decidir el agravio de la defensa fundado en la afectación de la cosa juzgada". Afirmó en el cndo. 6 que "(...) ni esta Corte, ni ningún otro tribunal, puede eludir los efectos de una decisión judicial firme sin negarse a sí mismo, es decir, sin poner las condiciones para que nuestro propio fallo sea también revocado en el futuro con argumentos contrarios, esto es, alegando su error, injusticia, etcétera. Si el propio juicio sobre el desacierto de un fallo pasado (ver Fallos 308:1150, cndo. 4; Fallos 319: 2527, 2532) o la diferente concepción de la equidad o la justicia (ver Fallos 315:2406, cndo. 7) que anima a los jueces actuales pudiese dar lugar a una revisión de las sentencias judiciales firmes, el carácter final de las decisiones que estamos tomando vendría a significar apenas más que nada, pues sólo sería respetado por los jueces futuros en la medida que fueran compartidas por ellos" y que "[n]inguna concepción razonable del Poder Judicial como institución, mucho menos como institución básica del Estado de Derecho, es compatible con semejante consecuencia puesto que ese carácter supone que la opinión favorable (o desfavorable) de los jueces por venir no incide en su deber de respetar las decisiones judiciales pasadas, que cuentan con autoridad de cosa juzgada. Lo contrario torna trivial y contingente el principal cometido que tiene asignado el Poder Judicial de la Nación, a saber, dar el fallo final e irrevocable a las controversias sobre los derechos de las partes".

**35.** Se afirma en el cndo. 21 del voto mayoritario: "(...) [L]a Corte Interamericana ha señalado que 'es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos'. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

**36.** *Ibid.*

**37.** *Idem*, cndo. 20 del voto mayoritario.

**38.** CSJN, "Derecho Rene Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal -causa nº 24.079-", Fallos 330:3074 (2007) y Fallos 334:1504 (2011).

contra un agente de las fuerzas de seguridad acusado de apremios ilegales, la CSJN dictó dos pronunciamientos. En el primero, del 11 de julio de 2007, se declaró la prescripción de la acción penal y se cerró la causa, dejándose de lado la postura que anteriormente se había asumido en el caso Espósito y desatendiendo la doctrina sentada por la Corte IDH[39].

Previamente, en mayo de ese año la Corte IDH había establecido la responsabilidad internacional del Estado argentino en relación a su deber de investigar los hechos denunciados en el caso "Bueno Alves vs Argentina". El tribunal interamericano consideró que los hechos denunciados por el Sr. Bueno Alves -víctima del delito reprochado al Sr. Rene Jesús Derecho- constituían un caso de torturas y, por ende, una vulneración a sus derechos fundamentales, por lo que entendió que el Estado debía realizar las investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades y aplicar las consecuencias previstas por la ley. La sentencia sería notificada oficialmente a la CSJN recién el 21 de septiembre de ese año.

**39.** En relación al criterio de recepción de la jurisprudencia del tribunal interamericano se expidió el Procurador General de la Nación (PGN) en su dictamen del 10 de marzo de 2010, en el marco de la causa "Acosta" (CSJN, "Acosta Jorge Eduardo y otro s/recurso de casación", Fallos 335:533 [2012]), particularmente en pp. 15-16:
"El hecho de que la jurisprudencia de la Corte Interamericana deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales no significa, por ello, su aplicación irreflexiva y automática. Esta jurisprudencia debe ser evaluada y ponderada en el marco del orden constitucional y, por ello, a la luz de las demás normas constitucionales, desde luego obligatorias para los tribunales nacionales. Estimo, entonces, que con el fin de honrar de la manera más profunda los compromisos asumidos internacionalmente por nuestro Estado, los tribunales nacionales deben hacer el máximo esfuerzo por cumplir la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos humanos encargados del control de aquellos instrumentos internacionales que gozan de rango constitucional en el orden jurídico argentino, sin desconocer, por supuesto, en dicha tarea, los principios y reglas supremos del orden jurídico interno y la competencia misma asignada por la Constitución a los tribunales nacionales para decidir los procesos judiciales internos, competencia que, en última instancia, nuestra Carta fundamental ha atribuido a V.E".
"A fin de dar debido cumplimiento al *deber de tener en tener en consideración* la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos, pienso que podría resultar conveniente razonar, a modo de *test*, con arreglo a los siguientes pasos. En primer lugar, es preciso verificar si existe jurisprudencia de la Corte y/o Comisión Interamericanas sobre la cuestión debatida en el proceso interno (identificación de la jurisprudencia). En segundo lugar, hay que determinar cuál es la doctrina o razón subyacente (*ratio decidendi*) que se desprende de la sentencia o sentencias pertinentes (identificación de la doctrina de la jurisprudencia). En tercer lugar, se debe examinar minuciosamente la aplicabilidad *prima facie* de esa *doctrina* al caso concreto, esto es, evaluar si el caso particular bajo examen en el proceso interno es una instancia del caso general (doctrina) que se infiere de la jurisprudencia de tales órganos (aplicabilidad de la doctrina al caso concreto). En cuarto lugar, es preciso todavía examinar si existen razones jurídicas basadas en el ordenamiento constitucional que se opongan a la aplicabilidad de la doctrina derivada de la jurisprudencia del órgano internacional pertinente. Al respecto, el tribunal nacional debería discutir razonadamente esa doctrina en el marco de todo el orden constitucional argentino y, con base en este análisis, decidir si, en el caso concreto, corresponde seguirla o no, proporcionando una debida fundamentación de la decisión tomada (examen de compatibilidad de la doctrina *prima facie* aplicable con el orden jurídico constitucional)".
"Estimo que tanto la ausencia de consideración de la jurisprudencia de los órganos internacionales, cuanto la falta de enunciación de las razones que pudieran existir para no seguir la doctrina derivada de la jurisprudencia de tales órganos afectarían el deber de adecuada fundamentación de una sentencia, vicio que, si estuviera contenido en una decisión de un tribunal inferior, podría ser controlado por vía del recurso extraordinario".

Luego, cuatro años después, el 29 de noviembre de 2011, con una decisión dividida[40] la CSJN hizo lugar al recurso de revocatoria de la parte querellante, dejando sin efecto la sentencia dictada por ella misma en 2007 y disponiendo la devolución de las actuaciones para que un tribunal inferior dé cumplimiento a lo dispuesto por la Corte IDH.

**Año 2013:** La CSJN dictó el fallo "Carranza Latrabusse"[41] en el que estableció el carácter vinculante, ya no sólo de la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH, sino también de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH)[42]. Este criterio sería reiterado en el año 2014, al resolver el caso "Arrillaga"[43].

**Año 2014:** El 7 de octubre de 2014 fue promulgada la ley nº 26.994, que aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación. El nuevo Código da cuenta, en sus dos primeros artículos, de la ampliación de fuentes del Derecho Civil como consecuencia inevitable del proceso de "convencionalización" que venimos describiendo. De ese modo:

---

**40.** Integraron la mayoría los ministros Highton de Nolasco, Petracchi y Zaffaroni, con el voto concurrente del juez Maqueda. En tanto que los jueces Fayt y Argibay conformaron la disidencia, entendiendo que debía rechazarse la presentación.

**41.** CSJN, "Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut - s/ proceso de conocimiento", Fallos 336:1024 (2013).

**42.** Los hechos del caso fueron los siguientes:
-El actor era un juez provincial que fue destituido por el golpe militar del año 1976. Tras el regreso al orden democrático, inició acciones para obtener su restitución en su cargo, lo que no le fue concedido alegando que se trataba de una "cuestión política no justiciable".
-Tras agotar las instancias locales, el actor denunció al Estado argentino ante la Comisión IDH. Este organismo, mediante el Informe 30/97, reconoció la responsabilidad del Estado argentino por considerar que, al no resolver el fondo del reclamo del actor, se había violado su derecho a la tutela judicial efectiva.
-En base al mencionado informe, el actor inició acción de daños y perjuicios contra el Estado Nacional por privación del servicio de justicia, que fue acogida favorablemente en primera y segunda instancia.
-El dictamen del 1 de septiembre de 2009 del PGN, en lo que resulta pertinente (p. 15), se inclina por el rechazo de la demanda. En el mismo se señala que "(…) las únicas decisiones de los órganos de protección del sistema interamericano que son obligatorias para los Estados son las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana, y ello, por un lado, dentro de los términos del art. 68.1 de la Convención Americana y, por el otro, siempre y cuando esas sentencias no impongan una medida que implique desconocer derechos fundamentales del ordenamiento jurídico interno, tal como ha sostenido el Ministerio Público Fiscal en oportunidades anteriores (…), criterio éste similar al reconocido, por otra parte, por la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán respecto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cfr. *Bundesverfassungsgericht*, Segundo Senado, -2 BvR 1481/04-, sentencia de 14 de octubre de 2004)".

**43.** CSJN, "Arrillaga, Alfredo Manuel s/causa nº 14102", A. 917. XLVIII. RHE (2014).

> **Art. 1:** "Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".
>
> **Art 2:** "Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

En relación a la "convencionalización" de las instituciones del Derecho Penal, la CSJN, al resolver en 2009 el caso "Arriola", hizo una enumeración del impacto de los criterios convencionales en la decisión de cuestiones penales trascendentes[44].

**Año 2017:** La CSJN, con casi su actual integración, decidió en la causa "Ministerio de Relaciones Exteriores"[45], en fallo dividido por

---

**44.** La CSJN ha reconocido esta transformación operada en nuestro sistema jurídico, particularmente en relación a las instituciones propias del Derecho Penal, en el cndo. 16 del caso "Arriola" (CSJN, Arriola Sebastián y otros s/ causa nº 9080", Fallos 332:1963 [2009]): "Cabe tener presente que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (art. 75 inc. 22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones (considerandos 18 y 19 in re "Mazzeo", Fallos 330:3248)" (el énfasis es agregado).
"Este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional".
"Estos parámetros internacionales han sido especialmente tenidos en cuenta por esta Corte al dictar diferentes pronunciamientos, así en cuestiones tales como las condiciones carcelarias mínimas aceptables ("Verbitsky" Fallos 328: 1146); a la revisión del fallo condenatorio en causas penales ("Casal" Fallos 328:3399); derecho de los menores en conflicto con la ley penal ("Maldonado" Fallos 328:4343); el debido proceso en internaciones psiquiátricas involuntarias ("Tufano" Fallos 328:4832); alcance de la garantía de imparcialidad ("Quiroga" Fallos 327:5863, "Llerena" y "Dieser" Fallos 328:1491 y 329:3034, respectivamente); defensa en juicio ("Benitez" y "Noriega" Fallos 329:5556 y 330:3526, respectivamente); derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ("Barra" Fallos 327:327); precisiones sobre el concepto de peligrosidad ("Gramajo" Fallos 329:3680); derecho de las víctimas ("Santillán" Fallos 321:2021); y fundamentalmente, todo lo vinculado a la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos ("Arancibia Clavel" Fallos 327:3312; "Simón" Fallos 328:2056 y "Mazzeo" Fallos 330:3248), entre otras cuestiones".

**45.** CSJN, "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Fallo 340.47 (2017). Siete comentarios a este polémico fallo, entre otros el nuestro, pueden verse en: *LL* (diario del 23-II-2017).

cuatro votos contra uno, negarse a dejar sin efecto otra sentencia[46] que ella misma había dictado en el año 2001, no obstante que una sentencia de la Corte IDH así se lo ordenaba. El fundamento recayó en el entendimiento de que el cumplimiento de la resolución internacional contrariaría gravemente algunos de los "principios de derecho público" a los que alude el art. 27 de la CN.

## CONCLUSIONES

Luego de haber examinado los distintos acontecimientos en el proceso de "convencionalización" del Ordenamiento Jurídico argentino, ocurrido a partir del regreso a la Democracia en el año 1983 y especialmente a partir de la reforma constitucional de 1994, podemos concluir que en los últimos cuarenta años se han producido profundas transformaciones en el sistema con motivo de la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Tanto a nivel constitucional, como en la jurisprudencia de la CSJN correspondiente a sus dos últimas integraciones (1990-2003 y 2003-2024), se ha notado una apertura a las normas internacionales y a la recepción de las doctrinas jurisprudenciales establecidos por los órganos del sistema interamericano de Derechos Humanos47.

Los criterios que fijó inicialmente la CSJN en esta materia parecerían ir, en algunos temas, incluso más allá de la decisión de la Convención Constituyente de 1994, que, si bien ya había manifestado una postura aperturista hacia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo hizo estableciendo su carácter

**46.** Se trata de: CSJN, "Menem Carlos Saúl c/ Editorial Perfil y otros s/ daños y perjuicios", Fallos 324:2895 (2001).

**47.** En el mismo sentido, señala la Dr. María A. Gelli que "desde 'Ekmedjián c. Sofovich' (1992) hasta 'Mazze' (2007), el seguimiento de la jurisprudencia internacional emitida por la Corte Interamericana pareció intensificarse sin pausa alguna en el orden interno de la República Argentina" (Gelli, María A., "El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso 'Bayarri' en un dictamen de la Procuración General de la Nación", *LL* [diario del 1-VI-2010]).

complementario y reconociendo la supremacía final de la CN. En algunos casos se podría llegar a calificar de "excesivo aperturismo", "activismo" e "internacionalismo" a los criterios que inicialmente fueron postulados por nuestro máximo tribunal, fruto de una interpretación "expansiva", "aditiva" y, en cierta medida, "infiel" del texto y el espíritu de la reforma de 1994. Sin embargo, en el reciente fallo "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto" parecería que la CSJN, contando con una nueva integración, intentó corregir esos primeros excesos, reafirmando la supremacía final de la CN y el carácter definitivo de las decisiones que él mismo dicta, en el marco de una causa judicial.

# La reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos

**(Control de Convencionalidad)**

Por
**Juan Carlos Hitters**[1]

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

## I. LA REFORMA DE 1994. GENERALIDADES

### *A. Introducción. Antecedentes*

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

Allí se dispuso sobre la base de un núcleo de coincidencias básicas "rejuvenecer" varios preceptos del citado instrumento. Por ello el art. 3º de la Ley antes nombrada puso sobre el tapete el debate respecto de diversos puntos; entre ellos, habilitó (art. 3º, I) el campo de "los institutos de integración y la jerarquía de los Tratados Internacionales"[2].

En la Segunda Parte del Título Primero, Sección Iª, Capítulo 4º (Atribuciones del Congreso), el art. 67 inc. 19 de la anterior Constitución se transformó en el actual art. 75 inc. 22; que enclavó entre las potestades de ambas Cámaras Legislativas la responsabilidad de aprobar o desechar Tratados. Puntualizó que estos documentos tienen jerarquía superior a las leyes[3].

Mas en paralelo enumeró una serie de instrumentos sobre 'Derechos Humanos' (aquí está uno de sus puntos vertebrales) otorgándole jerarquía constitucional, esto es, un escalón superior al de los Tratados "comunes" (art. 75 inc. 22).

**2.** Véase Hitters, Juan Carlos, *La reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los Tratados sobre Derechos Humanos a 20 años de su vigencia*, Revista La Ley, pág. 1, TR LALEY AR/DOC/3932/2014.

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

Pero además en su segunda parte dio el paso fundamental al traer a nuestro ámbito doméstico, el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Se le confirió vigencia entonces por una vía constitucional privilegiada a los Documentos, Convenios y Tratados sobre Derechos Humanos aludidos en el art. 75 inc. 22, fenómeno global que para Mauro Cappelletti ha sido uno de los movimientos mundiales más importantes en el ámbito de la política internacional de la última mitad del siglo.

Si bien es cierto que la Constitución de 1853 (con sus modificaciones anteriores al año 1994) abordaba el tema de los Tratados internacionales (arts. 27, 31, 67 inc. 19 y 86 inc. 14), la verdad es que no se ocupaba particularmente de esos especiales convenios relativos a los Derechos Humanos, cuya aparición se venía advirtiendo sin ambages desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial con la creación de las Naciones Unidas [1945] y posteriormente en la OEA [1948]. Ello así sobre la base de distintos documentos Universales y Regionales. La reforma de 1994 llegó por un gran consenso, pues el llamado "Pacto de Olivos" fue seguido por dos acuerdos políticos más amplios, los del 1º y el 15 de diciembre de ese año, donde se fijaron las pautas fundamentales: 1) por un lado el contenido del Núcleo de Coincidencias Básicas y; 2) por otro, el amplio alcance de los temas habilitados por el Congreso que fueron la base para lograr nuevos acuerdos en el ámbito de la Convención que permitieron la unanimidad para su aprobación[4].

**4.** Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos. Efectos. (Valor vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos),* Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2023, Tomo I, pág. 51.

## *B. Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*

### *1. Generalidades*

Como adelantamos, la Ley 24.309 (del 29 de diciembre de 1993) habilitó, entre otros puntos, el tratamiento de la "jerarquía de los tratados internacionales", enumerando en forma expresa diez[5] documentos supra de esta naturaleza y con la misma categoría; ello así en caso de reunir la mayoría de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Afinando los conceptos, cabe decir que en ese encuadre, el art. 75 inc. 22 enumeró una serie de instrumentos que, en verdad, algunos de ellos no son Tratados en sentido estricto, ya que por ejemplo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que -tal cual su nombre dice- son verdaderas 'Declaraciones', que originalmente sólo enumeraban derechos y potestades del individuo, aunque con el tiempo se les fue otorgando cierta obligatoriedad y jerarquía[6].

### *2. Particularidades*

Los Tratados sobre derechos humanos que han tenido un desarrollo progresivo a partir de la puesta en marcha de la ONU y de la OEA y han proliferado en los últimos años, tanto los de tipo universal como los regionales, conforman ciertas características que en alguna medida los diferencia de los ´clásicos´[7]. En efecto, estos

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

**6.** Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos.* cit.,Tomo II, pág. 303 y siguientes.

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

últimos tienen en mira un intercambio recíproco de beneficios, y en caso de incumplimiento hasta pueden quedar sin efecto o suspender parcialmente sus consecuencias, conforme al art. 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En cambio, los referentes a las prerrogativas del hombre, enfocan al individuo como destinatario principal y no a los Estados. Otra de las particularidades de la institución analizada -que fue remarcada por la Corte Internacional de Justicia, cuando se refirió a la Convención sobre Genocidio-, es que "los Estados contratantes no tienen intereses propios solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en un instrumento de ese tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones"[8].

Ese Tribunal dejó también puntualizada la dicotomía que existe entre las obligaciones de los Estados frente a la comunidad internacional en su conjunto, esto es con relación a los seres humanos; y las que nacen frente a otro Estado. Con referencia a los primeros, agregó que todos los gobiernos tienen interés legal en su protección pues se trata de obligaciones *erga omnes*. Las mismas "derivan, por ejemplo, en derecho internacional contemporáneo de actos ilegales de agresión, del genocidio y también de los principios y reglas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana"[9].

**8.** Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Cour internationale de Justice (CIJ), 1950.
**9.** Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Excepciones Preliminares), Fallo de 24 de julio de 1964.

Otra de las originalidades de las Convenciones sobre derechos humanos -referidas en la Constitución de 1994- es que su ámbito de aplicación y alcance no están gobernados por el equilibrio recíproco entre las partes signatarias, ya que la finiquitación de un Tratado por incumplimiento grave de uno de los adherentes, que opera en el Derecho Internacional clásico, no juega en el campo que nos ocupa. En este orden de pensamiento, el art. 60.5 de la referida Convención de Viena, edicta que tales pautas tradicionales de los tratados clásicos entre países no son válidas con respecto a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en los tratados de carácter humanitario, en particular las disposiciones que prohíben toda forma de represalia con respecto a las personas protegidas por tales tratados[10].

La Corte Interamericana no ha sido ajena a esta categorización que venimos haciendo, y remarcó desde hace tiempo y en varias oportunidades la notable diferencia que hay entre los Tratados clásicos y los atinentes a las prerrogativas del hombre. En la Opinión Consultiva Nº 2 (OC-2/82), dijo claramente que estos últimos no son multilaterales de tipo tradicional para beneficio de los Estados, "su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio estado como frente a los otros estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción..."[11].

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

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

No olvidemos que en la siguiente Opinión Consultiva (OC-3/83), ese cuerpo se ocupó nuevamente de la temática que estamos abordando, perfilando una vez más las características propias de este tipo de Tratados, apuntando que los principios que rigen el modelo clásico, con respecto a las reglas que gobiernan la reciprocidad en materia de reservas de los mismos, no tienen valimiento en el campo de los derechos humanos[12].

El carácter especial de ellos ha sido reconocido también por la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH)[13]; y surge en paralelo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo preámbulo hace referencia a su propósito de "consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre…"[14].

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

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

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

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

no se aplican las reglas generales sobre "reservas", que imperan para los Tratados clásicos.

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

Por último, conviene reiterar que las Constituciones modernas le dan a este tipo de convenciones un ponderable rango normativo. Adviértase que el art. 46 de la Carta Magna de Guatemala dispone ya que los Tratados sobre derechos humanos ratificados por ese país, tienen preeminencia sobre el Derecho interno. A su vez el art. 105 de la Constitución de Perú, de 1979, establecía que "Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Carta Fundamental". Por su parte el art. 95.1º de la Carta Suprema de España edicta que "la celebración de un tratado internacional que contenga disposiciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional"[15].

Tal cual ya expresamos, la reforma de la Constitución Nacional Argentina del año 1994 les dio a ciertos instrumentos allí enumerados (art. 75, inc. 22) jerarquía constitucional[16], aclarando que los mismos "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución (parte dogmática) y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

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

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

Como se advierte, de este modo se produjo una 'agregación' de normas y preceptos que coexisten -y deben conciliarse- con las libertades y derechos clásicos de la Primera Parte.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es, principalmente, una codificación del Derecho consuetudinario (*lex lata*). Ciertas normas de este cuerpo preceptivo se erigen como Derecho nuevo, por ejemplo, el art. 46 sobre disposiciones de la legislación interna concernientes a la competencia para celebrar Tratados; y otras son simplemente modificación del Derecho Internacional general existente, como el caso del sistema de reservas.

Este conjunto de preceptos se aplica sólo a los Tratados celebrados por escrito y regidos por el Derecho Internacional. Ello sin perjuicio de señalar que sus pautas hermenéuticas valen como criterios de interpretación para los Tratados celebrados por los Estados que no han ratificado dicha normativa, pues como dijo desde antiguo la Corte IDH en la Opinión Consultiva 3 (OC-3/83, Restricciones a la Pena de Muerte), los criterios que determina este instrumento pueden considerarse reglas de Derecho Internacional general sobre el tema de los derechos humanos. Los parámetros relativos a la hermenéutica de los Tratados constituyen una de las secciones de la Convención de Viena[17]. Los cuatro artículos que se ocupan de esta cuestión son fruto de la jurisprudencia desplegada por la Corte Internacional de Justicia.

### *C. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Reforma de 1994*

La reforma aquí analizada al atribuirle a los Tratados un valor constitucional, sirvió -ya lo vimos- como una plataforma de lanza-

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

miento para incorporar a nuestro ámbito, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ya tenía un desarrollo fundamental y progresivo en general, en el campo internacional y regional.

Lo cierto es que, con anterioridad a la reforma, Argentina había ratificado, entre otros documentos, la Convención Americana Sobre los Derechos del Hombre, nacida en el año 1969 (llamada Pacto de San José de Costa Rica), ratificada mediante la Ley 23.504 del año 1983. Este Tratado fundamental para el esquema interamericano -quizá el más trascendente- enumeró una serie de derechos resguardados (arts. 4° a 23) y en particular reguló dos cuerpos de protección, uno preexistente, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante la CIDH); y el otro allí creado, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH).

Esos dos organismos han dictado una serie de pronunciamientos, en particular la Corte, que le dieron tal altitud a la materia aquí estudiada al punto de haber generado decisiones impensables, como por ejemplo, la obligatoriedad de sus pronunciamientos en el Derecho interno, que influyeron notoriamente en el país a tal punto que fueron la base argumental para que nuestra Corte Suprema Nacional decretara por ejemplo la nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final; la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, etc.

En este orden de ideas vale reiterar[18] que modernamente ha visto la luz lo que se ha dado en llamar -tal cual vimos- el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, como una rama del Derecho Internacional clásico, que tiene como objeto la protección y promoción de las libertades fundamentales del hombre.

**18.** Hitters y Fappiano, ob. cit., T. I, Vol. 1, página 404 y siguientes.

Se trata de una disciplina que posee ciertas características que la diferencian de su rama ancestral, tales como la posibilidad de que el ser humano reclame *´per se´* ante los órganos metanacionales, siendo el Estado el legitimado pasivo. Todo desde una perspectiva distinta, ya que los Tratados sobre Derechos Humanos se distinguen de los tradicionales, pues en los aquí referidos -como anticipamos-, el hombre es ´sujeto de derecho´, mientras que en los otros solamente los Estados tienen esa condición.

Es dable remarcar las particularidades de la materia examinada. En efecto, aquí el individuo aisladamente (o en grupos) es considerado ´sujeto´ del Derecho Internacional. Como consecuencia de todo ello se ha producido una *positivación de sus prerrogativas*, en Declaraciones, Convenciones y Tratados; y en paralelo -vale la pena reiterarlo- se ha logrado la promoción y protección de esas potestades inalienables a través de órganos especializados ya referidos creados a estos efectos.

Conviene reiterar que la Carta de la ONU constituyó el primer intento serio y abarcador que se ocupó de la protección y de la promoción de los derechos del hombre en el cuadrante internacional, puesto que para la Liga de las Naciones dicha temática era una cuestión de Derecho interno, en la cual no podría interferir ningún Estado. Tal tendencia protectoria se consolidó con los Pactos Internacionales de las Naciones Unidas de 1966.

La plataforma compuesta por la Carta de la ONU, la Declaración Universal y los dos Pactos de la ONU de 1966, ha servido de basamento para la puesta en funcionamiento de otros documentos internacionales de gran importancia, como por ejemplo los incorporados por la reforma constitucional de 1994 que estamos analizando (art. 75 inc. 22). En este orden de pensa-

miento no tenemos que perder de vista que la adopción de los Pactos de 1966 impuso la modalidad de los "informes periódicos", producidos por los distintos comités de expertos, justamente para asegurar el acatamiento de estas prerrogativas fundamentales[19]. Luego se fue avizorando una tendencia hacia la regionalización en este campo, primero en Europa occidental, y posteriormente en América y en África, que terminó por conformar este cuadro de situación que es siempre cambiante y progresivo[20].

### *D. Internacionalización de los Derechos Humanos*

Vimos ya en forma sucinta los antecedentes remotos de los fenómenos de *´internacionalización´* y de *´universalización´* -que fueron la base, en este tema, de nuestra reforma constitucional que aquí comentamos-; y que en el área de los derechos humanos tuvieron su epicentro a partir de la Carta de la ONU. Desde entonces han ido tomando consistencia un conjunto de normas jurídicas y de principios fundamentales, que se denomina *Derecho Internacional de los Derechos Humanos,* y que nacieron como consecuencia de la limitación a la soberanía de los gobiernos, a favor de las prerrogativas de la Humanidad.

A causa de ello se ha mutado -por ejemplo- el concepto de *´intervención´*, ya que los Informes (o pronunciamientos) de las entidades internacionales especializadas no son considerados como intromisión en los asuntos domésticos. El reconocimiento de los Estados en el campo de los derechos del hombre es ahora una obligación internacional que deben asumir, respondiendo todo ello a la doctrina de la mediatización del Derecho Interna-

**19.** Hitters y Fappiano, ob. cit., T. I, Vol. 1, pág. 331.

**20.** Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos,* ob. cit., Tomo II, pág. 314 – 319.

cional (subsidiariedad), ya que para cumplir con su función necesita de la colaboración de los gobiernos.

Por último, convengamos en que esta oleada de internacionalización, no es hoy una fantasía, ya que ha llegado a un importante grado de efectividad, por supuesto dentro de la relatividad que este tipo de protección puede proporcionar.

Sintetizando, podemos reiterar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha tenido una importantísima doble influencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[21] ya que, por un lado, puso en marcha un control metanacional, que ha abierto las puertas al explosivo instituto del Control de Convencionalidad; y por otro incorporó un conjunto de Derechos protegidos, que son *self excecuting*. Habiéndose generado a partir de todo ello un nuevo Derecho Trasnacional sustancial (Tratados, *ius cogens* y jurisprudencia de la Corte IDH), y procesal (Estatutos y Reglamentos tanto de la Corte y de la Comisión).

## II. PARTICULARIDADES DE LA REFORMA DE 1994. LA CONSTITUCIÓN INTERNACIONALIZADA POR LOS TRATADOS

La Comisión de Integración y Tratados Internacionales[22], se ocupó de esta problemática, tanto en el Dictamen de la Mayoría como el Dictamen de la Minoría[23].

En la Sesión 3ª Reunión 22A (del 2 de agosto de 1994) y en la Sesión 3º Reunión 23A (del 3 de agosto de 1994)[24], referidas al inc. I del art. 3º de la ley 24.309, al abordar el que sería el nuevo art.

**21.** Sobre mi postura en esta temática puede verse la *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, págs. 2822, 2830, 2831, 2833, 3139 a 3149.

**22.** Véase *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, pág. 2828.

**23.** Véase *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, pág. 3841 y siguientes.

**24.** *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, páginas 1815/2926 y 2927/2944 y 2947/3090.

75 inciso 22 (antiguo art. 67 inc. 19), el *Dictamen de la Mayoría* propuso el siguiente texto: "Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados tienen jerarquía constitucional, y los derechos, libertades y garantías que consagran se presumen operativos. Sólo podrán ser denunciados con la mayoría de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara. Los derechos, libertades y garantías consagradas por esta Constitución, los Tratados Internacionales, la legislación y las demás disposiciones del derecho interno se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados. En todos los casos se aplicará la norma de tutela más favorable"[25].

Aunque el texto final de la Convención no salió aprobado exactamente igual al sugerido por la Comisión de Tratados, lo cierto es que ésta propuso la jerarquía constitucional de los documentos sobre Derechos Humanos, sin enumerarlos. También se enfatizó en esa Comisión que tal tipo de instrumentos deberían interpretarse sobre la base del principio *pro homine* (ello se infiere del art. 29 de la CADH), criterio que fuera adoptado por la Corte IDH, donde señaló que estos instrumentos supranacionales desde la perspectiva hermenéutica deben estar acordes con la jurisprudencia de ese órgano jurisdiccional interamericano[26], en la medida en que el Derecho interno no sea más favorecedor[27].

**25.** *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, pág. 3842. Respecto del Dictamen de la Minoría véase pág. 3850 y ss.

**26.** Véase Corte IDH, Caso Gelman c. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, y en especial el Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

**27.** Para conocer las opiniones de los distintos convencionales sobre el particular, véase *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, páginas 3094 a 3174.

## III. LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS ÓRGANOS INTERAMERICANOS

### *A. Obligación de los Estados de cumplir los Tratados y los fallos de la Corte Interamericana*[28]

La constitucionalización de los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos enumerados en el art. 75 inc. 22 y los que luego alcanzaron esa condición; produjo importantes efectos en el Derecho interno argentino.

Ello así considerando el "diálogo" que se viene dando entre los órganos jurisdiccionales domésticos, y los cuerpos del sistema (la CIDH y la Corte IDH). Y esto no sólo en nuestro país sino en todo el ámbito del Pacto de San José de Costa Rica; ya que los decisorios de los dos cuerpos citados han generado una verdadera *´casación interamericana´*, uniformando ciertas pautas de interpretación para más de 500 millones de personas.

Se parte de la base de que en principio ninguna actuación de cualquiera de los tres poderes del Estado puede resultar contraria a lo expresado en los Tratados y Convenciones internacionales sobre derechos humanos; y se infiere como consecuencia de ello los países deben respetar la jurisprudencia del Tribunal regional antes aludido (art. 27 de la Convención de Roma sobre el Derecho de los Tratados), pues de lo contrario se origina la responsabilidad internacional del Estado, conforme a los arts. 1º.1 y 2º del Pacto de San José.

La Corte IDH ha dejado en claro desde siempre que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones domésticas, sino que su tarea es la de inspeccionar si los países han violado o no las Conven-

**28.** Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos,* ob. cit., Tomo II, pág. 246.

ciones sujetas a su competencia[29], ya que como antes señalamos, el Derecho Internacional *es subsidiario*, lo que significa que sólo actúa en la medida en que las autoridades internas hayan violado un Tratado internacional (art. 46.1º.a de la CADH).

Por ello ha establecido -sin entrometerse en las jurisdicciones locales- que una sentencia con carácter de cosa juzgada de los jueces domésticos "...tiene que ser necesariamente cumplida debido a que en ella se adopta una decisión de forma definitiva, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto, y tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad. Ante este tribunal [agregó], eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando ésta afecta derechos de individuos protegidos por la convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada" [30]. En ese mismo sentido ha añadido que sólo circunstancias excepcionales pueden conducir a que el cuerpo supranacional "...deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos" [31].

### *B. Efectos de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Valor vinculante*

Conviene reiterar que ese Tribunal internacional ha sentado la postura en el sentido de que, por regla, él no se ocupa de modificar en forma directa el Derecho interno, ya que su misión consiste en "inspeccionar" -a través del control de Convencionalidad- si el

**29.** Como bien apunta el ahora fallecido Juez Cançado Trindade, no se trata en verdad de "revisar" las sentencias de los tribunales domésticos, sino de una función más importante e imprescindible dentro de un mecanismo que se jacta de ser protector de los derechos humanos, puesto que la Comisión y la Corte como únicos órganos de supervisión, pueden y deben determinar la compatibilidad o no con el Pacto de San José de cualquier acto u omisión en que incurran los Estados, a través de algunos de sus poderes, órganos o agentes (Albar, Germán y Cançado Trindade, Antonio, *Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos, en El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos,* Cox Editores, Costa Rica.1998, pág. 584).

**30.** Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros c. Perú, Sentencia de 7 de febrero de 2006, párr. 167.

**31.** Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 198; Corte IDH, Caso Palamara Iribarne c. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 121.

Estado acata 'o no' los Pactos internacionales; y, por ende -repetimos-, no se convierte en una 'cuarta instancia'.

También importa considerar en este *racconto* sobre la influencia de la reforma constitucional de 1994 en el Derecho interno, que los fallos que la Corte IDH dicta son obligatorios para los Estados *que han sido parte en el pleito* (arts. 62.3 y 68.1). La duda aparece cuando se pretende saber si originan una especie de "doctrina legal" de aplicación, digamos, "obligatoria" para todos los países signatarios. Convengamos en que esta problemática posee ciertas aristas rebeldes.

En este orden de pensamiento resulta preciso acotar que el postulado de la buena fe impuesto por el art. 31.1º de la Convención de Viena, dispone que si un Estado firma un Tratado internacional -particularmente en el ámbito de los derechos humanos-, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes[32].

Aunque es importante señalar que ninguna norma del Pacto de San José le da carácter vinculante, es decir *erga omnes*, para los países que no participaron en el pleito.

Por ello, para resolver este *desideratum* es preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados que reinan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[33].

**32.** Gozaíni, Osvaldo, *Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno*, en Roberto Berizonce, Juan Carlos Hitters y Eduardo Oteiza (coords.), *El papel de los Tribunales Superiores. Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 307.

**33.** Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos,* ob. cit., Tomo II, pág. 256; mismo autor, *El sistema y los principios de convencionalidad. Control de Convencionalidad y Derecho Transnacional*, La Ley 06/02/2024, pág. 1, TR LALEY AR/DOC/200/2024.

Surge -a nuestro modo de ver-, de tal análisis -como plataforma general- que en principio existe por lo menos una *vinculatoriedad moral y también jurídica* de acatamiento ya que el incumplimiento de los Tratados y de las directivas del Tribunal de San José, impone -como ya dijimos- la responsabilidad internacional del Estado en cualquiera de sus tres poderes (art. 1º.1 y 2 del Pacto de San José). Visto este planteo desde la perspectiva internacional, la Corte IDH siempre ha considerado vinculantes sus fallos con *respecto a los países participantes en el litigio internacional* (es decir los que han sido parte en el pleito), empero no hace mucho ha venido sentando el postulado de que esa consecuencia también se extiende a los países adherentes a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque no hayan participado en el litigio.

Hace ya algún tiempo la Corte IDH refiriéndose al Derecho interno peruano y a partir de los casos: "Barrios Altos"; "El Tribunal Constitucional de Perú"; y especialmente en "La Cantuta" (entre otros)[34]; la Corte IDH había parado mientes en señalar los efectos *erga omnes* de sus fallos no sólo para el asunto concreto sino para todo el Derecho doméstico de un país, aun fuera del asunto juzgado[35].

En el caso "La Cantuta" había expresado que "...de las normas y jurisprudencia de derecho interno analizadas, se concluye que las decisiones de esta Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes y que, por ende, la sentencia dictada en el caso "Barrios Altos" está plenamente incorporada a nivel normativo interno. Si esa Sentencia fue determinante en que lo allí dispuesto tiene efectos generales, esa declaración conforma *ipso iure* parte del

**34.** Corte IDH, Casos: Barrios Altos c. Perú (Sentencia de 14 de marzo de 2001); La Cantuta c. Perú (Sentencia de 29 de noviembre de 2006) y Tribunal Constitucional c. Perú (Sentencia de 31 de enero de 2001). Idem Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros c. Panamá (Sentencia de 28 de noviembre de 2003).

**35.** Corte IDH, Casos: Barrios Altos c. Perú (cit.); La Cantuta c. Perú (cit.) y Tribunal Constitucional c. Perú (cit.).

derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa Sentencia"[36].

Por ende, vale la pena recordar que tanto en "Barrios Altos", como en los casos "Tribunal Constitucional de Perú" y en "La Cantuta" ya referidos y en otros posteriores, la Corte IDH se comportó como un Tribunal Constitucional anulando -indirectamente- las leyes de amnistía, con efecto *erga omnes*. Obsérvese cómo dicho organismo interamericano había "amplificado" notablemente su tradicional doctrina legal, sosteniendo a partir de allí que la vinculatoriedad de sus pronunciamientos no se agota en su parte resolutiva, (que vale para el caso particular), sino que se multiplica expansivamente (valga la redundancia), a los fundamentos del fallo, obligando a los tres poderes del Estado para la generalidad de los casos similares.

La duda aparece -también lo expresamos con anterioridad- cuando se pretende saber si sus fallos originan una especie de "doctrina legal" para todos los casos similares, en cualquiera de los países signatarios del Pacto de San José que no participaron en el juicio.

En este orden de pensamiento resulta preciso reiterar que el postulado de la buena fe impuesto por el art. 31.1 de la Convención de Viena, dispone que si un Estado firma un Tratado internacional -particularmente en el ámbito de los derechos humanos-, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes (arts. 1º.1 y 2 de la CADH). Empero, lo cierto es que -como ya quedó dicho- ninguna norma del Pacto de Costa

**36.** Caso La Cantuta c. Perú (cit.), párr. 186.

Rica le da en forma expresa el carácter extensivo, válido para todos los asuntos a los decisorios de la Corte IDH. Salvo -reiteramos-, para el caso concreto (arts. 62 y 68 del Pacto de San José).

Por ello, para resolver este *desideratum* es preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados que reinan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Corte Interamericana. Este cuerpo en tiempos no tan lejanos ha abordado nuevamente la problemática del efecto vinculante -*erga omnes*- de sus pronunciamientos.

En efecto, el 20 de marzo del año 2013, en la Supervisión del Caso Gelman c. Uruguay, donde a nuestro modo de ver dio un paso más, y llegó a la conclusión de que sus fallos son también obligatorios para los Estados que "no fueron parte", con lo que finalmente terminó por reducir al mínimo lo que se ha dado en llamar el "margen de apreciación nacional".

En síntesis puede decirse que los decisorios originan -en principio- efectos no solamente para el país condenado (vinculación "directa", interpartes), sino también hacia los Estados que no intervienen en el pleito internacional (vinculación "relativa", *erga omnes*), pero sólo en la medida de la norma interpretada, no así en la totalidad del fallo. Ello así salvo que no exista -ya lo dijimos- una interpretación local más favorable al ser humano en cuya hipótesis vale la más ventajosa (art. 29 CADH).

En suma, según este elevado criterio -que compartimos-, las sentencias del Tribunal Interamericano originan dos tipos de consecuencias, a saber: una de vinculación "directa" -y obligatoria- para el país condenado (arts. 62 y 68 CADH); y otra de vincu-

lación "relativa" -*erga omnes*- para todos los miembros del modelo interamericano, que no participaron del proceso[37].

## IV. CONCLUSIONES. UN AVANCE DE LA REFORMA DE 1994. LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La irrupción de los Tratados sobre Derechos Humanos ha producido *una verdadera revolución* tanto en el sistema europeo como en el interamericano y en el africano, puesto que la Corte regional con sede en Costa Rica en un desarrollo progresivo ha llegado a la conclusión de que ella debe efectuar aun de oficio[38] una inspección sobre las actividades de los tres poderes del Estado a los fines de averiguar si en el ámbito doméstico se han violado los Tratados sobre Derechos Humanos. A tal punto que ha condenado a varios países, entre ellos al nuestro[39], por infringir este postulado.

No nos debe pasar inadvertido que, como antes hemos puesto de relieve, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es de esencia subsidiaria por lo que la obligación primaria de los jueces y órganos del Estado es efectuar ellos mismos esta revisión de Convencionalidad (control primario) y en su caso descartar o inaplicar las normas internas que infrinjan los Pactos internacionales.

Y esta tarea no solamente deben llevarla a cabo los jueces, sino también el Poder Ejecutivo y a la par el propio Parlamento, que

**37.** Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso Gelman c. Uruguay, cit., párr. 67.

**38.** Véase Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124; Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

**39.** Véase Corte IDH, Caso Cantos c. Argentina, Sentencia de 28 de noviembre de 2002; Corte IDH. Caso Forneron e hija c. Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012, Hitters, Juan Carlos, *Control de Convencionalidad ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los Tribunales Superiores de los países? (El caso Fontevecchia Vs. Argentina)*, Estudios Constitucionales, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 533-568 Centro de Estudios Constitucionales de Chile Santiago, Chile, entre otros.

tiene el deber de no dictar preceptos violatorios de los Tratados[40]. Tal cual vimos la reforma de 1994 implicó un trascendente avance en el Derecho argentino ya que, si bien el texto final se apartó en alguna medida de los Dictámenes de la Mayoría y de la Minoría, lo cierto es que su gran mérito ha sido por un lado incorporar a la Carta Magna la cuestión de los Tratados sobre Derechos Humanos, y por otro darle linaje constitucional.

En efecto, el art. 75 inc. 22 -tal cual lo adelantamos- enumera once documentos y *les otorga jerarquía constitucional privilegiada*, y en su parte final permite la anexión de nuevos instrumentos de esta naturaleza, imponiendo a las Cámaras Legislativas una Mayoría de las dos terceras partes de los miembros de cada una[41].

La redacción de 1994 cambia sustancialmente el sistema de fuentes del orden público argentino, ya que -a través del art. 75 inc. 22- se incorpora un conjunto de reglas convencionales internacionales que permean en los andariveles del antiguo modelo[42], y de esa forma entran en el torrente jurígeno argentino. Podemos hablar sin ambages de "Tratados constitucionalizados", o de la "Constitución internacionalizada".

Por ello a partir de entonces nuestro país quedó en mejor posición para poner en marcha en el campo doméstico todo el desarrollo previo sobre la protección de los Derechos Humanos que se había gestado en el ámbito europeo y en particular en el interamericano. En este último sector, obligando a los organismos juris-

**40.** Véase Corte IDH, Caso Gelman c. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, cit., párr. 46, 59, 95.

**41.** Expresa el art. 75 inc. 22 que los documentos allí nombrados tienen jerarquía constitucional, pero no devengan artículo alguno de la primer parte de la Carta Suprema y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocido.

**42.** Pizzolo, Calogero, *La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal*, en La Ley, Buenos Aires, 2006 D, pp. 1023.

diccionales a permear la valiosísima jurisprudencia emitida por la Corte IDH y también por la Comisión IDH.

A ello se fue acoplando el formidable instrumento del control de convencionalidad, que permitió -e impuso- a los organismos del Estado a llevar a cabo una "inspección" comparativa entre los Tratados y las normas domésticas a los fines de darle prioridad al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

# El artículo 75 inciso 22: La incorporación de los instrumentos de derechos humanos y el discurso de odio

Por
**Miguel O. Berri**[1]

*"Nadie nace odiando a otra persona por el color de su piel, o su origen, o su religión"*

Nelson Mandela

**1.** Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

## I. INTRODUCCIÓN

Al cumplirse 30 años de la reforma de la Constitución Argentina, aniversario que también comprende la reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires consideramos importante comenzar con algunos puntos incorporados que surgen de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que tienen rango constitucional. Dentro de ello hemos decidido tratar de analizar el discurso de odio, una expresión que se ha incorporado, fundamentalmente, a nuestro derecho a partir de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 13 apartado 5) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 20)

Desde nuestra mirada una de las normas esenciales que genero una transformación estructural en nuestro sistema jurídico es el inc. 22 del Artículo 75. Ello por cuanto genera un nuevo procedimiento para darle o quitarle rango constitucional a Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos. Lo que no solo resulta importante por establecer una nueva forma de darle contenidos a la Constitución sin reformarla (lo que algunos autores han definido como función *semiconstituyente*), sino que, además, termina en definitiva con la discusión respeto de la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y con ello garantiza la consagración definitiva del control de convencionalidad. Como bien sabemos el discurso de odio se encuentra nuestra Constitución por medio de los tratados internacionales sobre derechos humanos que son parte de ella inc. 22 art 75 con lo cual consideramos importante examinar su alcance y aplicación en el derecho comparado, en el derecho internacional de los derechos humanos y en nuestro sistema jurídico.

Los discursos de odio que han sido definidos como: "...Formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan, o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración...".[2] Estas formas tienden a hacer surgir una diferencia en la que se estigmatiza una división: NOSOTROS- ELLOS que genera una diferencia esencial con relación a determinas reivindicaciones en materia de derechos y reconocimientos. De este modo se tiende a una polarización de una sociedad pluralista que se radicaliza en la diferencia, tratando de generar un concepto maniqueo (bien-mal), de manera tal que aquellos que profesan una determinada religión, una militancia ideológica, pertenencia a determinados grupos sexuales, etc. hagan sentir a los que son diferentes como inferiores[3].

La necesidad de crear un sujeto colectivo PUEBLO contra otro u otros sujetos colectivos ANTIPUEBLO, u otro tipo de caracterizaciones comienza a cobrar relevancia nuevamente en la cultura occidental y pone en el centro del análisis el concepto democracia Militante y democracia Liberal.

Sin embargo, en América Latina y algunos ámbitos europeos se mantienen y desarrollan concepciones afines con la democracia deliberativa. Esto es, un ideal regulativo donde la deliberación de todos los ciudadanos, especialmente de los afectados por las medidas del gobierno sea un componente del sistema además de la votación.

---

**2.** Recomendación Nº97 (20) del Comité de Ministros sobre el Discurso del Odio, en http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec%281997%29020&expmem_EN.asp

**3.** "EL CONCEPTO DE LO POLÍTICO". SCHMITT CARL, 2014 Editorial: ALIANZA EDITORIAL. Alianza Editorial, S.A. C/ Juan Ignacio Luca de Tena, 15 28027 Madrid (España)." LA RAZÓN POPULISTA", LACLAU ERNESTO 2005. EDITORIAL FONDO DE CULTURA ECONÓMICA ARGENTINA. "EN TORNO A LO POLÍTICO" MOUFFE CHANTAL. 2007. EDITORIAL FONDO DE CULTURA ECONOMICA ARGENTINA. Dirección El Salvador 5665, C1414BQE CABA. Argentina. "EL POPULISMO" LORIS ZANATTA. 2014 KATZ EDITORES. DIRECCION Giribone 1290, Buenos Aires, argentina.

En este sentido es importante recordar la clasificación sintética de José Luis Martí en democracia de mercado, democracia agonista y democracia deliberativa[4].

Para que funcione esta división binaria amigo-enemigo (Schmitt) es necesario un discurso que genere equivalencias entre las demandas de los que pertenecen al grupo de los amigos y oponerlas a las demandas o situaciones de los que pertenecen al grupo de los enemigos.

Es allí donde aparece el discurso de odio (no solo las palabras sino cualquier otro tipo de expresión que genere asco, repulsión, o mecanismos de exclusión constituyen este concepto discursivo).

Estos hechos ponen en crisis el derecho a la libertad de expresión y su posible limitación. Obviamente existen situaciones claras de discurso de odio que han traído como consecuencia los crímenes de lesa humanidad.

El punto en crisis es fundamentalmente las zonas de penumbra y su definición, esto es la existencia de zonas dudosas que ponen en peligro la diferencia entre víctimas y disidentes.

La disidencia y su expresión en el discurso y la protesta son elementos sustanciales del sistema democrático por ello es interesante verificar las diferencias entre la posición de Superior Tribunal Constitucional de España, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Suprema de los Estados Unidos, la Corte Suprema de la República Argentina, y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**4.** La República deliberativa" EDITORIAL MARCIAL PONS. 2006

## II. EL CONCEPTO EUROPEO DEL DISCURSO DE ODIO[5]

Resulta necesario, con carácter previo a la descripción de la jurisprudencia europea en sus casos más relevantes, tener en cuenta una definición de carácter normativo y doctrinaria de lo que se entiende en la Unión Europea como el discurso de odio.

En este sentido, la recomendación 97 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, entiende por discurso de odio: "Formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan, o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración".[6]

Esta definición del tema en tratamiento ha sido reconocida en diversas oportunidades por el Tribunal Europeo de derechos Humanos, que, además, ha determinado que dicho concepto es autónomo, ya que se encuentra vinculado por la clasificación que al respecto realizan los tribunales internos.[7]

Surgen a partir de aquí tres categorías: 1) la incitación al odio racial contra personas o grupos de personas por distintos motivos, 2) la incitación a otras formas de odio basadas en la intolerancia, inclusive la intolerancia que se funde en formas de nacionalismo agresivo o etnocentrismo.

---

**5.** En este apartado seguimos el trabajo de Carmen Quesada Alcalá, "LA LABOR DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN TORNO AL DISCURSO DE ODIO EN LOS PARTIDOS POLÍTICOS: COINCIDENCIAS Y CONTRADICCIONES CON LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA". REVISTA ELECTRÓNICA DE ESTUDIOS INTERNACIONALES (2015).

**6.** Recomendación 97 (20) del Comité de Ministros sobre el Discurso del Odio, en http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec%281997%29020&expmem_EN.asp

**7.** Ver al respecto: STEDH, Asunto Sürek v. Turkey, (Nº 26682/95), 8 de julio de 1999.

Finalmente, como tercer grupo, es importante la incitación al odio por motivos religiosos (quizá hoy la más relevante como consecuencia de las actividades del terrorismo internacional que invoca el islam). En este sentido la recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Permanente del Consejo de Europa sobre la blasfemia, insultos religiosos y discursos contra las personas a causa de su religión que considera discurso de odio: "... las manifestaciones en las que se pide que una persona o grupo de personas sean objeto de odio por motivo de su religión o cualquier otro motivo"

Además, podemos indicar que la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa adopto la Recomendación 7 del año 2002 que ha establecido una clasificación similar y en tres categorías el discurso del odio.

Por último es importante señalar que el discurso de odio se encuentra prohibido en varios instrumentos internacionales como: la Carta de las Naciones Unidas de 1945 (párr.2º del Preámbulo, artículos 1.3, 13.1.b), 55.c) y 76.c)), la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículos 1, 2 et 7), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículos 2.1, 20.2 y 26), la Convención Internacional de 1965 sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículos 4 y 5), la Declaración de 1981 sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la religión o las convicciones.

En esta primera aproximación se trata de describir conceptos normativos y Recomendaciones. Si bien no tienen carácter obligatorio han impulsado la legislación interna de los países pertenecientes a la Unión que incluso tipifican el delito de odio.

## III. EL DISCURSO DEL ODIO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El TEDH ha dictado varias sentencias referidas al discurso del odio. Podemos decir que partiendo de la libertad de expresión como uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática y que como consecuencia de ello se encontraría protegidas las informaciones o ideas que ofenden, chocan o molestan a algún sector de la población, que Carmen Quesada Alcalá designa como de discurso impopular u ofensivo, la instancia europea destaca que en algunos supuestos resultaría de aplicación la prohibición del artículo 17 del CEDH.

En este sentido varias sentencias pueden citarse, recogeremos los casos que a nuestro criterio son relevantes:

1.-Marais contra Francia, de 24 de junio de 1996. La sentencia se centra en el trabajo de un científico que pretendía demostrar que la técnica utilizada por los nazis en las cámaras de gas del campo de Struthof- Natzweiler, en ningún caso pudieron haber producido los efectos devastadores que se le atribuyen. Marais fue condenado a una multa y a la indemnización civil por daños y perjuicios, dado que al negar la existencia de los crímenes cometidos en una de las cámaras de gas se subsumía la conducta en el delito de negación del Holocausto judío, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Convenio. Por otra parte, el criterio relacionado con la ponderación de valores y derechos es un recurso cada vez más utilizado. El análisis puntual de los derechos en conflicto ha contribuido a delimitar el alcance de las expresiones que cuestionan el Holocausto. No obstante, la doctrina mayoritaria se ha inclinado por la interpretación del artículo 17 del CEDH[8].

**8.** En este punto seguimos el trabajo de Yéssica Esquivel Alonso "EL DISCURSO DEL ODIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO

2.- Un cambio sutil en la jurisprudencia del TEDH se aprecia desde la aparición de la sentencia *Lehideux e Isorni contra Francia*, de 23 de septiembre de 1998. En esta resolución se cuestionaba la publicación del diario Le Monde, en la que se reprochaba la corta memoria de los franceses en relación a las acciones realizadas por el mariscal Pétain, cuyas simpatías durante la Segunda Guerra Mundial se evidenciaron en favor del bando alemán. El controvertido texto enfatizaba en la revisión de la condena y la rehabilitación del militar, amparándose en todo momento bajo el artículo 10 del CEDH. El TEDH resolvió que la publicación no se refería a un caso análogo al de la negación del Holocausto judío.

3.- *Garaudy contra Francia*, de 24 de junio de 2003. En esta resolución se cuestiona la publicación de un libro que incluye un capítulo sobre el "mito del Holocausto", en el que minimizaba los crímenes cometidos contra los judíos frente a otros genocidios. El autor fue condenado por la Ley *Gayssot* por la negación de crímenes contra la humanidad, resolución que sería impugnada ante el TEDH.95 Al respecto, el TEDH volvió a señalar que "no puede caber duda de que negar la realidad de hechos históricos claramente establecidos como el Holocausto [...] no constituye un trabajo de investigación histórica que guarde relación con una búsqueda de la verdad". Por lo que afirmó que los actos son incompatibles con la democracia y los derechos humanos, consecuentemente no puede amparase su publicación en la protección del artículo 10 del CEDH.

4.- En el *Norwood v. The United Kingdom*, el Tribunal Europeo aplicó el mencionado artículo por primera vez en relación con los ataques de un Partido Político, el British National Party, con-

DE DERECHOS HUMANOS" HATE SPEECH IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS". Publicado en Revista Mexicana de Derecho Constitucional Núm. 35, julio-diciembre 2016.

tra la comunidad musulmana. En este asunto, dicho Partido político mostró una fotografía de las Torres Gemelas en llamas con las palabras "Islam out of Britain-Protect the British People", y el símbolo de la media luna en una señal de prohibición. El Tribunal Europeo estimó que tal ataque contra un grupo religioso, vinculando dicho grupo con el terrorismo, es incompatible con los valores proclamados y garantizados por la Convención, sobre todo con la tolerancia, la paz social y la no discriminación. En consecuencia, para el Tribunal Europeo, quedarían excluidos de la protección de la libertad de expresión los discursos claramente racistas. De este modo, el recurso al art.17 de la CEDH, raramente invocado, pone de manifiesto una postura evidente de implicación de dicha instancia europea en la lucha contra el discurso de odio, postura que sería reafirmada con posterioridad.[9]

5.-*Erbakan c. Turquía* (Nº 59405/00), de 6 de julio de 2006. Se refería a un político y ex primer ministro de Turquía que, durante la campaña para las elecciones municipales, pronunció un discurso contra los no musulmanes, con acusaciones de explotación y opresión del mundo islámico, y con una abierta invitación a instaurar una fraternidad basada sobre el islam. El discurso fue interpretado por los tribunales internos como incitación al odio y a la hostilidad, y Erbakan sería condenado a penas pecuniarias y de prisión. El Tribunal Europeo estimó, en cambio, que la sanción impuesta a nivel interno por el discurso de odio entraba en contradicción con el art.10.2 de la CEDH.

6.- *Féret c. Bélgica* (nº 15615/07), de 16 de julio de 2009. Tuvo en cuenta que la contextualización de dicho discurso en el marco de un proceso electoral, no impide que "levantemos el velo" para

**9.** Caso citado en el trabajo mencionado en nota supra 3.-

determinar si el lenguaje utilizado se halla incitando al odio y a la discriminación racial.

."[...] es necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia". En cuanto a los mensajes explícitos, se impone claramente la idea de que la libertad de expresión no puede ofrecer garantías para los mismos, de modo que "expresiones concretas que constituyen un discurso del odio [...] no se benefician de la protección del artículo 10 36 del Convenio". En cambio, para los mensajes implícitos, se habrán de tomar en consideración determinados criterios en referencia al contexto y al impacto que produzcan los mismos en el momento de su difusión. En todo caso, se ha de hacer un análisis sistemático de los mensajes difundidos con el fin de lograr resultados claros.

7.- *Giniewski c. Francia*, de 31 de enero de 2006. Giniewski realiza un análisis crítico de la posición del Papa y discierne sobre los posibles vínculos de una determinada doctrina con los orígenes del Holocausto. Sera condenado en Francia y apela al TEDH. El Tribunal de Estrasburgo considera que el artículo no contiene ataques a una determinada religión, sino el punto de vista que el demandante quería expresar como historiador y periodista. Es esencial para una sociedad democrática, dice el Tribunal, que el debate sobre las causas de actos de especial gravedad sobre crímenes contra la humanidad se lleve a cabo libremente. Si bien el artículo en cuestión contenía pasajes que podían molestar o chocar a algunas personas, el Tribunal reitera que ello no es suficiente para interferir en la libertad de expresión. El escrito en concreto, además, no había ofendido gratuitamente, insultado ni incitaba al odio. Concluye que, aunque al final se había condenado sim-

bólicamente al demandante, la obligación impuesta por el Tribunal interno de publicar la noticia en la que se indicaba que había sido condenado penalmente en primera instancia constituía una sanción desproporcionada desde el punto de vista de la importancia e interés del debate en torno al tema del artículo.

8.- En la sentencia *Aydin Tatlav c. Turquía*, de 2 de mayo de 2006, el demandante, periodista de profesión, editó un exitoso libro titulado La realidad del islam La idea de la obra era muy sencilla: la religión tiene como efecto legitimar las injusticias sociales justificándolas en base a la voluntad de Dios. En Estrasburgo el demandante argumenta que la condena ha supuesto una violación de su libertad de expresión. El TEDH constata que la obra en cuestión contiene vivas críticas a la religión, desde un plano sociopolítico. Sin embargo, el Tribunal no observa en tales reflexiones un tono insultante hacia los creyentes, ni un ataque comunidad del islam injurioso a los símbolos sagrados de los musulmanes. En cuanto a la sanción impuesta al demandante, una condena penal puede tener el efecto de disuadir a los autores y editores de publicar opiniones sobre la religión que no son conformistas y constituir un obstáculo a la protección del pluralismo, indispensable para la evolución saludable de toda sociedad democrática.[10]

## IV. EL DISURSO DE ODIO ANTE EL SUPERIOR TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA.[11]

En el presente acápite veremos algunas sentencias que consideramos importantes a los fines del presente trabajo:

**10.** OMAR BOUAZZA ARIÑO "NOTAS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS" Revista de Administración Pública 278 ISSN: 0034-7639, núm. 171, Madrid, septiembre-diciembre (2006), págs. 277-289

**11.** En el presente acápite seguimos el trabajo de Andrés Gascón Cuenca "Evolución Jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década" "Hate Speech in Spain: the Case Law Evolution of the Last Decade". Publicado en: Cuader nos Electronicos de Filosofía del Derecho Número 26 (2012) ISSN: 1138-9877. También se cita a Michel Rosenfeld en https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7681

1.-Sentencia del Tribunal Constitucional número 214/1991 del 11 de noviembre de 1991.

En el presente caso, se trata la publicación en el número 168 de la revista "Tiempo" de una entrevista realizada a un ex jefe de las Waffen S.S., en las que realizaba afirmaciones (que se recogen en la sentencia) del siguiente cariz:

"hay tantos ahora, en referencia a los judíos, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios".

Ante tales afirmaciones la actora, Violeta Friedman, acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional (TC) por no haber encontrado satisfacción a su demanda en el Tribunal Supremo (TS), ya que éste no admitió su recurso de casación por una vulneración del artículo 18.1 CE (derecho al honor), en relación con el artículo 20.4 Constitución Española (límites a la libertad de expresión) y el artículo 10.2 de la CE (interpretación de los derechos fundamentales de la CE acorde con la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros acuerdos y tratados internacionales), puesto que los magistrados de la Sala Primera del TS no le reconocieron legitimación activa en el proceso, ya que las afirmaciones del ex jefe de las Waffen S.S. no constituían un ataque a su derecho al honor, dado que (según la interpretación del TS), no se observó un nexo entre las afirmaciones vertidas en la revista "Tiempo" y la presunta lesión alegada. El superior tribunal constitucional por el contrario considera que (cabe destacar que eta sentencia es dictada antes de la reforma del Código penal de 1995)"...nuestra Ley fundamental no otorga la legitimación activa exclusivamente a la "víctima" o titular del derecho fundamental infringido, sino a toda persona que invoque un interés legítimo". El Tribunal Constitucional afirma, que su decisión sigue la línea jurisprudencial

que sobre esta materia ofrece el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puesto que las sociedades democráticas necesitan proteger una amplia libertad de expresión, "protección esta que es aplicable no sólo a la información o ideas que son favorablemente recibidas o que se tienen como inofensivas o sobre una materia que es indiferente, sino que también sobre aquellas que ofenden, causan shock o turban al Estado o a cualquier sector de la población".

Asimismo, el TC afirma que las declaraciones realizadas a la revista "Tiempo" por parte del ex jefe de las Waffen S.S., superan el margen establecido anteriormente, puesto que se trataban de afirmaciones abiertamente racistas y antisemitas, que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos". "...puesto que no se limita a ofrecer una versión de la historia que, por despreciable que nos parezca, estaría dentro del derecho fundamental a la libertad de expresión, sino que ofrece un manifiesto descrédito y menosprecio hacia las propias víctimas y por lo tanto, concluye el TC, "exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho a expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones consagrados en el art. 20.1 CE".

En lo que se refiere al presente caso, como argentino, me resulta sumamente interesante como se resolvió el problema de la legitimación. Ello por cuanto en nuestro país en el año 1992 en el caso "Ekmekdjian Miguel A. c. Sofovich, Gerardo Y Ot." Corte Suprema de Justicia de la Nación. 07/07/1992 se planteó la legitimación activa para un profesor de derecho constitucional en representación del grupo de los pertenecientes a la grey católica, en el ejercicio del derecho de réplica, por unas manifestaciones, que se consideraron ofensivas, de un

autor con relación a la Virgen María. En el fallo solo se hace consideración a un artículo que sostenía una posición similar en el derecho norteamericano:" a los efectos de considerar la habilitación de la revisión judicial se distinguen los intereses "materiales", los "ideológicos" y los que se refieren a la vigencia efectiva de la ley (Richard B. Stewart, "*The Reformation of American Administrative Law*", Harvard Law Review, vol. 88, Nº 8, junio de 1975, p. 1669). Se destacan aquí los denominados "intereses ideológicos", que son aquellos que buscan "la afirmación de principios morales o religiosos (..) y aunque prima facie no deben ser acogidos a los efectos de la revisión judicial si son triviales o insustanciales, esto no supone una exclusión absoluta cuando dicho interés alcanza suficiente fuerza y compromiso en la persona que la invoca." sin citarse este caso que hubiera tenido mayor fuerza normativa…".

2.- Sentencia del Tribunal Constitucional número 235/2007 de 7 de noviembre de 2007. Esta sentencia, que resuelve el recurso de amparo contra la dictada por el Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona, con fecha de 16 de noviembre de 1998, que condenaba a Pedro Varela Geis a dos años de prisión por un delito continuado de genocidio en base al artículo 607.2 CP y a la pena de tres años de prisión por un delito continuado consistente en provocación a la discriminación, al odio racial y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas o antisemitas de acuerdo con el artículo 510.1 CP.

Compartimos con Andrés Gascón Cuenca del Institut de Drets Humans Universitat de València Tribunal, que el Tribunal Constitucional al resolver el caso va a definir como "*holding*" o "*ratio dicidendi*" lo siguiente:

- El TC cree, que la mera difusión de una visión de la historia, "sin emitir juicios de valor" sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta al ámbito del derecho fundamental a la libertad de expresión.

- El Tribunal afirma que la mera negación de un delito, sin una promoción positiva, o adhesión valorativa al hecho criminal, resulta inane y por lo tanto es una extralimitación del legislador penal.

- Situación ésta, diferente de la justificación del delito de genocidio, donde sí sería constitucionalmente legítimo castigar penalmente las conductas que supongan una incitación directa o indirecta a la comisión de delitos contra el derecho de gentes, o que provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia. Para ello es necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes.

En este sentido hace dable recordar que se consuma el delito: cuando la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación".

3.- Sentencia desestimatoria del Superior Tribunal Constitucional caso *Tasio Erkizia Almandoz* del 20 de junio de 2016. Se trata de una sentencia desestimatoria de un acusado de alabar a la ETA en un discurso de odio de nacionalismo agresivo. El tribunal consideró que:

"...III. El discurso del acusado Tasio Erkizia Almandoz fue el momento central del acto. En él pidió "una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático" y terminó con los gritos ¡Gora Euskal Herria askatuta", "Gora Euskal Herria euskalduna" y "Gora Argala" - ¡Viva Euskal Herria libre! ¡Viva Euskal Herria vasca! ¡Viva Argala!, gritos que fueron respondidos por el público...".

"...Las resoluciones judiciales impugnadas, en su labor de interpretación y aplicación del art. 578 CP, han ponderado adecuadamente todas las circunstancias concurrentes en la conducta del demandante de amparo. Concluyen correctamente no solo la aplicación del tipo penal -sobre lo que nada tiene ahora que decir este Tribunal al no ser una cuestión controvertida en este recurso de amparo bajo la invocación del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE); sino, especialmente, que era una conducta que no quedaba amparada dentro del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE], que es el concretamente invocado en este amparo, al tratarse de una manifestación del discurso del odio que incitaba públicamente el uso de la violencia en la consecución de determinados objetivos políticos. Al respecto, no es ociosa la cita de STEDH de 8 julio 1999, caso Sürek contra Turquía, en la que se subraya que "...allí donde las declaraciones litigiosas inciten al uso de la violencia con respecto a un individuo, un representante del Estado o una parte de la población, las autoridades nacionales gozan de un margen de apreciación más amplio en su examen de la necesidad de una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión". Aceptado, como aquí hemos hecho, la presencia de dicha incitación a la violencia en los hechos objeto de enjuiciamiento, se com-

primen aún más los márgenes para apreciar el ejercicio legítimo del derecho invocado.

En conclusión, debe denegarse el amparo solicitado por el demandante, toda vez que la sanción penal de su conducta, por ser una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia, a través del enaltecimiento del autor de actividades terroristas, la cual no puede quedar amparada dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE]…".

Como hemos visto existe una jurisprudencia que sanciona el discurso del odio, que, en distintas situaciones, toma en cuenta las circunstancias del caso.

## V. EL DISCURSO DE ODIO EN LOS ESTADOS UNIDOS.[12]

En los Estados Unidos la visión sobre la libertad de expresión es sumamente amplia. Se considera que todas las manifestaciones discursivas se encuentran cubiertas por la segunda enmienda, a excepción de aquellas que hagan aparecer un peligro claro e inminente.

En este sentido es esencial tener en cuenta el voto del juez Holmes en "*Schenk vs Estados Unidos*" (249 U.S., 1919, 47) las aportaciones del juez Holmes sobre el «peligro claro e inminente» y la imposibilidad de amparar e derecho a gritar ¡Fuego! En un teatro lleno. En el caso en el que estaba en análisis el derecho a criticar la implicación del Gobierno de los Estados Unidos en la Primera

**12.** En el presente acápite seguimos a los trabajos siguientes: Rafael Alcácer Guirao. "VÍCTIMAS Y DISIDENTES. El «discurso del odio» en EE. UU . y Europa" en Revista Española de Derecho Constitucional ISSN: 0211-5743, núm. 103, enero-abril (2015), págs. 45-86. Miguel Revenga Sánchez "Trazando los límites de lo tolerable: Libertad de expresión y defensa del ethos democrático en la jurisprudencia constitucional española" publicado en Cuadernos de Derecho Público, núm. 21 (enero-abril, 2004). MICHEL ROSENFELD "El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo" publicado en Pensamiento Constitucional Año XI N." 11.

Guerra Mundial por parte de algunos líderes del Partido Socialista, y que fue resuelto, por unanimidad, en sentido contrario a tal derecho de crítica.

Posteriormente y con la intervención nuevamente de Holmes en su famosa disidencia en el caso *Abrams v. United States* (250 U.S. 616.1919) Expreso: "...pero cuando los hombres se den cuenta de que el transcurso del tiempo ha desvirtuado muchas convicciones profundas, podrán terminar creyendo... que el fin último deseado es mejor alcanzarlo por el libre intercambio de las ideas, que el mejor test de la verdad es el poder que tiene el pensamiento de terminar siendo aceptado en la competencia del mercado y que la verdad es la sola base sobre la cual sus deseos pueden ser conseguidos sin riesgo. De todos modos, esta es la teoría de la Constitución. Es un experimento, como la vida en sí misma es un experimento. Cada año, sino cada día, tenemos que apostar nuestra salvación a alguna profecía basada sobre nuestro conocimiento imperfecto. Mientras este experimento forme parte de nuestro sistema, creo que debemos estar siempre vigilantes contra los intentos de impedir las expresiones que aborrecemos... Solo la emergencia que hace inmediatamente peligroso dejar la corrección de los malos consejos al tiempo, justifica hacer una excepción al mandato de que "el Congreso no hará ninguna ley que restrinja la libertad de expresión"».

La doctrina sentada en el mencionado voto de Holmes terminara siendo la que se mantiene hasta hoy por la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Sin embargo, por ser anterior al caso mencionado merece traerse, como excepción, el voto disidente que el juez Jackson firmó en el asunto *Terminiello c. Chicago* (337 U.S. 1. 1949)

El caso se trataba en lo que aquí nos interesa de un sacerdote antisemita que se pronunció frente a una multitud en auditorio, mientras que en exterior cientos de personas lo repudiaban. Este clérigo entre otras manifestaciones racistas afirmo: «Hay que matar a todos los judíos». En aplicación de una norma que prohibía toda manifestación que pudiera alterar la paz pública por generar ira o alarma social, las autoridades de la ciudad de Chicago impusieron una multa al sacerdote, recurriendo este ante el Tribunal Supremo por vulneración de su derecho a la libre expresión. En una sentencia de cuatro folios, el voto mayoritario declaró la sanción contraria a la libertad de expresión por cuanto la norma aplicada abarcaba supuestos de expresión con relevancia pública, protegidos por la Primera Enmienda. La decisión estaba sostenida en la idea de que «la vitalidad de las instituciones civiles y políticas en nuestra sociedad depende de la libre discusión pública», siendo

«el derecho a expresarse libremente y de promover la diversidad de ideas y programas [lo] que nos separa de los regímenes totalitarios». Recogía así la posición que terminaría por hacerse unánime.

—sobre todo a partir de *Brandemburg c. Ohio*, de 1969—, según la cual la expresión pública (máxime respecto de asuntos con relevancia política) no puede ser restringida en aras a proteger otros derechos o valores.

Como vemos la visión de la libertad de expresión como “libertad preferida” (conforme la expresión de Laurence Triebe) se profundizaba en la doctrina de la Corte norteamericana.

A pesar de ello el juez Jackson emitió un extensísimo y apasionado voto disidente, en el que, oponiéndose a la decisión mayorita-

ria, afirmó que, sin lugar a dudas, el ejercicio del gobierno debería estar controlado por una opinión pública libre, pero que no debe perderse de vista que «en muchas ocasiones reclaman libertad quienes esperan una oportunidad para poner la democracia en jaque», y que, frente al «dogma de la libertad absoluta», «a largo plazo el mantenimiento de la libertad de expresión peligrará en mayor medida si la población no puede obtener protección frente a los abusos que llevan a la violencia. Ninguna libertad puede asegurarse si se asume que sus abusos son inseparables de su disfrute». Jackson finalizaba su alegato afirmando que «la opción no es entre orden o libertad. Es entre orden con libertad o anarquía sin ninguno de ellos. Existe el peligro de que, si el Tribunal no atempera su lógica doctrinaria con un poco de sabiduría práctica, convertirá la Constitución en un pacto suicida». La voz de Jackson no encontraría eco en la jurisprudencia americana[13].

La visión se profundizará aún más en: *Brandenbug v. Ohio* (395 U.S. 444.1969), en la que el Tribunal sentó el principio de que las garantías constitucionales asociadas a la libertad de expresión no permiten siquiera a un Estado prohibir la apología del uso de la fuerza o de la violación de la ley excepto cuando esa apología está dirigida a incitar o producir una inminente acción ilícita y es adecuada para incitar o producir esa acción. No puede equipararse, afirmó, la mera exhortación en abstracto sobre la corrección o necesidad moral del recurso a la fuerza con la preparación de un grupo para la acción violenta o la provocación a tal acción. En atención a lo anterior, declaró inconstitucional la ley de Ohio que, dirigida a prohibir el sindicalismo violento, había sido aplicada para sancionar a un cabecilla del Ku Klux Klan por un discurso racista ante sus seguidores, porque, desconociendo

**13.** Quizás haya tenido mucha influencia en el voto de juez Jackson el hecho de que fue fiscal de los Tribunales de Nuremberg en los juicios contra los criminales de guerra.

esa diferencia, prohibía, bajo amenaza de pena, la mera apología y la reunión con otras personas solo para abogar por el uso de la violencia.

Luego vendrá una decisión que muestra la diferencia sustancial en relación a la interpretación del alcance del derecho a la libertad de expresión entre los Estados Unidos y Europa (no solo lo restringiría a Europa, sino que me atrevo a expresar con casi la totalidad de las democracias occidentales.[14]

Este fallo será: *"El Partido Nacional Socialista de América v. Village of Skokie*, (432 US 43.1977)" (también conocido como Smith contra Collins, a veces referido como el Caso Skokie).

Paso a relatar brevemente los hechos: En 1977, Frank Collins, líder del Partido Nacional Socialista de Estados Unidos, anunció la intención del partido de marchar a través de Skokie, Illinois. En la comunidad predominantemente judía, uno de cada seis residentes era un sobreviviente del Holocausto o estaba directamente relacionado con uno. Originalmente, la NSPA había planeado un mitin político en Marquette Park en Chicago; Sin embargo las autoridades de Chicago bloquearon estos planes al exigir a la NSPA publicar un bono de seguridad pública y al prohibir las manifestaciones políticas en Marquette Park.

En nombre de la NSPA, la ACLU impugnó la orden emitida por el Tribunal de Circuito del Condado de Cook, Illinois, que prohibía a los manifestantes en la manifestación propuesta de Skokie usar uniformes nazis o exhibir esvásticas. La ACLU estuvo representada por el abogado de derechos civiles Burton Joseph. Los desafiadores argumentaron que el mandato violó los de-

**14.** Ver Rosenfeld, Ob cit supra nota 12

rechos de la Primera Enmienda de los manifestantes para expresarse.

La Suprema Corte utilizó un mecanismo procesal particular una *opinión per curiam,* la Corte sostuvo que Illinois debe proveer estrictas salvaguardas procesales, incluyendo revisión de apelaciones, para negar la suspensión de un mandato judicial privando al Partido Nazi de los derechos protegidos de la Primera Enmienda. El Tribunal trató la negación de la Corte Suprema de Illinois de una suspensión como una sentencia final a los propósitos de la jurisdicción de la Corte Suprema porque involucraba un derecho separable y colateral a los méritos del caso del Partido Nazi. Por lo tanto, la Corte también trató la solicitud del Partido Nazi para una estancia como una petición de *certiorari*. La Corte revocó y remitió el caso para nuevos procedimientos.

El juez William Rehnquist, seguido por los jueces Warren Burger y Potter Stewart, discreparon. No estaban de acuerdo con que la negativa de la Corte Suprema de Illinois a suspender un mandato judicial podría ser descrita como un fallo o decreto final por parte del tribunal supremo de un estado. Señaló que ningún tribunal de apelación de Illinois había oído o decidido los méritos de la reclamación federal del Partido Nazi.

Luego se decidirá otro caso: "*RAV c. Ciudad de St. Paul, (505 U.S. 37.1992)*" un grupo de adolescentes quemo una cruz improvisada en el césped de una pareja afroamericana, la Ordenanza de Delitos de la Ciudad de St. Pau prohibía símbolos que "[despiertan] ira, alarma o resentimiento en otros sobre la base de raza, color, credo, Religión o género "- . En un fallo unánime del magistrado Antonin Scalia (con opiniones concurrentes), la Corte consideró que la ordenanza era excesivamente amplia entre

una gran cantidad de argumentos de un voto de la mayoría redactado por el juez Scalia. Lo que nos importa rescatar es el siguiente párrafo referido a la constitucionalidad de la ordenanza: "…La Corte concluyó: "No nos equivoquemos en nuestra creencia de que quemar una cruz en el patio delantero de alguien es reprensible, pero San Pablo tiene suficientes medios a su disposición para evitar ese comportamiento sin agregar la Primera Enmienda al fuego".

En el caso *Virginia v. Black,* once años después de R.A.V la Corte (en un fallo 5-4) encontró que el estatuto de Virginia contra la quema de una cruz es inconstitucional en relación a cuando el texto del estatuto dice: "Cualquier quemadura de una cruz será evidencia prima facie de una intención de intimidar a una persona o grupo de personas. En lo que nos importa el Superior Tribunal expreso: "…Este texto en particular fue declarado inconstitucional, ya que viola la Decimocuarta Enmienda en la medida en que proporciona la presunción de que el acto de quemar la cruz es una prueba de la intención de intimidar…"[15].

En el caso *Snyder v. Phelps*, (562 US 443.2011), se planteó la cuestión de si o no la Primera Enmienda era capaz de proteger a los manifestantes públicos en un funeral contra la angustia emocional, más conocida como responsabilidad civil por agravio. Se trataba de una afirmación de inflación intencional de angustia emocional por Albert Snyder, un hombre gay cuyo hijo Matthew Snyder, un marine, murió durante la guerra de Irak. La demanda se hizo en respuesta a las acciones de la familia Phelps, así como la Iglesia Bautista de Westboro que también estaban presentes en el piquete del funeral. La Corte falló en favor de Phelps en una decisión 8-1, determinando que su discurso relacionado con un

**15.** Traducción propia

asunto público estaba completamente protegido, y no podía ser prevenido como lo fue en propiedad pública.

En los contenidos del fallo: "si bien no pueden considerarse refinadas reflexiones políticas o sociales, las cuestiones a que aluden —la conducta moral y política de los Estados Unidos y sus ciudadanos, el destino de nuestra nación, la homosexualidad en el ejército, o determinados escándalos vinculados a la Iglesia Católica— son importantes para la opinión pública». Por lo demás, aun cuando algunos de los mensajes pudieran ir dirigidos contra el soldado Snyder en particular, ello no les priva de su relevancia pública, dado el contexto y finalidad con que son emitidos (…) En consecuencia, por muy ofensivo, y vejatorio que sea, ha de prevalecer sobre el indudable sufrimiento que causara sobre la familia del soldado Snyder, debiendo considerarse contraria a la libertad de expresión la condena por *emotional distress* impuesta por los tribunales. «La razón de ser de la defensa de la libre expresión […] radica precisamente en proteger los mensajes que puedan ser considerados equivocados o lesivos»; «en el debate público debemos tolerar el discurso ofensivo e incluso indignante en aras a proporcionar un adecuado espacio de actuación a las libertades protegidas por la Primera Enmienda…".

Además de estos podemos mencionar: *Texas vs. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989) (que trata de la quema de una bandera en la Convención Nacional Republicana de 1984 celebrada en Dallas, Texas); Hustler *Magazine, Inc. vs. Falwell, 485 U.S. 46 (*1988) (sobre una burda parodia de un líder religioso); *New York Times Co. vs. United States*, 403 U.S. 713 (1971) (que trata de la publicación de información diplomática confidencial que eventualmente podría afectar de modo negativo las delicadas negociaciones de paz). En cada

caso, la Corte Suprema sostuvo que la expresión involucrada estaba constitucionalmente protegida.

Hace poco tiempo en una controversia sobre la denominación de un grupo musical los "Slants" la corte volvió a sostener esta doctrina en el caso: *Matal vs. Tam*, 582 US (2017) (antes conocido como *Lee v. Tam*), fue un caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el que la Corte confirmo, 8 a 0 (Gorsuch no participó), la sentencia de la Corte de Justicia Apelaciones al Circuito Federal de que las disposiciones de la Ley Lanham que prohíben el registro de marcas que puedan "menospreciar" a personas, instituciones, creencias o símbolos nacionales con la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos violan la Primera Enmienda.

El juez Alito, citando a *Estados Unidos v. Schwimmer* -un caso histórico que respalda la libertad de expresión - dijo:

"... El Gobierno tiene interés en impedir que el habla exprese ideas que ofenden. Y, como hemos explicado, esa idea golpea el corazón de la Primera Enmienda. El discurso que degrada en base a raza, etnia, género, religión, edad, discapacidad o cualquier otro terreno similar es odioso; Pero la más orgullosa jactancia de nuestra jurisprudencia de libre expresión es que protegemos la libertad de expresar "el pensamiento que odiamos"[16].

**16.** Traducción propia.

## VI. LA POSICIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS DE LA RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS[17]

Como veremos, si bien la Convención interamericana de Derechos Humanos en su art. 13 ap. 5 prohíbe expresamente el discurso del odio y el articulo 20 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. No obstante, ello, algunas posiciones de la Corte Interamericana al igual que la de la Comisión tienen una importante influencia de la doctrina del peligro inminente de los Estados Unidos. Ello es el resultado de que en América Latina, en virtud las dictaduras fundadas en la doctrina de la seguridad nacional, existe una mayor preocupación por la libertad de expresión que por el discurso del odio. A ello se le suma el hecho de que a partir de la década de 1980 muchas democracias recuperadas cayeron en sistemas populistas que tienden a lesionar la libertad de expresión. En este sentido resulta importante lo expresado por Daniel Herrera en su trabajo sobre el discurso de odio expresando[18]:

"Al respecto, podemos citar a Eduardo Andrés Bertoni, ex relator para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana: "En primer lugar, hay una discrepancia entre las versiones en inglés y Castellano del art. 13.5. En ingles, el texto dice que los discursos de odio *'shall be considered as offenses punishable by law'* (una traducción cercana puede ser: 'serán considerados como ofensas sujetas a castigo por la ley'). Esto sugiere que los discursos de

**17.** "MARCO JURÍDICO INTERAMERICANO SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN"
Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010. Internet: http://www.cidh.org/relatoria. Email: cidhexpresion@oas.org .Si bien existen informes de mayor actualidad consideramos que este expresa el carácter general que se pretende para la presente elaboración.

**18.** LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS PARTE. Freedom of Expression in the Inter-american System for the Protection of Human Rights and its Impact on the Domestic Law of the States Parties. Daniel A Herrera.

odio solo pueden ser regulados a través de la posterior atribución de responsabilidad. En castellano, en tanto se utiliza la palabra 'prohibir', queriendo decir que los discursos de odio deberán estar prohibidos por la ley, y ello sugiere que la censura de los discursos de odio podría ser posible. Para resolver esta diferencia es necesario referirse a los medios de interpretación del derecho internacional. La Convención de Viena establece que todo el texto del artículo puede ser utilizado para entender su significado.

Si se considera todo el texto del artículo 13, parece claro que el párrafo 5 está relacionado con el párrafo 2, que habla de la atribución de responsabilidades. Esta interpretación también fue apoyada por la Corte Interamericana, la cual estableció que la censura solo es permitida para los propósitos establecidos en el párrafo 4. Los discursos de odio, por lo tanto, deberán estar regulados al igual que las demás áreas de expresión en el párrafo 2. Esto es, a través de la posterior atribución de responsabilidades"·

La jurisprudencia de la CIDH que cita es la OC 5/85, sobre la colegiación obligatoria, párrafo 5, a la que podemos agregar especialmente el fallo respecto al caso de ''La última tentación de Cristo", que dice: "Es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos, pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y expresión". La segunda dificultad es delimitar los alcances de los discursos del odio y fijar cuales son los contenidos. La CIDH ha establecido como cuestión central la incitación a la violencia (entendida como la incitación a la comisión de crímenes, a la ruptura del orden público o de la seguridad

nacional), que debe estar sujeta a una prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona tenía la clara intención y la posibilidad de cometer un crimen y no solo emitiendo una opinión por dura que fuera…" Como podemos observar la doctrina interamericana asemeja a las posiciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

A modo de síntesis final del desarrollo jurisprudencial sobre libertad de expresión, voy a remitirme a la que realiza Asdrúbal Aguiar en su libra, La libertad de expresión y de prensa:

1. La prohibición de la colegiación obligatoria de los periodistas y de la impertinencia del criterio de veracidad informativa, como intento justificativo de la censura por el Estado (OC 5/85, párrafo 77).

2. El carácter indivisible de la expresión y de la información, a cuyo efecto la restricción indebida de una implica a la otra y viceversa (Caso "*Palamara*", párrafo 72).

3. El derecho de acceso a la información y su atadura al principia de máxima divulgación por el Estado (Caso "*Claude Reyes*", párrafos 76, 77 y 92).

4. El fin legítimo que han de acusar las restricciones a la libertad de expresi6n y su disposición solo mediante ley formal y material (OC 6/86, párrafo 18).

5. La pluralidad de medios y la prohibici6n de los monopolios (OC 5/85, párrafos 34 y 56).

6. La prohibición de las leyes de desacato, por innecesarias en

una democracia (Caso "*Palamara*", párrafo 88).

7. El derecho de rectificación y respuesta (OC 7/87, párrafos 23, 27 y 33).

8. El carácter crucial de l a libertad de expresión en democracia, y la protección mayor de las opiniones e informaciones que afectan a los funcionarios públicos, en especial durante las campañas electorales (Caso "*Canese*", párrafos 90 y 102)

9. La responsabilidad social de los medios de comunicación social y la ética profesional del periodista.

10. La lucha contra la impunidad y el deber de protección de la vida e integridad de los periodistas.

11. El derecho a la verdad, al silencio, al uso de la lengua, a la expresión procesal y penitenciaria.

12. En este sentido he extractado algunos puntos del informe de la relatoría especial sobre libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que paso a transcribir:

"58. La propaganda de la guerra y la apología del odio que constituya incitación a la violencia. El artículo 13.5 de la Convención Americana dispone expresamente que, "...estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional". La CIDH ha indicado,

siguiendo reiterada doctrina y jurisprudencia internacional en la materia, que la imposición de sanciones por el abuso de la libertad de expresión bajo el cargo de incitación a la violencia (entendida como la incitación a la comisión de crímenes, a la ruptura del orden público o de la seguridad nacional) debe tener como presupuesto la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión (por dura, injusta o perturbadora que ésta sea), sino que tenía la clara intención de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr sus objetivos. Si no fuera así, se estaría admitiendo la posibilidad de sancionar opiniones, y todos los Estados estarían habilitados para suprimir cualquier pensamiento u expresión crítica de las autoridades que, como el anarquismo o las opiniones radicalmente contrarias al orden establecido, cuestionan incluso, la propia existencia de las instituciones vigentes. En una democracia, la legitimidad y fortaleza de las instituciones se arraigan y fortalecen gracias al vigor del debate público sobre su funcionamiento y no a su supresión. Asimismo, la jurisprudencia interamericana ha indicado claramente que, para que se imponga cualquier sanción en nombre de la defensa del orden público (entendido como la seguridad, salubridad o moralidad pública), es necesario demostrar que el concepto de "orden" que se está defendiendo no es autoritario, sino un orden democrático, entendido como la existencia de las condiciones estructurales para que todas las personas, sin discriminación, puedan ejercer sus derechos en libertad, con vigor y sin miedo a ser sancionados por ello. En efecto, para la Corte Interamericana, en términos generales, el "orden público" no puede ser invocado para suprimir un derecho garantizado por la Convención Americana, para desnaturalizarlo o para privarlo de contenido real. Si este concepto se invoca como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, debe ser interpretado de forma estrictamente ceñida a las justas exigencias

de una sociedad democrática, que tenga en cuenta el equilibrio entre los diferentes intereses en juego, y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención Americana.

"61. La libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13 de la Convención Americana dispone expresamente—en sus incisos 2, 4, y 5—que puede estar sujeta a ciertas limitaciones, y establece el marco general de las condiciones que dichas limitaciones deben cumplir para ser legítimas. La regla general se encuentra establecida en el inciso 2, en virtud del cual, el "ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: (a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o (b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". Por su parte, el inciso 4 dispone que, "…los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2". El inciso 5 establece que, "[e]estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

"84. El director del medio de comunicación interpuso un juicio de amparo directo en contra de la condena penal. El tribunal de primera instancia resolvió negar el amparo, ante lo cual el peticionario elevó recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado, el cual ratificó la decisión de la primera instancia. El Tribunal Colegiado

sustentó su decisión en las siguientes consideraciones: (i) la libertad de expresión tiene límites, y el legislador puede dar especificidad a los mismos en el despliegue ordinario de su función normativa; (ii) el delito imputado considera un ataque a la vida privada toda manifestación o expresión hecha por medio de la imprenta, o que de cualquier otra manera circule en la opinión pública y que exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo y pueda causarle demérito en su reputación e intereses; (iii) los ataques que pondera la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato constituyen una limitación válida a las garantías constitucionales en cuanto se refieren a la vida privada pero no a los asuntos que desarrollan los funcionarios en el desempeño de su cargo; y (iv) la protección del buen nombre de las personas es una limitación justificada de la labor de los medios de comunicación social.

"95. Al aplicar este test al caso concreto, la Suprema Corte encontró que varias normas de la Ley de Imprenta de Guanajuato eran contrarias al derecho a la libertad de expresión protegido por la Constitución mexicana y por la Convención Americana. Para empezar, la Suprema Corte encontró que el artículo 1º de la Ley de Imprenta de Guanajuato debería tener por objeto proteger el buen nombre frente a ataques especialmente graves y claramente acreditados. Sin embargo, al referirse simplemente a manifestaciones o expresiones que expongan a una persona al odio, desprecio o ridículo, o que puedan causarle demérito en su reputación o en sus intereses, el artículo 1º criminalizaba incluso casos en los que la afectación a la buena reputación fuera puramente eventual. Además, la Suprema Corte encontró la indeterminación y excesiva extensión de algunas otras expresiones de otros artículos. En virtud de estas consideraciones, el tribunal concluyó que la ley no satisfacía las condiciones del principio de

taxatividad inscrito en el principio general de legalidad penal, ni el requisito, funcionalmente equivalente en este caso, de que toda restricción a la libertad de expresión esté previamente prevista en una norma con rango legal redactada de manera clara y precisa. Así, según la Suprema Corte, "[l]a Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato es una ley formal, pero es vaga, ambigua, demasiado amplia y abierta: no supera las condiciones básicas que permitirían calificarla de restricción constitucional (y convencionalmente) admisible a los derechos protegidos por los artículos 6° y 7° de la Carta Magna".

"También se analizan los discursos especialmente protegidos y aquellos que se encuentran fuera del ámbito de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, las expresiones relacionadas con asuntos de interés público o con personas que ocupan o buscan ocupar cargos oficiales tienen un lugar especial en el universo de protección del sistema por su relación fundamental con las instituciones democráticas. Este principio se expresa en ciertos estándares que la Corte y la Comisión Interamericanas han venido desarrollando en los últimos años como, por ejemplo, la mayor tolerancia a las críticas que deben tener los funcionarios o figuras públicas, quienes se encuentran sometidos a un escrutinio mayor por parte de la sociedad. Por otro lado, el sistema interamericano excluye de su ámbito de protección a ciertos tipos de discurso de conformidad con el artículo 13.5 de la Convención Americana y con otros instrumentos de derechos humanos. Efectivamente, la propaganda de la guerra y la apología del odio que constituyan incitación a la violencia, con la voluntad y la potencialidad de causar violencia, así como la incitación directa y pública al genocidio y la pornografía infantil son expresiones no protegidas por la Convención."

## VII. LA SITUACIÓN EN ARGENTINA[19]

La Republica Argentina a diferencia de la mayoría de los países de América latina tomo como modelo de base de su Constitución a la Constitución de los Estados Unidos. Si bien podemos decir que se asemeja a su fuente tiene algunas diferencias esenciales que se toman del modelo europeo de la época y respecto de las fuentes españolas, no solo la influencian la legislación histórica del Virreinato del Rio de la Plata, sino también la Constitución de Cádiz de 1812.

Sin perjuicio de ello, la base principal es la Constitución del país del norte y la libertad de expresión ha tenido una tutela similar hasta que la reforma de 1994 les dio rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Consecuencia de ello es que las prohibiciones establecidas en relación al discurso del odio en la Convención Interamericana sobre derechos humanos (artículo 13 ap. 5) y el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos (artículo 20), tienen hoy por el articulo 75 inc. 22 de la norma fundamental argentina jerarquía constitucional.

Vale la pena hacer un poco de historia. La libertad de expresión fue un deseo tan preciado para nuestros padres fundadores (especialmente Juan Bautista Alberdi y Domingo Faustino Sarmiento, entre otros) que por el artículo 32 de la Constitución se dispone: "El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal." Claramente la libertad de expresión era un valor fundamental para

**19.** "LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAS EXPRESIONES DE ODIO. UN ESTUDIO A PARTIR DE LAS CONCEPCIONES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE ROBERT POST Y OWEN FISS" Julio César Rivera (h). Revista Jurídica. Universidad de San Andrés. Domingo, noviembre 6, 2016. http://www.udesa.edu.ar/revista/revista-juridica-de-la-universidad-de-san-andres-nro-1/articulo/la-libertad-de-expresion

nuestros constituyentes de 1860. (Dicha norma fue agregada por la reforma de 1860).

Pero la primera restricción constitucional que surge respecto de la libertad de expresión es en el artículo 15 de la Constitución de 1949 que disponía: "El Estado no reconoce libertad para atentar contra la libertad. Esta norma se entiende sin perjuicio del derecho individual de emisión del pensamiento dentro del terreno doctrinal, sometido únicamente a las prescripciones de la ley."

Obsérvese que la frase terreno doctrinal genera una interpretación tan amplia que puede llevar a la censura previa o aun como sucedió con diputados opositores donde llegó a desaforarse y luego condenarse a un legislador por desacato como resultado de criticar al presidente.

Luego de esta reforma constitucional Argentina pasó por un conjunto de golpes de facto, teñidos de sangre, con la comisión de delitos de lesa humanidad y breves periodos constitucionales de democracia restringida (se encontraba prohibido o excluido el Partido Peronista en sus diversas denominaciones) hasta 1983.

En ese año se recupera definitivamente el proceso democrático institucional y al reformarse la constitución en el año 1994 se amplían y desenvuelven las libertades públicas, en especial la de expresión, y se establece la función s*emiconstituyente* para el Congreso. Esto significa que se llevan a jerarquía constitucional los tratados de derechos humanos y se habilita al Poder Legislativo a jerarquizar o quitar jerarquía constitucional a estos tratados sin necesidad de recurrir al procedimiento de reforma constitucional.

Siguiendo a Julio Rivera (h) (nota origen) podemos decir que: "El estudio de la libertad de expresión en Argentina se ha centrado – principalmente – en los derechos de los medios masivos de comunicación y de los periodistas. La mayor parte de los trabajos sobre los alcances de este derecho tratan sobre la responsabilidad civil y penal por la difusión de informaciones falsas o juicios de valor hirientes u ofensivos respecto de funcionarios o figuras públicas, sobre censura previa o sobre publicidad oficial, pero no se encuentran demasiados estudios acerca de los límites constitucionales del poder del Estado para castigar la difusión de determinadas ideas consideradas como nocivas. A diferencia de lo que sucede en Estados Unidos – en donde la Corte Suprema ha otorgado una tutela constitucional extraordinaria a los individuos que promueven ideas provocadoras, ofensivas o discriminatorias–, la Corte Suprema argentina no ha impuesto límite alguno al poder represivo del Estado en materia de difusión de ideas en el discurso público (…).

(…) en los últimos treinta años, nuestro máximo tribunal ha desarrollado un fuerte marco de protección constitucional para la actividad informativa de interés público, ha omitido casi por completo el análisis de la tutela constitucional de la difusión de ideas políticas, limitándose a señalar que "… si la publicación es de carácter perjudicial, y si con ellas […] se hace la apología del crimen, se incita a la rebelión y sedición, se desacata a las autoridades nacionales o provinciales, no pueden existir dudas acerca del derecho del [Estado para reprimir o castigar tales publicaciones sin mengua de la libertad de prensa…". En este marco, no puede sorprender entonces la existencia de fallos que revelan una concepción muy limitada de la libertad de expresión en materia de difusión de ideas, tales como *Ekmedjian c/ Sofovich*, – en el que la Corte sostuvo que el derecho de toda persona a profesar libre-

mente su culto reconocido en el art. 14 de la Constitución tutela los sentimientos religiosos de los individuos ante la injuria, burla o ridiculización de las personas, símbolos o dogmas que nutren una determinada religión – o *Partido Nuevo Triunfo* – en el que nuestro máximo tribunal rechazó el pedido de reconocimiento de la personería jurídico-política de la Agrupación Nuevo Triunfo con el argumento de que promovía ideas discriminatorias, sin analizar siquiera superficialmente las significativas y evidentes cuestiones de libertad de expresión presentes en el caso. Tampoco puede sorprender la existencia de normas penales excesivamente amplias – como las que castigan la apología del delito, la incitación a la violencia colectiva, el ultraje a los símbolos patrios, o la incitación al odio – susceptibles de ser utilizadas para reprimir diversas formas de discursos político-ideológicos. O de normas mucho más recientes como el art. 70 de la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, o el art. 6 inc f) de la Ley 26.485 (Ley Nacional de Violencia contra las Mujeres) que lleva a fallos disparatados como el dictado por un tribunal civil de primera instancia que condenó a un medio de prensa a publicar una rectificación de una nota sobre las mujeres que reciben asistencia del estado con el argumento de que dicha nota difundía una imagen estereotipada de la mujer que atentaba contra su libertad reproductiva. La concepción de la libertad de expresión de Post debe servirnos para revaluar críticamente las restricciones que se imponen en Argentina a la libre difusión de ideas. En nuestro sistema constitucional, se acepta con demasiada facilidad el castigo del discurso ideológico- político, a pesar de las implicancias que ello tiene desde el punto de vista de la legitimidad democrática y de la existencia de normas de jerarquía constitucional – como el art. 13 inc. 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos – que limitan sustancialmente el poder del Estado en esta área…"

Si bien vamos a diferenciarnos en cierto modo de las opiniones de este autor consideramos que los párrafos transcriptos expresan claramente la situación de la Argentina.

En nuestro país se mantiene un debate que se relaciona con las diferencias de interpretación de la libertad de expresión que existen entre Europa y los Estados Unidos (en realidad la diferencia de los Estados Unidos en esta metería con la mayoría de las democracias occidentales) y también, como lo señala Rivera, en las diferencias que se están generando sobre el tema en las Universidades estadounidenses básicamente entre autores como Robert Post, Owen Fiss y Jeremy Waldron, por mencionar algunos.

Pero fundamentalmente en Argentina existen unas prohibiciones normativas en los mencionados tratados que tienen carácter autoritativo. Con lo cual la discusión hoy es el alcance de las disposiciones de los artículos 13 de la CIDH y 20 del PIDCP.

## VIII. LOS DISTINTOS CONCEPTOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En este punto estamos de acuerdo con el análisis de Michel Rosenfeld[20].

La libertad de expresión no sólo es el derecho constitucional norteamericano más apreciado, sino también uno de los símbolos culturales más importantes de los Estados Unidos18. Además, la importancia de la libertad de expresión en los Estados Unidos se debe a muchos factores distintos, incluida una marcada preferencia por la libertad por encima de la igualdad, el compromiso con el individualismo y una tradición de derechos naturales que proviene de Locke, que propugna la libertad del estado -o la li-

**20.** Véase ROSENFELD MICHEL. Ob. cit. Nota 12.

bertad negativa- por encima de la libertad a través del estado -o la libertad positiva.

En esencia, los derechos a la libertad de expresión en los Estados Unidos se conciben como pertenecientes al individuo en contraposición al estado, y están consagrados en la Primera Enmienda de la Constitución como una prohibición contra la interferencia gubernamental, más que como la imposición al gobierno de la obligación positiva de garantizar la recepción y transmisión de ideas entre sus ciudadanos.

Como señala este autor podemos distinguir cuatro etapas:

La primera de estas etapas históricas se remonta a la Guerra de la Independencia contra Gran Bretaña en 1776, y establece como el objetivo principal de la libertad de expresión la protección de las personas contra el gobierno26. Sin embargo, una vez que la democracia logró afianzarse en los Estados Unidos, la principal amenaza a la libertad de expresión provino no del gobierno, sino más bien de la "tiranía de la mayoría". En consecuencia, en la segunda etapa, la libertad de expresión tenía como propósito, por encima de todo, proteger a los defensores de puntos de vista poco populares contra la ira de la mayoría. La tercera etapa, que cubre aproximadamente el período comprendido entre mediados de la década de los cincuenta y los ochenta, corresponde a un período en los Estados Unidos en el que muchos creyeron que se había producido el fin de las ideologías, con la consecuencia de un generalizado consenso respecto de los valores esenciales29. Así, la tercera etapa está marcada por una omnipresente conformidad, y la principal función de la libertad de expresión pasa de levantar las restricciones a los emisores del mensaje a asegurar que los receptores del mismo mantengan una actitud abierta.

De esta manera, Rosenfeld llega a la conclusión de que en los Estados Unidos, la justificación de la libertad de expresión provendría de cuatro fuentes: 1) la democracia, 2) el contrato social, 3) la búsqueda de la verdad; y 4) la autonomía individual.

La justificación a partir de la democracia es teorizada sobre la base de la convicción de que la libertad de expresión sirve a una función indispensable en el proceso de autogobiemo democrático.

Como ocurre con la justificación a partir de la democracia, en la justificación a partir del contrato social existe la necesidad de un intercambio y discusión libre de ideas. A diferencia de la justificación a partir de la democracia, sin embargo, el contrato social no puede excluir, ex ante, ningún punto de vista que, aunque incompatible con la democracia, podría ser pertinente para la decisión de un participante del contrato social de adoptar las instituciones fundamentales del sistema de gobierno o aceptar cualquier forma particular de organización política. En consecuencia, la justificación a partir del contrato social parece exigir cierta tolerancia del discurso del odio, cuando no en forma, al menos en sustancia.

La justificación a partir de la búsqueda de la verdad se origina en la filosofía utilitarista de John Stuart Mill. Según Mill, el descubrimiento de la verdad es un proceso empírico creciente que se basa en el método de ensayo y error y que exige una discusión desinhibida. La justificación de Mili de una libertad de expresión muy amplia fue importada a la jurisprudencia constitucional norteamericana por el juez Oliver Wendell Holmes, y pasó a ser conocida como la justificación basada en el libre mercado de ideas.

La cuarta justificación de la libertad de expresión, la que parte de la autonomía, refiere principalmente al individuo. En efecto, la democracia, la paz social y la armonía a través del contrato social, y la búsqueda de la verdad, son bienes colectivos concebidos para beneficiar a la sociedad en su conjunto. Por contraste, es de suponer que la autonomía individual y el bienestar a través de la expresión personal redunden siempre en beneficio del individuo en cuestión, sin que en muchos casos se produzca necesariamente un bien social adicional. La justificación a partir de la autonomía se basa en la convicción de que la autonomía y el respecto individual requieren la protección de la expresión personal prácticamente espontánea...".

A pesar de la jurisprudencia citada ut-supra y los principios y contenidos descriptos en la parte superior, podemos decir que ha habido una cierta hipocresía en materia de libertad de expresión, vale recordar la "*sedition act*" durante la presidencia de John Adams o la persecución a los partidarios del partido comunista y socialista que genero a aplicación de normas estaduales que no fueron declaradas inconstitucionales. Más recientemente la "*patriot act*" que combinada con la La *Foreign Intelligence Surveillance Act* of 1978 (FISA) (Pub.L. 95–511, 92 Stat. 1783, 50 U.S.C. cap. 36) (Ley de Vigilancia de la Inteligencia Extranjera de 1978) a las que se agregan las Cortes F.I.S.C. (El Tribunal de Vigilancia de Inteligencia Extranjera de los Estados Unidos de América) no solo limitan en muchos casos la libertad de expresión, sino además la intimidad y genera la posibilidad de ser detenido sin que se acredite un "peligro concreto e inminente".

## IX. CONCLUSIÓN

Como hemos visto del pequeño y limitado análisis comparativo de la jurisprudencia de los distintos tribunales examinados existen diferencias sustanciales en el tratamiento del discurso del odio. Ello es el resultado de las distintas historias de los países y continentes que traen aparejado diferentes concepciones filosóficas del hombre y del alcance del concepto libertad en general y libertad de expresión en particular.

En América Latina se da una situación particularísima. Toda esta zona de América es de origen europeo continental. La mayoría fuimos colonias españolas que se administraban desde la metrópoli. El derecho español ha tenido y tiene una gran importancia en estos lugares. Pero es necesario recordar que con la lucha por la independencia se empezó considerar la necesidad de liberarse de toda influencia española y en algunos casos de independizarse de la influencia europea.

Por ello, la América hispana comenzó un camino diletante en lo que se refiere a la forma de gobierno que llevo al General Bolívar a expresar que: "...estos países necesitan reyes con el nombre de presidentes...".

El "caudillo" trajo como consecuencia un fuerte control sobre la opinión pública, el exilio de quienes opinaban distinto, y una fiscalización absoluta de la libertad de expresión.

Podemos sustentar que esta situación comenzó a moderarse recién en la década de 1980 cuando empieza a producirse la democratización general de nuestra zona.

Pensemos en Argentina. Regímenes oligárquicos elitistas al principio del siglo XX, breve interrupción republicana de 1916 a 1930 y vuelta al sistema elitista oligárquico. En 1946 asume el General Perón a partir del voto popular, pero sancionando normas como el mencionado art. 15 de la Constitución de 1949. Se derroca a Perón por un golpe de estado. Luego se establecen alternativamente repúblicas restringidas (proscripción del peronismo) y regímenes militares. En 1973 en un marco de violencia se recupera el sistema y María Estela Martínez de Perón es derrocada, en 1976, por el golpe más sangriento de la historia argentina.

La aplicación de la "doctrina de la seguridad nacional" y le "plan cóndor" afectaron a muchos países de Latinoamérica. Tengamos en cuenta, como ejemplo además de Argentina, lo sucedido en Chile y Uruguay.

Dentro de este marco resulta difícil limitar la libertad de expresión. Cualquier limitación siempre corre el riesgo de ser censura. La libertad de expresión se convirtió en una libertad preferida en los términos de Laurence Triebe.

Por ello la Corte Interamericana se ha preocupado más por la defensa de la libertad de expresión que por el discurso del odio. Lo mismo puede decirse de la Corte Argentina. Sin embargo, creo que con el tiempo se está empezando a plantear el abuso del ejercicio de este derecho. Abuso que proviene también de los propietarios de los medios de comunicación para generar una discurso homogéneo y dominante. De allí, es que comienza a considerarse el discurso del odio en un modo más parecido al europeo. Vemos que la misma discusión se está dando en los Estados Unidos. Sin embrago, la realidad política del temor al terrorismo nuevamente comienza a afectar la libertad en general

y la de expresión en particular. Pensamos que los dos principales tribunales europeos sitos en Estrasburgo y Luxemburgo recientemente se han pronunciado en favor de la prohibición del velo islámico.

Desde el comienzo del siglo XXI vemos como se acentúa la violencia con todo tipo de contenido racial, religioso, étnico, xenófobo, etc… Como resultado surgen nacionalismos extremos fundados en jerarquías y sumisiones que nos recuerdan a las peores décadas del siglo XX. Es difícil ensayar un proyecto único para resolver el problema que, de no resolverse, seguramente puede traer dictaduras sangrientas y sometimientos a situaciones equivalentes a la esclavitud o el genocidio. Debemos tener en cuenta que una forma de incentivar el odio surge de los nuevos instrumentos tecnológicos (redes sociales, violación de neuroderechos etc.).

Lo que quiere referir esta conclusión es que no puede emitirse una valoración absoluta de la posición europea o de los Estados Unidos. Todo dependerá de las circunstancias del caso, de la situación de peligro social en que se encuentre el estado y del compromiso con las libertades que tenga la población. Pero, que existan situaciones en las cuales el estado debe actuar en forma de prevenir este tipo de hechos es de fundamental importancia. Lo difícil es no caer en lo que se denomina pendiente resbalosa y utilizar ciertas normas para prohibir el discurso disidente.

## Bibliografía

**Tenorio Sánchez**, Pedro J. *La Libertad de comunicación en Estados Unidos*.

**Gullco,** Hernan Víctor. *Recientes desarrollos de jurisprudencia de la corte Suprema de Nación en materia de libertad de Expresión.*

**Landa Gorostiza, Jon-Moreira**. *Incitación al odio*: *Evolución Jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 cp. y propuesta de lege lata.* Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.a Época, n.o 7 (enero de 2012), págs. 297-346.

**Herrera**, Martin David. *¿Cuándo el "Hate Speech" se convierte en "hate Crime"*? Libertad de expresión y derecho internacional según el THDH.

**Herrera**, Daniel Alejandro*. La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su incidencia en el derecho interno de los estados parte* [en línea], Prudentia Iuris. 2014, 78. Disponible en: https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2744

**Reyes,** Carmen Santiago. Jurisprudencia TEDH, 23 de noviembre de 2016.

Crónica de Jurisprudencia. QDL 22 de febrero 2010. B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**Gascón Cuenca**, Andrés. *"Evolución Jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década*".

CEFD, cuadernos electrónicos de Filosofía y Derecho. Fecha de Publicación: 21/12/2012.

**Ronaldo Porto** Macedo Jr. *Libertad de Expresión*: ¿Qué lecciones deberíamos aprender de la experiencia de los EE.UU.? Direito USP/ FGV Direito São Paulo

**Rosenfeld Michel.** *El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional*: *análisis comparativo.* En https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7681

**Quesada Alcala**, Carmen. *La Labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso del odio en los partidos políticos*: *Coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española.*

**David Martín Herrera**. Libertad de Expresión: ¿Derecho Ilimitado Según el TEDH? Del Discurso de odio al crimen de odio.

**Esquivel Alonso**, Yéssica. *EL DISCURSO DEL ODIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS*. Cuestiones Constitucionales, núm. 35, julio-diciembre, 2016, pp. 3-44, Universidad Nacional Autónoma de México. Distrito Federal, México.

**GERARDO GUTIÉRREZ CHAM**. *ANÁLISIS DEL DISCURSO*: *EL CONFLICTO DE CHIAPAS EN EL DIARIO "EL PAÍS"* (la imagen de los indígenas y del líder del movimiento zapatista, 3 de enero a 29 de febrero de 1994) TESISDOCTORAL. FACULTAD DE FILOSOFÍA Y Letras DEPARTAMENTO DE LÓGICA, LINGÜÍSTICA, LENGUAS MODERNAS Y FILOSOFÍA DE LA CIENCIA.1998.

**Ezequiel Galo Moreno Antón**. La Libertad de expresión y discurso del odio desde la perspectiva internacional de los derechos humanos. Universidad de la Rioja. Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales. 2014-2015.

**Carrillo, Juan Antonio**. Libertad de Expresión y discurso del odio: La construcción de la tolerancia. Catedrático de derecho administrativo de la universidad de Loyola, Andalucía. Universidad y empresa. Andalucía Económica. Octubre 2015.

**Montserrat Comas d'Argemir.** Ponencia: *Regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español. Modificación del artículo 510 del Código Penal ante la libertad de expresión*. (IX Jornada de Justicia Penal Internacional y Universal Prevención y lucha contra los delitos de odio y todas las formas de intolerancia). Barcelona, 24 de mayo de 2016

# La potestad sancionatoria interna o disciplinaria. Con especial referencia al principio de taxatividad legal

Por
**María José Rodríguez**[1]

**1.** Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Especialista en Derecho Tributario (Universidad Austral). Ex Directora Nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE) de la Procuración del Tesoro de la Nación. Ex Directora de la Escuela de Formación en Abogacía Pública (EFAP) de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesora titular de Derecho Administrativo en Universidad del Museo Social Argentino (grado) y en la Universidad Nacional de la Matanza y Universidad Austral (MDA; posgrado). Profesora del Master 2 (franco-alemán) Droit des collectivités territoriales et coopération transfrontalière, Universidad de Lorraine (Metz - Sarreguemines, Francia). Autora y coautora de libros y artículos varios sobre derecho administrativo. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA).

## 1. LA POTESTAD SANCIONATORIA DISCIPLINARIA (INTERNA): EL EMPLEO PÚBLICO

La función administrativa se endereza teleológicamente a concretar de un modo directo e inmediato el bien común o interés general[2] que se suele denominar "*interés público primario*"[3].

Para concretar este fin requiere, entre otras prerrogativas, de la potestad sancionatoria.

La potestad sancionatoria puede ejercerse sobre los particulares administrados cuando estos incurren en ilícitos administrativos (infracciones, faltas). O bien, puede desplegarse en el seno interno de la organización administrativa cuando los funcionarios y empleados que se desempeñan en la Administración Pública no lo hacen según las normas aplicables que perfilan deberes y prohibiciones. En este caso se denomina potestad sancionatoria disciplinaria interna[4].

---

**2.** Las expresiones "interés general ", "interés público", "bienestar general" suelen ser usadas de modo intercambiable con la noción de "bien común" perfilada por la filosofía clásica. De nuestra parte, preferimos esta última como concepto que trasunta una profunda axiología y teleología, frente a las tres primeras. En efecto, la noción de interés público parece reflejar un concepto más cuantitativo que cualitativo. Interés público significa desde la trazabilidad etimológica, *inter-esse* —estar entre—, "lo que importa a todos" (Escola, Héctor Jorge, *El Interés público. Como fundamento del derecho administrativo,* Depalma, 1989, Bs. As., p. 237), que se atribuye a una mayoría numérica. Por su parte, el sintagma "bienestar general" puede ser interpretado de un modo reduccionista que no refleje los órdenes de relación de la persona humana ni la jerarquía de sus fines existenciales, cuyo cumplimiento requiere de condiciones constitutivas del bien común que justifica la existencia del Estado y que configuran su causa final.
Frente a estas nociones, el bien común se presenta como el conjunto de condiciones de toda índole (espirituales, religiosas, culturales, intelectuales, jurídicas, económicas, de seguridad, materiales etc.) que posibilitan a las personas y a los cuerpos intermedios la realización de sus fines existenciales propios en libertad y bajo su propia responsabilidad.
Esta perspectiva incorpora al Estado y a su causa final dentro de la escala de valores y destierra la idea derivada del utilitarismo político de que el Estado es tan solo una institución de organización técnica al servicio de diversos intereses. El Estado —como señala Messner— es un medio al servicio de la plenitud de la existencia humana y de consiguiente debe respetar el orden de los fines existenciales del hombre. No es como pretende el liberalismo, un simple servidor del individuo con sus intereses económicos, ni un gran concierto económico al servicio de la producción social de la vida material, como sostiene el colectivismo. Como comunidad que tiene su fundamento en los fines existenciales del hombre, el Estado forma parte del orden ético y es un valor de ese tipo. Forma parte de la realidad de la plenitud de la naturaleza humana, su función del bien común forma parte de la responsabilidad moral de la persona humana (Messner, Johannes, *Ética Social Política y Económica a la luz del Derecho Natural*, Rialp, Madrid, 1967, ps. 857 y ss.).
En contraste con esta conceptualización clásica de bien común —ciertamente de cuño aristotélico - tomista— se ha definido el interés público "con pureza de método", prescindiendo de todo contenido, como "el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él, su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses e individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye sin aniquilarlos" (Escola, Héctor Jorge, *El Interés público…*, op. cit., ps. 249 a 250). Procede resaltar sin embargo que la colacionada noción "pura" debe ser rectamente inteligida en el pensamiento de este autor quien reconoce que el derecho, "siendo como es un objeto cultural, o de la cultura, con todo lo que ello significa, es pasible tanto de un conocimiento filosófico, como de un conocimiento científico, en el que se ubicaría la pretensa definición "pura" y "objetiva" (v. Escola, Héctor J., op. cit., ps. 3 a 5).

**3.** Comadira, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, Cáthedra, 2022, ps. 43 y ss.

**4.** Ibídem, p. 27. Explican García de Enterría y Fernández que en materia de organización administrativa, la Administración exhibe una potestad disciplinaria que ejerce sobre los agentes que están integrados en su organización; la administración para mantener la disciplina interna de su organización dispone de un poder disciplinario correlativo en virtud del cual impone sanciones a sus agentes, normalmente vinculadas al régimen funcionarial de los sancionados. Esta potestad admite dos extensiones: a) los servi-

La potestad sancionatoria disciplinaria que se despliega *ad intra* de la organización administrativa, tutela lo que se suele llamar en doctrina, el "interés público secundario"[5].

Este interés público secundario consiste en el buen funcionamiento de la Administración; se trata, en definitiva, de asegurar y mantener el buen orden y el normal desenvolvimiento de la Administración Pública en miras a lograr un eficaz y eficiente desarrollo de la actividad administrativa[6].

Es de remarcar la trascendencia de la potestad sancionatoria disciplinaria (interna) dirigida a los funcionarios y empleados públicos que integran la organización administrativa[7], en tanto lastima la lógica que el Estado persiga el bien común con organizaciones que no funcionan o que escandalizan a través del incumplimiento de las reglas por sus propios integrantes.

### 1.1. La potestad sancionatoria: ¿potestad inherente o potestad cuya regulación resulta del resorte del legislador....?

Cada uno de los denominados poderes del Estado (en puridad, se trata de las funciones del poder) desarrolla actividad administrativa para viabilizar el cumplimiento de sus incumbencias

---

cios públicos (escolares, presos, internados en instituciones sanitarias), y b) miembros de las profesiones tituladas, integrados en colegios profesionales (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Civitas, Madrid, 2000, p. 168).

**5.** Comadira, Fernando G., op. cit. p. 43..

**6.** Leemos en los considerandos del Decreto N.º 456/2022 que aprueba el Régimen de Investigaciones Administrativas: "Que el conjunto de atribuciones legales y reglamentarias que configura el régimen disciplinario tiene por objeto investigar y, en su caso, aplicar las sanciones que establece la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, aprobada por la Ley N.º 25.164 y su reglamentación, aprobada por el Decreto N.º1421/02, una vez verificadas aquellas conductas de las o los agentes estatales que lesionen el buen funcionamiento de la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL y que se originen en la inobservancia de los deberes y prohibiciones inherentes a su relación de empleo público.
Que el régimen disciplinario constituye un sistema tendiente a coordinar la acción de los órganos administrativos tras una finalidad común, esto es asegurar y mantener el buen orden y el normal desenvolvimiento de la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL en miras a lograr un eficaz y eficiente desarrollo de la actividad administrativa, para lo cual resulta necesario contar con un régimen procedimental general y uniforme en materia de investigaciones."

**7.** Comadira, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, ps. 64 y ss. Sobre la trascendencia o proyección de este interés público secundario sobre el primario, v. también Ivanega, Miriam M., "Apuntes acerca de la potestad disciplinaria de la administración y el procedimiento sumarial", ap. I, JURISPRUDENCIA ARGENTINA - Suplemento Derecho Administrativo - 2006 II. Id SAIJ: DACF070006.

constitucionales propias (legislativa, ejecutiva y judicial en la clásica tipología tripartita), es decir, de un modo propedéutico a concretarlas.

De consiguiente, es razonable colegir que cada uno de los mencionados poderes, en el marco de la actividad administrativa que despliegan para concretar sus competencias constitucionales específicas o típicas, deben contar con potestades disciplinarias para restaurar el interés público eventualmente vulnerado en ese marco.

Desde esa atalaya, el ejercicio de esta potestad resulta del resorte de una competencia autónoma, propia de la función administrativa que despliega cada uno de los tres órganos que titularizan las funciones del poder de modo propedéutico a la concreción de su función constitucional específica.

Pero en la medida en que el ejercicio de esta potestad disciplinaria alberga la posibilidad de incidir sobre derechos de las personas, restringiéndolos, devienen en nuestro país, aplicables los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28, 33, 75, 76 y 99, inc. 3, de la CN, bloque normativo máximo que impera que los derechos de las personas deben ser regulados por ley formal del congreso[8].

De consiguiente, podemos concluir que no resulta contradictorio sostener que la potestad disciplinaria es inherente a la función administrativa[9], pero que, al propio tiempo, en tanto esta recaerá ineludiblemente sobre derechos de las personas, toda regulación restrictiva de derechos reclamará el concurso de la intervención

**8.** La intervención del legislador resultará también imperativa si se adscribe a la idea de la indiferenciación ontológica entre delitos e infracciones o faltas, por aplicación del principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, prescripto por nuestra Constitución (v. García Pullés, Fernando R., "La potestad sancionatoria administrativa y las garantías del derecho penal, *Prudentia Iuris*, Número aniversario, 2020, ps. 263 a 279).

**9.** Comadira, Fernando G., *Derecho administrativo disciplinario*, cit., p. 65.

del Poder Legislativo[10]. Este podrá regular y establecer cauces y márgenes de actuación para el despliegue de la apuntada potestad sancionatoria pero nunca podrá aniquilarla o anularla porque resultaría afectado el principio de división de funciones del poder.

El sistema constitucional argentino perfilado por las normas traídas que reclama la existencia de ley formal del Congreso para la regulación de las restricciones a los derechos resulta más estricto y garantístico que algunas soluciones jurisprudenciales aportadas por la COIDH que admiten que las faltas disciplinarias puedan estar establecidas en normas que no tengan rango legal[11].

La aludida estrictez del sistema constitucional argentino al proteger las libertades que, como se dijo, resulta aun más garantística que la interpretación dada al art, 9 de la CADH por el tribunal interamericano, podría tornar superflua la consideración relativa a si los ilícitos y sanciones disciplinarias exhiben identidad ontológica con los ilícitos y sanciones penales[12]. Ello en tanto la aplicación de las garantías constitucionales a la materia administrativa disciplinaria tanto como a la materia penal, así como a toda limitación de derechos, conduciría a un resultado similar. De esta cuestión nos ocupamos, en detalle, en los apartados 3.5. y 3.6. de este trabajo.

---

**10.** Esta incidencia sobre los derechos de las personas se observa singularmente en los regímenes disciplinarios de las personas privadas de la libertad que se encuentran cumpliendo una pena. Ello, en tanto las sanciones que se aplican en este ámbito tienen reflejo en el denominado "régimen de progresividad del interno". En tal sentido, pueden provocar graves perjuicios a este generando incluso, en ciertos casos, alteraciones considerables en la ejecución de la pena del interno. En efecto; existen sanciones disciplinarias que significan una nueva privación de libertad en el contexto de encierro como acontece con la sanción de aislamiento. En otros casos, las sanciones impuestas por infracciones de menor gravedad, impactan sobre el avance en los distintos períodos que implica el aludido régimen de progresividad o impiden el acceso a talleres de estudio o de trabajo, fundamentales para avanzar en el régimen de progresividad de la pena con la consiguiente obtención de beneficios liberatorios (v. Santamaria Pedro, "La participación de la defensa en el procedimiento sancionador en instituciones penitenciarias federales", Trabajo de Investigación Final presentado para la obtención del título de Especialista en Derecho Administrativo, en la Universidad Nacional de la Matanza, febrero de 2024, disponible en https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/15178).

**11.** V. Corte IDH, 7-9-2022, caso "Mina Cuero vs. Ecuador", párrafo 105 y caso "Maldonado Ordóñez vs. Guatemala", 3 de mayo de 2016, párrs. 89 y 95.

**12.** Para Juan C. Cassagne, "...todos los intentos de distinguir las penas propiamente dichas (regidas por el Derecho penal) y las sanciones penales administrativas y dotar a estas de una sustancia propia han fracasado" (v. Cassagne, Juan Carlos, *El principialismo y las fuentes de la Constitución Nacional. Singularidad del sistema judicialista argentino*, Ediar, Ciudad de Buenos Aires, 2023, p. 207 y ss.).

### 1.2. El régimen de investigaciones administrativas como reglamentación de la potestad disciplinaria y del derecho de defensa

Un régimen de investigaciones administrativas implica la reglamentación tanto de la potestad disciplinaria de la Administración como del derecho de defensa de los agentes investigados.

En definitiva, un régimen de investigaciones constituye una suerte de bisagra entre la potestad sancionatoria disciplinaria (inherente a la Administración) y los derechos y garantías de los servidores públicos, cuya regulación resulta del resorte de la ley formal.

La debida preservación y el restablecimiento del interés público tanto primario como secundario, eventualmente afectados, dependerá del adecuado equilibrio[13] que resulte de estos dos elementos.

## 2. LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS COMO ÁMBITOS SENSIBLES A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA[14]

Resulta intuitivo y evidente por sí mismo que los procedimientos disciplinarios constituyen ámbitos especialmente sensibles —similares a los procedimientos penales y penitenciarios— para la dignidad humana.

**13.** El equilibrio puede ser examinado por analogía con la virtud humana, como un "justo medio entre dos extremos viciosos" (Julio Conte-Grand, "Morfología del Ministerio Público. Entre la acción y el juicio: el equilibrio como clave de bóveda institucional. Con especial referencia al MPBA" en: Conte-Grand, Julio M. (Dir.), Rodríguez, María José (Coord.ª), *El Ministerio Público en clave de gobierno abierto*, CIJur, 2023, ps. 42 a 43, disponible en https://cijur.mpba.gov.ar/files/content/Libro-GOBIERNO-ABIERTO%20v2.pd.

**14.** Así lo ha entendido la COIDH, que en el marco de otros entornos sensibles a la dignidad de la persona como la materia penal y penitenciaria, ha ordenado capacitaciones sobre la necesidad de valorar adecuadamente los elementos que motivan una detención y requisa por parte de la policía como parte del control de las detenciones; v. COIDH "Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina", sentencia del 1-9- 2020 -Fondo y Reparaciones-, párrs. 124 y 125, con fundamento, entre otros, en la protección de la honra y de la dignidad -v. párr. 102-; v. en igual sentido, Res. PG N ° 1267/22 del 26 de octubre de 2022, emitida por el Procurador General de la Prov. de Buenos Aires, en la que, con sustento en los aludidos párrafos 124 y 125 dispone capacitaciones obligatorias para el personal vinculado con estos ámbitos (magistrados y funcionarios).

En efecto, la manifiesta potencialidad ablatoria de derechos propia a la naturaleza de los apuntados procedimientos exige una especial vigilancia y atención con el objeto de prevenir posibles lesiones o afectaciones de la dignidad[15] que, como explicaremos *infra*, constituye un **valor** constitucional, un **principio** fundamental del derecho con fuerza imperativa y un **derecho** humano en sí, deviniendo una noción polisémica.

Ello requiere que el ordenamiento jurídico contemple garantías efectivas que aseguren la debida preservación tanto en el plano de la configuración normativa de las faltas y sanciones (principio de legalidad estricta —tipicidad o taxatividad y exigencia de ley formal— como en el plano del procedimiento administrativo y del proceso judicial (consagración del derecho de defensa, entre otras)[16].

### 2.1. La dignidad de la persona humana en el plano constitucional configurado por los arts. 11 CADH y 75 inc. 22, CN

La dignidad de la persona humana es reconocida por la CADH en su art. 11 —y, por ende, por el art. 75, inc. 22, de la CN— que lleva como título "Protección de la Honra y de la Dignidad". A tenor de la disposición, "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad".

**15.** Tomamos la idea de la sensibilidad de estos ámbitos perquisitivos con respecto de la dignidad humana, de Daniel Herrera que con similar sentido se refiere a los ámbitos penales y penitenciarios (Herrera, Daniel A., "La ley natural y la persona humana como principio y fundamento del derecho y del orden jurídico", en AA.VV. *Los derechos humanos en Latinoamérica. Buenos Aires,* Pérez Cursi, J. I. (Coordinador), Educa, Disponible en: http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/ley-natural-persona-humana-herrera.pdf.

**16.** En tal sentido, la tarea jurídica que concreta el derecho administrativo sancionatorio permite distinguir dos momentos: la *legisferante*, en la que deben extremarse los esfuerzos para el perfeccionamiento de las herramientas técnicas en favor de la mayor taxatividad posible (que no excluye el recurso a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados); y la *aplicativa* de la norma legal sancionatoria, en la que deben extremarse los esfuerzos para que la interpretación realice "la justicia del caso". Esta última, por cierto, lejos está de ser mecánica o automática sino que exigirá siempre una singular sindéresis.

Refiere Busso, "*que la palabra ´dignidad´ fue incluida en el texto del artículo 11 en la décima sesión de la Comisión I de la Conferencia Especializada –encargada de revisar los referidos a la ´materia de protección´– a raíz de una propuesta formulada por Uruguay, Estado que sugirió incorporar un primer párrafo al artículo 10 del proyecto de la CIDH con el objeto de establecer el* ***´principio general´****: ´Toda persona tiene derecho al honor y al reconocimiento de su dignidad`", inclusión que fue aprobada*"[17] (lo resaltado no está en el original).

Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia de la CIDH ha utilizado la noción tanto como fundamento de derechos como de un derecho en sí mismo[18].

La CSJN en diferentes fallos ha considerado a la dignidad de la persona humana como como "*un valor supremo en nuestro orden constitucional* (…) *que impone que cualquier norma infraconstitucional sea interpretada y aplicada al caso con el entendimiento señalado por ese marco general*"[19].

Desde la doctrina administrativista, Cassagne, si bien considera a la dignidad de la persona como fuente central de todos los principios y derechos[20], no vacila en referir también específicamente al "principio" de dignidad[21]; expresa, en tal sentido, que "*El principio de dignidad de la persona protege una variedad de situaciones (la de los funcionarios, militares, estudiantes, detenidos o reclusos, usuarios de servicios públicos, etc.) y debe observarse*

**17.** Busso, Giuliana, "La dignidad como derecho en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", http://orcid.org/0000-0002-3865-569X (v. apartado III. Origen del artículo 11 de la CADH).

**18.** Busso, Giuliana, "La dignidad como derecho…", op. cit. (v. Capítulo V. "Conclusiones").

**19.** CSJN, 20/04/2010, "Recurso de hecho deducido por César Alejandro Baldivieso en la causa Baldivieso César Alejandro s/ causa nº 4733", Fallos 333:405; cabe tener presente que la invocación de la dignidad del hombre le permitió a la Corte, en el caso "Sejean" (Fallos 308:2268), admitir el divorcio vincular cuando la legislación aún lo prohibía.

**20.** Cassagne, Juan C., *Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo),* Santa Fe, Rubinzal–Culzoni Editores, 2021, ps. 90, 92 a 93.

**21.** Ello sin perjuicio de considerarla fuente central de todos los principios y derechos (Cassagne, Juan C., *Los grandes principios del Derecho Público…,* op. cit., p. 90).

*en todos los elementos del acto administrativo (…) Su quebrantamiento implica la inconstitucionalidad del acto por la violación de un tratado internacional que es parte de la constitución…"*[22].

Para Comadira, la dignidad de la persona reclama que la Administración debe estar sometida al principio de "juridicidad". Este alude no solo a la ley en sentido formal, sino a la totalidad del ordenamiento jurídico: esto es, a los principios generales del derecho, la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y a los demás tratados con jerarquía superior a las leyes, a los reglamentos y a los precedentes administrativos en la medida en que esté comprometida la garantía de la igualdad y sean legítimos[23].

En similar dirección a las opiniones colacionadas, hemos destacado antes "*…el principio de juridicidad se integra en la dogmática jurídica del derecho administrativo como un verdadero pilar de las restantes nociones, como un verdadero imperativo del principio de la dignidad de la persona humana que atiende a su dimensión social. Esta integración dogmática es de recibo en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que luego de pasar revista al catálogo de derechos de la primera parte, en el artículo 32 manda interpretarlos ¨conforme con las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática"*[24].

**22.** Ibídem, ps. 92 a 93.

**23.** Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge; Comadira, Julio Pablo –Coordinador, colaborador y actualizador–, *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo–Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 1, ps. 37 y 99 a 100.

**24.** María José Rodríguez, "La centralidad de la noción de acto administrativo como expresión de la función administrativa en su articulación con el principio de juridicidad" en: Rodríguez R. Libardo (Director), Rivero Ortega, Ricardo (Coordinador), Volumen en homenaje al profesor José Luis Meilán Gil, *El acto administrativo,* Colección de Derecho Administrativo Comparado, Editorial Temis, IIDA, Editorial jurídica venezolana, Bogotá, Colombia, 2022, p. 34; v. sobre la profunda dimensión social del principio de juridicidad, María José Rodríguez en: Rodríguez, María José, "La estabilidad del acto administrativo frente la vigencia irrestricta de la juridicidad. Algunas perplejidades en materia tributaria" disponible *online* en CIJur - Centro de Información Jurídica del Ministerio Público de la Provincia de Bs. As. (mpba.gov.ar).

### 2.2. La dignidad de la persona humana: la necesidad de recurrir a la filosofía para su conceptualización

Si bien la dignidad es de recibo tanto por la CADH (art. 11, también arts. 5º y 6º) y de consiguiente por nuestra Constitución nacional (art. 75, inc. 22), así como en numerosos otros tratados internacionales de derechos humanos, y afirmada constantemente por la doctrina, lo cierto es que no se encuentra en los mencionados dispositivos una definición respecto de su esencia.

Ello torna necesario recurrir a la filosofía en tanto disciplina que provee los conceptos fundamentales de las concepciones antropológicas que nutren al derecho.

Sobre la dignidad de la persona humana expresa Herrera: "*En relación con la noción de persona y particularmente de persona humana, encontramos la concepción también fundamental de dignidad humana. "Dignitas quiere decir la cualidad de 'dignus'. Esta palabra, deriva de la misma raíz 'dec' que encontramos en el verbo defectivo 'decet' ('es conveniente', 'merece') y en el sustantivo 'decor' (lo que es merecido), de donde toda la serie de los otros términos relacionados con el decoro, es decir, con la apariencia excelente pero merecida". En otras palabras, la dignidad refiere a algo excelente, merecedor de respeto. Por eso cuando hablamos de dignidad humana se refiere a* ***la cualidad de excelencia y merecedora de respeto que tiene el hombre por ser hombre.*** *En consecuencia, según cual sea la concepción de persona será la de dignidad humana*"[25] (lo resaltado no está en el original).

**25.** Herrera, Daniel A., "La ley natural...", op. cit., p. 29.

Desde una perspectiva filosófica clásica, propia de nuestra tradición cultural y jurídica, la dignidad humana finca en el ser del hombre, en su naturaleza o esencia humana[26].

Boecio, citado por Herrera, definía a la persona humana como sustancia individual de naturaleza racional, lo cual implica que todo ser humano es persona. Se ha corregido esta definición acotando que más que sustancia, persona es el sujeto que subsiste en el género de sustancia racional[27], es el titular de una sustancia de naturaleza racional[28].

Las personas son individuos que existen *per se* y tienen dominio de sus propios actos. Sus acciones no resultan simplemente de la naturaleza como por ejemplo un proceso digestivo. No solo actúan como las demás cosas sino que obran por sí mismas. Son libres. En definitiva para la filosofía clásica, persona es lo más perfecto que existe en toda la naturaleza[29].

La persona se define en definitiva por la dignidad de su naturaleza racional que le permite inteligir y comprender sus fines existenciales propios y dirigir su voluntad hacia ellos, en libertad y bajo su propia responsabilidad[30].

Para el cumplimiento de sus fines existenciales[31] la persona tiene derechos que en puridad son medios para lograr aquellos. El derecho positivo reconoce estos derechos humanos como fundamentales.

---

**26.** Ibídem, p. 30.
**27.** Ibídem, p. 27.
**28.** Ibídem, p. 25.
**29.** Ibídem, p. 27.
**30.** Messner, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural,* Ediciones Rialp, Madrid, 1967, ps. 35 a 36.
**31.** Ibídem, ps. 39 a 45.

Ahora bien, estos derechos pueden ser restringidos conforme las justas exigencias del Bien Común (art. 32, CADH) pero siempre sobre la base del respeto del principio de juridicidad, de lo contrario se verificaría, en el lenguaje de la CADH, "una injerencia ilegítima" (v. art 11).

Desde esta mirada es que cabe afirmar que en la medida en que toda actividad perquisitiva del Estado que se da en un procedimiento sancionatorio disciplinario puede vulnerar derechos por la virtualidad esencialmente ablatoria que tiene la sanción —e incluso el *iter* previo a ella[32]—, el principio de dignidad humana que impera la preservación de los derechos con fundamento en los fines existenciales de la persona y de su dignidad debe regir con especial vigor a lo largo de todas las etapas de estos procedimientos disciplinarios y debe estar asegurado y garantizado por cierto, por los textos normativos que los perfilen[33].

### 2.3. El principio de juridicidad, corolario de la dignidad de la persona humana y como expresión de la nomocracia griega

Ya Platón y Aristóteles se preguntaban qué era más conveniente si el gobierno de los hombres (los mejores), o de las leyes[34]. Y

**32.** Sobre el "entorno de ´coacción inherente` que rodea a un interrogatorio" y su virtualidad para afectar la dignidad humana, v. María José Rodríguez en: Rodríguez, María José: "La potencialidad autoincriminatoria de las primeras declaraciones", Jornada sobre el Nuevo Reglamento de Investigaciones Administrativas, organizada por la Universidad Nacional de la Matanza, FECIC Y FUCER, conferencia disponible *online* en: https://youtu.be/a22sVcx4_QE?t=2400.
Es de resaltar que la CIDH, en el marco de otros entornos sensibles a la dignidad de la persona como la materia penal y penitenciaria, ha ordenado capacitaciones sobre la necesidad de valorar adecuadamente los elementos que motivan una detención y requisa por parte de la policía como parte del control de las detenciones; v. CIDH "Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina", sentencia del 1º septiembre de 2020 -Fondo y Reparaciones-, párrs. 124 y 125, con fundamento, entre otros, en la protección de la honra y de la dignidad —v. párr. 102—; v. en igual sentido, Res. PG N º 1267/22 del 26-10-2022, emitida por el Procurador General de la Prov. de Buenos Aires, en la que, con sustento en los aludidos párrafos 124 y 125 dispone capacitaciones obligatorias para el personal vinculado con estos ámbitos (magistrados y funcionarios del Ministerio Público Fiscal de la Prov. de Buenos Aires).

**33.** María José Rodríguez en Rodríguez, María José, "Los procedimientos sancionatorios como ámbitos sensibles a la dignidad de la persona", conferencia vertida en: XXV Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral "Derecho administrativo, Interés Público y Persona", 17 de octubre de 2022, disponible *online* en: https://youtu.be/YJVSg0dcE2c?t=1594.

**34.** Sobre el aporte de estos dos grandes filósofos al denominado "Rule of law" (Estado de Derecho), v. Lalanne, Julio E., "¿Gobierno de la ley o gobierno de los hombres?: El problema en Platón y Aristóteles", en línea, *Prudentia Iuris*, 79, 2015, ps. 295/310, disponible en https://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA/article/view/3962; ver en similar sentido, Daniel Herrera en Herrera, Daniel, "La politicidad del derecho y la juridicidad de la política en el Estado Constitucional de Derecho", conferencia vertida en el marco del Congreso Internacional de Derecho Administrativo organizado por el MPBA (CIJur) y la UNNE, los días 9,10 y 11 noviembre de 2022, https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/15081.

ambos, el Platón último de *Las Leyes* y Aristóteles a lo largo de su *corpus* doctrinario optaron por el gobierno de las leyes, enrolándose en la tradición helénica de la nomocracia. Ello, sobre la base del dato de la realidad de que las leyes, a diferencia de los hombres, no tienen pasiones. Expresaba Aristóteles que la ley es "razón sin apetito"[35] .

En la hipótesis del gobierno de los hombres, si estos son arrastrados por sus pasiones y deciden según estas de modo desigual, resulta afectada la igual dignidad óntica de las personas. Contrariamente, esta afectación no se verifica con la ley, por las notas de generalidad, impersonalidad y objetividad que caracterizan a esta. Porque las leyes no tienen pasiones.

Desde esta perspectiva, es posible afirmar que el principio de juridicidad, que enraiza en la tradición de la nomocracia griega, deviene una exigencia de la dignidad de la persona.

Correlativamente, el gobierno —y la administración— que no se ajustaran a la conducta predeterminada por la norma, conducen al decisionismo, a la diversidad de soluciones frente a casos similares, violando la igualdad ante la ley y vulnerando así la dignidad de la persona.

## 3. ESTADO DE DERECHO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD. SINGULAR TRASCENDENCIA RESPECTO DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS

El principio de legalidad expresa de modo conspicuo la esencia del denominado Estado de Derecho, al que Schmitt[36] caracteriza

**35.** Lalanne, Julio E., op. cit. p. 310.

**36.** Schmitt Carl, *Teoría de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, ps. 150 y ss.

como burgués y liberal y al que autores como Del Vecchio —y Cassagne, en nuestras latitudes— denominan Estado de Justicia. Supone una dimensión sustancial o material, de claro contenido dikelógico —que sintetiza la esencia del mencionado Estado de Derecho o de Justicia—y en una dimensión procedimental que atiende a preservar a la primera.

Vínculo esencial del poder punitivo del Estado a las formalidades de las leyes y a la tutela de los bienes jurídicos se constituyó en la regla de oro de la legitimación de la potestad sancionadora. Se traduce en la exigencia de que la ley contenga de forma determinada, la conducta reprochada y la respuesta sancionadora[37].

### 3.1. El Estado de Derecho burgués o liberal según Schmitt

Según Schmitt, el Estado de Derecho, que adjetiva de "burgués" o liberal se caracteriza por el respeto a los derechos fundamentales y a la división de poderes. Estos principios adquieren carácter estructurante del apuntado Estado burgués de Derecho y pertenecen al contenido jurídico positivo de toda Constitución que encierre una decisión en favor de esta tipología de Estado[38].

De conformidad con el liberalismo burgués —afirma— solo hay constitución cuando se respetan la propiedad y la libertad personal[39].

**37.** Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, BdF, Buenos Aires, 2017, p. 37
**38.** Schmitt, Carl, op. cit., p. 149.
**39.** Ibídem, p. 42.

Constituyen garantías constitucionales de la libertad burguesa —prosigue— los derechos fundamentales, la división del poder y una cierta participación del pueblo en el poder legislativo mediante una representación popular[40].

Por orden jurídico —advierte— debe entenderse un orden jurídico burgués basado en la propiedad privada y en la libertad personal; el Estado, en ese marco, constituye la garantía armada de este orden, paz y seguridad burguesa [41].

Solo valdrá como Estado de Derecho aquel en que no puedan intentarse injerencias en la esfera de libertad individual sino a base de una ley. Solo un Estado en el que toda la actividad administrativa, sobre todo la policía, se encuentre colocada a reserva y bajo la preeminencia de la ley, configurará un Estado de Derecho. De consiguiente, el principio de legalidad de la administración pasa a ser una nota característica del Estado de Derecho, y solo podrá ser reputado Estado de Derecho, aquel cuya actividad total quede comprendida en una suma de competencias rigurosamente circunscriptas.

Impera la *mensurabilidad de todas las manifestaciones del poder del Estado*. La exigencia de mensurabilidad se desprende del principio de distribución propio del Estado burgués de Derecho, según el cual, la libertad del individuo es ilimitada en principio y toda facultad del Estado, por el contrario, limitada y por lo tanto, mensurable [42].

Esta concepción básica del Estado de Derecho rechaza el "imperio de los hombres". Por ello, la ley es una norma general. Advierte

**40.** Ibídem, p. 44.
**41.** Ídem.
**42.** Ibídem, ps. 47 y 152.

el jurista alemán que el concepto de ley burgués enraiza en la filosofía griega, de ahí pasa a la Edad Moderna a través de la Escolástica. La ley no es la voluntad de uno o muchos hombres sino una cosa general racional, no es *voluntas* sino *ratio*[43].

Pero el concepto de ley que sostiene el Estado burgués de Derecho, —resalta Schmitt— es, además, un concepto formal (político). Ley en sentido formal es lo acordado por los órganos legislativos competentes dentro del procedimiento legislativo prescripto. En definitiva, — la ley es norma, regulación jurídica (recta, razonable) de carácter general, pero en el sentido político, es voluntad y mandato concretos y un acto de soberanía expresado mediante un procedimiento (formal).

### 3.2. El Estado de Derecho como Estado de Justicia (Del Vecchio)

Señala Del Vecchio que la palabra "derecho" en un sentido formal significa una coordinación de las relaciones intersubjetivas en virtud de la cual a ciertas facultades corresponden ciertas obligaciones. Un derecho cualquiera existe en no importa qué condición humana porque esta no puede subsistir sin un conjunto de relaciones sociales. Es imposible que no tenga un derecho propio (en el sentido formal), es un ordenamiento jurídico del cual él es su centro y el sujeto. Pero para Del Vecchio el derecho puede ser entendido como un valor esencial atribuido a la persona humana y en razón del cual esta puede pretender el respeto de su propia naturaleza espiritual. Un Estado que se construye sobre esta base se califica generalmente como "Estado de derecho"[44]. Para el autor segui-

**43.** Íbídem, p. 162.

**44.** Del Vecchio, Giorgio, *Derecho, Política y Justicia*, Traducción del francés por Luis Dorantes Tamayo, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, ps. 718 y ss., disponible en http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/75/dtr/dtr11.pdf

do, más adecuada sería la calificación de "Estado de Justicia". Por esta expresión no se entiende designar un Estado cualquiera, que no puede dejar de tener un sistema de legalidad positiva, sino solamente que se conforma al ideal de la justicia, que reconoce los derechos fundamentales de la persona humana[45].

Se trata —según Del Vecchio— de un concepto que enraiza en la antigüedad clásica, que fue tomado por el mensaje cristiano y luego razonado en la filosofía moderna; se trata del concepto del derecho natural[46].

La significación de esta ley que corresponde a una exigencia indeleble de nuestra conciencia es esencialmente deontológica. Expresa un deber ser válido más allá de la esfera empírica. El ser humano pertenece al orden fenomenal pero participa también de ideas y de normas universales y eternas. Se siente libre e imputable, tiene un *lumen rationis naturalis* que le impone el respeto de la ética bajo sus dos formas fundamentales: la caridad y la justicia. También puede él pretender legítimamente el reconocimiento de la dignidad de su persona[47].

El principio ético es único y no se distingue en sus dos formas susodichas, sino porque da respectivamente la norma a cada sujeto tomado en sí mismo y en las relaciones entre varios sujetos. Así, para Del Vecchio, la justicia es el perfil social de la ética.

Siendo la misión del Estado, para Del Vecchio, la realización de la Justicia, esta, como ley inabolible del espíritu humano impone a todos el respeto a la sagrada dignidad del ser humano[48].

**45.** Ídem.
**46.** Ídem.
**47.** Ídem.
**48.** Ídem.

La primera exigencia de la justicia es que el ser humano sea reconocido en lo que tiene de específico (su espiritualidad). Esto significa que todos los seres tienen un derecho inabolible a la libertad, cuya validez no deriva de leyes positivas, las cuales deben respetarla y acogerla como suya. Existe un derecho natural "de igual libertad". El fin inmutable del Estado será la tutela de los derechos naturales de la persona humana. Estos derechos que tienen su base en la libertad del hombre, no pueden ser abolidos por ninguna ley *ab hominibus inventa*. Esta es la razón fundamental del Estado la cual representa su principio y su fin. Dice Del Vecchio que es errónea la tesis que el Derecho es el único fin del Estado pues el Derecho es solo un medio, por lo que más correcto sería hablar de Estado de Justicia, antes que de Estado de Derecho[49].

Ese Estado de Justicia, hoy, sería un Estado Constitucional Social de Derecho, en el marco de la evolución de la conciencia jurídica, por lo que Max Scheler llama "las variaciones del ethos"[50].

### 3.3. El principio de legalidad propio del Estado de Derecho. Aproximación desde la teoría egológica de Carlos Cossio

Desde una perspectiva de clara influencia existencialista y fenomenológica, para Carlos Cossio, el derecho es conducta humana en su interferencia intersubjetiva[51].

**49.** García Belaunde, D. (1972), "El Estado en la filosofía jurídica de Giorgio del Vecchio". *Derecho PUCP*, (30), ps. 81 a 102, disponible en: https://doi.org/10.18800/derechopucp.197201.005 Disponible en https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6608/6703

**50.** Ídem.

**51.** Cossio, Carlos, *La teoría egológica del derecho. Su problema y sus problemas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 21. Nos explayamos con la postulación de este jurista en tanto su análisis sobre la estructura de la norma como proposición jurídica nos permitirá más adelante, "desmenuzar" los aspectos de la norma sancionatoria que reclaman cobertura legal formal.

Cossio parte de la base del "axioma ontológico de la libertad"[52] a cuyo tenor todo lo que no está prohibido, está permitido; este axioma alude al hecho metafísico de la libertad signada con el signo de lo lícito, como una cosa previa y neutra a la determinación de sus límites justicieros por aquí o por allí[53].

La teoría egológica encuentra en la metafísica existencial que la vida humana tiene en la libertad fenomenalizada, su específico y específico componente material; la libertad es algo existente, la libertad se intuye como personalidad, con ipseidad. Por ello, para Cossio hablar de conducta, libertad y personalidad, existencialmente es hablar de la misma cosa[54].

De consiguiente, el axioma *todo lo no prohibido está permitido* expresa que la libertad metafísica del hombre es un *prius* en la experiencia jurídica, en el sentido de que enuncia una juridicidad general de la libertad como base de toda ulterior determinación jurídica y como punto de partida de una sistematización general del Derecho[55].

Remarca que el axioma ontológico ha sido entendido como un principio jurídico válido para la personalidad de los súbditos que se puede proyectar por horizontes siempre abiertos en razón de que a ellos les está permitido todo lo no prohibido;

---

**52.** Los axiomas son un punto de partida meramente lógico, regulativo; advierte Yacobucci que si se arguye solo desde axiomas, puede suceder que los razonamientos sigan un curso lógico, adecuadamente regulado por aquel punto de partida, pero que no necesariamente tengan una contrapartida real. En este caso, el conocimiento será meramente nominal, cuya certeza es inmanente al esquema adoptado. Pero la elección del punto de partida no está siempre justificada en el ser y puede resultar una mera hipótesis, una convención o un acto voluntarista del sujeto., por eso, los razonamientos o ciencias que parten de axiomas tienen un carácter eminentemente formal. Los axiomas operan como una forma organizativa del sistema al que se aplican. La cuestión cobra especial interés en el campo del obrar humano, en el de la moral, el derecho, la economía o la política, pues según se razone con principios o con axiomas, cada uno de estos ámbitos se aproximará en mayor o menor medida a una técnica, al logicismo o a cierto funcionalismo donde la realidad de la persona, su dignidad, sus fines, y conflictos resultan ajenos a las cuestiones debatidas. Si se razona con axiomas, se está elaborando un razonamiento técnico o según los casos, logicista, una estructura de explicaciones meramente formales cuya finalidad es la certeza que emerge de la coherencia interna del sistema (v. Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios...*, op. cit., ps. 60 a 62).

**53.** Cossio, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Editorial Losada S.A., Bs. As., 1944, p. 213.

**54.** Cossio, Carlos, El principio "nulla poena sine lege" en la axiología egológica, La Ley 48, 1135. DPyC 2012 (julio), 265. TR LALEY AR/DOC/2697/2010, p. 7.

**55.** Cossio, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Editorial Losada S.A., Bs. As., 1944, p. 214.

pero no para la personalidad de los órganos del Estado (funcionarios)[56].

Pero Cossio discrepa con esta opinión generalizada y considera que tanto al súbdito como al funcionario todo les está permitido dentro de sus esferas de competencia; dentro de su competencia, o sea en lo que no les está prohibido, tienen libertad jurídica de individuación, de dar realidad de acuerdo con sus propias estimativas a la norma general en que se apoyen, este dar realidad, creación de una norma individual tiene sentido dogmático. No debe confundirse libertad jurídica con los límites de ella[57].

Para Cossio la norma jurídica completa es una proposición disyuntiva —y no un juicio hipotético como plantea Kelsen[58]— por la razón ontológica de que la interferencia intersubjetiva tiene dos miembros: a) endonorma: conceptuación de la prestación) y b) perinorma (conceptuación de la sanción); se trata de una norma única y no de dos normas; la norma jurídica es un juicio disyuntivo[59].

Si la conducta está de acuerdo con la endonorma , la conducta es licita o jurídica; si está de acuerdo con la perinorma, la conducta es ilícita o antijurídica, la libertad metafísica fenomenalizada se ha especificado en jurídica y antijurídica[60].

La endonorma menciona o representa el deber jurídico o prestación que se atribuye a un supuesto fáctico, a una hipótesis de hecho; la prestación es el acto o producto objetivo de la libertad

**56.** Ibídem, p. 215.
**57.** Ibídem, p. 217.
**58.** Ibídem, p.133.
**59.** Ibídem, p. 302.
**60.** Ibídem, p. 303.

de quien lo hace y la ciencia no puede considerar sino cosas objetivas[61].

Paralelamente, la perinorma menciona o representa la sanción. La sanción también es acto o producto objetivo de la vida humana (es decir, con libertad) de quien la sufre.
Esta juicio disyuntivo puede resumirse en la fórmula:

Dado A debe ser B (endornorma)

Dado NO B debe ser S (perinorma)

En este marco, la endonorma que constituye la primera parte de la norma, consta de un antecedente ("Dado A") y de un consecuente ("debe ser B"). El antecedente enlaza una situación fáctica o hipótesis de hecho asumida por la norma ( por ejemplo, la condición de funcionario público); el consecuente de la endonorma hace referencia a una prestación o conducta debida —activa o de abstención, esto es, deber o prohibición—[62]), u obligación que detona o suscita el antecedente de la endonorma si se verifica en el supuesto fáctico examinado. Si esta prestación u obligación contemplada en el consecuente de la endonorma no se cumple ("Dado NO B"), aparece la sanción alojada en la perinorma ("debe ser S").

Examinados estos conceptos desde la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen, la endonorma de Cossio coincide con la norma secundaria de Kelsen, y la perinorma, con la norma primaria de Kelsen. La proposición jurídica disyuntiva que constituye la norma jurídica, destaca como una estructura de diez conceptos fundamen-

**61.** Ibídem, p. 327.
**62.** Efectuamos esta precisión sin entrar en los detalles técnicos que el autor introduce al utilizar estos conceptos.

tales —dos conceptos funcionales (el verbo deber ser y la preposición "o") y ocho conceptos entitativos, de tal manera que la estructura de la norma jurídica sería la siguiente:

Dado un hecho con su determinación temporal (1) debe ser (2) la prestación (3) por alguien obligado (4) frente a alguien (5) —endonorma-;

o (6) si es la no prestación (7) debe ser (2) la sanción (8) a cargo de un órgano obligado (9) por la pretensión de la comunidad (10) —perinorma—.

Para el autor, la positividad del Derecho pone una dimensión dogmática común en tres conceptos a) la persona humana; b) la libertad metafísica, c) el acto cumplido en el cúmulo de circunstancias generales o especiales que lo integran constituye una libertad metafísica que se fenomenaliza en la conducta.

Con la positividad —según Cossio— se vuelve al objeto jurídico, se trasciende el puro pensamiento jurídico como mera forma lógica de sí mismo. A la positividad se la intuye de modo sensible, sea como cumplimiento espontáneo en la endonorma, sea como fuerza en la perinorma[63].

En suma, para la teoría egológica, la libertad es lo primero en el derecho, por ser su dato ontológico[64]. Lo permitido es un *prius*.

**63.** Cossio, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, op. cit., ps. 203 a 204.
**64.** Ibídem, p. 333.

### 3.4. El Estado de Derecho como punto de confluencia de diversas explicaciones doctrinarias y el principio de legalidad como expresión jurídica de todas ellas

Compulsadas sucintamente estas fuentes doctrinarias —escogidas como expresiones dogmáticas diferentes, que abordan como objeto de estudio al Derecho, —y a la libertad ontológica del hombre—, y que confluyen en la explicación del Estado de Derecho, podemos colegir que el principio de legalidad, la vigencia imperativa de la norma para restringir libertades, resulta ser un común denominador.
En el marco de la mencionada diversidad de opiniones, el principio de legalidad reconoce diversos fundamentos. Para Schmitt, es sinónimo de protección de la libertad y propiedad burguesa; para Del Vecchio es expresión de una idea objetiva de Justicia que se impone a la conciencia jurídica universal o al menos, del llamado mundo occidental y cristiano; para una perspectiva existencialista y fenomenológica como la de Cossio, el principio de legalidad se sustenta en el axioma ontológico de la libertad, un punto de partida que se supone, que expresa un dato, un fenómeno: la conducta humana en interferencia intersubjetiva.

Pero lo cierto es que más allá de los diversos fundamentos filosóficos que expresan perspectivas filosóficas distintas, el principio de legalidad se encuentra consagrado en la Constitución Nacional que lo recepta en diversos artículos, según veremos *infra*.

### 3.5. El principio de legalidad en la Constitución Nacional: la Argentina como Estado de Derecho

La Constitución Argentina recepta el Estado de Derecho y el principio de legalidad de la administración como expresión para-

digmática del primero. Nuestra tradición jurídica se enrola en la vertiente que considera al Estado de Derecho como superación tanto del Estado liberal de Derecho, como social de Derecho, como Estado de Justicia. Porque, en definitiva, serán siempre el Bien Común político y el principio de subsidiariedad, los elementos clásicos y estructurantes que deben definir el contenido concreto del Estado.

Explica Cassagne, citado por Plaza[65], que "[...] la fórmula Estado de justicia, acuñada originariamente por Del Vecchio, refleja una concepción superadora, tanto del Estado de Derecho como del modelo que le sucedió: el Estado social de Derecho. Esta superación se explica porque si bien se mantienen determinados postulados fundamentales del Estado de Derecho (independencia del Poder Judicial, sometimiento de la Administración a la ley y régimen garantístico de las libertades y demás derechos personales), se equilibra el abstencionismo estricto que propició su versión más liberal imperante en el siglo XIX con un limitado y razonable intervencionismo que restituye la plenitud del derecho natural, a través del imperio del principio de la subsidiaridad que, en algunas partes, alcanza rango positivo. De este modo, el Estado –más que sometido al derecho (en el sentido de sometimiento a la ley)– se encuentra vinculado a la justicia, en sus diferentes especies, sin poner exclusivamente el acento en la justicia distributiva (como aconteció durante la etapa del llamado Estado de bienestar o Estado social), y asignándole una mayor potencialidad y trascendencia al cumplimiento efectivo de las funciones estatales básicas".

**65.** Plaza, Martín, "Estado constitucional de derecho, excepcionalidad y democracia", p. 6 en AAVV, Director: Rodolfo C. Barra, *Emergencia Sanitaria Global: su impacto en las instituciones jurídicas* disponible en https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Dr._Mart%C3%ADn_Plaza_15-9.pdf

En este marco de predicación, el principio de legalidad como garantía de la restricción de libertades y derechos asume una dimensión sustancial y formal. Esta última, no solo implica un procedimiento imperado a seguir por la Constitución (aspecto formal procedimental) sino que justamente atiende a la dimensión de generalidad y objetividad que debe exhibir toda norma para respetar la igualdad que exige la dignidad de la persona, y a la reflexión serena propia del debate y del intercambio de ideas y posturas, que asegure en la medida de lo humano posible, un mínimum de justicia, un mínimum axiológico. Cabe tener bien presente que en las formas se realizan las esencias[66].

El apuntado principio de legalidad o reserva de ley es exigido por la Constitución Nacional en los arts.14, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28, 33, 76 y 99, ap. 3, CN, para la regulación de libertades y derechos. Entre estas restricciones de libertades y bienes, singular gravitación asume el ejercicio de la potestad sancionadora, en la especie, disciplinaria interna, en tanto, como se dijo, es una manifestación del *ius puniendi* estatal y consiste en una privación de un bien o derecho. Parecería que en este campo, debería hablarse de una "reserva de ley agravada"[67], según los desarrollos siguientes que efectuaremos.

### 3.6. El principio de legalidad como regla de oro del *ius puniendi*[68] y el alcance y extensión de la colaboración reglamentaria

En el apartado 1 hemos examinado sucintamente la potestad sancionatoria administrativa interna o disciplinaria y su télesis, direccionada hacia la preservación del "interés público secun-

**66.** V. CSJN, Fallos 315:106; 329:5903; 338:552, entre otros.

**67.** Sobre las implicancias del sintagma "reserva de ley agravada", v. Dictámenes PTN 243: 37 y 274; 246:539.

**68.** V. Yacobucci, Guillermo, op. cit., p. 37.

dario" esto es, al interés público que persigue el buen funcionamiento de la Administración en miras a lograr un eficaz y eficiente desarrollo de la actividad administrativa[69].

Luego, en los apartados siguientes hemos pasado revista a la dignidad de la persona humana como cimiento de la concepción antropológica sobre la que se construye paulatinamente la noción del Estado de Derecho o Justicia. Y singularmente, sobre su expresión paradigmática que es el principio de legalidad como tutela de este Estado de Derecho.

Ello, toda vez que la mencionada potestad disciplinaria —objeto de este estudio— alcanza su sentido y medida, en un contexto de legitimación ético jurídico del ejercicio del poder, enrolado en la búsqueda y concreción del bien común político.

En este apartado focalizaremos nuestro desarrollo en el análisis de la naturaleza jurídica de la sanción administrativa, disciplinaria en la especie, su indiferenciación ontológica con las sanciones penales, en mérito a su potencialidad ablatoria o amputatoria de derechos, la aplicación consecuente de los principios del derecho penal a la sanción disciplinaria, y por cierto, nos detendremos a examinar con qué intensidad y alcance juega el principio de legalidad y taxatividad; singularmente, si es posible afirmar en materia disciplinaria una reserva agravada de ley formal con la consiguiente acotación de la colaboración reglamentaria al campo de lo pormenor o variable.

**69.** V. Comadira, Fernando G. op. cit., ps. 43 y ss.; v. también considerandos del Decreto N.º 456/2022 que aprueba el Régimen de Investigaciones Administrativas.

### *3.6.1. La unidad del poder punitivo del Estado y la dualidad de sanciones (penales y administrativas). Origen histórico*

En ocasión de conceptualizar a la potestad disciplinaria, nos hemos referido a su manifiesta potencialidad ablatoria de derechos. En efecto, la aludida potestad cuando se concretiza, puede concluir en la sanción. Cabe entender por sanción "un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal". Esta sanción consistirá en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa[70].

Se distinguen estas sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal: la autoridad que las impone, la Administración; las segundas son impuestas por los jueces penales. Tal como explican García de Enterría y Fernández, esta dualidad de sistemas represivos está contemplada en el art 25.1. de la actual Constitución española (1978) a cuyo tenor "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en ese momento"[71].

¿Por qué esa dualidad? —se preguntan los autores colacionados– ¿tienen las sanciones administrativas respecto de las penas

**70**. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Civitas, Madrid, 2000, ps. 161 y ss.

**71.** Ídem. Tomamos en este desarrollo, como punto de partida especialmente escogido del análisis, el ejemplo de la Constitución española de 1978 —y al consecuente examen que hacen sobre el *ius puniendi estatal*, juristas españoles emblemáticos como García de Enterría y Fernández—. Ello, primordialmente porque la Constitución española asume en su art. 25, la dualidad de manifestaciones en que se ha concretizado tradicionalmente el *ius puniendi del Estado.* Y porque este art. 25 proporciona una solución práctica en la que recupera la unidad del origen histórico y ontológico a través de la asimilación regulatoria que impera. Esta asimilación será influida y retroalimentada por cierto por la jurisprudencia del TEDH que abrirá tempranamente su jurisdicción al conocimiento de las sanciones administrativas que imponen las jurisdicciones nacionales cuando advierta una cierta "coloración penal" en estas, según nos explayamos *infra.* Con ello, el modelo español deviene ilustrativo y paradigmático porque nos muestra en singular, una expresión europea actualizada propia del Estado de Derecho que anima la cultura jurídica europea. En segundo lugar, no cabe desconocer el aporte axiológico que significó la mencionada Constitución sobre el constitucionalismo y el derecho administrativo iberoamericano (v. Eto Cruz, Gerardo y Palomino Manchego, José F. "La Constitución española de 1978 y su influencia en el ordenamiento constitucional latinoamericano", disponible en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2225/4.pdf.

judicialmente impuestas alguna diferencia de naturaleza que justifique su singularidad? [72]

Expresan que esta dualidad encuentra origen en el mantenimiento en manos del Ejecutivo de poderes sancionatorios directos y expeditivos luego de la adopción del Derecho Penal legalizado y judicializado a partir de la Revolución Francesa, bajo el lema *nulla poena sine legale iudicium.*

Refieren que las monarquías europeas del siglo XIX se apresuraron a adoptar el nuevo sistema represivo, más racionalizado y objetivo pero no por eso abandonaron sus propios poderes sancionatorios sobre la base de la fórmula "*L'Administration de la police renferme l'usage de l'autorité de la justice*" (Domat).

En lo que concierne al ordenamiento español, explican, la Constitución española de 1978 dio rango constitucional a la potestad administrativa de sancionar sin proporcionar ningún criterio objetivo para distribuir el campo del *ius puniendi* en infracciones e ilícitos penales con sus correlativas sanciones y penas, dejando al legislador esa tarea (v. arts. 25 y 45.3, Constitución de España), con frecuencia en virtud de razones puramente cuantitativas[73]. Resaltan García de Enterría y Fernández que todos los esfuerzos por dotar a las sanciones administrativas de alguna justificación teórica y una sustancia propia han fracasado. Solo razones de política criminal explican las razones varias y a menudo contradictorias del legislador en favor de una u otra de esas dos vías represivas[74].

**72.** García de Enterría y Fernández, op. y loc. cit., p. 162.

**73.** Ibídem, p. 163.

**74.** A similar conclusión parece llegar Jakobs quien considera que el derecho positivo se resiste a una delimitación cualitativa tajante de infracción penal y contravención. No cabe determinar diferencias cualitativas entre infracción penal y contravención de claridad constatable en la práctica (v. Jakobs Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 67); v. también Cassagne, Juan Carlos, *El Principialismo y las Fuentes de la Constitución Nacional. Singularidad del sistema judicialista argentino*, Ediar, Bs.As., 2023, ps. 207 a 208.

Así, el mismo *ius puniendi* del Estado puede manifestarse, con excepción de las penas privativas de libertad y de otros derechos civiles y políticos, por la vía judicial penal como por la vía administrativa[75].

Queda como núcleo irreductible entonces —concluyen— un solo criterio, solo los procesos judiciales pueden imponer penas privativas de libertad y las privativas de otros derechos civiles y políticos[76].

### *3.6.2. La aplicación de los principios del derecho penal a las sanciones disciplinarias en la jurisprudencia española y del TEDH*

La unidad del poder punitivo estatal y la indiferenciación ontológica entre sanciones administrativas y penales conduce a examinar si resultan de aplicación al *ius puniendi* desplegado en el campo infraccional, disciplinario en la especie, los principios consolidados y perfeccionados para el campo del ilícito penal por el poder judicial desde la consagración del Estado de Derecho.

Como se viene de señalar, la Constitución española de 1978 incluyó en una formula común, penas y sanciones administrativas respecto de los principios de legalidad, tipicidad e irretroactividad[77].

Y en ese marco, el Tribunal Constitucional de España desde sus primeras sentencias postuló que los principios inspiradores del

**75.** García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 165.

**76.** Ibídem, p. 164. En Argentina, esta afirmación encuentra sustento en el art. 109 CN. Por ello estimamos violatorio del sistema judicialista que consagra nuestro país, las sanciones disciplinarias propias de ciertos sistemas penitenciarios que se aplican sin intervención de la defensa o del juzgado de ejecución a quienes cumplen una pena privativa de libertad; ello, en cuanto trascienden e impactan sobre el sistema de progresividad en el cumplimiento de la pena y la reinserción social (v. Santamaría Pedro, "La participación de la defensa en el procedimiento sancionador en instituciones penitenciarias federales", disponible en https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/15178.

**77.** García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 166.

orden penal resultaban de aplicación, con ciertos matices, al derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado[78].

Entre esos matices, originariamente, aparecieron las relaciones especiales de sujeción como flexión que excluía la aplicación de los principios y garantías del derecho penal a las sanciones administrativas. En estos supuestos, se admitió, en una primera instancia que las exigencias de legalidad o tipicidad se relajaran o debilitaran, incluso hasta su desaparición pura y simple[79].

Pero esta tesis —refieren García de Enterría y Fernández— fue superada por una sentencia del 29 de marzo de 1990 del Tribunal Constitucional en la que este puntualizó que la naturaleza sancionatoria de la medida impedía que la distinción entre relaciones de sujeción general y especial ya en sí misma imprecisa, desvirtuara aquella naturaleza, sin que pueda dejar de considerarse al respecto la posibilidad de que dicho acto incida en los derechos del administrado con el riesgo de lesionar derechos fundamentales. Siempre será exigible en el campo del derecho sancionatorio administrativo el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad del ciudadano[80].

Por su parte, bastante antes de esta sentencia, el TEDH integró los poderes disciplinarios entre los poderes sancionatorios generales y aplicó al procedimiento disciplinario las exigencias comunes impuestas por el art 6.1. del Convenio Europeo de Derechos Hu-

**78.** Ídem. Cabe observar de nuestra parte, que la referencia histórica que efectúan los autores traídos, coincide con el origen etimológico de la locución "*ius puniendi*", cuya raíz latina "*punire*" significa "castigar". Ello, más allá de las diferentes evoluciones que tuvieron las expresiones concretas de este *ius puniendi*, según se tratara del poder represivo ejercido por los magistrados o del sancionatorio desplegado por la Administración, cada uno en sus respectivos campos de actuación y con finalidades y características propias del régimen de la función, exhibiendo, las más de las veces, los rasgos de "parecidos de familia" (tomamos la expresión del filósofo Ludwig Wittgenstein —1889-1951—).

**79.** Ibídem, p. 167.

**80.** Ídem.

manos para los delitos a sanciones disciplinarias[81], si bien sobre la base de considerarlas de naturaleza penal conforme al criterio autónomo que ha elaborado y la "coloración penal" que pueda discernirse en las apuntadas sanciones[82].

#### 3.6.2.1. Especial referencia a la tesis de la "coloración penal de la sanción" en la jurisprudencia del TEDH

Si bien el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) es neutral en lo que al reconocimiento de la potestad sancionadora de la Administración se refiere, es decir no contiene referencias a esta, lo cierto es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha interpretado sobre la base de la doctrina del carácter autónomo que atribuye a la noción de "acusación penal" en el marco del apuntado convenio (art. 6.1. CEDH[83]), que las sanciones administrativas pueden tener una "coloration pénale" y bajo este rasgo, resultan asimilables a las propias de la acusación penal a que alude el convenio y suscitan su jurisdicción[84].

Para el TEDH nada impide que un ordenamiento nacional determine que ciertos ilícitos sean objetos de medidas punitivas de carácter administrativo con la consiguiente atribución de potestad sancionadora a órganos pertenecientes a la esfera

**81.** Concretamente lo ha hecho en el caso de sanciones al personal militar como así también a las procedentes de organizaciones profesionales y también a los presos; v. casos "Engel" (1976), "Le Compte y otros y Albert Lecompte" (1981 y 1983), y "Campbell y Fell" (1984), cit. por García de Enterría y Fernández en op. cit., p. 168; sobre los llamados "criterios del caso Engel", v. Llop, Javier Barcelona en "Las sanciones administrativas en la jurisprudencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos" a los que nos referimos *infra*, en Revista Derecho &Sociedad N.º 54, ps. 207 a 227, disponible en https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22416.

**82.** V. Llop, Javier Barcelona, op. cit., p. 210.

**83.** Reza el art. 6. 1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos al consagrar el *Derecho a un proceso equitativo*: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia."...

**84.** Llop, Javier Barcelona, op. cit., ps. 208 a 210.

de la Administración, aun cuando estas sanciones sean elevadas[85].

Pero lo relevante es que las sanciones administrativas quedan sujetas a determinadas exigencias convencionales. Tal es el nervio, explica Llop, de un consolidado argumento jurisprudencial cuya construcción arranca de la interpretación del sintagma "acusación en materia penal" que figura en el art. 6 del CEDH[86].

En la sentencia "Engel y otros" (1976) el mencionado tribunal afirmó que este concepto es una noción autónoma, lo cual supone que tiene un significado propio en el convenio e independiente del que posee en los ordenamientos nacionales[87].

De ahí se deriva una consecuencia fundamental: las garantías que consagra el referido art. 6 se aplican siempre que el tribunal considere que el ciudadano ha sido objeto de "una acusación en materia penal" en el sentido que el mismo confiere a la expresión y al margen de que conforme las disposiciones nacionales aplicadas la medida sea penal en sentido propio o no[88].

Es decir que aunque el ordenamiento nacional tipifique la infracción y la sanción  como administrativas, si el tribunal entiende que el asunto es una materia penal, rigen las garantías del art. 6 del convenio[89].

Con esto se evita que el legislador nacional sustraiga sanciones materias que tienen una "coloración penal" y las perfile como

**85.** Ibídem, p. 209.
**86.** Ídem.
**87.** Ibídem, p. 210.
**88.** Ídem.
**89.** Ídem.

sanciones administrativas, con lo cual el control de dichas sanciones escaparía a la jurisdicción del TEDH.

¿Qué debe entenderse por material penal? Con el objeto de determinar cuándo una sanción reviste carácter penal y no administrativo, el TEDH ha sentado criterios en el caso "Engel y otros" que siguen manteniendo vigencia.
Los criterios "Engel" son:

a) La calificación jurídica de la medida por el ordenamiento interno (penal o administrativa, o administrativa disciplinaria) tiene valor relativo y formal;

b) La naturaleza de la medida (penal o sancionatoria administrativa) se fija teniendo en cuenta si resulta de aplicación a cualquier ciudadano o solo a un grupo reducido de ellos (caso en que la naturaleza penal puede quedar en entredicho; o bien, si la sanción tiene finalidad disuasoria y represiva (característica de lo penal) o meramente resarcitoria o indemnizatoria (propia de lo administrativo);

c) La gravedad o severidad de la sanción a que queda expuesto el individuo;

El primer criterio es el menos trascendente para el TEDH, con respecto a los otros dos, pueden concurrir ambos o solo uno. Por otra parte, la cuantía reducida de la sanción no impide que se reconozca carácter penal a una medida si así se desprende de su naturaleza, un asunto puede ser penal aunque el importe de la sanción sea pequeño (v. TEDH, *in re* "Lauko" -1998- y "Jussila"

-2006-). Se privilegia la entraña de la injerencia sobre la entidad de la sanción[90].

Para Llop, puede resumirse la orientación jurisprudencial del TEDH de la siguiente forma: en la determinación de si una medida es penal o no a los efectos de suscitar su jurisdicción[91], la respuesta será afirmativa si predominan elementos que presentan una "coloration pénale" (coloración penal) o se advierte que una "coloration" tal es discernible[92].

### *3.6.3. La indiferenciación ontológica de las sanciones administrativas y penales según la doctrina y jurisprudencia vernáculas. La consiguiente aplicación estricta del principio de legalidad formal y del subprincipio de taxatividad o tipicidad legal*

Si bien en la doctrina argentina, la tesis de la dualidad sustancial entre sanciones administrativas y penales tiene calificados suscriptores[93], en este acápite nos explayaremos sobre la que pregona la unidad ontológica de estas.

Porque es la tesis que suscribimos desde un punto de vista filosófico realista, y porque es la tesis que consideramos desde el punto de vista axiológico, más en línea con la adecuada preservación de las garantías y derechos humanos. Y en definitiva, más acorde con la especial dignidad de la persona humana.

---

**90.** Ídem.

**91.** El TEDH consagra un concepto autónomo como explica Llop, de "acusación penal"·

**92.** Se encuentra esta expresión en los casos "Bendenoun" (1994), "Valico" (2006), "Dubus" (2009), "Sismanidis y Sitaridis" (2016), "Nodet" (2019), citados por Llop en op. cit.. p. 210.

**93.** V. reseña de las diferentes posturas en Brusau, María Soledad, tesis magistral "La inconstitucionalidad del régimen sancionatorio en materia contractual a la luz del principio de reserva legal", presentada para la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral.

Entre los autores que sostienen la indiferenciación ontológica entre las sanciones administrativas y sanciones penales, puede mencionarse a Cassagne quien ya antes de la reforma constitucional de 1994 expresaba que "las contravenciones contienen (...) idéntica sustancia penal que los delitos, no existiendo un derecho penal subjetivo de la Administración sino del Estado." (...) "si las contravenciones o faltas poseen naturaleza penal, su diferencia con los delitos constituye, en principio, una cuestión de grado y por tanto, cuantitativa, siendo aplicables en materia contravencional y en los llamados delitos administrativos, las reglas y principios que prescribe el código penal"[94].

Más recientemente, el profesor Cassagne, en ocasión de examinar la misma temática, hace suya la opinión de García de Enterría y Fernández a cuyo tenor todos los intentos por establecer bases de diferenciación entre las sanciones penales y administrativas han resultado infructuosos[95].

Por su parte, para García Pullés "...no existe ese diverso fundamento ontológico ni base normativa que justifique proclamar la existencia de dos especies del *ius puniendi estatal*, para autorizar un tratamiento desigual para los delitos del Derecho Penal y las infracciones administrativas en materia de garantías. No encuentro precepto alguno de la Constitución Nacional que autorice al Poder Ejecutivo a aplicar sanciones frente a infracciones administrativas sin una ley que le atribuya esa competencia"[96].
Este autor alerta que "ante la indiferenciación ontológica entre de-

**94.** Cassagne, Juan Carlos "En torno de las sanciones administrativas y la aplicabilidad de los principios del Derecho Penal", E.D. Bs. As, 1991, ps 939 y ss.; v. en especial, v.ps. 940 y 944.

**95.** Cassagne, Juan C., *El Principialismo y las Fuentes de la Constitución Nacional. Singularidad del sistema judicialista argentino*, op. cit., ps. 207 a 208; v. también, del mismo autor, "En torno de las sanciones administrativas...", op. cit., ps. 939 y ss.

**96.** García Pullés, Fernando "La potestad sancionatoria administrativa y las garantías del Derecho Penal", *Prudentia Iuris*, Número Aniversario, 2020, ps. 263 a 279, v. en part. p. 275. Para un análisis exhaustivo sobre las posturas doctrinales y jurisprudenciales nacionales remitimos a la tesis magistral presentada por María Soledad Brusau para la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, agosto de 2020, "La inconstitucionalidad del régimen sancionatorio en materia contractual a la luz del principio de reserva legal", trabajo dirigido por el profesor Julio Pablo Comadira.

litos e infracciones (...) es preciso extender plenamente las garantías del Derecho Penal al campo del Derecho Administrativo sancionador y limitar gravemente 'los matices en esa traslación'..."[97].

Desde el campo jurisprudencial, la CSJN ha expresado "la distinción entre delitos y contravenciones o faltas no tiene una base cierta, que pueda fundarse en la distinta naturaleza jurídica de cada orden de infracciones, para establecer un criterio seguro o una fórmula clara para distinguirlos"... [98].

Y en una postura más afín a la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional español que parecen admitir una dualidad del poder punitorio estatal, se encuentra la jurisprudencia de la COIDH —pauta de insoslayable consideración por los poderes constituidos argentinos[99]— que aplica las garantías del debido proceso legal a los procedimientos administrativos y sancionatorios sobre la base de un concepto autónomo de la noción de proceso como toda instancia de determinación de derechos[100].

De nuestra parte, hemos sustentado la identidad ontológica de las sanciones penales y administrativas (con inclusión de las

**97.** García Pullés. Fernando, "La potestad sancionatoria administrativa...", op. cit., p. 275.

**98.** CSJN, Fallos 205:173, cit. por García Pullés, Fernando en op. cit., reeditado a lo largo del tiempo por el Tribunal Cimero (v. también Fallos 324:1307 y similares colacionados por Brusau, María Soledad en su tesis magistral "La inconstitucionalidad del régimen sancionatorio en materia contractual a la luz del principio de reserva legal", *supra* citada.
Sin embargo, es de resaltar que existe jurisprudencia del mismo tribunal, anterior a la reforma constitucional de 1994 que excluía al poder sancionatorio disciplinario de la aplicación de las garantías del derecho penal, v. en tal sentido, la Resolución CSJN N.º 696/89 recaída en el expte. N.º 338/87 de Superintendencia; v. también Fallos 310:316 *in re* "María Mercedes Pereiro de Buodo" citado por Sappa, José R., "El control judicial de la potestad sancionadora de la administración: actualización jurisprudencial", en AAVV, *Control Público y acceso a la justicia,* Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Tomo 1, Astrea, Rap, Bs. As., 2016, p. 186. La mencionada resolución, expresa en su considerando 7.º): "Que de lo expuesto puede concluirse que hay una tercera especie de penas, propia de la relación de servicio del derecho público: la pena disciplinaria, que no tiene como fundamento la sola represión, o el resarcimiento patrimonial del daño causado, sino la defensa integral de la autoridad de la administración pública, y el mejoramiento del servicio público. 8.º) Que así lo ha sostenido este Tribunal al expresar que las correcciones disciplinarias no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal ni del poder ordinario de imponer penas, razón por la cual no se aplican a su respecto los principios generales del Código Penal (Fallos 203:399; 256:97). La regla de la ley penal más benigna rige en materia penal y no cuando se controla el ejercicio del poder disciplinario (sent. "Caputo, Luis" del 8-8-1985 en Fallos 307:1282)".

**99.** V. CSJN, 21-8-2003, "Videla, Jorge Rafael s/ Incidente de falta de jurisdicción y cosa juzgada" (del voto del Dr. Petracchi).

**100.** V. art. 8, CADH; v. Sammartino, Patricio M.E., en "El procedimiento administrativo en el Estado Constitucional Social de Derecho", en Pozzo Gowland, Héctor; Halperín, David Andrés; Aguilar Valdéz, Oscar; Juan Lima, Fernando y Canosa, Armando (dirs.), Procedimiento Administrativo, T. I, LA LEY, Prov. de Bs. As., 2012, ps. 628 y ss.; más puntualmente sobre la materia sancionatoria, expresa García Pullés: "...la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) ha proclamado que las garantías del Derecho Penal son aplicables íntegramente en el ámbito de las sanciones administrativas, criterio que empezó a delinearse en el fallo "'Baena vs. Panamá', se reiteró en 'López Mendoza vs. Venezuela' y se explicitó claramente en 'Maldonado Ordóñez vs. Guatemala' y en 'Flor Freire vs. Ecuador'" (v. García Pullés, Fernando en "La potestad sancionatoria administrativa...", op. cit., p. 276).

sanciones administrativas disciplinarias) en su manifiesta potencialidad ablatoria o amputatoria de derechos[101].

Afirmada esta identidad, por el principio de *ubi est eadem ratio, ibi idem ius*, resultan de aplicación, a las sanciones administrativas, disciplinarias en la especie, el principio de reserva de ley agravada propio de la materia penal que encuentra carnadura en los arts. 18, 76 y 99, ap. 3, CN así como el subprincipio de taxatividad o tipicidad legal (*lex certa*). Estos fulminan la materia penal tanto de la delegación administrativa como de la emisión de decretos autónomos, reglamentarios y de necesidad y urgencia.

**101.** Esta unidad de naturaleza no excluye diferencias específicas. Explica ARISTÓTELES en su *Metafísica* que toda definición es la noción de la esencia, de lo que hace que una cosa sea una cosa y no otra. En la definición no hay más que género primero y las diferencias; la última diferencia es la forma, la esencia del objeto; la definición es la noción suministrada por las diferencias, por la de la última diferencia (v. Aristóteles, *Metafísica*, Colección Austral, Espasa-Calpe S.A, novena edición, Madrid, 1980, ps. 168 a 169 y p. 208). La diferencia de especie es la diferencia entre una cosa y otra cosa dentro de alguna cosa que debe ser común a ambas (Aristóteles, op. cit., ps. 224 a 226). Así el género es lo que constituye la unidad y la identidad de dos seres. Es el género común a seres diferentes el que se diversifica en especies. Toda diferencia de especie es la diferencia entre una cosa y otra cosa dentro de un mismo género. De tal suerte que lo que forma la identidad de los seres es el género que los abraza a ambos.
Bajados estos conceptos filosóficos al terreno del *ius puniendi estatal,* cabe colegir que la unidad de naturaleza ablatoria que exhiben tanto las sanciones penales como las administrativas no excluye la posibilidad de que puedan presentarse diferencias específicas, como, por ejemplo, con motivo del elemento subjetivo, es decir, por el órgano que las aplica, judicial o administrativo; proyectándose según los casos, las características propias de las distintas funciones del poder. En el caso de la Administración, la falta de independencia e imparcialidad propia de la actividad administrativa en la que campea el principio de jerarquía, más allá de la necesaria objetividad en la actuación que es exigible a toda actividad estatal, y de los principios específicos que deben regir en el procedimiento sancionatorio; es por ello que, como se dijo más arriba solo los jueces puedan imponer sanciones que afecten la libertad y los derechos civiles y políticos. Pero estas diferencias "específicas" resultan justamente "paliadas", "aplanadas", allanadas —en homenaje a la mentada potencialidad ablatoria que constituye el género y hermana a las dos categorías de sanciones (administrativas y penales)— si se aplican las mismas garantías del debido proceso tanto a los procedimientos administrativos y sancionatorios como a los procesos judiciales, conforme lo ha resuelto la jurisprudencia interamericana.
A mayor abundamiento, podría decirse que teniendo en cuenta las diferencias entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial, que suscita la diferente intervención, en el primer caso, de la Administración y en el segundo, del poder judicial, resulta más que justificado extender las garantías del segundo al primero.
El elemento subjetivo diferente que se verifica en la aplicación de penas y sanciones administrativas (tribunales judiciales y la Administración, respectivamente), proyecta sobre las mencionadas penas y sanciones administrativas, indudablemente, las diferencias propias del distinto régimen jurídico de cada una de las funciones del poder; esto ha llevado a autorizada doctrina a sostener, atinadamente, que las sanciones administrativas, sean en ejercicio de la potestad sancionadora externa o lo sean en ejercicio de la potestad sancionadora interna (disciplinaria) constituyen el ejercicio de la función administrativa (v. Comadira, Fernando G., op, cit., ps. 27 y ss.). Pero esta valiosa y fundada postulación del profesor Fernando G. Comadira —que compartimos— no excluye a nuestro ver, que las aludidas sanciones administrativas participen de la naturaleza ablatoria (amputatoria) de derechos y libertades propia de las penas que aplican los tribunales judiciales. Esta naturaleza o esencia, inteligida desde una perspectiva filosófica realista que mira al ser de las cosas, ha determinado, en nuestra opinión, que los tribunales internacionales de derechos humanos apliquen —aun admitiendo la dualidad de penas y sanciones consagradas por las jurisdicciones nacionales— los principios del derecho penal a la materia sancionatoria administrativa; ello se ve singularmente en la jurisprudencia del TEDH que abre su jurisdicción internacional limitada a delitos, para juzgar sanciones administrativas así conceptuadas por las citadas jurisdicciones locales, cuando advierte una "coloración penal" (v. Llop, Javier Barcelona, op. cit., p. 210). Y nótese que esta coloración penal dimana para el TEDH de la "entraña" o naturaleza de la injerencia de la sanción y no necesariamente, de su entidad (para el TEDH, un asunto puede ser penal aunque el importe de la sanción sea pequeño; v. TEDH, *in re* "Lauko" -1998- y "Jussila" -2006- cit. por Llop).

### *3.6.4. El principio de legalidad, el subprincipio de tipicidad y la medida de la colaboración reglamentaria en el campo del derecho sancionatorio: la doctrina del complemento indispensable*

Con respecto a la vigencia del principio de legalidad en materia de sanciones administrativas sostiene el profesor Cassagne: "Emanado de la cláusula constitucional que instituye la garantía de la defensa, dicho principio prescribe que toda pena debe fundarse en ley (art. 18, Constitución Nacional). Este precepto, que algunas cartas constitucionales, como la española han incorporado al ordenamiento positivo recién en 1978 (en el art. 25.1.) posee entre nosotros una tradición que se ha arraigado en una interpretación jurídica constante, formulada a partir de la sanción de la Constitución de 1853. A su vez el citado principio se completa con la cláusula contenida en el art. 19 según la cual nadie se encuentra 'obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe`."[102].

El autor advierte que del principio de legalidad derivan trascendentes principios del derecho penal sustantivo… y que por ley debe entenderse, en mérito a la naturaleza restrictiva que demanda la interpretación de la materia en cuanto tiende a tutelar los derechos fundamentales de las personas, solamente a la ley material y formal. Concluyendo: "…las contravenciones, de naturaleza penal, no pueden ser establecidas por reglamentos, pues las autoridades administrativas carecen de competencia constitucional para crear faltas o contravenciones"[103].

**102.** Cassagne, Juan C., "En torno de las sanciones…", p. 944.
**103.** Ídem.

En el campo sancionatorio, sostienen García de Enterría y Fernández, en favor de la reserva de ley militan razones decisivas: a) la equiparación completa entre infracciones penales y administrativas; b) carácter de derecho fundamental que tiene la formulación del art. 25 en línea con el 53.1 (ambos de la Constitución española) que exige como fuente la ley para regular los derechos fundamentales; c) porque delimitando la ley sancionatoria el ámbito de lo lícito y de lo ilícito sancionable y por tanto las fronteras de la libertad, este efecto capital de la vida social no puede quedar deferido a una simple norma reglamentaria[104].

Esta imperatividad del principio de reserva de ley solo admite la colaboración reglamentaria conforme la teoría de la doctrina del *complemento indispensable*[105].

Ello significa que el reglamento no puede definir ilícitos o conductas sancionables ni las sanciones aplicables, incumbe al legislador regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones correspondientes. La colaboración reglamentaria debe acotarse al desarrollo de especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones sin alterar la naturaleza o límites que la ley contempla y que contribuyan a las más correcta identificación de las conductas antijurídicas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes[106].

El principio de legalidad lleva anejo al subprincipio de taxatividad o tipicidad, de exigencia de ley *certa*[107]; impera la exigencia de

**104.** García de Enterría y Fernández, op. y loc. cit., p. 173. Sobre el necesario cumplimiento de los principios de legalidad y tipicidad en materia de sanciones sobre la base del carácter restrictivo de derechos y libertades de estas, v. también Cueto Pérez, Miriam, "Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tipicidad y responsabilidad", *Documentación administrativa*, p. 103 disponible en https://doi.org/10.24965/da.v0i280-281.9603.

**105.** García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 174.

**106.** Ídem; v. también CSJN, 17-5-1957, "Mouviel, Raúl O. y otros s/Desórdenes art. 1.º inc. c), Escándalo, art. 1.º, inc. a)", Fallos 237:636.

**107.** En igual sentido, sostiene Cassagne: "El principio de tipicidad legal requiere tanto la descripción de los hechos que definen cada contravención como que se precisen las penas a aplicarse en cada supuesto típico, ya que en materia penal, el silencio del legislador se considera que configura un ámbito de libertad" (v. Cassagne Juan C., "En torno de las sanciones...", op. cit., p. 944). En cuanto a que la descripción de la conducta típica debe estar en una fuente legal material y formal, no parece entenderlo así la

predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes.

La tipicidad es la descripción legal de una conducta específica a la que se conecta una sanción.

La especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad sobre el que se organiza el Estado de Derecho que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y por tanto, delimitadas sin ninguna indeterminación, y en segundo lugar, la correlativa exigencia de seguridad jurídica (*lex certa*)[108]. Esta seguridad jurídica se logra acabadamente con la fuente legal y no con la reglamentaria, más fácilmente modificable y mutable.

En definitiva, la descripción del supuesto de hecho, el *tatbestand*, la *fattispecie,* la hipótesis de hecho con todos los elementos que detonarán una sanción, debe estar en la ley.

Así, el subprincipio de tipicidad no se satisface con cláusulas de carácter general que no permitan identificar de forma adecuada la conducta infractora de modo autónomo en el campo de la legalidad formal por reenviar a fuentes reglamentarias[109].

Tal como refieren García de Enterría y Fernández, el Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias (61/90 del 29 de marzo de y 207 /90 del 17 de diciembre) ha declarado la ilegitimidad de las cláusulas sancionadoras por las que se castiga genérica-

COIDH en el caso "Mina Cuero vs. Ecuador" (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y costas), sentencia del 7-9-2022, párr. 105 en el que el aludido tribunal sostuvo que las faltas disciplinarias pueden estar establecidas en normas que no tengan rango legal; v. también "*Maldonado Ordóñez Vs. Guatemala*", párrs. 89 y 95, citado en "Mina Cuero". Sin embargo, ello no excluye que nuestro ordenamiento jurídico sea en tal sentido más garantístico de las libertades individuales de conformidad con las exigencias constitucionales vernáculas y nuestra tradición cultural. Debe en tal sentido tenerse presente que los textos internacionales. en puridad, son mínimos a tener en cuenta por los ordenamientos y praxis locales y no máximos.

**108.** García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 174.

**109.** Ídem.

mente la infracción de los deberes contemplados en una norma en cuanto remita su concreción no a normas con rango de ley sino a reglamentos[110].

Para estos juristas, el principio de tipicidad se basa en razones de legitimidad democrática de la intervención punitiva; en lo sustancial, cabe considerar también que hace a la necesaria limitación del poder de la Administración en un Estado de Derecho sobre bases objetivas y generales que aseguren tanto el respeto de la dignidad de la persona como la necesidad y pertinencia de la limitación de la libertad de que se trate; a más de la seguridad jurídica.

No ignoramos que calificada doctrina administrativa tanto nacional como del derecho comparado admite que el principio de tipicidad no resulta exigible de un modo absoluto en el campo del derecho administrativo sancionatorio en tanto reconoce matices o dificultades en su extrapolación del derecho penal a este. Ello sobre la base de considerar que "...las posibilidades de infracción a las normas específicas de la disciplina evidencian una multiplicidad de variantes que son insusceptibles de ser encerradas en la descripción típica"[111].

De nuestra parte, entendemos que la dificultad técnica de tipificación legal que puede verificarse en el campo de la limitación de las libertades y derechos de la persona para la debida preservación del interés público secundario no puede conducir a una

**110.** García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 175.

**111.** Ver autores citados por Comadira, Fernando G., en op. cit., ps. 379, nota a pie N.º 1104. Sin embargo, en lo tocante a la menor exigencia de precisión en los tipos descriptivos de las faltas administrativas disciplinarias, admitida en general por la doctrina, advierte Comadira: " ...resulta insoslayable señalar que las conductas deben necesariamente encuadrarse en las figuras previstas, de modo tal que serán inválidas las normas que pretendan derivar conductas sancionables por la sola voluntad del funcionario superior o en su caso, sustentadas en la norma que otorga la atribución sancionatoria" (Comadira, op. cit., p. 379). Para Quintero Olivares G. —colacionado por Cueto Rúa en op. cit. p. 96 — "la extensión a absolutamente todas las infracciones administrativas del total sistema penal, acarrearía la esclerosis del derecho sancionador, consecuencia nada deseable, pues también de su eficacia depende el bienestar colectivo."

solución restrictiva de derechos y libertades, esto es, que opte por herramientas que permitan una incriminación sin ley estricta. Debe, en cambio, resolverse en favor del principio ontológico de la libertad de la persona humana[112]. Nos apuramos a señalar que la taxatividad legal no es incompatible con la utilización de la técnica de los referidos "conceptos jurídicos indeterminados". Ello en tanto estos implican un proceso de cognición y no de volición y solo pueden concretizarse en una única solución justa[113].

---

**112.** Porque ¿qué cabe esperar del administrado, si la propia dogmática jurídica reconoce la virtual imposibilidad de "encerrar" en la descripción típica, las posibles faltas administrativas, por su variedad...? ¿cómo puede el empleado público, precaverse de incurrir en faltas no tipificadas en normas por esta "insusceptibilidad" de descripción de las posibilidades de infracción a las normas específicas de la disciplina que rompe con la indiscutible función de garantía del tipo delineada por la dogmática penal? La respuesta cae por su peso: solo puede esperarse el sacrificio de la seguridad jurídica y la inversión del principio ontológico de la libertad, el desconocimiento de los arts. 18 y 19 de la CN. La cuestión de la imperatividad del tipo legal en materia sancionatoria, tanto externa como interna disciplinaria no debe ser confundida con la relativa o mayor apertura que pueden presentar ciertas descripciones típicas frente a otras, por la textura abierta del lenguaje que es el soporte de la proposición jurídica y que hace a su transmisibilidad, y asimismo, por el dinamismo y variabilidad constante de las relaciones vitales, interpersonales y sociales que constituyen la historicidad del derecho y que inciden diacrónicamente en la significación del lenguaje. Pero dar solución a estas cuestiones —luego de logrado el mejor perfeccionamiento técnico jurídico posible del tipo en la fase legisferante— será tarea de la hermenéutica y de la razonable sindéresis que tendrá lugar en la fase aplicativa de la norma, sea por el juez en el caso de las penas, sea por la Administración en el caso de las sanciones. Porque la tipicidad legal no tiene en todos los casos la misma hermeticidad. También en el derecho penal se presenta la problemática de la mayor o menor apertura de la descripción típica y de los tipos legales abiertos que reclaman en el juez una "concreción intensiva por medio de la interpretación" (v. Jacobs, Günther, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, ps. 196 a 197). Pero si el reconocimiento de esta textura abierta del lenguaje que se suma a la historicidad del derecho no permiten al derecho penal apostatar del principio de legalidad, tampoco puede hacerlo el derecho administrativo sancionatorio externo o interno disciplinario, que debe sumar a las técnicas del derecho penal elaboradas para estos supuestos, el instrumental del derecho administrativo (conceptos jurídicos indeterminados, control de los elementos reglados del acto emitido en ejercicio de atribuciones parcialmente discrecionales y de su razonabilidad, etc.). Téngase al respecto presente la función de garantía del tipo destacada por la dogmática del derecho penal, extrapolable por cierto al derecho administrativo sancionatorio externo e interno. Con respecto a las soluciones procuradas por el derecho penal consideramos que la noción de "tipo total" perfilada por Roxin (v. Roxin, Claus, *Teoría del Tipo Penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídicos,* IBde F, Bs As, 2014, ps. 277 a 279, 298 y ss. y 174) plantea ciertas analogías funcionales con la construcción administrativa del "concepto jurídico indeterminado" y no excluye la vigencia irrestricta del principio de legalidad. Expresa Roxin que el tipo "total" de injusto es esencialmente correcto, toda vez que la idea según la cual el juicio de disvalor legislativo está expresado en el tipo penal, es un fundamento por el cual las circunstancias excluyentes de lo injusto corresponden sistemáticamente al tipo, dado que ellas aportan a la determinación del injusto tanto como los elementos de la descripción particular del hecho. Naturalmente llevan a cabo esta función de otra manera: mientras los tipos penales de la parte especial describen directamente lo injusto jurídico-penal, los elementos de la justificación describen un comportamiento que precisamente no es contrario a derecho. Considera "...totalmente razonable concebir un tipo descriptivo de lo injusto frente a otro tipo excluyente de lo injusto, en los que se agrupen ambas especies de elementos y proceder en la resolución de los casos concretos comprobando primero el tipo fundamentador de lo injusto y luego el excluyente de lo injusto"... y pregona: "es recomendable abarcar ambos tipos en un tipo total , pues ellos sirven de la misma manera a la tarea de definición de lo injusto jurídico-penal que constituye la esencia del tipo" (Roxin, op. y loc. cit., ps. 277 a 279).

**113.** Explica Brewer Carías, con cita de García de Enterría y Fernández, que la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites), con la intención de acotar un supuesto concreto, unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello, advierte, se trata de un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectivo de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional. Siendo la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la ley permite.
En la discrecionalidad, —precisa— la operación que debe realizar la administración es siempre de naturaleza volitiva; como sucede, por ejemplo, cuando la ley faculta a la administración para tomar una medida dentro de un límite máximo y mínimo claramente determinado, según la gravedad de la falta.
En cambio, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados la operación que realiza la administración es de naturaleza intelectiva: la administración cree, juzga, estima, aprecia que la edificación, por ejemplo, amenaza o se encuentra en ruina. Esta distinción provoca efectos importantes: mientras en el caso de la discrecionalidad no hay posibilidad de controlar esa voluntad puesto que la ley se la atribuye expresamente, dejando a salvo, sin embargo los límites de la logicidad, razonabilidad, justicia y proporcionalidad; en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, siempre cabe la posibilidad de que la administración se haya equivocado en su juicio, y tal error es el que precisamente puede ser controlado y corregido por los tribunales contencioso administrativos (Brewer Carías, Allan, "La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa", en Cisneros Farías, Germán, Fernández Ruiz, Jorge y López Olvera, Miguel (coordinadores), *Control de la Administración Pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo* (2007), ps. 100 y ss., disponible en http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/11309/la-tecnica-de-los-conceptos-juridicos-indeterminados-como-mecanismo-de-control-judicial-de-la-actividad-administrativa.pdf?sequence=13&isAllowed=y] y también en https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/08/528.-491.-Conceptos-jur%C3%ADdicos-indeterminados1-16-02-05.pdf

Por otro lado, la apuntada dificultad en la descripción y aprehensión de las conductas que merecen un juicio disvalioso por parte del derecho, que en definitiva es de carácter técnico, jurídico y superable, se da plenamente en el campo del derecho penal que en el camino de su evolución histórica[114] y de su perfeccionamiento técnico ha debido y debe enfrentar cotidianamente desafíos similares. Ante la dificultad en la protección de los bienes jurídicos tutelados, sean estos de la comunidad o se trate del interés público secundario tendente al buen funcionamiento de la organización administrativa, la solución nunca puede ser el fácil sacrificio o amputación de los derechos de la persona[115].

Examinada la cuestión desde la ponderación de los valores jurídicos en juego, no deja de sorprender que el principio de máxima taxatividad legal flamee inconcuso en el ámbito del derecho tributario —patrimonial por excelencia pero igualmente vinculado a la subsistencia del Estado— donde asume el carácter de verdadero dogma de fe tanto para la doctrina como para la jurisprudencia[116], y sea objeto de dudas, vacilaciones y relativizaciones en materia de derecho administrativo disciplinario cuya aplicación puede afectar derechos fundamentales de la persona, no disponibles ni renunciables, a diferencia de lo que acontece con los derechos patrimoniales primordialmente alcanzados por el derecho tributario[117].

---

**114.** Es que el Derecho en todas sus ramas es un producto histórico y cambiante; explica Henkel que el Derecho "...se halla implicado de dos distintas maneras en los cambios históricos de la Sociedad, que con una variedad inimaginable, se producen entre su nacimiento y su desaparición: ...como producto del espíritu común que se desarrolla según las leyes que rigen todo lo vivo, en el progreso y en el cambio; en segundo lugar, a causa de la dependencia (...) del Derecho de la conformación fáctica de las relaciones vitales y sociales externas , las cuales se encuentran, asimismo, en constante cambio" (v. Henkel, Heinrich, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Biblioteca Política Taurus, Madrid, 1968, ps. 68 a 69).

**115.** Entendemos de conformidad con los principios que han delineado el Estado de Derecho a lo largo del tiempo —que han sido extensamente aludidos en los apartados iniciales de este trabajo— que el incumplimiento de la taxatividad legal por parte del legislador en ocasión de restringir libertades y derechos debe resolverse, sea a través de la declaración de inconstitucionalidad de la norma, sea mediante el recurso a la *máxima taxatividad interpretativa* entendiendo el texto en la forma más restrictiva del poder punitivo posible ( Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alarcia, Alejandro, Slókar Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Bs. As., 2014, p. 106). Ello, agregamos nosotros, en función del principio ontológico de la libertad del hombre que es un *prius* para el derecho, así como el de su dignidad (en similar sentido, v. Cassagne, Juan C., "en torno de las sanciones....", op. cit., p. 944). De consiguiente, la solución del Derecho no puede nunca, en caso de duda o indeterminación normativa, optar en favor del *ius puniendi* estatal.

**116.** CSJN, 27-12-1996, "Autolatina Argentina S.A: (T.F. 12463-I) c/Dirección General Impositiva, (Considerando 20).

**117.** Esta inconsecuencia valorativa —en nuestra opinión— se basa en la suma histórica de diversas falacias y argumentos que están más marcados por la historicidad del derecho que por la prueba concreta de su carácter verdadero y que, por lo tanto, hoy resultan anacrónicos. En primer lugar, cabe considerar que la dificultad en definir las conductas ilícitas en el plano administrativo

En definitiva, no se trata en modo alguno de abdicar del poder punitivo del Estado en lo relativo al interés público secundario —indispensable para la efectiva realización del Bien Común—, ni de postular una concepción insolidaria de los derechos y garantías que no tenga en cuenta las "justas exigencias del Bien Común" (art. 32 CADH); se trata de superar las dificultades que presenta la faena jurídica y jurígena a través de la necesaria perfección técnica de las herramientas jurídicas, tanto en el *plano legisferante* como en el *plano aplicativo* de la norma con el objeto de hacer prevalecer las disposiciones constitucionales enderezadas a la debida preservación de las libertades y derechos de la persona[118].

### 3.7. La materia disciplinaria: ¿reserva de ley agravada?

Tanto por aplicación de la regla a cuyo tenor para restringir derechos constitucionales se requiere de ley formal como por aplicación del criterio de la identidad ontológica entre ilícitos penales e infraccionales y consiguiente aplicación del principio *nulla poena sine praevia legge*, aparece en el ordenamiento jurídico argentino la imperatividad del principio de legalidad en materia disciplinaria.

---

es similar (sino igual) a la que enfrenta el derecho penal, que, además de los desafíos permanentes que presenta la textura abierta del lenguaje y el dinamismo cultural, debe tipificar delitos día a día más complejos, fruto de la evolución técnica y considerablemente, a raíz de los desarrollos cibernéticos y de la inteligencia artificial; a esto se suma, en segundo lugar, una cierta subestimación o prejuicio respecto del derecho disciplinario: se parte de la base de que el derecho sancionatorio administrativo, interno o disciplinario en la especie, implica sanciones menores a las penales, es decir, que producen en puridad una afectación "tolerable" de derechos de las personas y sobre esa falsa presuposición, se admite una cierta relajación o flexibilización de las garantías penales, sobre todo de la taxatividad legal, en puridad, imperadas por el debido proceso legal o derecho de defensa. Esto no es hoy científico; como hemos explicado *supra*, el TEDH ha privilegiado en determinados casos la sustancia o entraña penal de la sanción calificada como administrativa por el ordenamiento nacional, magüer su escasa entidad (TEDH, *in re* "Lauko" -1998- y "Jussila" -2006-). En tercer lugar, se asume como natural, el voluntario sometimiento de la persona a la relación de empleo público, tradicionalmente considerada como relación o estado de especial sujeción por su histórico origen estatutario. Hoy la evolución de la conciencia jurídica expresada a través de diversas convenciones internacionales de derechos humanos y del trabajo, no admite la disponibilidad o renuncia en el marco del contrato de empleo público, de derechos que comprometen a la persona y su dignidad, protegiendo nuestra constitución desde temprano, "el trabajo en sus diversas formas".

**118.** El derecho administrativo sancionatorio sin abjurar del principio de legalidad y tipicidad puede muy bien enriquecer y complementar las técnicas que utiliza el derecho penal siempre dentro del campo de la legalidad formal (ley penal en blanco, tipo abierto, tipo "total" postulado por Roxin, etc.) con las ricas instituciones que provee el derecho administrativo (principialismo, conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y control de los actos emitidos en ejercicio de potestades parcialmente discrecionales).

Pero cabe preguntarse si en la materia disciplinaria rige una especial reserva de ley agravada con sus notas de *lex scripta*, *praevia* y *certa*.

En tal sentido, entendemos que del juego de los arts. 18, 76 y 99, apartado 3 de la CN, surge prístina una reserva de ley agravada para la materia penal[119]. Participando las sanciones disciplinarias de la apuntada naturaleza penal, ablatoria de derechos, cabe colegir que más allá de la exigencia de ley para regular el ejercicio de cualquier derecho constitucional perfilada en la parte dogmática de la CN, cuando se trata del campo infraccional, esta exigencia asume mayor imperatividad aún, en tanto la materia penal —a la que se asimila la infraccional, disciplinaria en la especie,— no podría ser materia ni de la delegación legislativa, ni de un decreto de necesidad y urgencia (v. arts. 76 y 99, ap. 3, CN).

*3.7.1. La inadmisibilidad de incluir en el régimen de las sanciones contractuales a las sanciones del contrato administrativo de empleo público*

En el ámbito contractual administrativo, el incumplimiento ilegal de las obligaciones asumidas detona la aplicación de una sanción que consiste en la pérdida de la situación jurídico administrativa de ventaja como consecuencia de que la Administración deja sin efecto temporal o definitivamente un acto administrativo favorable al contratista sancionado que le procuraba esa situación de ventaja o derecho[120].

**119.** Reza el art. 99, ap. 3, CN, respecto de las atribuciones del Presidente de la Nación como cabeza de la Administración Pública y del Estado: "Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. 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."

**120.** García de Enterría y Fernández, op. cit., ps. 170 y ss.

Explican García de Enterría y Fernández que en todas las relaciones bilaterales (contratos, concesiones) distintas de la relación de empleo público, la responsabilidad por los eventuales incumplimientos se sustancia en el seno de la propia relación, por virtud de la misma (responsabilidad contractual) y no del poder sancionatorio general sin otra particularidad sobre las instituciones paralelas jurídico privadas que la disponibilidad de la autotutela por parte de la Administración[121].

En coincidencia con la exclusión de la relación de empleo público que realizan estos autores, de nuestra parte, agregamos que en el ámbito administrativo disciplinario no se puede argüir el carácter contractual de la relación de empleo público para considerar que las cuestiones disciplinarias deban dirimirse en el campo de la responsabilidad contractual en términos meramente patrimoniales y renunciables. O invocarse el voluntario sometimiento o acatamiento del empleado público en ejercicio de la autonomía negocial que caracteriza a las relaciones contractuales.

Porque los derechos implicados en la relación de empleo público, en tanto conciernen al débito laboral de la persona humana, por su dignidad, asumen el *status* de derechos fundamentales, comprometen los fines existenciales de la persona humana y no resultan disponibles ni renunciables, a diferencia de lo que acontece en el marco de contratos administrativos de contenido patrimonial renunciable (v.gr. contrato administrativo de obra pública, concesión de obra pública, concesión de servicios públicos, concesión de uso de bien del dominio público, suministros, etc.).

**121.** García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 171.

## 4. EL ALCANCE CONCRETO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA DE DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO. EXÉGESIS A PARTIR DE LA TEORÍA EGOLÓGICA DE COSSIO

Afirmada *supra* la imperatividad del principio de legalidad formal en el campo del derecho administrativo disciplinario, afirmada la identidad ontológica entre la sanción administrativa disciplinaria y la sanción penal, cabe realizar la disección de la norma jurídica como estructura lógica para examinar cuál es el alcance concreto y pormenorizado de esta aplicación, esto es, qué elementos específicos de la norma deben encontrarse previstos en el campo de la legalidad formal para dar satisfacción al aludido principio.

A estos efectos, resulta útil recurrir a la estructura normativa que plantea la denominada teoría egológica de Carlos Cossio, que ha sido más arriba colacionada (v. apartado 3.3 de este trabajo) en tanto considera a la libertad humana como un axioma ontológico en el cual se apoya el derecho; ello, aun cuando no se suscriban las premisas filosóficas de su pensamiento existencialista y fenomenológico.

Desde esta aproximación, hemos observado que el presupuesto de aplicación de la sanción es el incumplimiento del consecuente de la endonorma (*dado NO B, debe ser S*). Por ello, por aplicación del principio de legalidad, el consecuente de la endonorma (*debe ser B*), que recordemos, involucra una obligación (de hacer o de no hacer —que en el caso del empleado público se reconduce a deberes y prohibiciones)— resulta alcanzado por la reserva de ley formal; es decir, no resulta satisfecho con una norma jurídica típica que no califique como ley formal (v. arts. 14 y 28 CN). De ahí que todo reenvío que reclame la colaboración de una

norma administrativa que no respete la exigencia de constituir una ley en sentido formal, viola el principio de legalidad, de rango constitucional.

Porque tanto la endonorma (con su antecedente y consecuente) como la perinorma que contiene la sanción, deben ser gobernadas por la legalidad formal; es que cuando se regulan derechos, se restringen libertades (arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28, 33, y en especial, arts. 76 y 99, ap. 3, CN).

De consiguiente, las prestaciones o deberes de conducta (deberes y prohibiciones del empleo público) deben estar perfilados, pormenorizadamente regulados, por la norma jurídica legal (en el consecuente de la endonorma) o en su integración normativa por remisión a un plexo *legal*; no alcanza así, como ha explicado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español citada más arriba, con que una norma legal indique latamente que el incumplimiento de deberes y la violación de prohibiciones constituirá una falta disciplinaria, si estos deberes y prohibiciones no están detallados y perfilados por una fuente legal formal. Porque tal temperamento vulneraría el subprincipio de tipicidad o taxatividad propio del principio de legalidad.

Cabe insistir —siguiendo a García de Enterría y Fernández— en que la articulación del contenido y alcance de los deberes exige una cobertura a nivel de ley formal como materia reservada que aquellos son, en cuanto límite del libre desenvolvimiento de la personalidad[122].

Esta articulación técnico normativa del principio de legalidad en materia de restricción de derechos se advierte con singular cla-

**122.** García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 35.

ridad en la materia tributaria. Ello, en tanto el denominado hecho imponible, o presupuesto de hecho de la obligación tributaria como esta última, ocupan el antecedente y consecuente de la endonorma, respectivamente. Y ni la doctrina ni la jurisprudencia vacilan en afirmar que todos los elementos que integran tanto el hecho imponible (antecedente de la endonorma) como los elementos de la obligación tributaria (consecuente de la endonorma) deben estar todos, absolutamente todos, perfilados por la legalidad formal[123].

Desde esta atalaya, cabe afirmar que *toda* la materia administrativa disciplinaria por su potencialidad ablatoria y restrictiva de derechos debe ser delineada a través de la taxatividad legal (ley formal).

Porque tanto cuando se ejerce el poder punitivo del Estado (sea en clave penal *strictu sensu*, como en clave infraccional, disciplinaria en la especie), como así también en materia tributaria —terrenos en los que refulge la reserva de ley constitucional—, el problema de la remisión de la norma legal al campo administrativo en la complementación de la norma no puede superar la dimensión reglamentaria, trascender la fijación de pormenores o ultimación de detalles[124].

En tal sentido, la situación admite ser examinada desde la perspectiva que ofrece la ley penal en blanco y con las mismas respuestas.

**123.** Sobre los elementos del hecho imponible o hipótesis de incidencia o presupuesto de hecho de la obligación tributaria y respecto de los elementos de esta, v. Corti, Arístides, Buitrago, Ignacio J. y Calvo Rubén A., en "La estructura jurídica de la norma tributaria", Jurisprudencia Argentina, 29-6-1988, N.º 5574; en igual sentido, v. Dictámenes PTN 243:37 y 274; 246:539, relativos a la reserva legal agravada que existe en materia tributaria.

**124.** V. CSJN, 17-5-1957, "Mouviel, Raúl O. y otros s/Desórdenes art. 1.º inc. c), Escándalo, art. 1.º, inc. a)", Fallos 237:636.

La ley penal en blanco es aquella cuyo supuesto de hecho debe ser completado por otra norma producida por una fuente jurídica legítima[125].

Consiste en una estructura compleja formada a través de una norma principal —núcleo de la prohibición y de la sanción— y otra de tipo complementaria —especificadora—que puede ser de origen legislativo o administrativo. Para algunos autores la ley penal en blanco propiamente dicha es la que remite a disposiciones de tenor administrativo, no legal[126].

Cuando esa fuente es administrativa, el principio de legalidad que campea en materia de derecho sancionatorio, veda que la reglamentación determine lo esencial de la materia prohibida, esto es que defina lo ilícito en sí mismo. La norma integradora solo puede fijar detalles, pormenores, condiciones circunstancias[127].

La reglamentación administrativa debe operar solo sobre elementos circunstanciales del elemento típico que admitan ser encuadrados en el campo de lo reglamentario por su variabilidad y dinamismo. En efecto, las leyes penales en blanco deben estar justificadas en función del bien jurídico a que se refieren, singularmente a su dinamismo[128] y a la movilidad normativa necesaria para su atención; pero la ley remitente debe contener el núcleo esencial de la prohibición.

**125.** V. la opinión de Bacigalupo, citada por Guillermo Yacobucci, en op. cit., p. 416.

**126.** V. García Cavera, citado por Guillermo Yacobucci en op. cit., p. 415.

**127.** CSJN, sentencia vertida en el caso "Mouviel", *supra* citado.

**128.** Yacobucci, Guillermo, op. cit., p. 419. Explica este autor que la remisión a normas administrativas suele justificarse en las apuntadas razones de necesidad generadas por el propio dinamismo de la materia de que se trate, v.gr. áreas de control de riesgos, salud, medio ambiente, flujos económicos, fiscales o financieros que exigen por su naturaleza mutable y dinámica, que la concreción o especificidad de la imputación típica tenga fuente administrativa; v. también Milanese Pablo, "Criterios de justificación del uso de la ley penal en blanco para la protección de bienes jurídicos colectivos", tesis presentada en el Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Granada, disponible en https://digibug.ugr.es/handle/10481/56855.

Sólo en estos casos, las remisiones son válidas en tanto el núcleo esencial de la infracción este tipificado en la ley penal remitente. Teniendo en cuenta que la falta de ajuste de la conducta por parte del empleado público a los deberes y prohibiciones que constituyen el régimen disciplinario de la función supone justamente el presupuesto de hecho que detona la aplicación de la sanción, y teniendo en cuenta que aquellos carecen por principio de la naturaleza dinámica y variable propia, por ejemplo de las cuestiones atinentes al régimen económico, cambiario, aduanero etc., cabe excluir a la configuración de los deberes y prohibiciones del campo de reglamentación administrativo propio de la técnica de la ley penal en blanco[129].

## 5. PROGNOSIS CONCLUSIVA: LOS DEBERES Y PROHIBICIONES DEL EMPLEADO PÚBLICO RESULTAN ALCANZADOS POR EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EN TANTO INTEGRAN EL CONSECUENTE DE LA ENDONORMA CUYO INCUMPLIMIENTO DETONA LA SANCIÓN CONTENIDA EN LA PERINORMA

Hemos sostenido a lo largo de este trabajo, la indiferenciación ontológica entre sanciones administrativas y penales y la consiguiente aplicación a ellas del principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, prescripto por nuestra Constitución.

Esta indiferenciación ontológica, en nuestra opinión, se proyecta por cierto sobre el derecho sancionador disciplinario o interno, si

**129.** Cabe por cierto diferenciar la ley penal en blanco del "tipo abierto". En función del mayor o menor margen de interpretación que ofrece el tipo penal, se diferencian los tipos penales cerrados y los tipos penales abiertos. Jakobs conceptúa los tipos penales abiertos como "abiertos a la concreción intensiva por medio de la interpretación" (v. Jacobs, Günther, Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, Madrid, 1997, ps. 196 a 197); para Roxin, en los tipos abiertos acuñados por Welzel, el juez se ve en la obligación de investigar la antijuridicidad mediante la comprobación de los llamados elementos del deber jurídico (v. Roxin, Claus, op. y loc. cit. p.6; v. también sobre la noción de tipo abierto, Gorra Daniel Gustavo, "¿Los jueces crean derecho cuando «definen» los tipos penales abiertos?" DPyC 2014 (agosto), 203,TR LALEY AR/DOC/1446/2014; Puricelli, José Luis, "El intérprete frente al tipo penal abierto y el principio de legalidad", DPyC 2022 (septiembre), 210; TR LALEY AR/DOC/2264/2022).
A diferencia de los tipos penales abiertos, las leyes penales en blanco no son tipos penales que requieran de un complemento extralegal librado a la interpretación del juez, sino que la especificación de los elementos típicos se realiza sobre la base de la ley a la que se reenvía. Si bien la norma que remite puede tener cierto grado de indeterminación en tanto debe ser completada por otra, la interpretación judicial no es autónoma sino que debe sujetarse a parámetros perfilados por la norma remitida.

se pone el foco en la potencialidad esencialmente ablatoria de la sanción, se aplique esta en el orden externo, es decir, *ad extra*, de la Administración, o hacia el seno interno de la organización administrativa.

Ello, aun cuando no se nos escapa que durante mucho tiempo se ha intentado apartar al derecho disciplinario tanto del derecho sancionatorio como de la aplicación de los principios penales que hacen en puridad al debido proceso sobre la base de la diversa finalidad de los sistemas sancionatorios (externo e interno)[130].

Pero lo cierto, es que el dato común de ambos que los torna asimilables en su esencia y que en puridad los hermana, se encuentra en la aludida potencialidad ablatoria de derechos que exhibe toda sanción, cualquiera fuera el ámbito en el que se aplique, penal o administrativo externo o interno disciplinario.

Es justamente este aspecto, en nuestra opinión, el que examinado en el contexto constitucional preexistente a 1994 pero sin dudas, reforzado a partir de la reforma constitucional de 1994 —y a la luz de la jurisprudencia interamericana colacionada— impide justificar un tratamiento distinto a las sanciones disciplinarias.

Entendemos que el fundamento de buen orden del servicio que debe presidir el ejercicio de la potestad disciplinaria como potestad sancionatoria administrativa interna no es incompatible con la debida preservación de los derechos (humanos) del empleado público, funcionario o trabajador del Estado.

**130.** V. Resolución CSJN N.º 696/89 recaída en el expte. N.º 338/87de Superintendencia; también Fallos 310:316 *in re* "María Mercedes Pereiro de Buodo" citado por Sappa, José R., "El control judicial de la potestad sancionadora de la administración: actualización jurisprudencial", en AAVV, *Control Público y acceso a la justicia,* Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Tomo 1, Astrea, Rap, Bs. As., 2016, p. 186.

Desde esta mirada, resultan objetables y anacrónicos, los regímenes que ora perfilan faltas y sanciones por la vía administrativa, ora delinean los deberes y prohibiciones del empleado público a través de reglamentos y no de ley formal en tanto el incumplimiento de estos deberes y la eventual violación de las prohibiciones constituirá el presupuesto de hecho que detonará la aplicación de la sanción[131].

Y destacables, sistemas como el de la Ley Marco del Empleo Público Nacional N.º 25.164, que cumpliendo con el principio de taxatividad, dota de fundamento legal, tanto a las sanciones que perfila como a las causales que suscitan la aplicación de estas, definiendo los deberes y prohibiciones a través de la ley formal.

En similar sentido, nos parece ejemplar e ilustrativa la disposición constitucional del art. 53 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que establece una reserva de ley formal en cuanto a incompatibilidades relativas a empleos gratuitos y comisiones eventuales. Ello, toda vez que el incumplimiento del régimen de incompatibilidades del empleo público puede calificar, verosímilmente, como una falta.

Consideramos así que en el estado actual de evolución de la conciencia jurídica, resulta insoslayable hoy, la aplicación estricta del principio de taxatividad legal en materia de faltas y de sanciones disciplinarias debiendo encontrarse todos los elementos de la proposición jurídica (endonorma y perinorma) perfilados de modo exhaustivo en la ley formal.

---

**131.** V. a título de mero ejemplo, el régimen disciplinario específico para encargados de registros de la propiedad del automotor perfilado por el Decreto N.º 644/89 en tanto las sanciones de apercibimiento y suspensión que prevé en su art. 9.º, no encuentran sustento legal sino reglamentario. Sí, encontraría cobertura legal, la remoción, contemplada también en el aludido artículo art. 9.º del Decreto N.º 644/89 en tanto este reenvía al artículo 40 del Decreto N.º 6582/58 ratificado por la Ley N.º 14.467. Texto ordenado por Decreto N.º 4560/73.

La omisión de cumplimiento del principio de taxatividad legal en materia de fijación de deberes y prohibiciones —en atención a que ineludiblemente integran el consecuente de la endonorma— habilitaría, de consiguiente, por su gravedad, la invocación de la denominada autotutela privada de derechos (desobediencia).

Explica Sammartino que "esta técnica no jurisdiccional solamente puede ser empleada cuando se exija el cumplimiento de un acto de gravamen que padece un vicio grave y ostensible (nulidad absoluta y manifiesta), y que, por consiguiente, no vincula a la obediencia pues, en tales condiciones, según se afirma, carece de presunción de legitimidad[132].

El enfoque que venimos de exponer no pierde de vista el necesario equilibrio que debe primar en la interpretación de los derechos de las personas con las exigencias del Bien Común (art. 32 CADH). No implica un fundamentalismo garantista o individualista que solo conduce en definitiva, a la negación de la naturaleza social del ser humano[133] y del Derecho. Pero parte de una especial consideración de la dignidad de la persona humana y de una especial preocupación en evitar que la maleza normativa sublegal[134]

---

**132.** Sammartino, P. M., "Medidas cautelares frente a autoridades públicas", 2011, *Documentación Administrativa*, (269-270), https://doi.org/10.24965/da.v0i269-270.5642.

**133.** Es que los derechos humanos, no por ser de la persona, individuales, dejan de tener, por cierto, una impronta eminentemente social reflejo de la propia naturaleza humana.
Esta impronta social es muchas veces desconocida por abordajes que exaltan las notas de la individualidad y prescinden de la mirada del contexto, de correlacionar el ejercicio de los derechos con los deberes que la persona tiene "para con la familia, la comunidad y la humanidad"; en definitiva, de compatibilizar los derechos con las "justas exigencias del Bien Común en una sociedad democrática".
Así, el individualismo que surge a partir del nominalismo de Guillermo de Ockham (1285-1347), las proyecciones del individualismo sobre el voluntarismo en general, y sobre el dezisionismus de Carl Schmitt (1888-1985). En efecto, como lo hace notar Arturo E. Sampay en su impar obra Introducción a la teoría del Estado (Ediciones Politeia, Bs. As. 1951, p. 16 y ss.), el voluntarismo, que es consecuencia de negar la posibilidad de conocimiento de la realidad objetiva y metafísica y aun de rechazar la propia existencia de esta y de su deber ser inherente, deriva, en materia de organización política, tanto en el liberalismo como en el totalitarismo. De ahí, la influencia, solo en apariencia paradojal, que tuvo un pensador como Hobbes (1588-1679), en estos dos sistemas y sus derivados (v. Rodríguez María José, "La estabilidad del acto administrativo frente a la vigencia irrestricta de la juridicidad. Algunas perplejidades en materia tributaria, publicado en CIJur, 13-5-2021, disponible en https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/14974).

**134.** Maleza normativa que lejos está de respetar el principio de legalidad pese a dar lugar a la aplicación de sanciones administrativas que inciden significativamente en los derechos y libertades de las personas; v. por ejemplo, el Decreto N.º 18/97 que aprueba el Reglamento de Disciplina para los Internos, por el que se reglamenta el Capítulo IV, "Disciplina", de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N.º 24.660; v. en similar sentido, Mensaje Militar MM SUBJEMGE 8929/18, acto reglamentario de alcance general destinado a reglar el procedimiento a seguir en los casos de presunta comisión de la presunta falta gravísima de "deserción" en el Ejército Argentino emitido en el marco del Código de Disciplina castrense (v. art. 31), pero que incurre en notorio exceso reglamentario dado que dispone medidas como la suspensión de haberes del presunto infractor y de los beneficios de la obra social que carecen de cobertura legal (v. Rodríguez Zabala, Martín Alberto, "La falta gravísima de 'deserción' y la problemática jurídica en torno a su tipificación y juzgamiento en el ámbito del Ejército Argentino", Trabajo de Investigación Final presentado para la obtención del título de Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de la Matanza, defendido y aprobado

hoy existente como fuente de diferentes regímenes disciplinarios administrativos —muchas veces aplicados a lo largo del tiempo con verdadera miopía literal y con fundamentalismo burocrático[135]— no pierda nunca de vista que el fundamento del Derecho es asegurar la realización de los fines existenciales de las personas, respetando para ello sus derechos y su dignidad.

Y no la aplicación mecánica de normas que hoy reclaman a gritos ser *aggiornadas* a la luz de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos y de la natural evolución y perfección de la conciencia jurídica.

En suma: la preservación del interés público secundario, tendente a la concreción del Bien Común, o interés público primario no puede estar nunca en pugna con las exigencias de la dignidad de la persona.

con nota diez (10) el 19 de junio de 2024).

**135.** Como caso paradigmático de la aplicación del reglamento mencionado en la nota anterior (Mensaje Militar MM SUBJEMGE 8929/18, destinado a reglar el procedimiento a seguir en los casos de presunta comisión de la presunta falta gravísima de deserción), v. Sala cont. adm. fed. II, 9-03-2021, *in re* "MGJ c/EN- M. Defensa-Ejército s/amparo Ley 16.986", Expte. 10546/20, sentencia en la que el tribunal actuante consideró que la medida de suspensión del pago de los haberes resultaba un acto ostensiblemente ilegítimo del mismo modo que lo era la suspensión de la obra social (colacionado por Zabala Rodríguez, Martín A., en op. cit. p. 30). Sobre los males que apareja la conducta burocrática, v. Hannah Arendt, *Responsabilidad y juicio*. Paidós, Barcelona, 2007, p. 60, cit. por STRAEHLE, Edgar "En torno a la violencia burocrática: Observaciones acerca de uno de los rostros de la violencia contemporánea", ANUARI DEL CONFLICTE SOCIAL 2014, Universidad de Barcelona (artículo realizado dentro del marco del proyecto de investigación "Filósofas del siglo XX: Maestros vínculos y divergencias" (FFI2012-30465) y del GRC "Creació i pensament de les dones" (2014 SGR 44).

# Justicia constitucional y convencional como garantía de los derechos ciudadanos, la supremacía de la Constitución y a la democracia participativa[1]

Por
**Allan R. Brewer-Carías**[2]

**1.** Texto de la exposición en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo: "Justicia y Administración: hacia un Gobierno Abierto", organizado por la Universidad del Mueso Social Argentino y el Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires en homenaje al profesor Juan carlos Cassagne, 30 noviembre 2023

**2.** *Profesor emérito, Universidad central de Venezuela*

El tema "Justicia constitucional y convencional como garantía de los derechos ciudadanos, la supremacía de la Constitución y a la democracia participativa," como se deriva del enunciado, es evidente que sugiere muchos temas de interés.

Sin perjuicio de ello, voy a enfocar mi exposición refiriéndome al tema específico de *la justiciabilidad de los derechos fundamentales que, como derechos colectivos, sostienen al Estado de Derecho,* que es a lo que entiendo apunta en enunciado del tema.

Y para ello, debemos partir fijando con precisión cuáles son los principios fundamentales que caracterizan este modelo de Estado de derecho que se ha consolidado particularmente en el mundo occidental, durante los últimos 200 años. Principios que van mucho más allá, por supuesto, que el solo principio de la legalidad o el denominado "imperio de la ley," como se formuló hace unas décadas en castellano, derivado de una traducción de la expresión *Rule of Law*.

Un Estado de derecho, en efecto, se caracteriza porque en el mismo deben concurrir al menos los siguientes seis elementos fundamentales:

Primero, la existencia de una Constitución como norma suprema, a la cual los órganos del Estados están ineludiblemente sujetos. Segundo, un sistema democrático de gobierno democrático representativo, electo por el pueblo, como soberano. Tercero, un sistema de limitación del poder del Estado mediante su distribución, separación o división, mediante el cual se controla el ejercicio del poder como garantía de las libertades públicas. Cuarto, el principio de la legalidad o sumisión de todos los órganos a la ley y a la Constitución. Quinto, la declaración de Derechos y Li-

bertades Fundamentales de los ciudadanos en todo su ámbito, que los órganos del Estado deben hacer cumplir y garantizar y Sexto, un sistema de justicia o de control judicial o jurisdiccional de la constitucionalidad y de la legalidad de las actuaciones del Estado y su Administración, a cargo de tribunales independientes y autónomos

Esos seis principios muestran, ante todo, una imbricación indisoluble entre Estado de derecho y democracia, porque no hay Estado de derecho sin democracia, y básicamente, sin democracia representativa, que es la que origina gobernantes electos mediante sufragio universal, directo y secreto.

La participación es un elemento clave de la democracia representativa y esa participación se hace a través del sufragio y además, a través de los mecanismos de distribución del poder territorial. Porque para participar realmente el poder tiene que estar cerca del ciudadano; y para es el sistema de gobiernos locales, y de autonomías territoriales, para que el poder esté cerca del ciudadano, para poder dar origen a la participación en la gestión de los asuntos públicos y al desarrollo de una democracia participativa.

Pero de resto, pretender la falacia autoritaria de sustituir la democracia representativa por una democracia participativa, como se ha buscado en ciertos regímenes neo populistas en América Latina, entre ellos en mi país Venezuela, donde incluso el presidente Hugo Chávez llegó a manifestar reserva a la firma del proyecto de Carta Democrática Interamericana en Quebec, porque en el mismo se mantenía la democracia representativa como elemento fundamental de la democracia y no se la había sustituido por la llamada democracia participativa.

Ello es una falacia autoritaria que en los países en los cuales se ha aplicado, lo que han dado origen es a acabar con la democracia representativa en vista de una supuesta democracia comunal o del poder popular, que no ha sido sino un mecanismo de control social centralizado que ha destrozado la democracia, engañando al pueblo haciéndolo dependiente de subsidios y migajas.

Pero volviendo al tema de la imbricación entre Estado de derecho y democracia, sobre todo representativa, con su perfeccionamiento para asegurar la mayor participación, el instrumento más importante que se ha formulado en el mundo contemporáneo sobre ello, es la Carta Democrática Interamericana, que a veces se nos olvida, que ahí está definida la democracia con todos sus elementos esenciales, muchos de los cuales han sido mencionados a lo largo de las exposiciones que me han precedido en este seminario.

La Carta define la democracia a través de sus elementos esenciales, que son todos principios del Estado de derecho, destacándose: 1. El respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales; 2. el acceso al poder y sujeción al Estado de Derecho, sobre todo con la representación mediante sufragio; 3. la celebración de elecciones periódicas libres basadas en el sufragio universal, directo y secreto como expresión de la soberanía popular; 4. el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y 5. la separación e independencia de los podres del Estado.

La consecuencia del enunciado de estos elementos, como se ha venido insistiendo en este mismo Seminario, es que la democracia, bajo ese ángulo de la Carta Democrática Interamericana, es mucho más que el solo ejercicio de derechos políticos tradicionales de carácter individual. Es decir, es mucho más que el dere-

cho activo al sufragio, es mucho más allá que elecciones o que el derecho pasivo al sufragio o derecho al ser electo. Es mucho más, incluso, que otros derechos políticos tradicionales y clásicos como el derecho a ejercer funciones públicas o el derecho de asociarse en partidos políticos.

En el mundo contemporáneo, la democracia se asocia y se viene asociando cada vez más con derechos políticos colectivos, que son a los que apuntan la formulación del tema de mi exposición.

Se trata de los derechos políticos colectivos de los ciudadanos que se engloban en lo que se puede denominar en el derecho ciudadano al Estado de Derecho. Este, en efecto, no es solo una forma de organización política de la sociedad, sino que es una organización a la cual tienen derecho de los ciudadanos.

En esta forma podemos decir, que los ciudadano en un país democrático tienen el derecho al Estado de Derecho, lo que implica decir, (i) que tienen derecho a la Constitución y a su supremacía, a que en definitiva ésta sea obligatoria para todos y solo pueda reformarse conforme a los procedimientos constitucionales, lo que implica, además, el derecho a ejercer el control judicial de la misma; (ii) que tienen derecho a la democracia representativa, y a que la misma se respete por todos los órganos del Estado; (iii) que tienen derecho a la separación de poderes, en el sentido de que no se trata solo de una forma de organización de los poderes del Estado, sino de un derecho ciudadano a que el gobierno del mismo funcione respetando los principios de la separación, autonomía e independencia entre dichos poderes; (iv) que derivado de lo anterior, los ciudadanos tienen por ejemplo, un derecho constitucional a la independencia del Poder Judicial, es decir, a la independencia y autonomía d los jueces; (v), que tienen derecho

a la legalidad, es decir, que todos los órganos del Estado actúen con sujeción a la Constitución y a la ley; y (vi) que tienen derecho a controlar el poder, es decir, a ejercer las acciones y recursos para asegurar el control de la actuación de los órganos del Estado, mediante el control de constitucionalidad, el control contencioso administrativo, y el control mediante amparo constitucional de los derechos fundamentales.

Todos esos derechos ciudadanos a la democracia, a la supremacía de la Constitución, a ser representados y a participar, y a que el Estado funcione conforme a la separación de poderes, son los derechos políticos de carácter colectivo que hoy están adquiriendo mayor importancia frente a los neopopulismos y a la forma de destrucción de la democracia que hemos venido presenciando en nuestra América Latina.

Esos derechos, por sobre todo, como derechos colectivos, también tienen que ser objeto de protección, es decir, hay que tratarlos como derechos tutelables, como derechos justiciables, como derechos amparables o protegibles por los órganos del Estado, particularmente por los órganos judiciales y jurisdiccionales, lo que conlleva la necesidad de que se desarrollen los medios de control de constitucionalidad, de amparo y de control de convencionalidad de esos derechos colectivos.

La consolidación de ello es una tarea pendiente, por desarrollarse, sobre todo cuando hablamos de control de convencionalidad, partiendo de que los mismos están regulados en un instrumento internacional como es la Carta Interamericana Democrática, que además es fuente del derecho constitucional y que se debe aplica en todos nuestros países.

En los últimos años, puede decirse que se ha venido avanzando algo en este tema de la protección jurisdiccional de estos derechos colectivos a la democracia y al Estado de derecho, tanto en el ámbito interno como en el internacional.

Muchos países han aplicado en la materia el control de convencionalidad, pero también la Corte Interamericana de Derechos Humanos a protegido estos derechos, como ha ocurrido por ejemplo, no con una sentencia judicial, sino con una opinión consultiva como fue la dictada el 7 de junio del año 2021 sobre el tema de la reelección presidencial en América latina y en definitiva, de la declaración de que frente a un derecho político individual como el derecho a ser electo, prevalece el derecho político colectivo del pueblo a la democracia y a la alternabilidad o alternancia en el gobierno.

En esa Opinión Consultiva, puede decirse que se reconoce el derecho a la democracia, y de un componente esencial de la misma, como es el derecho ciudadano a la alternabilidad en el ejercicio del poder, que como derecho político colectivo viene consagrándose en nuestras constituciones de América Latina desde 1830, para evitar la perpetuación en el poder de los gobernantes. De allí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya declarado a la reelección presidencial indefinida como antidemocrática y contraria a la Convención Americana de Derecho Humanos y a la Carta Democrática Interamericana, aceptando la validez de las limitaciones que existen y han existido históricamente en todas nuestras Constituciones para evitar la reelección perpetua.

Se trata, frente a la reelección presidencial de un reconocimiento de ese derecho a la alternabilidad republicana como parte esencial del derecho colectivo a la democracia, para lo cual la Corte

Interamericana en su Opinión, concluyó considerando (i) que la reelección presidencial indefinida no es un derecho humano; (ii) que la prohibición a la reelección presidencial indefinida es compatible con la Convención Americana siempre que se establezca mediante ley; (iii) que la falta de limitaciones a la reelección presidencial conlleva al debilitamiento de los partidos políticos de oposición; (iv) que la permanencia en el poder de un Presidente por un lapso largo de tiempo afecta la independencia y la separación de poderes.

Por ello, de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana, deriva la consideración de que en la actualidad los mayores peligros para la democracia no derivan de su rompimiento abrupto, sino de su erosión paulatina como la que se deriva de la permanencia indefinida en el poder de los gobernantes. Por ello, la Corte concluyó su Opinión considerando que la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y en contra de las obligaciones establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la declaración Americana de los Derechos y Obligaciones del Hombre.

Esta Opinión Consultiva mediante la cual el derecho colectivo a la democracia se impuso al pretendido derecho individual de las personas a ser reelectos indefinidamente, se dictó, en todo caso, después de al menos tres décadas largas de erosión, vicisitudes y discusiones desarrolladas en América Latina sobre el tema del conflicto entre alternabilidad republicana y reelección presidencial indefinida.

Ello, incluso, a pesar del importante precedente argentino de 1994, con una decisión de la Suprema Corte, en el caso del Gobernador de la Provincia de Santa Fe, que rechazó la supuesta prevalencia

del derecho a la reelección indefinida que se planteó en dicha provincia sobre el principio la alternabilidad republicana. Esa claridad de hace treinta años, sin embargo, no la hemos tenido en el Continente, sobre todo a partir de 2000, habiendo sido sustituida por una gran confusión. Comenzando por una sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de 2003, en la cual la misma materialmente evadió la discusión del tema.

En el año 2009, en todo caso, en Venezuela, ya con un régimen autoritario, se desconoció el principio constitucional pétreo de la alternabilidad republicana ("el gobierno es y será siempre alternativo," dice la Constitución), y se lo sustituyó, mediante una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, por la reelección indefinida de todos los funcionarios electos del Estado. El mismo año, en Nicaragua la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, declaró "inconstitucional" la norma constitucional que establecía la prohibición para la reelección presidencial.

El contraste fue en Colombia, donde en 2010, al contrario, prevaleció el principio de la alternancia en el poder frente a la reelección presidencial que se pretendía establecer mediante una reforma constitucional, que la Corte Constitucional rechazó.

Pero cuatro años después, en 2014, volvió a prevalecer la posición contraria, con una sentencia del Tribunal Constitucional de Ecuador que declaró que prevalecía el derecho a la elección indefinida; seguida por una sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Honduras de 2015, que llegó a "desaplicar" la Constitución ignorando que la misma establecía la prohibición a la reelección; y en el mismo año, de una sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia que dedujo de la Convención Americana que existía un supuesto derecho humano

a la reelección que prevalecía sobre la propia Constitución del país. Esa tendencia se evidenció, recientemente, con la sentencia de la sala Constitucional de El Salvador, que mutó lo que dice la Constitución, convirtiendo una prohibición de reelección en una posibilidad aceptada.

Ante tales tendencias autoritarias y confusiones conceptuales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se enfrentó a los mismos, y en la Opinión Consultiva de 2021, considerando la reelección presidencial indefinida como contraria a la Convención Americana y a la Carta Democrática Interamericana, llegando a la conclusión terminante mencionada de que la reelección presidencial indefinida no es un derecho humano, y que las prohibiciones constitucionales a la reelección presidencial indefinida son compatibles con la Convención Americana siempre que se establezca por ley. La conclusión a la que llegó la Corte Interamericana, en definitiva, fue que la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de la democracia representativa, y es contraria a las obligaciones de los Estados que establece la Convención Americana de los Derechos Humanos.

El reto futuro que tenemos por delante, después de esta importante Opinión Consultiva de la Corte Interamericana, es que podamos comenzar en nuestros países a desarrollar con carácter general el principio de la justiciabilidad, es decir, el carácter justiciable, protegible y amparable de todos los derechos derivados del derecho a la democracia (y no solo el de la alternabilidad) y al Estado de derecho, que derivan de las Constituciones, de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Carta Democrática Interamericana, y que comiencen los tribunales nacionales a ejercer tanto el control de constitucionalidad como el control de convencionalidad sobre estos derechos.

# La eficacia en la Reforma Constitucional De 1994

## ¿La Buena Administración ha adquirido rango constitucional?

Por
**Alejandra M. SANTOS[1] y Gustavo E. SILVA TAMAYO[2]**

---

**1.** Abogada (USal). Escribana (USal). Magister en Abogacía del Estado (UNTref). Diplomada en Empleo Público (UNSA). Diplomada en Obra Pública y contratos de participación pública privada (PGCABA). Profesora Univ. en Cs. Js. (USal). Cursó la Maestría en Comercio Internacional (USal). Docente universitaria de grado de Derecho Administrativo en USal y UBA y de posgrados de dicha especialidad, en USal, UBA, UB, UAI, PGCABA y ECAE. Directora y Coordinadora de diversos Programas de Posgrado de Actualización de la UBA. Codirectora de la Especialización de Procesal Constitucional de USal. Preside la Comisión de Derecho Administrativo de la Asociación de Abogados de Buenos Aires AABA

**2.** Abogado (UBA), Doctor en Ciencias Jurídicas (USAL), Posdoctor en Derecho (UBA), Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA), Especialista en Administración Financiera del Sector Público Nacional (UBA), Posgrado en Globalización, Liberalización Económica e Intervención Administrativa (Universidad Carlos III, Madrid), Profesor adjunto regular de Elementos de Derecho Administrativo (UBA), Profesor Titular de Derecho Administrativo (USAL), Profesor Titular de la Maestría en Derecho Administrativo (UBA), Profesor Titular de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano.

## I. INTRODUCCIÓN

La juridificación de la eficacia no es un problema menor, tanto más si, de resultas de ella, como creemos y explicaremos a lo largo de estas líneas, adquiere rango constitucional; aunque cualquiera de nosotros, y nos incluimos, pudiera a primera vista, efectuar una valoración positiva de ella, el carácter a veces proteico que reviste y la falta o insuficiencia de instrumentos normativos adecuados que le confieran relevancia práctica, la tornan a menudo ilusoria, una *lírica administrativa,* al decir del español PARADA[3].

Convencionalmente, y con los límites que toda definición tiene, dados por su utilidad y no por su pretensión de verdadera, como bien apunta CARRIÓ, entendemos que la eficacia administrativa se vincula con el mayor o menor grado de satisfacción de las necesidades públicas.

¿Por qué entonces la eficacia administrativa debería erigirse en un principio-guía de la actuación administrativa en un Estado de Derecho Social y Democrático? ¿Qué implicaría su realización? ¿Hasta dónde asumiría el carácter de un derecho subjetivo público *implícito* del particular frente a la Administración?. ¿Cuál es su vinculación con la idea de Buena Administración o de Buen Gobierno?¿Ha sido receptada de algún modo por el constituyente reformador de 1994?

Para poder contestar a todos estos interrogantes, hay varios puntos previos que nos parecen relevantes de destacar, según diremos a continuación.

**3**[ˆ] PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, t. II, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 90.

## II. LA HETEROGENEIDAD DE INTERESES PÚBLICOS A SATISFACER EN UN ESTADO DERECHO SOCIAL Y DEMOCRATICO

Una primera aproximación al problema nos llevaría a relativizar la importancia de la eficacia administrativa. Bastaría para ello con una simple remisión a las características diferenciadoras de un régimen jurídico-público respecto a un régimen jurídico-privado.

En esa exégesis estaríamos tentados de marcar como línea divisoria, por un lado, la vinculación positiva a la legalidad y el privilegio de la autotutela declarativa y ejecutiva en el público; y la creación jurígena derivada del principio de autonomía de la voluntad y el sometimiento a la actuación de los jueces cuando se trata de obtener un reconocimiento y ejecución de los derechos, en el privado.

Enseguida esta esquematización nos conectaría con la tradicional justificación del Derecho Administrativo como punto de equilibrio entre prerrogativa de poder público y garantía individual.

Sin embargo, si ahondáramos un poquito más en la cuestión, apreciaríamos que esta base dogmática del Derecho Administrativo, se corresponde exclusivamente con la de un tipo de Estado.

En efecto nos estamos refiriendo al Estado liberal, que en sus inicios resultó monopolizador del poder público -de manera muy semejante al Estado absolutista que lo precediera-, con escasos cometidos que cumplir y con un marcado acento en proteger la propiedad y la libertad de la clase social dominante de ese entonces: la burguesía. Ella representaba al único estrato socialmente reconocido y detentador del derecho al voto.

Bajo esta perspectiva, al bienestar general, no se lo concebía sino como una consecuencia del desarrollo de la libertad y de la propiedad individual y la acción pública tendía a remover obstáculos que impidieran el pleno juego de la reglas del mercado.

En este paisaje, es claro que el tema de la eficacia no podía constituir una preocupación, primariamente porque el Estado de Derecho Liberal debía idealmente limitarse a cumplir su función de garantía de los derechos individuales y, a lo sumo, lo que cabía esperar en esa concepción era una eficacia normativa -y también judicial-, pues los jueces estaban llamados asegurar el cumplimiento del orden jurídico en caso de conflicto.

Así, el liberalismo, mostró un desinterés por las técnicas del "buen administrar" estudiadas por la cameralística prusiana del siglo XVIII, especialmente, en cuanto a la organización y a la *eficiencia* criterio de racionalidad económica que mide la relación entre insumo y producto y en el que la eficacia halla su natural correlato[4].

Estas técnicas, paradójicamente, volvieron a cobrar protagonismo y se perfeccionaron durante las primeras décadas del siglo pasado, en el ámbito de las Ciencias de la Administración para hacer más eficientes y eficaces los procesos industriales de producción en serie tendientes a atender la progresiva masificación de los consumos privados.

Sin embargo, como sabemos, el esquema liberal sufrió una fractura que progresivamente hubo de extenderse, a partir de dos elementos que aparecieron en el escenario socioeconómico a lo largo del siglo XIX.

**4.** Al decir de Lorenz VON STEIN, la Cameralística *"...surgió como una rutina administrativa practicada en las oficinas fiscales de Alemania. Más adelante, mudó en una cruzada de modernización de la administración pública , pues se convirtió en la racionalización del trabajo administrativo para alcanzar paralelamente la felicidad de los súbditos y el poderío del Estado"* (v, *Tratado de teoría de la administración y derecho administrativo*, Fondo de Cultura económica, México, 1º edición es español, 2016, traducción de José Andrés Ancona Quiroz, p. 65).

En primer lugar, producto de la revolución industrial surgió una nueva clase posicionada frente al Estado: los trabajadores o asalariados con nuevas demandas y necesidades que satisfacer. Las formulaciones de los socialistas utópicos, del marxismo y de la doctrina social de la Iglesia se hicieron eco de este fenómeno y tuvieron incidencia en la gestación de lo que BOQUERA OLIVER denomina como "socialización del Derecho Administrativo"[5].

El segundo elemento, estrechamente relacionado con el primero, fue la progresiva universalización del derecho al voto y, con ello, la necesidad de los partidos políticos de procurarse el respaldo electoral proveniente de estos nuevos grupos sociales que pujaban por obtener del Estado la protección pública de sus reclamos.

Ello terminó por producir una pugna de intereses que los poderes públicos debieron amparar y defender pero, a la vez, *arbitrar* pues a menudo dichas reivindicaciones resultaron contradictorias y colisionaron entre sí, sino de un modo exactamente igual, con un alto grado de semejanza al conflicto que se suscita en las relaciones privadas, al punto tal que llevaron a autores como GIANNINI a decir que el abanico de intereses públicos llegó a ser tan heterogéneo como el de los intereses privados[6].

Este punto de quiebre dio nacimiento, a partir de la primera posguerra en forma incipiente, y de manera más acentuada después de la segunda, a un Estado Benefactor, el *Welfare State* anglosajón, gestor directo de los grandes intereses generales, muchas veces a través de la técnica de los servicios públicos o interviniendo de diversas formas en la economía a la par de los

**5.** BOQUERA OLIVER, José M., *Derecho Administrativo y socialización*, Centro de formación y perfeccionamiento de funcionarios, Madrid, 1º edición, 1965.

**6.** GIANNINI, Massimo S., *Derecho Administrativo*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1º edición, 1991,traducción de Luis Ortega, ps 129-132

privados, regulando el mercado y pretendiendo contrarrestar los efectos de contracción de los ciclos económicos naturales al sistema capitalista (pero que tuvieron su manifestación más profunda con la Gran Crisis del año 1929).

Así, a la Administración del Estado se le reconocieron paulatinamente competencias y atribuciones para cuya concreción el tradicional enfoque de vinculación positiva a la ley resultó insuficiente, debiendo actuar discrecionalmente; no hubo autonomía de la voluntad, pero sí el reconocimiento de un marco de actuación a los órganos administrativos con mayor libertad para valorar, ponderar y optar por la solución más justa para la satisfacción de los intereses públicos.

A la vez, el sometimiento de la Administración Pública al Derecho Privado, despojándose de sus prerrogativas de poder público, hubo de atenuar aún más las tradicionales notas distintivas entre régimen jurídico público y privado a las que aludimos recién.

El modelo de Estado Benefactor colapsó a finales de la década del '70, fundamentalmente debido al atraso tecnológico, al encarecimiento de las materias primas luego de la crisis del petróleo y, desde luego, porque su actuación no observó parámetros mínimos de eficiencia y eficacia.

Un retorno a los postulados del Estado Liberal clásico, pareció ser la solución para los problemas acuciantes de los países de Occidente, incluida Latinoamérica. Se adoptaron, como fruto de lo que después se denominó el "Consenso de Washington"[7], políticas de liberalización y desregulación de las variables econó-

**7.** Término acuñado en 1989 por economista John Williamson que alude a un paquete de medidas básicas de política económica propuestas por instituciones con sede en Washington (Banco Mundial, FMI) para países en vías de desarrollo afectados por la crisis financiera,

micas limitando la actividad del Estado nuevamente a cometidos básicos.

Así las cosas, creemos que el papel que le toca jugar a los Estados sigue siendo aún relevante en la búsqueda del equilibrio en toda sociedad, redistribuyendo equitativamente los bienes y servicios, así como las obligaciones y cargas públicas y, en fin, disponiendo la creación y aseguramiento de las propias condiciones que permitan el libre desarrollo de las actividades económicas sin las típicas distorsiones que se producen (vgr. monopolios).

En la hora actual parece haberse relativizado en parte aquella afirmación generalizada de los tributaristas de que el Estado cuenta con recursos *ilimitados* para satisfacer finalidades *limitadas*. Sabemos que, por lo general, el Estado no siempre posee tales recursos de modo suficiente -y vayan como ejemplo la historia económica reciente de varios países occidentales-, mientras que las finalidades crecen y se diversifican de la mano del cambio social, de la escasez de recursos y de los avances científicos y tecnológicos.

La heterogeneidad de intereses públicos a satisfacer, incluido el reconocimiento y realización de los Derechos Humanos, propio del constitucionalismo de Posguerra, la quiebra del Estado de Bienestar y la Globalización[8], entonces, fueron, a nuestro modo de ver, los factores más importantes para acudir a las técnicas del "buen administrar" e intentar exportarlas desde el ámbito privado a la actuación del poder público.

**8.** Suele definirse a la Globalización como un proceso de desnacionalización de mercados, leyes y políticas como producto de una estrecha interrelación de pueblos y políticas. Para Ulrich BECK se trata de los procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios (v. ¿Qué es la Globalización?, Paidós, Buenos Aires, 2004, p. 29, traducción de Bernardo Moreno).

Aunque no fueron las únicas razones, según aclaramos a continuación.

## III. OTROS FACTORES QUE SUSTENTARON EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DEL BUEN ADMINISTRAR

### *3.1. La fragmentación del poder*

A la diversificación de intereses públicos a satisfacer se sumó otro elemento derivado del desarrollo de la concepción del Estado democrático o pluralista: la fragmentación o atomización del poder, en dos órdenes distintos.

Por una parte, la descentralización política o territorial (comunal, regional, provincial), vino a romper el monopolio normativo de declaración del interés público a nivel del parlamento o congreso central, generando en cada parte del territorio, distintos intereses públicos, de carácter local, a veces reñidos con los establecidos por la legislación central y alineados con programas electorales acordes a las necesidades domésticas.

Por la otra, la descentralización institucional o por servicios -el establecimiento público del derecho francés-, implicó la creación de entidades con asignación de competencias específicas, que hicieron difícil la reconducción al principio de unidad de acción, en cierto modo afín  al esquema liberal, produciendo, al lado de la pirámide jerárquica, un archipiélago conformado por distintos enclaves con competencia jurígena, si bien derivada de la ley de creación, propia, dentro de esos contornos normativos, de acuerdo a la naturaleza de las funciones asignadas al ente en cuestión.

Por último, la aparición de los grandes bloques regionales, como la Comunidad Europea y el Mercosur, produjo lo que CASSESE denomina la "Globalización jurídica"[9], una de las manifestaciones de la Globalización y, con ello, la obligación de los Estados de subordinarse a ese plexo y adaptar en forma constante su derecho interno a las directivas de él emanadas.

Nuevamente apareció la eficacia como el necesario sustento para sostener y abonar la coherencia de todo este entramado.

### *3.2. La aparición de nuevos actores y la consagración constitucional de nuevos derechos en la reforma constitucional de 1994*

El desarrollo del denominado constitucionalismo social, marcado a partir de la segunda mitad del siglo pasado en Occidente, jalonado por diversos hitos en su derrotero: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Convención Europea de 1950 y la Convención Americana de 1978 -y en el que se inscribe nuestra reforma constitucional de 1994-, ha reconocido nuevos derechos y garantías a los ciudadanos, valores básicos o bienes humanos básicos, que FERRAJOLI define como *"los derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos"*[10]. Este proceso conocido también como "neoconstitucionalismo" requiere, para su concreción, de una acompasada y eficaz actividad legislativa y administrativa.

La atomización del poder también surgió, como adelantamos, de la legitimación conferida a nuevos grupos sociales como porta-

**9.** CASSESE, Sabino, *La globalización jurídica*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, traducción de Luis Delgado, Isaac Martin Delgado e Isabel Gallego Córcoles. Señala este autor que el ordenamiento global carece de una autoridad superior dotada de soberanía y su organización no está centralizada, presentando una agregación de organizaciones generales y sectoriales (p. 19),

**10.** FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más* débil, Trotta, Madrid, 2002, traducción de Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, p.37.

dores de intereses públicos: los partidos políticos, las organizaciones empresariales y los sindicatos.

La importancia de los primeros parece obvia en un sistema democrático de gobierno pues, a través de sus propuestas programáticas que buscan concitar la adhesión de los electores, fueron los impulsores, dentro de la faz agonal de la política y de la alternancia en el ejercicio del poder.

No menos evidente es la trascendencia de los segundos y terceros, como parte de los mecanismos de legitimación social en los países occidentales.

A estos nuevos actores deben sumarse las entidades que participan en el proceso de toma de decisiones (*rulemakings* y audiencias públicas) o las que defienden un interés colectivo afectado por un acto de autoridad pública (como, en el derecho nacional, las organizaciones de usuarios y consumidores contempladas en el art. 43 CN), coadyuvando a la realización del interés público y fracturando el modelo clásico que monopolizaba su realización en el poder estatal.

## IV. SIGNIFICADO DE LA EFICACIA EN UN ESTADO DE DERECHO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO

### *4.1. La delimitación de sus contornos*

La heterogeneidad de los intereses públicos, la fragmentación o atomización del poder, la participación de los nuevos actores y el reconocimiento de nuevos derechos y garantías han hecho, a nuestro juicio, desempolvar la eficacia de los viejos textos de administración.

Se habla, ahora, como dice PONCE SOLÉ[11] de un "Deber de buena administración", idea que se vincula a una preocupación actual por la calidad de la actividad administrativa y que, desde el plano de la Ciencia Política, gira en torno a la noción de *gobernanza*.

El problema que se presenta es a todas luces evidente: la delimitación de los contornos de la eficacia administrativa se torna, a veces, inasible.

No puede ser de otra manera si lo que se pretende es extrapolar, sin modulación alguna, criterios de "buena gestión" propios del sector privado al ámbito público en el cual, como es sabido, entran a jugar otros principios y valores igualmente susceptibles de valoración y garantía propios.

Como señalamos al inicio, la aproximación a la idea de eficacia, indicaría el grado de consecución de objetivos trazados. Pero hete aquí que esos objetivos, p. ej., no pueden medirse de igual manera, para calificar de eficaz o ineficaz según el caso, la gestión de la policía, de un establecimiento educativo o la ampliación de la red de autopistas. Incluso, dentro de esta última acción, ¿qué habría de privilegiarse en términos de eficacia? ¿El tiempo y el costo? ¿O la calidad, aunque se prolongue el plazo por años?.¿O tiempo, costo y calidad en una relación equilibrada?

Es que no parece sencillo definir universalmente los objetivos o resultados deseables (*outputs*) en la actuación administrativa porque la misma se realiza en ámbitos tan diversos como el prestacional (piénsese, p.ej. en el grado de satisfacción de las necesidades culturales) o el de intervención o *imperium* (orden

**11.** PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001, ps. 214 y ss.

y seguridad o fomento), que se dirigen a la satisfacción del interés público -hoy dentro de un marco de equilibrio fiscal-, por contrapartida de lo que ocurre en una empresa privada, trátese de empresas privadas prestacionales o de producción donde el resultado eficaz estará marcado por el beneficio o lucro económico. Ello sin dejar de considerar la responsabilidad social que se les exige desde el Estado (vgr. protección de los derechos de usuarios y consumidores y preservación del medio ambiente, entre otros).

Tal vez sólo en la esfera de la actividad administrativa de contenido económico, por cierto hoy reducida en el mundo occidental, es donde, acaso, el principio de eficacia pudiese hallar un cauce donde los reparos disminuyesen sensiblemente.

De allí es que debamos asumir suma dificultad de lograr una eficacia *total* de la actuación administrativa.

Y ello por tres razones:

a) resulta de imposible factibilidad la definición perfecta, precisa y armónica de las finalidades públicas, pues ello implicaría una total predeterminación de la actividad administrativa por parte del legislador y un regreso a la vinculación positiva a la legalidad por parte de ésta. Lo que en realidad sucede es que, al lado de las finalidades de carácter *primario* establecidas por el constituyente (prosperidad, salud, seguridad, justicia), aparece su concreción primero a nivel legislativo, como mandatos generales al poder administrador y luego a través de acciones concretas por parte de éste último, de las finalidades públicas *secundarias* que se efectivizan en un contexto teñido por altas dosis de discrecionalidad;

b) la programación administrativa está sujeta a una teleología compleja, en la que los fines suelen presentarse imbricados y en tensión latente entre sí, requiriendo siempre de su armonización;

c) la actuación finalista de la Administración, aun con esas cotas altas de discrecionalidad, estará siempre sujeta a los límites elásticos que marcan los principios de razonabilidad y proporcionalidad. De modo tal que no será admisible nunca en un Estado de Derecho la persecución de la eficacia a expensas de la juridicidad. Y aquí debe señalarse que es errónea la muy difundida oposición entre legalidad y eficacia: no son contrapuestos, son idénticos. El principio de eficacia impone un deber jurídico de actuación. No se puede ser eficaz sin respetar la juridicidad y viceversa, ya que el deber de comportamiento administrativo eficaz forma parte de ese ordenamiento. Y esto es muy importante cuando el ordenamiento jurídico abre espacios discrecionales de actuación a la Administración pues la eficacia nunca podrá llegar más allá de lo que pueden llegar las normas jurídicas.

### *4.2. La consagración normativa de la eficacia*

Es sabido que el constituyente español de 1978, creyó conveniente, tomando varios antecedentes preconstitucionales, consagrar la eficacia en el art. 103.1, al prescribir que: *"La Administración pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho"*

Asimismo, dispuso en la parte dogmática, como correlato del deber de los ciudadanos a contribuir a los gastos públicos, de acuerdo a su capacidad económica, que éstos se asignarán

equitativamente y su programación y ejecución responderán a criterios de eficiencia y economía.

La directiva constitucional ha sido materializada en varias normas entre ellas, la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La doctrina española ha reaccionado en forma dispar a la consagración del precepto, llegando en algún caso a opinarse que la eficacia no es un verdadero principio, sino un criterio general que expresa una aspiración de los constituyentes.

La jurisprudencia, de ese país, por el contrario, muestra un interesante repertorio del cual puede extraerse que los jueces asignan a la eficacia la condición de principio material de actuación que obliga a considerar los principios de organización como criterio instrumental para la satisfacción de los intereses generales.

En nuestro país, la positivización de la eficacia la hallamos a nivel infraconstitucional, la encontramos:

a) como una suerte de garantía procedimental que se confunde con la celeridad, economía y sencillez en los trámites en el art. 1º, inc. b) de la Ley Nº 19.549

b) en el art. 4º de la Ley Nº 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, de dos modos. Como un objetivo de interpretación y reglamentación, presente, junto a la regularidad financiera, la legalidad, y la economía y eficiencia en la obtención y aplicación de los recursos

públicos (inc. a) por un lado; y como la responsabilidad propia de la autoridad superior de cada jurisdicción o entidad de implementar, *"...un eficiente y eficaz sistema de control interno, normativo, financiero, económico y de gestión sobre sus propias operaciones, comprendiendo la práctica del control previo y posterior y de la auditoría interna"* (inc. d, ap. II), por el otro.

Pero, tal como proponemos en el presente trabajo, merced a la asignación de funciones de control externo del sector público nacional al Congreso de la Nación y la elevación a rango constitucional de la Auditoría General de la Nación, como organismo de asistencia técnica del legislador, es que la eficacia, y con ella la Buena Administración, han adquirido esa dimensión categorial[12].

En efecto, expresa, en lo que nos concierne, el artículo 85 de la Constitución Nacional que:

*El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos será una atribución propia del Poder Legislativo. El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la Administración Pública estarán asentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación...Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización...*

**12.** En la Ciencias de la Administración se reconoce que existen dos tipos puros de control externo: el continental y el anglosajón. El continental, se caracteriza por la existencia de entes colegiados de fiscalización externa de derecho público independientes -que se denominan Tribunales de Cuentas o Cortes de Cuentas-, a los que se les atribuyen competencias de control de la gestión financiera pública. En este modelo, que reconoce la herencia histórica francesa, confluyen, esencialmente, el ejercicio de labores de auditoría con la asunción de funciones jurisdiccionales a efectos de dar tratamiento a las responsabilidades patrimoniales y contables de los funcionarios públicos. Es, con algunas variantes, el esquema que impera en Francia, España, Alemania y otros países europeos y latinoamericanos. Es también el modelo que, en el orden nacional, contemplaba la ley de contabilidad y que, actualmente, tiene vigencia en la mayoría de las provincias de nuestro país. El sistema anglosajón está básicamente conformado por organismos normativos que regulan, entre otros, los procedimientos de auditoría y no ejercen, por sí, funciones de fiscalización externa. Además carecen de atribuciones jurisdiccionales, características del modelo francés, por lo que las determinaciones de las responsabilidades de los funcionarios públicos quedan encomendadas a los jueces. Es el que, con matices que no vamos a desarrollar acá, adopta la Ley N° 24.156, que ha seguido el modelo canadiense.

No vamos a extendernos aquí sobre los distintos tipos de controles administrativos, pero baste especificar que los llamados controles "operativos" o de "gestión", son aquellos que evalúan si los objetivos se han cumplido (eficacia) y que, además, consideran si esos objetivos se han concretado al menor costo posible (economía) y bajo una adecuada relación de insumo-producto (eficiencia). En rigor, la eficacia abarca y contiene a estos dos últimos, pues no se puede lograr la eficacia, sin la eficiencia y la economía que vienen a resultar criterios de gestión presupuestos.

Sin embargo, la literatura jurídica no se ha dedicado prácticamente al principio y tampoco aparece recogido en precedentes jurisprudenciales.

### *4.3. Vinculación de la eficacia con la Buena Administración*

En las últimas décadas, se ha puesto acento en que, cualitativamente, el órgano administrativo está sujeto al "principio de buena Administración" expuesto, al parecer primigeniamente, por el italiano FALZONE y hoy bastante difundido en la literatura jurídica, especialmente la europea. Según este autor existe un deber jurídico de "buena Administración" que no se trata de un mandato moral o de una directiva técnica que provea la Ciencia de la Administración. Aunque FALZONE no llega a afinar la idea, sostiene que, cuando no existe una "buena Administración", no se satisface la finalidad legal y si ello no acontece, no hay tampoco una satisfacción real de la regla de Derecho sino, al contrario, una violación de ella[13]. BANDEIRA DE MELLO, es algo más preciso para esbozar los contornos de la idea al opinar que la Administración

**13.** FALZONE, Guido, *Il dovere di buona amministrazione*, Giuffre, Milano, 1953, p. 72, citado por BANDEIRA de MELLO, Celso, *Discrecionariedade e Controle Jurisdiccional*, Malheiros Editores, Sao Paulo, 2º ediçao, 1993, p. 45.

debe adoptar la mejor solución cuando actúa discrecionalmente, no cualquier acto, "…única y exclusivamente aquél que atienda con absoluta perfección la finalidad de la ley" [14]..

Recientes estudios han puesto acento sobre la directiva contenida en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[15] para de allí derivar que el derecho a la "buena Administración" es un derecho fundamental de todo ciudadano de la Comunidad a que las resoluciones que dicten las instituciones europeas sean imparciales, equitativas y razonables en cuanto al fondo y el momento en que se produzcan[16] o bien que se trata de un derecho fundamental que se integra con la totalidad de los Principios Generales de Derecho (legalidad, eficiencia y eficacia, razonabilidad, igualdad, responsabilidad, seguridad jurídica, confianza legítima, tutela administrativa y judicial efectiva, etc.)[17].

La doctrina italiana actual también ha resaltado el carácter configurador de la noción de "buena Administración" del citado precepto comunitario[18].

Desde un enfoque similar, en el derecho español se han considerado, especialmente, los mandatos de interdicción de arbitrariedad y de objetividad (arts. 9.3. y 103.1 de la CE) que obligan a la Administración a actuar en forma racional, ponderando, a la vez,

---

**14.** BANDEIRA DE MELLLO, Celso, *Discrecionariedade…*, cit. ps 32-33.

**15.** "*1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua*".

**16.** Ver: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *El Ciudadano…* cit., p. 133.

**17.** CASSAGNE, Juan C., *Los grandes principios del Derecho Público, Constitucional y Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1º edición, 2015, p. 430.

**18.** Ver: SORACE, Domenico, *Diritto delle amministrazioni pubbliche,* Il mulino, Bologna, sesta edizioni, 2012, ps. 46-47.

los intereses presentes al momento de tomar la decisión, para concluirse que, el deber de "Buena Administración", es una directiva constitucional ligada al desarrollo de la función, a su ejercicio dinámico, *"…un deber de seguimiento de un procedimiento administrativo adecuado para que la decisión pueda ser, efectivamente, la mejor en su servicio al interés general"*[19]. Se tiene dicho, también, que *el buen gobierno o la buena administración* es un derecho fundamental de la persona, pues se puede afirmar que las Administraciones o Gobiernos son conscientes de que su razón de ser está precisamente en la mejora de las condiciones de vida de la ciudadanía[20]. Ello por cuanto el particular, hoy en día, no es un sujeto pasivo que recibe mecánicamente los bienes y servicios públicos, por el contrario es un sujeto activo, un protagonista y por ello ambiciona tener una participación destacada en la satisfacción de los intereses generales y en la calidad e intensidad con la que deben ser atendidos[21].

Todos los posicionamientos sucintamente descriptos confluyen en una idea basilar: la "Buena Administración" sería un principio que restringe la discrecionalidad administrativa al marcarle su confín *cualitativo,* que se suma al confín *cuantitativo* establecido por el principio de legalidad. *El confín cualitativo, a nuestro entender, no sería otro que la idoneidad de la actuación para satisfacer el interés público o, dicho en otros términos, su eficacia*.

Por eso cuando se describen las notas características de Buena Administración, consideramos que la eficacia administrativa asume un rol supraordinante: todas las demás pautas aparecen infraordinadas a su consecución[22].

---

**19.** PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena Administración*…cit. ps. 133 y 214-292.

**20.** RODRIGUEZ ARANA, Jaime, *El ciudadano y el poder público. El principio y el derecho a un buen gobierno y a una buena administración,* Ed. Reus, Madrid, 2012, p. 19.

**21.** SANTOS, Alejandra M., *El principio de tutela administrativa efectiva: el valor justicia en la Administración Pública* (inédito), p. 78

**22.** Por ejemplo, en su monografía dedicada al tema, Martín GALLI BASUALDO menciona, entre otros, los siguientes principios que, a

Sin embargo, la cuestión dista de ser tan sencilla en la praxis jurídica.

En efecto, como se dijo, el legislador no se encuentra forzado a adoptar la mejor de las medidas posibles, bastando con que opte por aquella que resulte legítima. Esta elección, aunque no sea la óptima, obligará a la Administración a ponerla en práctica, de acuerdo al principio formal de supremacía jerárquica de la ley, o, lo que es lo mismo, conforme a la vigencia del principio de legalidad que debe regir la actuación administrativa. De allí que tan sólo en los casos en los que el legislador hubiese dejado deferida a la Administración la elección de la medida, imperaría con plenitud el principio de "Buena Administración".

No obstante lo expuesto, el asunto admitiría cierta matización que la doctrina se ha encargado de puntualizar: el examen de proporcionalidad puede diferir según se trate del caso *in abstracto* (que es el que lleva a cabo el legislador) o *in concreto* (que es el que le cabe al administrador). Es necesario, entonces, diferenciar, como dice BERNAL PULIDO, entre el nivel de aplicación en sentido amplio de la proporcionalidad que importa un control abstracto de la constitucionalidad de las leyes y el nivel de control concreto de ejecución de las mismas, el que se ejerce a través de los medios impugnativos de actos de la Administración o de la revisión a cargo del Poder Judicial[23].

Sintetizando, pueden presentarse tres situaciones distintas: a) que la ley haya dejado librado al criterio administrativo la determinación del medio de concretización (sea porque determi-

la vez, la integran: a) legalidad o juridicidad, b) servicio objetivo a los ciudadanos, c) razonabilidad, d) proporcionalidad, e) igualdad de trato, f) publicidad, g) seguridad jurídica, h) eficiencia, i) eficacia, j) buena fe, k) confianza legítima, l) celeridad, m) ética, n), transparencia, ñ) debido proceso (v. *La Buena Administración en las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza global*, Marcial Pons, Buenos Aires, 1º edición, 2019, ps 74-75).

**23.** Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 755.

nó dos o más medios para que el órgano administrativo eligiese uno de ellos o bien porque no indicó el medio y confirió al órgano la potestad para hacerlo); b) que la ley haya precisado una medida en el plano abstracto y que la Administración, al tiempo de su aplicación, excepcionalmente, se aparte de ella y escoja otra que resulte mejor; y c) que no exista ley para regular en el caso concreto debiendo la Administración efectuar, por sí sola, la ponderación previa al dictado del acto administrativo. Sólo en el primer supuesto rige el principio formal y jerárquico que confiere preeminencia a la ponderación legislativa. En los otros dos la actuación administrativa contará con un margen amplio de discrecionalidad, limitado por el principio de "Buena Administración" que le impondrá la adopción de la mejor medida para la concreción del fin, a la luz del caso concreto. Y aquí se abrirían tres grados de control en base a las premisas empíricas conducentes: a) el *control de evidencia* (no es posible tener un control absoluto sobre las premisas y ante esa incertidumbre media deferencia judicial respecto de la actuación del órgano estatal); b) el *control de intensidad medio* (que reclama una mayor certeza sobre las premisas empíricas); y c) el *control sustancial intensivo* (que exige una certeza absoluta sobre dichas premisas).

La Administración está obligada, en la medida de lo posible, a poseer certeza sobre las premisas empíricas, por eso, por regla, está sujeta a un *control sustancial intensivo* y sólo por excepción se la someterá a un *control de intensidad medio*.

Para el legislador, en cambio, bastará con ceñirlo a un *control de evidencia* para validar su actuación[24].

**24.** De acuerdo: BERNAL PULIDO, Carlos, ob. cit. ps. 737 y ss.

### *4.4. Requisitos condicionantes del principio de eficacia*

Pareciera necesario, antes de seguir, intentar al menos, brindar una serie de condiciones que nuestro difuso y proteico principio de eficacia reclama para su aseguramiento.

Sin una pretensión exhaustiva mencionamos:

- El régimen jurídico de las normas aplicables a la Administración Pública, (en nuestra realidad jurídica especialmente la Ley de Procedimientos Administrativos que, a más de cincuenta años de su vigencia, exige una urgente revisión y adecuación a las exigencias de la eficacia, sobre las que no nos extenderemos por razones de espacio).

- La organización interna de la Administración, la desconcentración y la descentralización de funciones administrativas.

- La fluidez de la comunicación en las relaciones interorgánicas e interadministrativas.

- La capacidad y flexibilidad de la gestión para el cambio permanente y cada vez más acelerado de las necesidades sociales, pues la resistencia de los administradores a salirse de las decisiones rutinarias o regladas para adoptar decisiones excepcionales o críticas relacionadas con la innovación, la creación y la planificación, constituyen un baremo de medición de la eficacia organizativa para adaptarse a las nuevas demandas de la sociedad.

- La asignación de recursos adecuada en las leyes de presupuesto y la evaluación del impacto económico de las decisiones adoptadas.

- La discrecionalidad administrativa, como modo de regulación *eficaz* para la satisfacción del interés público.

- El control de esa discrecionalidad, fundamentalmente a través de la interdicción de arbitrariedad y de la verificación del cumplimiento de la finalidad que la actuación estaba llamada a satisfacer. Control en todo caso de revisión y de anulación, más no de sustitución por parte del juez de los criterios administrativos.

- El perfeccionamiento de los mecanismos de responsabilización por su actuación ineficaz a los funcionarios públicos, más allá de sus aristas disciplinarias -cuando media un vínculo estatutario- y penales -cuando se configura un delito- , haciéndola extensiva a los funcionarios políticos que no integran los cuadros permanentes de la Administración Pública.

- Un mayor refinamiento institucional, con sistemas meritocráticos de selección de personal, con una dirección pública profesional, donde imperase la transparencia, la rendición de cuentas y la evaluación de las políticas públicas. Estas características operan en el plano del deber ser, la realidad a menudo contrasta con ese ideal[25].

**25.** SANTOS, Alejandra M., *El Principio*...ob. y loc. cits, p. 78. El tema puede ampliarse en "Recomendación del Consejo de la OCDE sobre la integridad pública" en http://www.oecd.org/gov/integridad/recomendacion-integridad-publica/

## V. LA OPERATIVIDAD DEL PRINCIPIO DE EFICACIA. LOS "TENSORES" QUE LA CONDICIONAN

A esta altura creemos que ha quedado medianamente claro por qué la eficacia, aun con todos los intríngulis que su materialización conlleva, asume un carácter rector de la actuación administrativa colocándola dentro de la idea basilar de lo que se describe como "Buena Administración".

¿Pero qué pasa con su operatividad? ¿Puede emplearse por los particulares como un título habilitante de una actuación administrativa concreta?

Estimamos que, en ausencia de una regulación constitucional expresa podría asignársele el carácter de derecho o garantía constitucional que surge implícita de los controles operativos o de gestión que debe llevar a cabo la Auditoría General de la Nación con la nueva redacción que el constituyente reformador de 1994 confirió al artículo 85. También tal condición podría extraerse de la incorporación del los tratados internacionales de derechos humanos, conforme los artículos 31 y 75 inciso 22º (con la jurisprudencia nacional y también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

En España la tendencia dominante es la concepción de la eficacia como una directiva constitucional, no de aplicación inmediata, sino mediata: un valor que debe ser puesto en práctica a través de instrumentos jurídicos concretos.

Por nuestra parte, y sin desconocer que todo derecho constitucional está sujeto a su reglamentación razonable, entendemos que, luego de la incorporación de los instrumentos internacionales de

derechos humanos a nuestra C.N. y la superación jurisprudencial de la asignación de un carácter meramente "programático" a las cláusulas que hacen a la dignidad humana (p.ej., las contenidas en el art. 14 bis, exégesis por cierto disvaliosa que implicaba convertirlas en letra muerta), la eficacia representa un valor *instrumental* para los ciudadanos, no escindible del derecho que pretende ser reconocido. Es, a la vez, un Principio General de Derecho, un deber para la Administración y un derecho subjetivo público para los administrados.

Así, la incorporación de las garantías al "debido procedimiento administrativo" (su llamada "procesalización"); la participación en la toma de decisiones (p.ej., a través de la formulación de presupuestos participativos); la transparencia; el acceso a la información y el control ciudadano; etc., son manifestaciones del principio de eficacia exigibles por los particulares a la Administración, no como un fin en sí mismo, sino como cauce necesario para la obtención de una concreta actuación de su parte que brinde respuesta a la necesidad pública a satisfacer.

Finalmente, debemos señalar que existen condicionantes de la eficacia que la doctrina ha identificado asignándoles la denominación de "tensores"[26]. Algunos de estos "tensores" que atentan contra el cumplimiento de la eficacia son el clientelismo, la mala cultura política y el "efecto Penélope" (tejer y destejer), la estrategia del mimetismo en la innovación institucional y una visión excesivamente *managerial* y escasamente institucional.

El clientelismo (su contrapartida es la meritocracia) fomenta la mediocridad, la arbitrariedad y las asimetrías sociales. La mala

**26.** RAMIÓ, Carles, "Tensores reaccionarios a combatir y tensores progresistas a incentivar para lograr la institucionalización e innovación pública en América Latina", Revista del CLAD Reforma y Democracia [Internet]. 2015; (61):5-42. Recuperado 20 de junio de 2018 de: http://portal.amelica.org/ameli/jatsRepo/357535434003

cultura política atenta contra la seguridad jurídica y la coherencia de las políticas públicas pues, ante cada cambio de gestión, los nuevos gobernantes varían e incluso destruyen las políticas públicas construidas e implementadas por su antecesor. Como dice RAMIÓ: *"Es el efecto Penélope: tejemos durante todo el día de un mandato para destejer la noche del cambio de presidente"*

En cuanto al *mimetismo en la innovación institucional*, el autor explica que para la innovación institucional se pueden generar las propias soluciones o bien explotar soluciones que antes han vislumbrado otras administraciones. La primera opción tiene un elevado coste de transición ya el método funciona  por prueba y error, aunque ello favorece el aprendizaje. Por ello, los líderes políticos eligen la segunda opción[27].

Por otra parte, si bien el *management* es útil para alcanzar organizaciones más eficaces y eficientes, es inútil para lograr instituciones públicas sólidas estables y solventes que aporten al sistema mayor seguridad institucional y jurídica. Ello obedece al error de mezclar los conceptos organización con institución, según RAMIÓ, y a querer aplicarles a las instituciones públicas los criterios de eficiencia y eficacia propias de las organizaciones privadas, siendo que el objetivo máximo de las primeras es lograr el máximo desarrollo humano y el mayor índice de felicidad a los ciudadanos[28].

## VI. CONCLUSION

Debemos ser eficientes y eficaces y concluir con estas reflexiones dentro de las pautas que se nos han asignado.

---

**27.** Ampliar en RAMIÓ, Carles-SALVADOR, Miquel, "Repensando la función pública como institución. Oportunidades y amenazas para su extensión a las realidades políticas- administrativas latinoamericanas", Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, ISSN 0211-9560, Nº 65, 1, 2003, págs. 149-176, recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=647407

**28.** RAMIÓ, C.-SALVADOR, Miguel, ob. cit., 5-42.

La eficacia es un valor que orienta el ejercicio de la función administrativa, tanto en lo que se refiere a su aparato organizativo (faz estática), como en su actuación (faz dinámica) y, a la vez, una exigencia instrumental en sus relaciones con los ciudadanos para la satisfacción de sus necesidades. Se inscribe y le confiere significancia a la noción de "Buena Administración".

La dificultad de determinar, en ciertos ámbitos de actuación administrativa, estándares parametrizables u objetivos que la midan, en todo caso representa un desafío y preocupación constantes en aras de lograr una permanente mejora en la calidad de la gestión pública, más no el pretexto para soterrarla como se hizo en el pasado.

Ello por cuanto a un Estado de Derecho Social y Democrático se le exige, por imperio ya no sólo del propio orden jurídico que crea, sino también merced al derecho supranacional al que adscribe, como dice GORDILLO por ser *"el precio de ser parte de una comunidad civilizada"*, la protección *eficaz* de los derechos humanos y la asignación *eficiente* de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente, en un marco de respeto a la libertad individual, compatible con el bienestar general y los derechos de todos.

Y es en un todo acorde a lo expuesto que la Constitución Nacional reformada en 1994 -al poner en cabeza del Poder Legislativo el control externo del sector público nacional, que ejerce asistido técnicamente por la Auditoría General de la Nación-, que ese control abarca también los aspectos operacionales o de gestión, que se basan en las tres (3) EEE, es decir, la economía, eficiencia y eficacia como conceptos entrelazados e interdependientes que se pueden resumir en el tercero de ellos, que los comprende.

Vale decir que no hay eficacia que se pueda lograr sin cumplir con las pautas de un Buen Gobierno, y compete a la Auditoría General de la Nación – tras la reforma constitucional de 1994-, velar por su verificación en el marco de sus competencias.

# Mecanismos de la democracia semidirecta: un abordaje a su recepción constitucional y legal desde una perspectiva crítica

Por
**Carlos Gonzalo Francisco Fuentes[1] y María de las Nieves Cenicacelaya[2]**

---

**1.** Abogado, docente e investigador. Especialista en Docencia Universitaria y Doctorando en Ciencias Jurídicas (UNLP). Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Director del Observatorio de Asuntos Federales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP).

**2.** Abogado, Magister en Derechos Humanos y Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Docente – Investigador. Profesor de Derecho Constitucional en grado y posgrado (UNLP). Autora de libros, capítulos de libros y otras publicaciones sobre temas de Derecho Público. Evaluadora de proyectos de investigación y extensión, investigadores, becarios y tesistas en varias universidades nacionales, CONICET y FONCYT. Par evaluador CONEAU.

## I. INTRODUCCIÓN

A fines del siglo XVIII se pusieron de manifiesto en la Francia revolucionaria las dos corrientes del naciente Estado constitucional. Para una ("democrática"), la voluntad popular resultante del pacto social -cuya máxima expresión es la ley- sólo puede ser entendida como una forma de autodeterminación individual. Al obedecer a la ley el individuo se está obedeciendo a sí mismo. De allí, la necesidad de que cada persona participe de manera directa e inmediata en la formación de la voluntad general; en la formulación de la ley. Y así, cualquier cuerpo representativo que pretendiera formularla, exigiría la constitución de intermediarios entre los ciudadanos, que impedirían la correcta formación de la voluntad general a partir de las voluntades exclusivamente individuales. Por ello, la lapidaria afirmación de Rousseau de que "toda ley que el pueblo en persona no ha ratificado es nula, no es una ley". Completamente distinto sería el planteamiento ("liberal") de Montesquieu, que arranca con la impracticabilidad de la democracia directa en el Estado moderno de grandes dimensiones territoriales y humanas, para concluir que, independientemente de lo que se pueda pensar en teoría, en la práctica sólo es posible un régimen representativo. Además "la gran ventaja de los representantes es que saben discutir los asuntos.

Si bien, ni la Asamblea, ni la Convención, se pronunciaron inequívocamente a favor de alguna de estas dos visiones -manteniéndose ideológicamente en la ambigüedad- lo cierto es que, la Revolución, bajo la influencia del abate Sieyès, optará por el sistema representativo en la Constitución de 1791. Luego, los desacreditados plebiscitos napoleónicos harían que la democracia representativa se impusiera en el mundo durante todo el siglo XIX

y los primeros años del XX.[3] Hasta entonces, sólo en Suiza y en los Estados Unidos –aunque sólo a nivel local- se contemplaba normativamente y se practicaba la democracia "semidirecta".[4] Pero en el constitucionalismo de entre guerras resurge esta cuestión. En efecto, como forma de paliar las debilidades de la democracia representativa y, a la vez, superar la imposibilidad fáctica de llevar a cabo la democracia directa, se buscaron mecanismos intermedios que potenciaran las fortalezas y disminuyeran las desventajas de una y otra procurando una combinación armónica.[5] La que pondría en marcha este intento por una democracia más participativa sería la Constitución de la República alemana sancionada en Weimar hace poco más de un siglo; lo que luego se extendería, de manera más limitada, a otros países europeos durante la denominada *belle époque* del constitucionalismo. De este modo, se constitucionalizaron –ingenuamente- nuevas formas de intervención del pueblo en el gobierno incorporando a los textos supremos distintos mecanismos de participación ciudadana que, en muchos casos no sólo no contribuyeron a mejorar la democracia (como es su propósito, en teoría) sino que, por el contrario, terminaron convirtiéndose en instrumentos de robustecimiento del poder de los más infames dictadores.

Esta experiencia impactará negativamente a la hora de sancionarse nuevas constituciones *a posteriori* de la II Guerra. En esos textos supremos, en general menos democráticos que los de la etapa anterior –de entre guerras-, el poder es diseñado para ser ejercido monopólicamente por los partidos que dominan Parlamentos y Gobiernos.[6] Esta "democracia de los políticos" no es percibida como una democracia de "alta intensidad", con ciu-

**3.** PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, p. 384.

**4.** FABRE, Michel-Henry, Principes Republicains du Droit Constitutionnel, L.G.D.J., Paris, 1977, p. 234.

**5.** CENICACELAYA, María de las Nieves, *Participación ciudadana. Teoría y práctica de las formas semidirectas de democracia*, EDULP, La Plata, 2008, p. 12.

**6.** LOEWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución, Ariel, Barcelona, 1983, p. 331.

dadanos plenos -que votan pero no eligen-[7]; sino que debe ser robustecida con la incorporación de mecanismos de democracia semidirecta que le permitan al ciudadano decidir más plenamente. De a poco se consolida la idea de que la combinación de elementos representativos y "directos", no es antitética;[8] que las formas semidirectas no son incompatibles con la teoría de la representación; y que entre la democracia directa y la democracia representativa existe un *continuum* de formas intermedias, perfectamente conciliables e integrables.[9] Al finalizar el siglo XX, la democracia semidirecta se encontrará totalmente afianzada en prácticamente todo el mundo.

## II. LA DEMOCRACIA SEMIDIRECTA EN ARGENTINA

**2.1.** El constituyente argentino en la segunda mitad del siglo XIX, al igual que el modelo en el que abrevó, desconfió de las apelaciones populares,[10] y por ello en varias normas del texto de 1853 consagró el sistema representativo sin prever expresamente segmento alguno de democracia directa. Concretamente, el artículo 22 CN dice de modo muy enfático que "El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución"; aunque a continuación aclara, a nuestro entender, la disposición anterior, al completarla con la siguiente frase: "Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de ésta, comete delito de sedición". A su turno, la reforma constitucional de 1949 y la enmienda de 1972, tampoco contemplaron mecanismos de democracia semidirecta, a pesar que, en relación a la última, en el Dictamen sobre el Contenido de las Reformas Cons-

**7.** NUN, José, Democracia. ¿Gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000, p. 132.
**8.** FRIEDRICH, Carl, La democracia como forma política y como forma de vida, Tecnos, Madrid, 1966, p. 42.
**9.** BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985, p. 51.
**10.** HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John. *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1970, p. 215.

titucionales de la Comisión Asesora para el Estudio de la Reforma Institucional creada por el gobierno de facto en 1971, se expresaba una postura favorable hacia los mismos.

No obstante esta carencia formal, compartimos la posición de un importante sector de la doctrina nacional[11] que siempre consideró que ello no era óbice para su reconocimiento, pues tratándose de un derecho que emana de la soberanía del pueblo era suficiente la previsión del artículo 33 CN que, referida a los derechos no enumerados que establece "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".[12]

**2.2.** Con ese marco doctrinario de apoyo es que, a poco de recuperarse el Estado de Derecho, en 1984, el gobierno nacional entendió que, antes de que los poderes políticos competentes tomaran la decisión respectiva en relación al acuerdo al que se había arribado con la República de Chile, tendiente a finalizar la añeja disputa territorial sobre la zona del Canal Beagle, era necesario "consultar la opinión de los ciudadanos argentinos, previo un período de información plena y debate público en el que el Gobierno expondrá su propio juicio a fin de que sea confrontado con el de los partidos y sectores de la población".[13] Se dejaba de lado, así, la opinión de aquellos que se negaban a darle cabida constitucional a estos mecanismos de democracia semidirecta,[14]

**11.** SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, Kapelusz, Buenos Aires, 1958, p. 204; ROMERO, César Enrique, "Reforma constitucional y referéndum", en *La Ley* 143, Buenos Aires, 1971, p. 839; BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 318; ZIULU, Adolfo G., *Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 165.

**12.** QUIROGA LAVIÉ, Humberto, BENEDETTI, Miguel Ángel y CENICACELAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p 257.

**13.** Decreto 2272/84 (BO 30/07/84)

**14.** LINARES QUINTANA, Segundo, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 213; BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 221; LÓPEZ, Mario Justo, *Introducción a los Estudios Políticos*, Depalma, Buenos Aires, 1987, Tomo I, p. 415.

y se convocaba a los ciudadanos para que expresaran voluntariamente su opinión respecto de los términos de la conclusión de las negociaciones con el vecino país para resolver el diferendo limítrofe austral, dando una respuesta afirmativa o negativa al eventual tratado. Esta consulta fue impugnada judicialmente; y si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación al dictar su fallo el 28 de agosto de 1984[15] no se pronunció sobre el fondo de la cuestión por razones formales (se inhibió de hacerlo por considerar que no existía una causa, controversia o caso judicial), algunos de sus miembros (Ministros Carlos S. Fayt y Augusto C. Belluscio) no juzgaron que la consulta fuese incompatible con la Constitución Nacional. En particular, Fayt entró al fondo y dijo "(...) el sufragio además de la función electoral, tiene una función de participación gubernativa. Esta función de participación, menos generalizada que la función electoral, está vinculada a las formas semidirectas de democracia (...) Ya no se trata de una técnica para la selección o nominación de candidatos, de un procedimiento para elección de los representantes, sino de una participación directa en el proceso de formación de las decisiones políticas, jurídicas y administrativas del gobierno. Es decir, una forma concreta de participación del cuerpo electoral y, considerado individualmente, por parte de los ciudadanos. (...) El elector quiere algo más que ser bien gobernado; quiere gobernar (...) El advenimiento de la democracia contemporáneas ofrece una perspectiva no prevista por el constitucionalismo clásico y obligará a reconocer a toda persona, legalmente capacitada, el derecho a tomar parte directamente en el gobierno de su país, mediante el referéndum o cualquier otro medio de consulta o participación popular (...)". No obstante que el voto no era obligatorio y que el resultado no era jurídicamente vinculante, ante la altísima participación popular y el masivo apoyo ciudadano recibido el día 25

**15.** CSJN, caso "Baeza, Aníbal R. c/ Gobierno Nacional" (*Fallos* 306:1125).

de noviembre de 1984, el tratado en cuestión fue firmado inmediatamente por el Poder Ejecutivo y sometido luego al Congreso quien lo aprobó en marzo de 1985 por medio del dictado de la Ley 23.172 (BO 30/04/85). Hubo después una nueva presentación judicial en la que el actor –invocando su condición de ciudadano argentino- pretendía se declarase inconstitucional el tratado internacional -suscripto en Ciudad del Vaticano el 29 de noviembre de 1984- por considerarlo violatorio de la base territorial de la provincia de Santa Cruz. La acción también fue rechazada por ausencia de caso por el supremo tribunal federal.[16]

**2.3**. Ese fue, si duda, un hito trascendente para el reconocimiento de estos instrumentos a nivel nacional, ratificándose que, más allá de su aparente incompatibilidad con la letra del artículo 22 CN, "mientras la voluntad popular se exprese a través del sufragio, tal expresión es lícita, cualquiera sea el objetivo de éste".[17] Pero por sobre todo, con independencia de cualquier objeción formal y de que admitamos como razonable que, para dar un marco de mayor certeza al uso de estos mecanismos, se postulase la conveniencia de su incorporación expresa al texto constitucional, sirvió para instalar en nuestro país esta cuestión tanto a nivel teórico como político. Así, al poco tiempo, se expresaba en sentido favorable el Consejo para la Consolidación de la Democracia,[18] instituido por el Gobierno a través del Decreto 2446/85 con la "misión de contribuir a la elaboración de un proyecto transformador fundado en la ética de la solidaridad y en la democracia participativa, en orden a la modernización de las estructuras culturales, científicas, educativas, productivas y estatales de la sociedad argentina". Lo propio harían los más importantes –al menos desde

**16.** CSJN, caso "Lorenzo c/ Estado Nacional" (*Fallos* 307:1385).

**17.** EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. "La consulta sobre el Beagle: un hito significativo en el derecho constitucional argentino", en *Anales de Legislación Argentina* XLIV-C, p. 2594.

**18.** CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA, *Reforma Constitucional. Dictamen Preliminar*, EUdeBA, Buenos Aires, 1986, p. 74.

el punto de vista de los resultados electorales- partidos políticos. En efecto, en el Dictamen de la Comisión de Reforma Constitucional de la Unión Cívica Radical (elevado al Presidente del Comité Nacional por la Comisión designada para examinar el tema de la reforma constitucional) fechado el 18 de febrero de 1988 en Córdoba, en el Punto 5 (Participación) se leía: "En las democracias modernas el concepto de representación política se complementa con la noción de participación ciudadana, por lo que resulta conveniente establecer fórmulas que adopten el plebiscito, el referéndum, la revocatoria y la iniciativa popular". En sentido similar se expresaba la Comisión de Reforma Constitucional del Partido Justicialista en su Dictamen firmado en Buenos Aires el 20 de setiembre de 1988 por César Arias, Juan Carlos Maqueda, Héctor Massini, Héctor Masnatta y Alberto García Lema.

**2.4.** Por ello no resultó extraño que, a la hora de encarar el último proceso de reforma constitucional, aunque no se les asignara un rol estelar, los instrumentos de la democracia semidirecta estuvieran presentes dentro los "temas habilitados" por el artículo 3 inciso c de la Ley 24.309 (BO 31/12/93) -que declaró la necesidad de la reforma de la Constitución Nacional, sin permitir modificar su Primera Parte y, por ende, el artículo 22 CN- para su debate y decisión por la Convención Constituyente. En su Comisión de Participación Democrática se discutieron varios proyectos y en el pleno del cuerpo esta temática fue debatida en la sesión del día 26 de julio de 1994. Los convencionales contrarios a la incorporación de estos mecanismos –que consideraban colisionaban con los artículos 1 y 22 CN- fueron categóricamente replicados por quienes entendían que estaban incluidos en el artículo 33 CN. En la redacción final del nuevo texto supremo aparecerán consagrados en los artículos 39 y 40 dentro del novel Capítulo Segundo de la Primera Parte de la Constitución, titulado "Nuevos Derechos y Garantías".

**2.5.** A esta innovación en el cuerpo constitucional mismo debe sumarse que la idea de participación política desempeña un relevante rol en el sistema internacional de protección de los derechos humanos. Aunque sin mencionarse mecanismos en particular, varios de los instrumentos internacionales que gozan de jerarquía suprema y que, por imperio del artículo 75 inciso 22 CN "deben entenderse complementarios de los derechos y garantías" reconocidos por la Constitución, caracterizan a estas formas de intervención popular como derechos fundamentales. Así, el artículo XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 dice que "Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, (...). De modo similar, la Declaración Universal de Derechos Humanos del mismo año en su artículo 21.1 postula que "Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos". En términos semejantes, se garantiza a los ciudadanos "participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos (...) a través del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y del artículo 23.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

## III. LA INICIATIVA POPULAR

**3.1.** En el artículo 39 CN se incorporó la iniciativa popular legislativa en los siguientes términos: "Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, san-

cionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa. No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal".

**3.2.** Esta norma -que tuvo como fuente varios antecedentes del derecho público provincial- sólo habilita como titular del derecho, en tanto su naturaleza de derecho político, a los ciudadanos argentinos, de cualquiera de las tres categorías constitucionales y legales (nativos, naturalizados y por opción) a presentar proyectos de leyes que el Congreso sea competente para dictar. Esos proyectos pueden implicar la modificación, derogación y /o creación de nuevas normas. El texto no aclara si sólo pueden presentarse proyectos articulados. Si bien, entendemos que debería imponerse una respuesta negativa, ésta no fue la opción de la ley reglamentaria, como veremos más adelante.

**3.3.** En cuanto a los temas vedados reitera aproximadamente lo dicho por algunas constituciones provinciales (Constitución de Córdoba, artículo 31; de Salta, artículo 58; y de San Luis, artículo 97). En este sentido, observamos una infundada desconfianza en el pueblo,[19] no obstante el aparente énfasis del comienzo de la norma, lo que se deriva en una incoherencia del convencional constituyente quien "por un lado exalta el papel del pueblo en la democracia y por otro se lo retacea" injustificadamente.[20] Al respecto, en los debates de la Convención Constituyente no se dieron argumentos serios para tan importantes prohibiciones, apartándose de lo que se presenta casi como una regla en el derecho

**19.** MIDÓN, Mario A., *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1997, p. 83.
**20.** SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo I, p. 351.

comparado: la mayoría de las constituciones no fijan límites materiales a la iniciativa popular, operando así como el instrumento más desarrollado de la democracia semidirecta.[21]

**3.3.1.** En particular, con respecto a la prohibición en materia de reforma constitucional, el convencional (y miembro informante) Vicente Brusca, trató –sin lograrlo, a nuestro entender- de justificar su veda diciendo sólo que esta cuestión tiene un procedimiento especial indicado en el artículo 30 CN. Y en relación a los restantes temas prohibidos, que "están articulados por varias normas interrelacionadas entre sí, que los hacen de una complejidad tal que resulta difícil que se vote por sí o por no dentro de un proyecto aislado". De este modo, excluir, por ejemplo, de modo tan vago todo lo relativo a la materia presupuestaria, es casi una barrera infranqueable, pues siempre habrá implicancias más o menos directas sobre el presupuesto, aún en los problemas aparentemente más distantes. Su admisibilidad o no dependerá, entonces, del criterio más amplio o más estrecho que en su momento adopte la Cámara de Diputados.

**3.3.2.** En lo que refiere a la exclusión de los temas impositivos, en nuestra opinión es contradictorio con el principio que viene desde la Carta Magna de 1215 (*non taxation without representation*) y que fuera receptado ya en 1853 por el actual artículo 52 CN que le otorga la iniciativa en el procedimiento legislativo de las leyes tributarias a la Cámara de Diputados por ser la más genuina representante del pueblo. Lo más grave es que estas limitaciones tan categóricas del constituyente no pueden ser subsanadas (no lo fueron, en definitiva) por la ley reglamentaria.

**21.** FABRE, Michel-Henry, *op. cit.*, p. 234.

**3.4.** Los proyectos de ley deben ser presentados en la Cámara de Diputados quien, en nuestro sistema constitucional, representa al pueblo. Aquí se impone otra pregunta: ¿qué ocurre con los proyectos que se relacionen con, por ejemplo, el desarrollo regional (artículo 75 inciso 19 CN) o con la coparticipación federal impositiva (artículo 75 inciso 2 CN) que, por imperio constitucional, deben tener iniciativa en el Senado? En este punto, acordamos con quienes no ven ningún impedimento al respecto,[22] debiendo en su caso la Cámara de Diputados hacer el examen de admisibilidad del proyecto presentado y remitirlo luego al Senado para que empiece el tratamiento legislativo.

**3.5.** En cuanto al porcentaje de firmas requeridas, la Constitución Nacional optó –como varias provincias argentinas- por establecerle un "techo" al legislador. Afortunadamente el constituyente nacional se apartó de los porcentajes extremadamente altos que establecen varias constituciones provinciales (4%, Chubut; 8%, San Luis; 10%, Tierra del Fuego). En La Rioja y Neuquén, al contrario, el porcentaje indicado en la Constitución implica un "piso" pues se dice que "no puede ser inferior". Esta peligrosa fórmula puede hacer que legislativamente el mandato constitucional se torne una norma de casi imposible cumplimiento.

**3.6.** A diferencia de la mayoría de las constituciones provinciales que guardan silencio respecto al plazo del que gozaría el Legislativo para expedirse, el texto supremo nacional consagró el de doce meses. Éste, ¿debe ser dividido por dos o es para cada una de las Cámaras? Y ¿qué ocurre si una de ellas cumple con el plazo y la otra no? ¿Y si se trata en Comisión, pero luego no en el plenario? Son todos interrogantes que el constituyente dejó sin respuesta.

**22.** BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional, Tomo VI*, Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 290; SAGÜÉS, Néstor P., *op. cit.*, p. 350; y BIDEGAIN, Carlos María, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 223.

**3.6.1.** Pero, además, en definitiva, ¿qué pasa si el Congreso no se expide en ese término? Lo ideal es que el proyecto de iniciativa popular sea presentado ante el órgano legislativo correspondiente (de cualquier nivel del Estado) y que, si éste al cabo de un tiempo determinado lo rechaza o ignora, automáticamente quede aprobada la propuesta popular (no habría ninguna dificultad en el caso de proyectos formulados) o se desemboque necesariamente en una consulta popular vinculante para que el pueblo exprese su opinión. El órgano legislativo debería tener la opción, a su vez, de presentar un proyecto alternativo ("contra proyecto" se denomina en Suiza) para que la ciudadanía -bien informada- decida por uno u otro. De esa manera, los legisladores estarían incentivados a cumplir con el mandato constitucional; de lo contrario es un enorme y desmoralizador gasto de esfuerzos sin resultado alguno.

**3.6.2**. La iniciativa popular es una actividad del pueblo de carácter pre-legislativa y pro-legislativa. Pero, planteada como está en la Constitución Nacional (y en la ley reglamentaria que no subsanó esto) es mero ejercicio del clásico derecho de peticionar consagrado desde siempre en el artículo 14 CN. El "expreso tratamiento" que requiere la cláusula constitucional significa aprobar o rechazar[23] el proyecto presentado. La solución que auspiciamos (que fue sostenida por varios convencionales) de ninguna manera puede considerarse incompatible con la norma del artículo 82 CN que prohíbe la sanción ficta; pues, si lo dijese la ley, el Congreso en definitiva se estaría pronunciando dejando que sea el pueblo (su mandante) quien decide. Y si lo hubiese dicho la Constitución, sería un caso de excepción a la regla del artículo 82. De esta manera se concibió este mecanismo de democracia semidirec-

**23.** RECA, Ricardo P., "Las estructuras del poder y representatividad: los institutos de iniciativa y consulta popular", en *El Derecho* 168, p. 885.

ta en el Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia. Allí se lee: "La iniciativa popular es un sistema mediante el cual se presenta un proyecto o reforma por vía de petición acompañada por la firma de un número de ciudadanos (...) Si la iniciativa no es considerada debe convocarse al electorado para que exprese su opinión. De ser afirmativa respecto de la iniciativa, ésta deberá ser aprobada por los gobernantes".[24] En el orden provincial, salvo en La Rioja que se obliga a someter el proyecto no tratado a consulta popular, la mayoría de las constituciones provinciales tampoco se pronuncian al respecto.

**3.7.** El mandato constitucional de la Disposición Transitoria Tercera que estableció que "La ley que reglamente el ejercicio de la iniciativa popular deberá ser aprobada dentro de los dieciocho meses de esta sanción" no fue cumplido. La Ley 24.747, basada en un proyecto (0488-D-95) del diputado Antonio María Hernández (UCR, Córdoba) fue sancionada recién el 27 de noviembre de 1996, promulgada tácitamente por el PEN (en aplicación del artículo 80 CN) el 19 de diciembre y publicada en el Boletín Oficial el 24 de diciembre del mismo año. Otros proyectos tenidos en cuenta fueron los de los diputados Bullrich–Argüello–Digón (1204-D-95); Polino– Bravo– Estévez Boero– Fernández Meijide– Flores– Marcoli– Mendoza– Solanas (4967-D-95); y Carlos O. Menem (0806-D-96); y de los senadores Alasino (0197-S-95); Genoud– Losada– Cendoya– Solari Yrigoyen– de la Rúa (0822-S-95); Romero Feris (0862-S-95); Cafiero (1490-S-95); y Berhongaray (1898-S-95).

**3.7.1.** Consigna el artículo 1 de la ley que se reglamenta el artículo 39 CN y el artículo 2 que "los ciudadanos podrán ejercer el derecho de iniciativa popular para presentar proyectos de ley ante la Cámara de Diputados de la Nación", repitiendo las palabras

**24.** CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA, *op. cit.* p. 76.

de la Constitución. Debemos destacar que en el proyecto de los diputados Polino– Bravo– Estévez Boero– Fernández Meijide– Flores– Marcoli– Mendoza– Solanas, la iniciativa la podía presentar no sólo un ciudadano, sino también una ONG o un sindicato.

**3.7.2.** El artículo 3 replicando el texto de la constitución dice: "No podrán ser objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal". El proyecto del diputado Hernández era más restrictivo, ya que agregaba a estas cinco prohibiciones, la Ley de Ministerios. A su turno, la disidencia parcial del diputado Gómez Diez, al Dictamen de mayoría, preveía la exclusión de los temas en los que la Cámara de Senadores es cámara de origen.

**3.7.3**. El artículo 4 establece que "La iniciativa popular requerirá la firma de un número de ciudadanos no inferior al uno y medio por ciento (1,5%) del padrón electoral utilizado para la última elección de diputados nacionales y deberá representar por lo menos a seis (6) distritos electorales. Cuando la materia de la iniciativa sea de alcance regional, el requisito del porcentual se cumplirá considerando únicamente el padrón electoral del total de las provincias que componen dicha región, sin tener en cuenta la cantidad de distritos que prevé el primer párrafo". Afortunadamente el porcentaje exigido terminó siendo menor al de muchos proyectos presentados que exigían entre 3% y 2%. Respecto a la cantidad de distritos requeridos, algunas otras propuestas la superaban y otros no la alcanzaban. Una falencia de la norma es que no se aclara en qué proporción se deberá representar por lo menos a seis distritos ni tampoco qué se entiende por región.

**3.7.4.** Ley establece en su artículo 5 los requisitos formales de la iniciativa popular, que deberá deducirse por escrito y contener la

petición redactada en forma de ley en términos claros; una exposición de motivos fundada; nombre y domicilio del o los promotores de la iniciativa, los que podrán participar de las reuniones de Comisión con voz de acuerdo a la reglamentación que fijen las mismas; descripción de los gastos y origen de los recursos que se ocasionaren durante el período previo a presentar el proyecto de iniciativa popular ante la Cámara de Diputados; los pliegos con las firmas de los peticionantes, con la aclaración del nombre, apellido, número y tipo de documento y domicilio que figure en el padrón electoral. Estos recaudos son tan abundantes y complejos que difícilmente puedan cumplirse sin una estructura política de respaldo. Parecería que sólo los partidos políticos podrían emprender tan ardua tarea con visos de algún éxito. Pero si ello es así, ¿qué sentido tiene que los mismos que presentan candidatos para los cargos representativos sean también los promotores de iniciativas populares? Además, y ante el silencio constitucional, la ley reglamentaria optó por aceptar solamente la presentación de proyectos articulados.

**3.7.5**. En el artículo 6 se consigna: "Toda planilla de recolección de firmas para promover una iniciativa debe contener un resumen impreso del proyecto de ley a ser presentado y la mención del o los promotores responsables de la iniciativa. El resumen contendrá la información esencial del proyecto, cuyo contenido verificará el Defensor del Pueblo en un plazo no superior a diez días previo a la circulación y recolección de firmas". Esta intervención del Defensor del Pueblo excede las competencias que la Constitución le asigna en el artículo 86, sin aclararse con qué finalidad debe verificar el contenido antes de la recolección de firmas, pues él no decide sobre su admisibilidad. Esto podría resultar incompatible con el artículo 9 que otorga competencia a la Justicia Electoral. Aquí tampoco se dice que pasa ante el incumplimiento del plazo

de diez días. A lo cual, podemos agregar, como dato del momento, que hace casi 15 años que el cargo de Defensor del Pueblo se encuentra vacante. De este modo, si algún proyecto de iniciativa popular se hubiera querido llevar adelante se hubiese encontrado con un escollo insalvable.

**3.7.6.** Según el artículo 7, "Previo a la iniciación en la Cámara de Diputados, la justicia nacional electoral verificará por muestreo la autenticidad de las firmas en un plazo no mayor de veinte días, prorrogable por resolución fundada del Tribunal. El tamaño de la muestra no podrá ser inferior al medio por ciento (0,5%) de las firmas presentadas. En caso de impugnación de firma, acreditada la falsedad se desestimará la misma del cómputo de firmas para el proyecto de iniciativa popular, sin perjuicio de las demás acciones penales a que hubiere lugar, la planilla de adhesiones es documento público. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, podrán certificar la autenticidad de las firmas todos los autorizados por la ley electoral" (en verdad, debió decir la Ley de Partidos Políticos). De esta manera, no se define qué órgano de la justicia electoral es competente: ¿será el juez del lugar donde se registran las firmas? ¿O el que primero intervenga? Los veinte días, ¿desde cuándo se cuentan? Éstos son todos interrogantes sin respuesta legal.

**3.7.7.** "La iniciativa popular deberá ser presentada ante la Mesa de Entradas de la H. Cámara de Diputados, la Presidencia la remitirá a la Comisión de Asuntos Constitucionales, la que en el plazo de veinte días hábiles deberá dictaminar sobre la admisibilidad formal de la iniciativa, debiendo intimar a los promotores a corregir o subsanar defectos formales", establece el artículo 8; norma absurdamente dilatoria que nada dice del incumplimiento del plazo indicado. Tampoco se aclara el papel de los promotores

durante el trámite parlamentario. En el Dictamen de la Comisión del Senado se proponía que hasta tres representantes de los promotores podían participar de las reuniones de comisión e informar sobre el proyecto sin derecho a voto.

**3.7.8.** Conforme al artículo 9, "El rechazo del proyecto de iniciativa popular no admitirá recurso alguno. La justicia nacional electoral tendrá a su cargo el contralor de la presente ley. Los promotores tendrán responsabilidad personal. Se aplicarán las sanciones previstas por el artículo 42 de la Ley 23.298". Se consagra así, a nuestro entender erróneamente, la inapelabilidad de la decisión de la Cámara sobre la admisibilidad formal del proyecto. Creemos que se debió haber previsto un recurso ante la justicia electoral -Cámara Nacional Electoral-.

**3.7.9.** En el artículo 10 se establece el control de fondo: "Admitido el proyecto de ley, la Presidencia de la Cámara de Diputados de la Nación ordenará la inclusión en el orden del día como asunto entrado, siguiendo en adelante el trámite previsto para la formación y sanción de las leyes. Recibida la iniciativa y cumplidos los requisitos del artículo 3, el presidente de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, dentro de las cuarenta y ocho horas lo girará para su tratamiento a la Comisión de Labor Parlamentaria, o la que cumpla sus funciones, la que deberá producir dictamen a más tardar para la segunda reunión de dicho cuerpo. En el orden del día correspondiente de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, deberá ser incluida la iniciativa, con tratamiento preferente. La Cámara podrá girar la iniciativa a sus comisiones respectivas, las que tendrán cada una quince días corridos para dictaminar; si lo hicieran en común se sumarán los plazos. Vencido el término anterior, con o sin despacho, el cuerpo procederá al tratamiento de la iniciativa, pudiendo a tal efecto declararse en

comisión manteniendo la preferencia". La admisión del proyecto implica un nuevo ingreso a la Cámara, ahora como proyecto de ley. El resto de la norma puede merecer alguna crítica por apartarse de los procedimientos clásicos de trabajo parlamentario y distorsionar las funciones habituales de las comisiones de asesoramiento permanente y la Comisión de Labor Parlamentaria. "Preferente" significa que, en las comisiones permanentes, su tratamiento desplaza a cualquier otro proyecto y en la Comisión de Labor Parlamentaria debe ser tratado en la primera o segunda reunión siguiente. En el Pleno, deberá ser tratado también en su reunión inmediatamente siguiente, como primero del orden del día. De todas formas, en ningún caso se prevé penalidad alguna ante el incumplimiento de esta "preferencia".

**3.7.10.** La norma legal tampoco aclara qué ocurre ante el rechazo total del proyecto en una Cámara. ¿No podrá volver a tratarse en las sesiones de ese año, como acontece con los proyectos legislativos ordinarios según mandato del artículo 81 CN? En este sentido, creemos que hubiera sido importante consignar expresamente que a estos proyectos de iniciativa popular no les son aplicables las disposiciones de la Ley 13.640 (BO 05/11/49) de caducidad de proyectos legislativos.

**3.7.11.** En virtud del artículo 11, "Admitido el proyecto por iniciativa popular ante la Cámara de Diputados de la Nación, el Congreso deberá darle expreso tratamiento dentro del término de doce meses"; tratamiento que debe producirse en el pleno del Congreso, sancionando o rechazando, dentro de los doce meses que deben contarse desde que es admitido por la Cámara. En torno a esta cuestión, nos hubiese parecido oportuno que a continuación se hubiese agregado alguna fórmula como: "Vencido dicho término sin que fuere rechazado o sancionado, el Congreso, a ini-

ciativa de la Cámara de Diputados, deberá someter dicho proyecto a consulta popular. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación, lo convertirá en ley y su promulgación será automática". También debió haberse incluido una norma que garantizase el acceso igualitario a los medios de comunicación para quienes sostuviesen, tanto, argumentos a favor, cuanto en contra, del proyecto de iniciativa popular.

**3.7.12.** En virtud del artículo 12 "Queda prohibido aceptar o recibir para el financiamiento de todo proyecto de ley por iniciativa popular, en forma directa o indirecta: a) Contribuciones privadas anónimas, con excepción de lo producido por colectas populares con una contribución máxima autorizada de cincuenta pesos por persona; b) Aportes provenientes de entidades autárquicas o descentralizadas, nacionales o provinciales, sociedades anónimas con participación estatal o de empresas concesionarias de servicios u obras públicas de la Nación, provincias, municipios, o entidades autárquicas o descentralizadas de empresas que exploten juegos de azar; c) Aportes de gobiernos extranjeros; d) Aportes de entidades extranjeras con fines de lucro; e) Contribuciones superiores a treinta mil pesos; f) Contribuciones o donaciones de asociaciones sindicales, patronales o profesionales". Esta norma además de ingenua es inocua, pues difícilmente puedan evitarse formas sutiles y solapadas de financiamiento. Asimismo, nos parece irrazonable, la exclusión de asociaciones sindicales, patronales o profesionales; al mismo tiempo que hubiera sido beneficioso incluir la posibilidad del reembolso de gastos en caso de que la iniciativa prosperase.

**3.8.** En los más de veinte años transcurridos desde la sanción de la Ley 24.747 podemos afirmar que ninguna ley ha nacido formalmente a través del procedimiento de iniciativa popular

legislativa tal como lo prevén la constitución y la norma reglamentaria. En efecto, si bien se suelen mencionar los proyectos conocidos como "la ley de derogación de las jubilaciones de privilegio" (en realidad, se trató de la modificación del régimen de las jubilaciones especiales que beneficiaba a algunos funcionarios públicos –ministros, legisladores nacionales-) y "la ley del hambre más urgente" (en rigor, previó la concesión de un seguro alimentario para menores de cinco años), ninguno de los dos llegó a ser tratado por el Congreso cumpliendo con los requisitos que impone la Ley 24.747, sino que fueron aprobados sin necesidad de cumplimentarse dichos recaudos, simplemente por voluntad de los legisladores, seguramente en razón del gran apoyo mediático y de algunas ONG's que ambas iniciativas recibieron.

## IV. LA CONSULTA POPULAR

En el artículo 40 CN se incorporó la consulta popular, o, mejor dicho, las consultas populares, pues, como veremos, las hay de dos clases. La norma dispone: "El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática. El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular". Creemos que, debido a la falta de consenso en la doctrina –tanto nacional cuanto extranjera- respecto a la denominación que algunas formas de consulta popular merecen, el constituyente

optó por este genérico que incluye, a nuestro modo de ver, al referéndum y al plebiscito.

**4.1.** Es menester aclarar que el término plebiscito lo empleamos aquí –en el mismo sentido que lo hacen prestigiosos constitucionalistas de todas las latitudes–[25] para referirse a la consulta que se hace al cuerpo electoral para que éste decida una cuestión relativa a la estructura esencial del Estado o del gobierno. No le asignamos así, la carga axiológica –negativa- que, sobre todo la doctrina francesa, le otorga, al nombrar como plebiscito las consultas a través de las cuales se expresa la confianza personal a un hombre[26] y cuyo resultado puede preverse de antemano. En este sentido, el plebiscito sería una desviación del referéndum,[27] su patología, pues no reconoce alternativa auténtica entre dos o más soluciones positivas. El vocablo referéndum lo utilizamos, en cambio, en el sentido que lo hace la mayoría de la doctrina,[28] como derecho del cuerpo electoral a aprobar o rechazar decisiones de índole normativa. Pero, como en ocasiones es difícil determinar si se trata de uno u otro supuesto ya que normalmente hay vínculos muy estrechos entre los hombres y las instituciones –pongamos por ejemplo el emblemático caso de Charles de Gaulle y la Constitución de la V República Francesa- suele resultar dificultoso calificar a estos instrumentos de una manera muy categórica.

**4.2.** Según está previsto en la Constitución Nacional, la decisión de acudir a una consulta popular vinculante es competencia del

---

**25.** GARCÍA PELAYO, Manuel, Derecho Constitucional Comparado, Alianza, Madrid, 1984; BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo, Introducción al Derecho Constitucional Comparado; DE VERGOTTINI, Giuseppe, Diritto Costituzionale Comparato, CEDAM, Padova, 1981; LÓPEZ, Mario Justo, *op. cit.;* LAZZARINI, José Luis, Constitución de la Provincia de Buenos Aires, Astrea, Buenos Aires, 1994.

**26.** DUGUIT, Léon, Manuel de Droit Constitutionnel, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Paris, 1918; HAURIOU, Maurice, Précis de Droit Constitutionnel, Sirey, Paris, 1965; DUVERGER, Maurice, Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, Ariel, Barcelona, 1980; LÓPEZ, Mario Justo, *op. cit*.

**27.** BURDEAU, Georges, "Droit constitutionnel et institutions politiques", LGDJ, Paris, 1968.

**28.** GARCÍA PELAYO, Manuel, *op. cit.;* DUVERGER, Maurice, *op. cit.;* BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo, *op. cit.;* EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I*, Depalma, Buenos Aires, 1993; VANOSSI, Jorge R. A. *Teoría Constitucional, Tomo I*, Depalma, Buenos Aires, 1975; LÓPEZ, Mario Justo, *op. cit;* ZIULU, Adolfo. G., *Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013.

Congreso y a una consulta popular no vinculante tanto del Congreso cuanto del Poder Ejecutivo. En principio, el referéndum -en la medida que es una expresión directa de la voluntad popular soberana- constituye un arma política valiosísima. Pero cuando la Constitución se la otorga a uno (o varios) de los órganos del poder, quien decide el momento y el tema de la consulta y la forma de la misma, puede servir para batir a sus adversarios y legitimar su poder. Por ello creemos que no debe estar a disposición de ningún órgano constitucional, y menos del Ejecutivo. Su iniciativa debería estar sólo en manos del pueblo, como acontece en Suiza y en los estados de la Unión Americana. Si la consulta, por el contrario, sólo es atribución de los gobernantes –como ocurre en el artículo 40 CN- éstos mantienen la iniciativa política, y la ciudadanía sólo es instrumento para terciar en los conflictos entre aquéllos. Como tampoco está prevista en nuestra norma fundamental como instrumento de arbitraje en un conflicto de poderes, ni menos aún, como obligación de las autoridades de consultar sobre temas trascendentes que requieran amplio consenso popular, sólo funcionaría como presión de un poder sobre otro, sobre todo cuando el Poder Ejecutivo no cuenta con las mayorías necesarias en el Congreso para imponer su criterio.

**4.3.** En la consulta popular vinculante se le niega toda intervención al Presidente, quien no puede vetar la ley que recibe el apoyo popular porque es precisamente el pueblo el que la "promulga", constituyéndose en una excepción a los artículos 78, 80 y 99.3 CN que le asignan al Poder Ejecutivo un carácter de co-legislador. De la misma manera, tampoco puede vetar la ley de convocatoria a consulta popular vinculante.

**4.4.** A tenor de la letra de la Constitución, ¿es posible consultar sobre leyes que requieren por imperativo constitucional mayorías

especiales, como, por ejemplo, la ley que declara la necesidad de reformar la constitución? Compartimos la opinión de quienes no encuentran obstáculos al respecto[29] pues se podría salvar cualquier objeción exigiéndole al Congreso que decidiese la consulta con la misma mayoría que se necesita para sancionar la ley respectiva. De esta manera, existiría una suerte de "autovinculación" del Congreso que no tiene porqué ser descartada.

**4.5.** Otro interrogante que surge ante la parquedad de la norma constitucional, es si, para poder derogar una ley que nació de una consulta popular vinculante, es necesario convocar nuevamente a otra consulta o puede derogarla el Congreso. En principio, podría decirse que si poseen la misma jerarquía que el resto de las leyes pueden ser derogadas por el Congreso; y que son tan revisables e impugnables judicialmente como cualquier otra ley. Sin embargo, es necesario ser muy cauteloso al respecto porque de lo contrario la voluntad popular expresada de una manera directa podría ser burlada muy fácilmente cuando no coincide con la de los órganos estatales.

**4.6.** Algún autor entiende que el Congreso no puede utilizar la consulta no vinculante en materia legislativa, sino sólo en facultades ejecutivas –tratados, límites, aduanas- excluyendo también las atribuciones exclusivas de cada una de las Cámaras, porque la Constitución se refiere a competencias del Congreso.[30] Otro le niega la posibilidad al Presidente de consultar sobre un proyecto de ley que ha enviado al Congreso o sobre si vetar o promulgar una ley.[31] A nuestro entender, no es razonable que deban excluirse de la posibilidad de consulta las cinco materias vedadas para la

**29.** SANTIAGO, Alfonso y ÁLVAREZ, Fernando, "Reflexiones en torno a la iniciativa y consulta popular en nuestro régimen constitucional", en *La Ley, Suplemento Universidad Austral*, 17 de julio de 1997, p. 3; y GALLI, Guillermo Mario, "La consulta popular", en *El Derecho 183*, p. 1159.

**30.** PRIERO, Hugo, "Consulta Popular", en *La Ley*, 1996 C, p. 1389.

**31.** GALLI, Guillermo Mario, op. cit., p. 1158.

iniciativa popular con el argumento de que si el pueblo no puede, menos pueden las autoridades;[32] menos aún si en ese estrecho criterio se pretende incluir a ambas clases de consulta.[33] Por el contrario, sostenemos que esas barreras para la participación popular no deberían existir en ningún supuesto. Más dudas nos genera la idea de que no pueden consultarse declaraciones de guerra, estado de sitio ni intervención federal por ser decisiones que responden a un "estado de necesidad".[34]

**4.7.** La consulta popular no vinculante no nos parece merecedora de elogios pues parece diseñada como un mero instrumento para "tomarle la temperatura" a la sociedad sobre un tema[35] sobre el que finalmente decidirán los órganos de gobierno. Si bien, *a priori*, no existe antinomia entre formas semidirectas de democracia y partidos políticos, la experiencia ha demostrado que los electores siguen menos dócilmente las directrices de los partidos en los referéndum que en las elecciones para cubrir los órganos de representación;[36] y que en las consultas hay una mayor tendencia del electorado a emanciparse de la opinión de los partidos a los que habitualmente vota.[37] Ello ha hecho que en los textos constitucionales y legales –producto de esos mismos políticos potencialmente "afectados"- estos mecanismos de participación más directa de la ciudadanía se consagren de un modo bastante reticente. Esa misma sería la razón por la cual en nuestra ley suprema se ha desvinculado la consulta popular de la iniciativa popular. La mayoría de los más de sesenta proyectos que se presentaron en la Convención Nacional Constituyente de 1994

**32.** PRIETO, Hugo, *op. cit.*, 1391 y Galli, Guillermo Mario, *op. cit.*, p. 1158.

**33.** BADENI, Gregorio, *Nuevos derechos y garantías constitucionales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 89.

**34.** GALLI, Guillermo Mario, *op. cit.*, p. 1158.

**35.** MANILI, Pablo L., "La utilidad de los mecanismos de democracia semidirecta como mecanismos de control de los poderes del Estado", en *Revista Jurídica de Buenos Aires 1997*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires y La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 147.

**36.** LOEWENSTEIN, Karl, *op. cit.*, p. 328.

**37.** VANOSSI, Jorge R. A., *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, EUdeBA, Buenos Aires, 1982, p. 214.

tenían esta desvinculación. Y, al contrario, la decena de propuestas que las vinculaban, no fueron analizadas ni en comisión ni en el Pleno por entender –a confesión de parte, relevo de prueba, dicen los abogados- que "afectarían la representatividad de los legisladores, recortarían las atribuciones del parlamento y debilitarían a los partidos políticos".

**4.8.** Pasaron siete años desde la reforma constitucional para que se sancionara finalmente la ley reglamentaria del artículo 40 CN. Ello recién ocurrió el 23 de mayo de 2001 al aprobarse la Ley 25.432 (BO 27/06/01) que desarrolla muy mezquinamente[38] tanto la consulta popular vinculante como la no vinculante. Antes de que esto ocurriera, la pregunta que se imponía era si era posible, de todos modos, aún a falta de reglamentación legal, utilizar este mecanismo constitucional. Compartimos la posición de quienes contestaban afirmativamente, por cuanto la adopción de una norma nueva no puede ser interpretada de manera que sus consecuencias sean menos favorables a cuando no había norma alguna. Y si antes de 1994 sólo con el artículo 33 CN, se aceptaban estos instrumentos, luego habría más razón aún para hacerlo,[39] postulándose la plena operatividad del artículo 40 CN.[40]

**4.8.1.** El restrictivo Título I de la ley está dedicado a la consulta popular vinculante. El artículo 1 comienza en iguales términos que la Constitución Nacional y luego establece las muchas excepciones que surgen de los artículos 53, 39, 40, 75 incisos 2 y 19 (casos de iniciativa exclusiva de una u otra Cámara) y de los artículos 30, 39, 40, 75 incisos 2, 3, 22 y 24, 77, 79, 83, 81, 85, 99 inciso 3, 114 y 115 (casos de mayorías legislativas especiales). Así,

**38.** TORICELLI, Maximiliano, "La nueva ley de consulta popular: un duro golpe a la participación ciudadana", en *Jurisprudencia Argentina*, 2001 IV, p. 892.

**39.** BIDART CAMPOS, Germán J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional", Tomo VI, Ediar, Bs. As., 1994, pág. 293.

**40.** EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo III, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 631.

establece: "El Congreso de la Nación, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular vinculante todo proyecto de ley con excepción de aquellos cuyo procedimiento de sanción se encuentre especialmente reglado por la Constitución Nacional mediante la determinación de la cámara de origen o por la exigencia de una mayoría calificada para su aprobación". O sea, se le niega al pueblo la posibilidad de opinar en todos los temas trascendentes. A continuación, se consigna que "La ley de convocatoria a consulta popular vinculante deberá tratarse en una sesión especial y ser aprobada con el voto de la mayoría absoluta de miembros presentes en cada una de las Cámaras" (artículo 2) y que "En todo proyecto sometido a consulta popular vinculante, el voto de la ciudadanía será obligatorio" (artículo 3). Inexplicablemente, en el artículo 4 se lee que "Toda consulta popular vinculante será válida y eficaz cuando haya emitido su voto no menos del 35% de los ciudadanos inscriptos en el padrón electoral nacional", premiándose de esta forma el incumplimiento de la ciudadanía a un deber constitucional. Es obvio que esta previsión sólo tendría sentido si el voto no fuese obligatorio.[41] Según el artículo 5, "Cuando un proyecto de ley sometido a consulta popular vinculante obtenga la mayoría de votos válidos afirmativos, se convertirá automáticamente en ley, la que deberá ser publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina dentro de los diez días hábiles posteriores a la proclamación del resultado del comicio por la autoridad electoral. Cuando un proyecto de ley sometido a consulta popular vinculante obtenga un resultado negativo, no podrá ser reiterado sino después de haber transcurrido un lapso de dos años desde la realización de la consulta. Tampoco podrá repetirse la consulta durante el mismo lapso".

**41.** TORICELLI, Maximiliano, *op. cit.*, p. 896.

**4.8.2.** A su turno, el Título II de la ley que reglamenta la consulta popular no vinculante, con sus irrazonables limitaciones, hace que la realización concreta de este instrumento se vea por demás afectada. Si bien contiene las mismas barreras que para la consulta vinculante, tanto retaceo parece exagerado cuando, en este caso, además, las autoridades no quedan obligadas con el resultado de la expresión ciudadana. Esta estrecha visión no parece tener otra razón que la desconfianza que se tiene en el electorado. La norma en cuestión prescribe: "Puede ser sometido a consulta popular no vinculante, todo asunto de interés general para la Nación, con excepción de aquellos proyectos de ley cuyo procedimiento de sanción se encuentre especialmente reglado por la Constitución Nacional, mediante la determinación de la cámara de origen o por la exigencia de una mayoría calificada para su aprobación. En este tipo de consulta el voto de la ciudadanía no será obligatorio" (artículo 6). La ley continúa: "La convocatoria realizada por el Poder Ejecutivo Nacional deberá efectuarse mediante decreto decidido en acuerdo general de ministros y refrendado por todos ellos. La consulta popular no vinculante convocada a instancia de cualquiera de las Cámaras del Congreso deberá ser aprobada por el voto de la mayoría absoluta de miembros presentes en cada una de ellas" (artículo 7). "Cuando un proyecto de ley sometido a consulta popular no vinculante, obtenga el voto afirmativo de la mayoría absoluta de votos válidos emitidos, deberá ser tratado por el Congreso de la Nación, quedando automáticamente incorporado al plan de labor parlamentaria de la Cámara de Diputados de la sesión siguiente a la fecha de proclamación del resultado del comicio por la autoridad electoral" (artículo 8).

**4.8.3.** El Título III se refiere a las Disposiciones Comunes a ambos tipos de consulta. Así, "La ley o el decreto de convocatoria a una

consulta popular -según corresponda- deberá contener el texto íntegro del proyecto de ley o decisión política objeto de consulta y señalar claramente la o las preguntas a contestar por el cuerpo electoral, cuyas respuestas no admitirán más alternativa que la del sí o el no" (artículo 9). "La ley o el decreto de convocatoria a consulta popular deberán ser publicados en el Boletín Oficial de la República Argentina, en el diario de mayor circulación de cada una de las provincias y en los dos diarios de mayor circulación del país. Dictada la convocatoria, todos los puntos sometidos a consulta popular deberán difundirse en forma clara y objetiva, por medios gráficos, radiales y televisivos" (artículo 10). "Los partidos políticos reconocidos, estarán facultados para realizar campañas de propaganda exponiendo su posición con relación al asunto de la consulta, a través de espacios gratuitos en los medios de comunicación masiva, y conforme a las normas que regulan la concesión de estos espacios en ocasión de las elecciones nacionales" (artículo 11). "La consulta popular deberá realizarse dentro de un plazo no inferior a 60 días y no superior a 120 días corridos desde la fecha de publicación de la ley o el decreto de convocatoria en el Boletín Oficial de la República Argentina" (artículo 12). "Para determinar el resultado de toda consulta popular no serán computados los votos en blanco" (artículo 13). Y "el día fijado para la realización de una consulta popular, no podrá coincidir con otro acto eleccionario". Respecto a esto último, no hay acuerdo en la doctrina -lo que se refleja en las distintas soluciones que encontramos en el derecho comparado- acerca de, si se favorece o no, una más genuina expresión de voluntad popular desvinculando temporalmente los referéndum de las elecciones para cubrir cargos representativos. Así, por ejemplo, en Italia, no se puede realizar un referéndum abrogatorio (veto) el mismo día que las elecciones legislativas, ni solicitarse dentro del último año de la Legislatura ni hasta seis meses después de concluida ésta.

Lo contrario sucede en Suecia, en los Estados Unidos y en la República Oriental del Uruguay, siendo que en los últimos dos casos es muy frecuente que además haya varias consultas el mismo día. En España está prohibido entre los noventa días anteriores y posteriores a las elecciones parlamentarias, locales u de otro referéndum; en Portugal está prohibida la convocatoria y celebración de referéndum entre las fechas de convocatoria y celebración de elecciones nacionales, regionales, locales o europeas; en Chile no se permiten dentro de los ocho meses anteriores a cualquier elección y los dos meses posteriores, y tampoco dentro del año de las municipales; mientras que en Eslovaquia, en cambio, se prohíben en los tres meses anteriores, pero sí se permiten hacer el mismo día.

**4.8.4.** Los últimos artículos de la ley son formales, estableciendo que se aplican a las consultas populares las disposiciones del Código Nacional Electoral (Ley 19.945 y sus modificatorias) y que la Justicia Electoral Nacional será competente en todo lo relativo al comicio (artículo 15). También que las erogaciones derivadas de su ejecución deberán ser afectadas al crédito previsto anualmente en el presupuesto nacional a partir del ejercicio correspondiente al año 2001 (artículo 16).

## V. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Los mecanismos de democracia semidirecta son un típico producto del siglo XX que, superando algún estigma pasado -o incluso presente- que pudiera poner en duda su carácter archidemocrático, se han ido consolidando en todo el mundo, siendo valorados en la actualidad como genuinos instrumentos de participación ciudadana destinados a superar las carencias y excesos de la democracia representativa, fundamentalmente, en su

versión partidocrática. La democracia por interpósita persona o indirecta ya no basta; votar cada dos, cuatro o cinco años para elegir mandatarios ya no es suficiente. Por ello se ha dado una "doble aceleración" en relación a estas herramientas: su uso se está haciendo cada vez más frecuente en los países que lo tenían consagrado; y cada vez más los incorporan a sus cuerpos normativos quienes no los tenían.

Esto último es lo que ocurrió en Argentina con la reforma constitucional de 1994. Sin embargo, temerosos de que se desestabilice su hegemonía, los partidos políticos –sus representantes en la Convención Constituyente primero, y en el Congreso, después- los siguieron viendo con desconfianza y, en consecuencia, el intento –al menos declarado- de paliar la deficiencia de una participación ciudadana más potente no se ha logrado cabalmente. No se contemplaron la revocatoria popular de mandatos ni la revocatoria popular de leyes o de sentencias, que, sin embargo, hubiesen contribuido a superar el déficit de legitimidad que en general ha afectado a los poderes de gobierno en el país y en particular en los últimos años. Los únicos mecanismos consagrados expresamente son la iniciativa popular legislativa y la consulta popular, con las enormes limitaciones que hemos señalado, y sin haberse vinculado entre ellas, lo que habría favorecido su fortalecimiento.

Han pasado tres décadas. La prácticamente nula experiencia concreta de democracia semidirecta a nivel nacional, es una prueba en sí misma de que el diseño constitucional e infraconstitucional en torno a estos instrumentos, no sirve para que cumplan su objetivo: empoderar a los ciudadanos para que en relación a la *res publica* puedan desempeñar un rol auténticamente protagónico y genuinamente decisor.

# “Proveer a la defensa del valor de la moneda” como atribución constitucional del Congreso desde 1994

por
**Estela B. Sacristán** [1]

**1.** Doctora en Derecho (UBA, 2006); especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA, 1998); abogada (Universidad del Museo Social Argentino, 1992). Secretaria del Instituto de Derecho Administrativo (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires); miembro del Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana” de dicha Academia. Profesora titular de Taller de Doctrina y Jurisprudencia (Universidad Nacional de Lomas de Zamora). Docente de posgrado en la UBA, Universidad Austral, UCA, entre otras. Recibió, entre otros, el Premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación” (1995). Desde 2005 se desempeña en el sector privado.

## I. INTRODUCCIÓN

La moneda estuvo, en forma más o menos literal, desde 1853, en el lenguaje de la Constitución Nacional. Así, originariamente, en el art. 64, inc. 5°, al establecerse la competencia del Congreso para "[e]*stablecer y reglamentar un Banco Nacional en la Capital y sus sucursales en las Provincias, con facultad de emitir billetes*;" en el art. 64, inc. 10, al fijarse la competencia del Congreso para "[h]*acer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras* (…);" en el art. 64, inc. 11, en cuanto a la "*falsificación de la moneda corriente*;" y en el art. 105, en punto a las prohibiciones dirigidas a las provincias, tal que no pueden "*acuñar moneda*" (salvo que lo autorice el Congreso nacional), ni dictar leyes sobre "*falsificación de moneda*."[2]

La Constitución argentina sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994, hoy vigente, establece, en el actual art. 75, inc. 6°, la competencia del Congreso para "[e]*stablecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales*;" el actual art. 75, inc. 11, reitera el antiguo art. 64, inc. 10, ya transcripto; el actual art. 75, inc. 12, reproduce el antiguo art. 64, inc. 11, ya transcripto; y el actual art. 126 replica las dos prohibiciones del antiguo art. 105, ya mencionadas. Empero, debe ponerse de resalto que, en el actual art. 75, inc. 19, la Constitución, reformada en 1994, se consagra una específica competencia del Congreso en materia monetaria, y ella consiste en "[p]*roveer lo conducente (…) a la defensa del valor de la moneda* (…)."

**2.** Se sigue el articulado de la Constitución de 1853, el cual puede verse en: Infoleg - Información Legislativa y Documental (s/f) *Constitución de la Nación Argentina de 1853*. Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=3873 (último acceso: 23/4/2024)

En este marco, y dada la temática comprendida en la presente obra, estimo de interés indagar en esa competencia constitucional congresional, nacida en 1994, lo cual remite, necesariamente, a sus antecedentes históricos de rango legislativo, devenir legislativo que tributara, como experiencia argentina, a la consagración constitucional de la mentada atribución.

Es por ello que, las presentes líneas, se ordenan de la siguiente manera: primero, reseñaré aquellas normas que, entre 1853 (año de la sanción de la Constitución histórica) y 1994 (año de la reforma constitucional de ese año), significaron velar por el valor de la moneda en Argentina (sección II). Luego, indagaré en la *Obra* de la Convención Constituyente de 1994[3] a fin de extraer, de la misma, los pormenores de la respectiva enmienda (sección III). Finalmente, revisaré la cuestión de la efectividad de la atribución congresional, de rango constitucional desde 1994, que inspira estas líneas (sección IV), para finalizar con las conclusiones del caso (sección V).

## II. NORMAS INFRACONSTITUCIONALES QUE SIGNIFICARON VELAR POR EL VALOR DE LA MONEDA ARGENTINA (ANTES DE 1994)

Como sabemos, la moneda tiene un valor. Ese valor puede ser considerado de cara a las monedas extranjeras (equis pesos argentinos equivalen un dólar estadounidense).[4] Pero ese valor también puede ser considerado en sí mismo. En épocas de moneda metálica, cada unidad valía lo que su contenido metálico,

**3.** Consulto: Barra, Rodolfo C.; Cavagna Martínez, Mariano A.; Corach, Carlos V.; Masnatta, Héctor (compiladores) (1995-1996) *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994,* Buenos Aires: Ministerio de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, La Ley, tomos I, II y III; Barra, Rodolfo C.; Cavagna Martínez, Mariano A.; Corach, Carlos V.; García Lema, Alberto; Masnatta, Héctor (compiladores) (1997) *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994,* Buenos Aires: Ministerio de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, La Ley, tomos IV y V; Barra, Rodolfo C.; Cavagna Martínez, Mariano A.; Corach, Carlos V.; García Lema, Alberto (compiladores) (1997-1998) *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994,* Buenos Aires: Ministerio de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, La Ley, tomos VI y VII. En adelante, *Obra…*

**4.** Según la Corte Suprema, *"aun cuando el valor de la moneda se establece en función de las condiciones generales de la economía, su fijación es un acto reservado al Congreso Nacional por disposiciones constitucionales expresas y claras, y no cabe pronunciamiento judicial ni decisión de autoridad alguna ni convención de particulares tendiente a su determinación (Fallos: 225: 135; 226: 261, sus citas, y otros)." Entidad Binacional Yacyretá c/ Misiones, Provincia de s/ expropiación*, Fallos: 315: 992, de 19/5/1992, cons. 11.

de ciertas características, determinaba. Superadas las épocas de la moneda metálica, la moneda puede valer:

1. lo que surja de su efectivo y mandatorio respaldo íntegro –en metálico o en moneda dura– localizado en las arcas estatales;

2. lo que el Estado se comprometa a efectivizar o prometa repagar, como respaldo, en metálico o en moneda dura;

3. nada, en la medida en que ese respaldo no exista.

A las tres alternativas me referí en otro lugar, al cual me permito remitir.[5]

La escena descripta nos coloca ante, al menos, estas posibilidades: papel moneda convertible a su respaldo estatal mandatorio; papel moneda con promesa de conversión a un teórico respaldo estatal; papeles inconvertibles.

Ha habido defensores de la moneda inconvertible. Tengo presente a Santamarina, quien afirmara:

> "[E]*l papel moneda inconvertible ha ejercido una acción notable (...), a su amparo, el país pudo favorecer las operaciones de comercio, poblar y mejorar las estancias, movilizar la producción agrícola y ganadera, promover la edificación, construir obras públicas, cubrir los presupuestos y, en suma, vigorizar el desarrollo de la economía* (...) [E]*l progreso económico [antes de 1899] ya era de una importante*

**5.** "Una aproximación al concepto de moneda" *El Derecho Constitucional,* t. 2019: pp. 395-425.

> *magnitud, no obstante haberse forjado con la circulación de billetes inconvertibles"*[6].

Pero las enseñanzas de uno de nuestros "padres fundadores" van en la dirección opuesta. Alberdi, en los albores de nuestra formación constitucional, sostuvo:

> *"El papel sólo es moneda cuando es convertible a la vista y al portador, es decir, cuando no es emitido por el gobierno, deudor supremo y soberano, a quien nadie puede obligarle a pagar cuando no quiere (...) El papel moneda, o la deuda-moneda, es la obra y expresión de los malos gobiernos, como ellos son la obra y la expresión de esa moneda de guerra, de calamidad y tiranía. (...)* [U]*n país en que los cambios se hacen por una moneda sin fijeza, es un país en el estado primitivo de los pueblos que no conocen la compra-venta, sino el trueque y la permuta. (...) Sólo el oro tiene y puede tener esa fijeza, y no hay más medio de dársela al papel que asegurarle la infalibilidad de su conversión en oro a la vista y al portador; convertibilidad que jamás puede tener un papel emitido por el gobierno (...). Todo el remedio contra el exceso de crédito acordado por los bancos, consiste en limitar la emisión y circulación de sus billetes y fijar un alto valor a su reserva metálica (...)."*[7].

***¿Cuál fue el devenir histórico legislativo de cara a estas dos posturas, antes de 1994, es decir, antes de que se reuniera la Convención Constituyente de 1994? Veamos:***

3

**7.** Alberdi, Juan B. (1997) "Escritos económicos", en su *Escritos póstumos*, Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, pasaje volcado en Dalla Vía, Alberto R. (2006) *Derecho constitucional económico*, Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, segunda edición, pp. 576-577.

## A. Antes de 1853

A lo largo de la historia, desde los albores de nuestra formación como nación, el valor de la moneda argentina ha tenido sus conocidos altibajos. Y esos altibajos parecerían haberla caracterizado en forma congénita. Tiene que tenerse en cuenta, en el desarrollo que sigue, que la moneda, por entonces, era inicialmente metálica, con lo que valía lo que el metal contenido en cada unidad, pasándose luego a la posibilidad de papeles con respaldo total o parcial garantizado, prometido, o inexistente. Repasemos aquí sólo dos de los intentos anteriores a 1853. [8]

### a.1. Asamblea del Año XIII

Ya en abril de 1813, si bien la Asamblea del Año XIII crea la primera moneda metálica patria,[9] la decisión respectiva, alentada por la victoria bélica de Salta de 1813, zozobró pronto.

Sobrevino la derrota en virtud de la cual la ceca de Potosí volvió a caer en manos realistas en 1815, perdiéndose el acceso a la fuente de metálico.[10]

### a.2. Provincia de Buenos Aires, 1822-1826

**8.** Para una reseña mucho más detallada, de los intentos anteriores a 1853, ver Olarra Jiménez, Rafael (1968) *Evolución monetaria argentina*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, pp. 19-29.

**9.** *"Creación de la moneda nacional. Sesión del martes 13 de abril. Ley: la Asamblea General Constituyente ordena, que el Supremo Poder Ejecutivo comunique la que corresponde al Super-Intendente de la Casa de Moneda de Potosí, a fin de que inmediatamente, y baxo la misma ley y peso que ha tenido la Moneda de oro y plata en los reynados de D. Carlos IV y su hijo Fernando VII se abran y esculpan nuevos sellos por el orden siguiente: Monedas de plata: La moneda de Plata que de aquí en adelante debe acuñarse en la Casa de Moneda de Potosí, tendrá por una parte el sello de la Asamblea General, quitado el Sol que lo encabeza, y un letrero alrededor que diga Provincias del Río de la Plata; por el reverso un Sol que ocupe todo el centro, y alrededor la inscripción siguiente: En Unión y Libertad; debiendo además llevar todos los otros signos que expresan el nombre de los ensayadores, lugar de su amonedación, año y valor de la moneda y demás que han contenido las expresadas monedas. Moneda de oro: Lo mismo que la de Plata con solo la diferencia, que al pie de la pica, y baxo de las manos que la afianzan se esculpan trofeos militares consistentes en dos banderas de cada lado, dos cañones cruzados y un tambor al pie. De una y otra deberán sacarse dibuxos en pergamino, que autorizados debidamente acompañen la orden de la nueva amonedación. Firmado: Pedro Agrelo, presidente; Hipólito Vieytes, secretario"* (el destacado no es del original). Conf. Sampay, Arturo E. (1975) *Las constituciones de la Argentina (1810/1972)* Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, p. 131. Puede verse, asimismo, el texto transcripto, en: Sanmartino de Dromi, María Laura (1994) *Documentos constitucionales argentinos*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, pp. 2032-2033.

**10.** Ampliar en Olarra Jiménez, Rafael (1968) *Evolución monetaria argentina*, Buenos Aires: Eudeba, p. 20. Fuente de metálico que, en rigor, venía ya agotándose desde fines del siglo XVIII, conf. Levene, Ricardo (1916) "La moneda colonial del Plata", en Juan Agustín García (dir.), *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, t. I, tercera serie, pp. 267-326, esp. p. 323. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/anales-de-la-facultad-de-derecho/libros/tercera-serie/tomo-1.pdf (último aceso: 1/5/2024)

En estas épocas preconstitucionales –es decir, anteriores a 1853– se carecía de toda circulación que no fuera metálica, y la misma era escasa. En ese contexto, hubo un primer intento de emisión de papeles (papel moneda) respaldados por metálico alojado en un banco.

Entre 1822 y 1826, con el rol protagónico de un banco no público sino privado o particular ––el Banco de Descuentos o Banco de Buenos Aires––, se dio, por primera vez, el fenómeno de que se autorizara, a una entidad privada, a emitir billetes pagaderos al portador, respaldados por el capital del banco emisor (reservas en metálico).

Por ley del 22/6/1822,[11] luego de tres días de sesiones, se otorgó, a la sociedad que aspiraba a establecer el Banco de Descuentos, una serie de privilegios, y el Banco inició sus operaciones de descuento en septiembre de 1822. En cuanto a los billetes que iba a emitir dicha entidad, fue el Estatuto[12] el que estableció que la leyenda que los mismos ostentarían sería la siguiente: "*El Banco de Buenos Aires promete pagar a la vista y al portador ––…pesos moneda metálica…––. Por los directores y accionistas, El Presidente y Contador*."[13]

---

**11.** Ley PBA de 22/6/1822. Publicada en: Prado y Rojas, Aurelio (1877) *Leyes y decretos promulgados en la provincia de Buenos Aires desde 1810 ó 1876*, Buenos Aires: Imprenta del Mercurio, t. II, p. 315. Disponible en: https://data.cervantesvirtual.com/manifestation/773309 (último acceso: 13/5/2024)

**12.** Dicho Estatuto había sido aprobado 4 meses antes de la sanción de la ley, con lo cual la sanción de la ley, cuando ya el Estatuto era la ley de la sociedad, vino a significar lo siguiente: "[L]*levaba, pues, ese estatuto el sello de la aprobación oficial, y la legislatura debió reconocerlo así cuando se limitó a establecer y acordar los favores y privilejios que requerían sobre todo la sanción expresa del legislador, para asegurar la estabilidad del Banco y prevenir riesgos a futuro. La ley consagraba, en cierto modo, ese acto, pues, en el hecho de acordar al Banco simplemente los privilejios solicitados, parecía reconocer aquella otra ley interna de la sociedad, por la cual debía rejirse ese establecimiento*." Conf. de Vedia, Agustín (1890) *El Banco Nacional. Historia financiera de la República Argentina*, Buen os Aires: Lajouane, p. 64. Disponible en: https://www.bna.com.ar/Downloads/BancoNacionalhistoriafinancieraRepublicaArgentina.pdf (último acceso: 18/5/2024)

**13.** Piñero, Norberto (1921) *La moneda, el crédito y los bancos en la Argentina*, Buenos Aires: Jesús Menéndez Librero Editor, pp. 63-77, esp. p. 64, n. 1, donde se transcribe el art. 15 del Estatuto: "*Podrá hacer emisiones de billetes pagaderos a la vista al portador quedando al arbitrio de la Junta de Directores la cantidad que hubiere de emitirse y el valor de ellos, con tal que no baje de veinte pesos, debiendo ser autorizados y revisados por la mencionada junta, para ser valederos*". Disponible en: https://www.bna.com.ar/Downloads/LamonedaloscreditosylosbancosenlaArgentina.pdf (último acceso: 1/5/2024)
Ampliar en: Casarino, Nicolás (1922) *El Banco de la provincia de Buenos Aires en su primer centenario 1822-1922*, Buenos Aires: Talleres S.A. Casa Jacobo Peuser Ltda., p. 12. Disponible en: https://dn790004.ca.archive.org/0/items/elbancodelaprovi00casauoft/elbancodelaprovi00casauoft.pdf (último acceso: 24/4/2024).
Puede verse, asimismo, Sin Autor (1941) *El Banco de la Nación Argentina en su cincuentenario MCCMXCI - MCMXLI*, Buenos Aires: Guillermo Kraft, pp. 22-27, esp. p. 25. Disponible en: https://www.bna.com.ar/Downloads/Aniversario_BNA_50.pdf (último acceso: 13/5/2024)

A partir de noviembre de 1822, fue tal la carencia y carestía de la moneda menor, que el gobierno, por decreto, emitió vales de tesorería, de distintas denominaciones, que conllevaban "*la obligación de cambiarse á la vista, por onzas de oro sellado* (...),"[14] y se comprometió a "*deposita*[r] *en el Banco las cantidades que sean suficientes para cambiar allí los vales por onzas de oro* (...)."[15] Tal medida fue, por cierto, sorpresiva para el Banco de Descuentos, en especial por el nivel de intervención administrativa que la misma conllevaba, más allá del "compromiso" de depósito del metálico necesario para hacer frente a la conversión de los vales, vales que iban a convivir con los billetes convertibles que el propio Banco de Descuentos emitiera

El Banco de Descuentos o Banco de Buenos Aires, primer banco emisor argentino, pervivió hasta febrero de 1826. Las desproporcionadas demandas de conversión originadas en cuestiones coyunturales diversas y el riesgo generado por el conflicto bélico entre las Provincias Unidas del Río de la Plata y el Imperio de Brasil, entr otros factores, tributaron a la clausura de la entidad. Debe puntualizarse, empero, que este fue el primer fugaz intento, anterior a 1853, de emisión de una moneda argentina con su correspondiente "promesa" de conversión en metálico en manos del emisor privado. Dada esa promesa, se trató de una moneda fiduciaria.

### B. Después de 1853

Ya sancionada la Constitución de 1853, se torna menester tener presente los diversos períodos en que la moneda argentina, in-

**14.** Dto. de 24/2/1823, art. 3º. Publicado en: Prado y Rojas, Aurelio (1877) *Leyes y decretos promulgados en la provincia de Buenos Aires desde 1810 á 1876*, Buenos Aires: Imprenta del Mercurio, t. II, p. 381. Disponible en: https://data.cervantesvirtual.com/manifestation/773309 (último acceso: 13/5/2024)

**15.** Dto. de 24/2/1823, art. 4º. Publicado en: Prado y Rojas, Aurelio (1877) *Leyes y decretos promulgados en la provincia de Buenos Aires desde 1810 á 1876*, Buenos Aires: Imprenta del Mercurio, t. II, p. 381. Disponible en: https://data.cervantesvirtual.com/manifestation/773309 (último acceso: 13/5/2024)

dependientemente del texto constitucional expreso, fue atada a un valor estable (en metálico o, muy posteriormente, en divisa fuerte) tal que se prohibía emitir por fuera de lo que ingresaba por fuentes externas: me refiero a la primera convertibilidad (1867-1876); a la segunda (1883-1885); a la tercera (1899-1914); a la cuarta (1927-1929); y a la quinta (1991-2002), la cual se hallaba en curso en ocasión de sesionar la Convención Constituyente de 1994.

Todos esos períodos de convertibilidad,[16] fijados por el Congreso en punto a su inicio y fin, han sido visualizados, retrospectivamente, como "islas" de moneda convertible, fuerte, con respaldo, en medio de un "mar"[17] o un *continuum* de moneda inconvertible, débil, carente de respaldo, amén del temido "curso forzoso."

Dado el rango mayormente legislativo de las normas que enseguida repasaremos, correspondientes a las convertibilidades primera a quinta, advertiremos que se velaba por la defensa del valor de la moneda, pero no desde una manda constitucional sino desde decisiones formalmente legislativas**.**

### b.1. Primera convertibilidad

La primera convertibilidad se concibió por Ley 426 de la Provincia de Buenos Aires, de 1864,[18] y se puso en vigencia en enero de 1867 por Ley 481 de la provincia de Buenos Aires, de 1867,[19] la cual creó la Oficina de Cambios del Banco de la Provincia de Buenos Aires.

**16.** Ampliar, con provecho, en Vitelli, Guillermo (2004) "Las seis convertibilidades de la moneda argentina: la reiteración de una misma historia", *Ciclos*, año XIV, vol. XIV, Nº 28: pp. 31-63. Disponible en: http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/econ/collection/ciclos/document/ciclos_v14_n28_02 (último acceso: 23/4/2024)

**17.** Olarra Jiménez, Rafael (1968) *Evolución monetaria argentina*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, p. 3.

**18.** Ley PBA 426. Su texto puede verse en: https://normas.gba.gov.ar/ar-b/ley/1864/426/15235 (último acceso: 23/4/2024)

**19.** Ley PBA 481. Su texto puede verse en: https://normas.gba.gov.ar/ar-b/ley/1867/481/11925 (último acceso: 23/4/2024)

Empero, esa Oficina provincial cayó en 1876, cuando, por Ley 1025 de la Provincia de Buenos Aires, de 1876,[20] se autorizó al Banco de la Provincia de Buenos Aires a interrumpir la conversión de los billetes. Meses después, por Ley de la Nación 773, de 1876,[21] se dispuso que el Banco Nacional suspendiera también la conversión de sus billetes, sin que ello importara el curso forzoso.

Así las cosas, la Oficina de Cambios de la Provincia de Buenos Aires subsistió casi un decenio.

### b.2. Segunda convertibilidad

La segunda convertibilidad fue muy breve: duró menos de dos años. Se inició por Ley 1354, de 1883,[22] cuando el Congreso Nacional dispuso que "*los Bancos de emisión, ya sean del Estado, mixtos, o de particulares, solo podrán emitir billetes pagaderos en pesos nacionales oro*." De este modo, se ordenaba la conversión.

Pero a los pocos meses se desestabilizó el papel moneda y por Ley 1734, de 1885,[23] art. 1º, ante el imperio de la crisis, el Congreso aprobó los denominados "decretos de curso forzoso" de enero y marzo de ese año: "*Apruébanse los decretos del Poder Ejecutivo de fecha nueve, quince, veintiuno, veinte y tres y treinta y uno de Enero y veintiuno de Marzo del corriente año, por los que se autoriza la inconversión y se declaran de curso legal los billetes del Banco Nacional en toda la República, los del Banco Provincial de Buenos Aires, en dicha Provincia y en la Capital de la Nación y los de los Bancos Provinciales de Santa Fé, Córdoba, Salta,*

**20.** Ley PBA 1025. Su texto puede verse en: https://normas.gba.gov.ar/ar-b/ley/1876/1025/12428 (último acceso: 23/4/2024)

**21.** Ley 773, art. 2º. Su texto puede verse en: https://es.wikisource.org/wiki/Ley_773_mandando_recibir_en_las_Aduanas_Nacionales_los_billetes_metálicos_del_Banco_de_Buenos_Aires_y_los_del_Banco_Nacional (último acceso: 23/4/2024)

**22.** Ley 1354, sancionada el 17/10/1883 y promulgada s/f, en: *Registro Nacional de la República Argentina*, tercera parte, del 2/1/1874 a 31/12/1890, p. 487. Su texto también puede verse en: https://es.wikisource.org/wiki/Ley_1354_ordenando_que_los_Bancos_solo_emitan_billetes_pagaderos_en_pesos_nacionales_oro (último acceso: 23/4/2024)

**23.** Ley 1734. Disponible en: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=283820 (último acceso: 23/4/2024)

*Muñoz y Rodríguez, de Tucumán, en las respectivas provincias*." Ello, sin perjuicio de las obligaciones en moneda especial, dado que el art. 3º establecía: "*Las obligaciones anteriores á la fecha de los decretos mencionados en el artículo 1º contraídas á moneda nacional oro, podrán ser canceladas en billetes de curso legal por su valor escrito en la forma que él determina. Quedan exceptuadas aquellas contraídas con designación de moneda especial, las cuales podrán ser canceladas en billetes de curso legal por su valor corriente en plaza el día de su vencimiento*." De este modo, mediante la Ley 1734, de 1885, se volvió a la inconversión (pero con protección de las obligaciones, es decir, de los contratos).

En rigor, esta convertibilidad duró sólo 13 meses.

### b.3. Tercera convertibilidad

La tercera convertibilidad fue prolongada pues comenzó en 1899 y concluyó al comenzar la Primera Guerra Mundial en 1914. Sus inicios consistieron en dos medidas: creación de una caja, y, posteriormente, la instauración de la conversión a oro del circulante.

Por Ley 2741,[24] de 1890, se creó la Caja de Conversión. Pellegrini la creó basándose en la Oficina de Cambios del Banco de la Provincia de Buenos Aires de 1867, de la primera convertibilidad. Dicha ley significó que la Nación se erigiera en la única responsable del circulante.

La Ley 3871,[25] del 1899, estableció la conversión, a oro, de la moneda fiduciaria circulante pues su art. 7º establecía que "(...) *la Caja*

**24.** Ley 2741. Disponible en: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=283952 (último acceso: 23/4/2024)
**25.** Ley 3871, B.O. 5/11/1899 y 7/11/1899 (dos publicaciones, por haber aparecido la primera con errores).

*de Conversión emitirá y entregará a quien lo solicite, billetes moneda de curso legal, por moneda de oro sellado, en la proporción de un peso moneda de curso legal por cuarenta y cuatro centavos de peso-oro sellado, y entregará el oro que reciba por este medio, a quien lo solicite, en cambio de moneda papel, al mismo tipo del cambio*."

El fin de esta tercera convertibilidad sobrevino con la Ley 9481,[26] de 1914, es decir, menos de un mes después del inicio de la Primera Guerra Mundial. Por dicha ley se declararon suspendidos, "*por treinta días,*" los efectos de la Ley 3871, art. 7º, en cuanto obligaba a la "*Caja de Conversión a entregar oro sellado en cambio de moneda papel*," habilitándose –delegación legislativa mediante–, al Poder Ejecutivo, a prorrogar esta suspensión por treinta días, o disiminuirla, dando cuenta al Congreso. Finalmente, vencidos los plazos de la Ley 9481, la Ley 9506,[27] de 1914, art. 1º, autorizó al Poder Ejecutivo para suspender "*por treinta días, prorrogables*," la conversión de papel moneda por oro del art. 7º de la Ley 3871. Y por Decreto sin número, del 31/10/1914,[28] se volvió a prorrogar, "*hasta nueva disposición,"* la suspensión.

Esta tercera convertibilidad duró cerca de 15 años e, históricamente, al presente, ha sido la más prolongada.

### b.4. Cuarta convertibilidad

La cuarta convertibilidad ––en los hechos, continuadora de la convertibilidad de la Ley 3871, de 1899–– operó sólo por poco más de dos años, entre agosto de 1927 y diciembre de 1929, año en que fue suspendida en virtud de la crisis mundial de 1929.

**26.** Ley 9481, B.O. 13/8/1914.
**27.** Ley 9506, B.O. 5/10/1914, p. 74.
**28.** Dto. s/n, B.O. 30/11/1914, p. 543.

La reapertura de la Caja de Conversión fue ordenada por Decreto 2269/1927[29], de 25/8/1927, publicado oportunamente. Dicha reapertura cesó por Decreto 37/1929,[30] de 16/12/1929, publicado más de tres meses después de su suscripción. Si se considera que estos decretos fueron dictados bajo la delegación legislativa efectuada en la Ley 9506, de 1914, se podrá argumentar que no se trató de una cuarta convertibilidad, sino de la continuación (y discontinuación) de la tercera convertibilidad.

Posteriormente, la creación del Banco Central por Ley 12155[31] de 1935**,** implicó darle, a dicha nueva entidad, las antiguas funciones de la Caja de Conversión y conllevó la instauración de un sistema monetario **no convertible o inconvertible** pues su art. 58 declaró que, "*hasta tanto no se disponga por ley especial, no entrarán en vigor las prescripciones del art. 41*," con lo cual quedaba suspendida la obligación, del art. 41, conforme al cual "*el Banco estará obligado a cambiar a la vista sus billetes en cantidades no menores al valor en moneda nacional de una barra típica de oro de kilogramos 12,441 (400 onzas 'troy'), por oro o, a opción del Banco, por divisas o cambio extranjero*." A su vez, su art. 39 establecía que sus reservas cubrirían "*el 25% como mínimo de sus billetes en circulación y obligaciones a la vista*;" pero la emisión, "*conforme a las necesidades del público*" tendría, como tope, cierta cantidad de pesos moneda nacional por habitante, según el art. 35 de esa ley. Además, la Ley 12160,[32] de 1935, "*produjo la derogación de la relación fija y legal del peso papel con el peso oro, y creó el estado de inconversión*"[33].

**29.** Decreto 2269/1927, B.O. 27/8/1927.

**30.** Decreto 37/1929, B.O. 26/3/1930.

**31.** Ley 12155, B.O. 2/4/1935.

**32.** Ley 12160, B.O. 5/4/1935.

**33.** Ampliar en voto del Dr. Cifuentes en Cámara nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, *La Amistad S.R.L. c/ Iriarte, Roberto C.*, 9/9/1977, *La Ley* 1977-D: pp. 1-57, esp. pp. 12-22; la transcripción es de p. 17.

La Ley 12155, art. 41, había suspendido, en los hechos, la conversión, aún asi, la Ley 12160, art. 4º, estableció, con cierto cinismo, que, una vez que el Banco Central recibiera el oro –procedente de la Caja de Conversión–, sólo podría "*aumentar la emisión* (...) [mediante] *las operaciones autorizadas por la ley de su creación.*" Como la conversión estaba suspendida por esa ley de creación, esas emisiones iban a poder florecer sin límites.

Curiosamente, por Ley 11733,[34] de 1933, todavía se aceptaba la donación para reforzar el encaje metálico de la Caja de Conversión, depositada en el Banco de la Nación en el marco de la Colecta Histórica Oro y Plata, llevada a cabo por la Comisión de Damas. Estos esfuerzos patrióticos cesaron en 1935 con la creación del nuevo banco central y el reinado de la inconversión. La moneda inconvertible, y las numerosas crisis inflacionarias e hiperinflacionarias derivadas de la emisión de papeles sin respaldo alguno, perduraron, entre nosotros, entre 1935 y 1991.

### b.5. Quinta convertibilidad

La quinta convertibilidad, Ley 23928,[35] de 1991, rigió entre 1991 y el verano 2001/2002. Esta convertibilidad consistió, en rigor, en 3 medidas, las cuales, en tanto interdependientes, aseguraban el objetivo tenido en mira por el legislador:

1. fijación de la relación entre la moneda argentina y la extranjera ("*Declárase la convertibilidad del Austral con el Dólar de los Estados Unidos de América a partir del 1º de abril de 1991, a una relación de diez mil australes por cada dólar, para la venta, en las condicio-*

**34.** Ley 11733, B.O. 11/10/1933.
**35.** Ley 23928, B.O. 28/3/1991.

*nes establecidas por la presente ley*");[36]

2. posibilidad de conversión a la vista ("*El Banco Central de la República Argentina venderá las divisas que le sean requeridas para operaciones de conversión a la relación establecida en el artículo anterior, debiendo retirar de circulación los Australes recibidos en cambio.*");[37]

3. y, si bien se autoriza, en la ley, la emisión,[38] se establece un respaldo mandatorio de la base monetaria íntegra, en reservas de libre disponibilidad, en tanto se prohíbe, implícitamente, la emisión si no media ingreso de oro o divisas extranjeras ("*En todo momento, las reservas de libre disponibilidad del Banco Central de la República Argentina en oro y divisas extranjeras, serán equivalentes a por lo menos el 100% de la base monetaria*. (...)").[39][40]

Años después, el patrón de convertibilidad de (i) fue modificado por Ley 25445,[41] de 2001, bajo forma de ampliación de la base de convertibilidad.

Ya vigente la Ley 23928 en marzo de 1991, diciembre de 1993 trajo la sanción de la Ley 24309,[42] declarativa de la necesidad de la reforma de la Constitución nacional.

**36.** L. 23928, art. 1º. Posteriormente, por Decreto 2128/1991, B.O. 10/10/1991, se estableció un cambio de denominación, bajo la paridad 10000 australes = 1 peso.

**37.** L. 23928, art. 2º.

**38.** L. 23928, art. 3º.

**39.** L. 23928, art. 4º.

**40.** La base monetaria es definida en la L. 23928, art. 6º, como la sumatoria del circulante monetario con más los depósitos a la vista.

**41.** Ley 25445, B.O. 25/6/2001.

**42.** L. 24309, B.O. 31/12/1993, declarativa de la necesidad de la reforma de la Constitución Nacional.

## III. OBRA DE LA CONVENCIÓN CONSTITUYENTE DE 1994

El quehacer de la Convención Constituyente de 1994 estuvo marcado por el ámbito de actuación fijado en la Ley 24309, declarativa de la necesidad de la reforma constitucional. Esta ley, en cuanto a las competencias del Congreso del art. 67, Const. Nac., había establecido, además, de la posibilidad de incorporar dos nuevos incisos (art. 2º, inc. c), una alternativa más importante aún, con mayores márgenes de decisión: la posibilidad de modificación del art. 67 (art. 3º, inc. a) con referencia a la "actualización" de las atribuciones del Congreso (art. 3º, ap. E).

### A. Sesión preparatoria y discusión y sanción del Reglamento de la Convención

Luego de la sesión preparatoria del 25/5/1994, con sus discursos de apertura, tiene lugar, entre el 30/5/1994 y el 10/6/1994, la discusión y sanción del Reglamento de la Convención.

En los discursos de apertura no se menciona en forma expresa a la moneda. En la citada discusión en general, se hace referencia a qué significa actualizar atribuciones del Congreso. Empero, sólo muy incidentalmente se mencionan conceptos vinculables a la economía del país o a la moneda.

En materia de actualización de las atribuciones del Poder Legislativo, se brindan precisiones sobre qué significará, para el Constituyente, "actualizar": ver a las atribuciones tal "como sirven hoy,"[43] pero, además, "complementar" las reformas al art. 67, tal que el concepto de actualizar "*no tiene las características restrictivas con las que se viene discutiendo* (…) *sino*

**43.** *Obra…*, Sra. Oliveira, t. I, p. 270.

*una modalidad complementaria de la existencia de otras reformas.*"[44]

En la discusión en general del reglamento de la Convención, desde una perspectiva muy general, de marcado tenor político, en punto a las atribuciones de los poderes Ejecutivo y Legislativo, se afirma que las mismas "*se traducen en las necesidades cotidianas de la gente.*"[45] Asimismo, se efectúan consideraciones sobre la pobreza en el país,[46] y se recuerda la hiperinflación.[47] Se alude a encuestas que evidencian un respaldo de la mayoría de la población hacia la gestión económica[48] y la importancia de "*asegurar la estabilidad.*"[49] Además, comienza a mencionarse, siquiera en forma elíptica, al Ministro de Economía,[50] así como el "*plan de ajuste*,"[51] y el oficialismo recuerda a la oposición todas las leyes en que ésta no lo "acompañó," incluyendo la ley de convertibilidad.[52] Más relevante aún, en el transcurso de esa discusión, se alude al "*papel más activo que se pretende asignar al Congreso de la Nación, que implica un acrecentamiento de las facultades legislativas y opera desde dos puntos de vista. Por un lado, en lo que hace a su función legislativa propiamente dicha* (...) *en segundo lugar la otra gran función radica en la tarea de control sobre el Poder Ejecutivo, es decir, sobre la administración* (...)."[53] En suma, se alude al "*fortalecimiento de las funciones del Congreso.*"[54]

---

**44.** *Obra...*, Sr. García Lema, t. I, p. 271. En similar sentido, *Obra...*, Sr. Alfonsín, t. I, p. 387.

**45.** *Obra...*, Sr. Ibarra, t. I, p. 229.

**46.** *Obra...*, Sra. Avelín, t. I, p. 219: "(...) [l]*a gran pobreza que tienen nueve millones de argentinos.*" *Obra...*, Sr. Solanas, t. I, p. 294: "(...) *más del 21%* [del pueblo] *se encuentra por debajo de la línea de pobreza.*" *Obra...*, Sra. Feijoó do Campo, t. I, p. 547.

**47.** *Obra...*, Sra. Feijoó do Campo, t. I, p. 547. *Obra...*, Sr. Aráoz, t. I, p. 582-583, esp. p. 583: "*También podemos hablar de la disminución de la inflación, que en 1989 había llegado al 4923% anual y hoy tiene una tasa ponderada equivalente al 3%, proceso en el que no podemos olvidarnos de la estabilidad* (...)."

**48.** *Obra...*, Sra. Pando, t. I, p. 575.

**49.** *Obra...*, Sr. Llano, t. I, p. 452.

**50.** *Obra...*, Sr. Solanas, t. I, p. 295: "*Considero que esos intereses con su superministro de Economía temen que surja una Constitución capaz de defender lo que nos queda tras la rapiña internacional.*" Ver, asimismo, *Obra...*, Sr. Repetto, t. I, p. 525.

**51.** *Obra...*, Sr. Achem, t. I, p. 319.

**52.** *Obra...*, Sr. Menem, t. I, p. 606.

**53.** *Obra...*, Sr. García Lema, t. I, p. 431.

**54.** *Obra...*, Sr. Rosatti, t. I, p. 323.

Entiendo, a partir de este último aserto, y dada la finalidad de la Ley 24309 (con, entre otros, sus ejes en las ramas tanto Ejecutiva como Legislativa), que se puede enfocar la competencia congresional, de velar por el valor de la moneda, no solo de cara a la rama Legislativa sino también de cara a las competencias del Poder Ejecutivo.

## B. Proyectos de reforma a la Constitución

Los proyectos de reforma a la Constitución que resultan relevantes de cara al tema del presente pueden ser visualizados de la siguiente forma: (i) por un lado, los que se refieren a la sola competencia congresional de emisión monetaria o de billetes, y los que consagran (ii) una emisión monetaria calificada o limitada. A ellos me referiré en los dos acápites que siguen.

Ello, en un marco general en el que el Constituyente se hallaba familiarizado con la emisión monetaria como "recurso espurio,"[55] con el valor de la "estabilidad económica,"[56] así como con la noción de "impuesto inflacionario."[57]

### b.1. Sola emisión

El proyecto de reforma a la Constitución, del Convencional Quiroga Lavié, propicia "*establecer y reglamentar un Banco Central de carácter autárquico, con representación de las provincias, encargado de fijar la política bancaria del país, con facultad de*

**55.** *Obra...*, Sr. Bulacio y otros, Expediente 724, t. II, pp. 1728-1733, esp. p. 1729: "*Desde ya, los tributos no constituyen la única fuente de ingreso del Estado, ya que a ellos se suman el producto de sus propios bienes, el uso del crédito público, las liberales e incluso, como recurso espurio, la emisión de dinero. (...)*"

**56.** *Obra...*, Sr. Revidatti, Expediente 18, t. II, pp. 833-834, esp. p. 834: "*Damos a lo económico el valor que realmente tiene. Pensamos que ni más ni menos que el que posee.*
*En la República Argentina es un sector muy importante como lo demuestra la adhesión que tiene el principio de la estabilidad económica, tanto cuanto el de la estabilidad política.*"

**57.** *Obra...*, Sr. Escobar y otros, Expediente 1113, t. III, pp. 2220-2221, esp. p. 2221: "*Durante largas décadas, el Estado argentino solventó gran parte de sus erogaciones con un impuesto que los representantes del pueblo no legislaban. Con un impuesto que erosionó sistemáticamente los cimientos de la economía argentina, denigró nuestra moneda y que produjo fuertes regresiones en la distribución del ingreso. Este impuesto fue el llamado ´impuesto inflacionario´.*"

*emitir billetes* (...)."[58] Este proyecto explica que entiende que sólo se pueden actualizar las competencias del Congreso, del art. 67, sin introducir atribuciones nuevas.[59] En similar senda, el proyecto de reforma a la Constitución, del Convencional Antonio M. Hernández, propone "*un banco monetario federal, con facultad de emitir billetes* (...)."[60] Se funda en el objetivo de "*redimensionar* (...) *la función del Congreso como ámbito de debate y diseño de políticas públicas* (...)."[61] Con similar actitud, el proyecto de reforma a la Constitución, del Convencional Britos, propone: "*Reglar la organización y atribuciones del Banco Central de la República Argentina y su facultad de emitir moneda* (...)."[62] En la fundamentación, se invoca la creación de dicho Banco en 1935 y la necesidad de actualización del texto.[63] Asimismo, el proyecto de reforma a la Constitución, del Convencional Díaz Araujo y otros, propicia: "*crear un banco monetario y emisor con carácter de Banco Federal.*"[64] De similar modo, el proyecto de reforma a la Constitución, del Convencional Paixao, propicia "[e]*stablecer y reglamentar un Banco Central, con facultad de emitir moneda* (...)."[65] El proyecto, en lo que hace a este inciso, se funda, en lo principal, en que "*El Banco Central de la República Argentina fue creado en 1932, y es el único facultado para emitir moneda, y cumple numerosas funciones.*"[66]

De otra parte, el proyecto de reforma a la Constitución, suscripto por los Convencionales Kammerath y Cornet, plantea, en lo que aquí interesa: "*establecer y reglamentar un Banco Central que*

**58.** *Obra...*, Sr. Quiroga Lavié, Expediente 65, t. II, pp. 890-891, esp. p. 890.
**59.** Idem nota al pie 36.
**60.** *Obra...*, Sr. Hernández, Antonio M., Expediente 72, t. II, pp. 910-921, esp. p. 911.
**61.** *Obra...*, Sr. Hernández, Antonio M., Expediente 72, t. II, pp. 910-921, esp. p. 920.
**62.** *Obra...*, Sr. Britos, Expediente 771, t. II, pp. 1794-1797, esp. p. 1794.
**63.** *Obra...*, Sr. Britos, Expediente 771, t. II, pp. 1794-1797, esp. p. 1796.
**64.** *Obra...*, Sr. Díaz Araujo y otros, Expediente 472, t. II, pp. 451454-1455, esp. p. 1454.
**65.** *Obra...*, Sr. Paixao, Expediente 1462, t. III, pp. 2681-2682, esp. p. 2682.
**66.** *Obra...*, Sr. Paixao, Expediente 1462, t. III, pp. 2681-2682, esp. p. 2682.

*tendrá la exclusividad de la emisión de moneda.*"[67] La idea central de este proyecto radica en la autonomía del Banco Central de la República Argentina en lo referido a la emisión monetaria:[68] "*Es fundamental entonces la independencia política de los directores del Banco Central de la República Argentina. La estabilidad de su directorio y estar exento de presiones instrucciones gubernamentales que implican emisión monetaria para financiar los desatinos en el manejo de la cosa pública. El Banco Central debe poseer la exclusividad de la emisión monetaria, no permitiéndose a las provincias emitir medios de pago de cualquier naturaleza. Única forma de mantener bajo control un aspecto tan delicado como la estabilidad del nivel general de precios.*"[69]

### b.1. Emisión con respaldo calificado

En este renglón, pueden considerarse los importantes proyectos presentados por la Convencional Bercoff, por el Convencional Battagión y otros, y por el Convencional Maqueda.

El proyecto de reforma a la Constitución suscripto por la Convencional Bercoff encara en forma detallada la cuestión de la emisión monetaria, propiciando una emisión con un respaldo calificado, plasmada en la siguiente atribución congresional: "*Corresponde al Congreso* (...) *crear y suprimir bancos nacionales y legislar sobre el régimen bancario, de crédito y emisión de moneda, con respaldo asegurado y control parlamentario de la emisión para todo el territorio de la Nación.*"[70] Las modificaciones, según los fundamentos de este proyecto, tienden a la actualización y a una mayor precisión en el texto que contribuya a delinear y je-

**67.** *Obra...*, Sres. Kammerath y Cornet, Expediente 1502, t. III, pp. 2738-2747, esp. p. 2738.
**68.** *Obra...*, Sres. Kammerath y Cornet, Expediente 1502, t. III, pp. 2738-2747, esp. pp. 2740-2742.
**69.** *Obra...*, Sres. Kammerath y Cornet, Expediente 1502, t. III, pp. 2738-2747, esp. p. 2742.
**70.** *Obra...*, Sra. Bercoff, Expediente 111, t. II, pp. 963-971, esp. pp. 963-964.

rarquizar las facultades del Congreso de la Nación.[71] En cuanto al pasaje transcripto, se expresa que "*se ha reemplazado en el texto la palabra billetes por la palabra moneda, por abarcar genéricamente todo tipo de emisión. Con referencia a la emisión monetaria agregamos el aditamento ´con respaldo asegurado y control parlamentario´, con el objetivo de dar participación trascendente al Parlamento en esta materia de vital importancia, por ser fuente generadora de inflación y de consecuencias tan negativas para los habitantes del país.*"[72]

Similar temperamento se advierte en el proyecto de reforma a la Constitución suscripto por el Convencional Battagión y otros, en el cual se propone la siguiente atribución congresional: "*Establecer y reglamentar un banco federal de carácter autárquico, con facultad de emitir moneda respaldada íntegramente con sus reservas de libre disponibilidad.* (…)"[73] Entre los fundamentos, empero, no se localizan los correspondientes a la cláusula propuesta transcripta.[74]

En similar senda, el fundado proyecto de reforma a la Constitución emanado del Convencional Maqueda atribuye competencia al Congreso para: "*Establecer y reglamentar un Banco Federal con facultad de emitir moneda respaldada íntegramente con sus reservas de libre disponibilidad.*"[75] La fundamentación respectiva se asienta en tres conceptos:

la constitucionalización de la convertibilidad como principio fundamental;

**71.** *Obra…*, Sra. Bercoff, Expediente 111, t. II, pp. 963-971, esp. p. 965.
**72.** *Obra…*, Sra. Bercoff, Expediente 111, t. II, pp. 963-971, esp. p. 966.
**73.** *Obra…*, Sr. Battagión y otros, Expediente 1417, t. III, pp. 2616-2618, esp. p. 2616.
**74.** Ver *Obra…*, Sr. Battagión y otros, Expediente 1417, t. III, pp. 2617-2618.
**75.** *Obra…*, Sr. Maqueda, Expediente 1440, t. III, pp. 2652-2656, esp. p. 2652.

la estabilidad económica resultante; y evitar la emisión indiscriminada como práctica del Estado.[76]

Respecto de la idea de la convertibilidad como "principio fundamental,"[77] se propone "*dar rango constitucional al principio fundamental de la Ley de Convertibilidad 23928.*" [78] En cuanto a la estabilidad económica resultante, se expresa que "[s]*i el mencionado principio incorporado a esta ley* [23928] *ha sido capaz de sentar las bases de la estabilidad económica alejando el fantasma de la hiperinflación al imponer al Estado la obligación de no emitir moneda por encima de sus reservas disponibles, su inclusión en la Constitución dará mayor garantía a dicha estabilidad.*"[79] Por último, en cuanto a la emisión indiscriminada como práctica estatal, se señala: "*No se trata de constitucionalizar una política económica, se trata de evitar que el Estado a través de su banco federal de emisión, vuelva a caer en la práctica de fabricar ilusiones mediante la emisión indiscriminada.*" Para el inciso en particular que nos ocupa, el autor del proyecto de reforma a la Constitución cita una obra de Vaggione y Barrera Buteler.[80]

### C. Comisiones

En las versiones taquigráficas de la Comisión de Competencia Federal, al debatirse sobre coparticipación, sólo se menciona tangencialmente a la Caja de Conversión, ubicándosela temporalmente después de la década de 1930.[81] Ello, aún cuando sa-

**76.** *Obra...*, Sr. Maqueda, Expediente 1440, t. III, pp. 2652-2656, esp. p. 2654.

**77.** *Obra...*, Sr. Maqueda, Expediente 1440, t. III, pp. 2652-2656, esp. p. 2654.

**78.** *Obra...*, Sr. Maqueda, Expediente 1440, t. III, pp. 2652-2656, esp. p. 2654.

**79.** *Obra...*, Sr. Maqueda, Expediente 1440, t. III, pp. 2652-2656, esp. p. 2654.

**80.** *Obra...*, Sr. Maqueda, Expediente 1440, t. III, pp. 2652-2656, esp. p. 2655: *"Para realizar este trabajo si tuvo en cuenta* (...) *la obra* Propuesta para la reforma constitucional, *de los doctores Rafael Vaggione y Guillermo Barrera Buteler en los incisos 5º y 26 del artículo 67 de la Constitución Nacional."* Ver: Vaggione, Rafael y Barrera Buteler, Guillermo (1994) *Propuesta para la reforma constitucional*, Córdoba: Advocatus.

**81.** *Obra...*, Sr. Repetto, t. IV, p. 3389: *"Pero cuando en la década del ´30 se produce la primera caída y la derrota del poder político ahí comienza, fíjense qué casualidad, con Federico Pinedo, siendo secretario de hacienda Enrique García, ahí se comienza con la caja de conversión por mandato de los propios ingleses* (...)*."*

bemos que había sido creada por Ley 2741,[82] de 1890. La cuarta convertibilidad cesa en 1929, y la quinta comenzó en 1991.

En las versiones taquigráficas de la Comisión de Redacción, el 2/8/1994, se lee la propuesta de dictamen referido al régimen federal, que, en su art. 6º, propicia agregar un inc. 16 bis al art. 67. Dicho inciso versa sobre la atribución, del Congreso, de "*Proveer lo conducente a* (...) *la defensa del valor de la moneda.*" Tal el Proyecto de Reforma de la Constitución,[83] "*despacho oficial de la mayoría, consensuado.*"[84] En dicha Comisión, al debatirse sobre derechos del consumidor, se lee un proyecto, en el que se prevé "*la estabilidad monetaria*" como uno de los presupuestos para la protección de un derecho de acceso a bienes y servicios de la manera "*más amplia, segura y económica posible,*" además de vedar la desestabilización monetaria.[85] En dicha Comisión, asimismo, se producen intercambios sobre detalles de signos de puntuación en la cláusula en la que se halla la atribución que nos ocupa.[86]

En las órdenes del día de la Comisión de Redacción, específicamente en el Orden del Día Nº 8,[87] se leen diversos despachos que incluyen la atribución constitucional congresional de "*proveer lo*

**82.** Ley 2741. Disponible en: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=283952 (último acceso: 23/4/2024)

**83.** *Obra...*, t. IV, p. 4177.

**84.** *Obra...*, Sr. Presidente (Corach), t. IV, p. 4178.

**85.** *Obra...*, Sr. Spina, t. IV, pp. 4221-4222, esp. p. 4222: "*Antes de terminar con esta reunión en el parcial en su parte fina, establece: ´ exámenes de minoría no merecen objeciones de redacción´, sin embargo quiero leer uno de ellos que dice lo siguiente:*
*´ Todos los habitantes del país, en su calidad de consumidores y usuarios de bienes y servicios, tienen derecho a acceder a los mismos de la manera más amplia, segura y económica posible. El Estado tiene la obligación de proteger ese derecho, para lo cual garantizará la libertad económica, la competencia y la estabilidad monetaria implantando el sistema de economía de mercado. Consecuentemente, quedan prohibidos los controles de precios, salarios y cambios, como así también cualquier otro tipo de regulaciones y disposiciones que limiten a aquellas libertad, interfieran la competencia o alteren la estabilidad de la moneda. Cuando excepcionalmente el Estado, en razón de la naturaleza de ciertas actividades, debe establecer algunas formas de reserva de mercado, regulará las condiciones y precios a que se ajustarán los operadores en dichas actividades, sin perjuicio de restablecer en estas la competencia, tan pronto como sea posible. El Estado establecerá normas generales, no discriminatorias, acerca de la calidad de los bienes y servicios que se ofrecen a los consumidores y usuarios, y controlará su correcto cumplimiento ´.*
*Este despacho está firmado por el convencional Álvaro Alsogaray.* (...)"

**86.** *Obra...*, t. IV, pp. 4238-4239, esp. p. 4239, donde el Sr. Presidente (Corach) aclara: "*No estamos modificando el texto. Nosotros al texto constitucional sancionado por la Convención Nacional, no podemos agregarle una sola palabra. Lo que estamos haciendo son correcciones de puntuación que no alteran el sentido.*"

**87.** *Obra...*, Dictamen en los despachos originados en las comisiones de Competencia Federal y de Régimen Federal, sus Economías y Autonomía Municipal (Nros. 4, 6, 12, 13, 25, 26, 27 y 28, t. IV, pp. 4270-4284.

*conducente a* (...) *velar por el valor de la moneda*." Así, el dictamen de comisión, despacho parcial en mayoría;[88] un dictamen en disidencia parcial, despacho de mayoría,[89] y un despacho parcialde minoría.[90] Asimismo, en el Orden del Día Nº 14,[91] el dictamen de comisión incluye la atribución en cuestión.[92]

### D. Sesiones plenarias

A lo largo de las sesiones plenarias, y de cara al tema del presente, se pueden localizar tres líneas en las expresiones: primero, las relativas a la inserción de la temática de la defensa del valor de la moneda; segundo, cómo se hallaría tal atribución representada; tercero, lo relativo a la convertibilidad entonces vigente.

#### d.1. Inserción de la temática

En el marco de sesiones dedicadas a debatir cuestiones, en lo principal, de coparticipación federal, lo cual traía aparejados temas de finanzas públicas, nacionales y provinciales, y hasta de macroeconomía, la atribución de "*proveer lo conducente* (...) *a la defensa del valor de la moneda*" aparece vinculada a diversas nociones. En tal sentido, se mencionan la "austeridad monetaria" como uno de los objetivos constitucionales,[93] así como las "re-

**88.** *Obra...*, t. IV, pp. 4270-4272, Sala de Comisión, 3/8/1994, esp. p. 4271, suscripto por Carlos V. Corach, y, en orden alfabético de apellido, Augusto C. Acuña, Oscar R. Aguad, César Arias, Rodolfo Barra, Claudia E. Bello, María G. Bercoff, Antonio T. Berhongaray, Ricardo R. Biazzi, Elisa M. Carrió, Guillermo De Sanctis, Rodolfo Díaz, Alberto M. García Lema, Rafael A. González, Juan C. Hitters, María del Pilar Kent, Juan C. Maqueda, Héctor Masnatta, René S. Orsi, Enrique Paixao, Eduardo J. Pettigiani, Hugo N. Prieto, Humberto Quiroga Lavié, Juan C. Romero, Horacio D. Rosatti, Ester A. Schiavoni, Carlos G. Spina, Pablo Verani y Jorge R. Yoma.

**89.** *Obra...*, t. IV, pp. 4272-4273, esp. adhesión en p. 4273, suscripto por Marcelo Guinle.

**90.** *Obra...*, t. IV, pp. 4276-4277, esp. p. 4276, suscripto por Cristina Fernández de Kirchner.

**91.** *Obra...*, Dictamen en los despachos aprobados a efectos de cumplimentar la actualización y armonización de los artículos 67 y 86 de la Constitución Nacional, t. IV, pp. 4291-4296.

**92.** *Obra...*, t. IV, pp. 4291-4296, Sala de Comisión, 18/8/1994, esp. p. 4293, suscripto por Carlos V. Corach, y, en orden alfabético de apellido, Oscar R. Aguad, César Arias, Juan F. Armagnague, Rodolfo Barra, Claudia E. Bello, Antonio T. Berhongaray, Ricardo R. Biazzi, Guillermo De Sanctis, Rodolfo Díaz, Alberto M. García Lema, Rafael A. González, Antonio M. Hernández, Juan C. Hitters, María del Pilar Kent, Juan C. Maqueda, Héctor Masnatta, René S. Orsi, Enrique Paixao, Eduardo J. Pettigiani, Humberto Quiroga Lavié, Juan C. Romero, Horacio D. Rosatti, Ester A. Schiavoni, Carlos G. Spina, Pablo Verani y Jorge R. Yoma.

**93.** *Obra...*, Sr. Dentice, 4/8/1994, t. VI, pp. 5383-5388, esp. p. 5387.

glas" claras[94] y la "seguridad jurídica."[95] Hay expresiones, ora laudatorias, ora críticas, hacia la "estabilidad."[96] También se alude al "impuesto inflacionario,"[97] a la "inflación,"[98] y a la "hiperinflación."[99]

### d.2. Representación de la atribución congresional

De la lectura de la *Obra…* surge que se habría propiciado una conceptualización respecto de qué se entiende por la mentada atribución congresional. Siguiendo el desarrollo de las sesiones, advierto que se acude a diversas figuras: la equiparación con un designio ministerial; la identificación de uno de sus beneficios; una simbolización.

#### d.2.1. Designio ministerial:

En el marco de los debates plenarios se expresó: "*Recién un señor convencional señaló que íbamos a poner una cláusula del progreso hacia el siglo XXI en la Constitución. No compartimos ese concepto, porque cuando en el despacho se indica: ´Proveer lo conducente al progreso económico, al desarrollo humano, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo productivo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda…´, tres de estas ideas: produc-*

**94.** *Obra…*, Sr. Dentice, 4/8/1994, t. VI, pp. 5383-5388, esp. p. 5387. *Obra…*, Sr. Albamonte, 4/8/1994, t. VI, pp. 5436-5438, esp. p. 5436. *Obra…*, Sr. Cornet, 8/8/1994, t. VI, pp. 5478-5481, esp. p. 5480. Sr. de la Rúa, 9/8/1994, t. VI, pp. 5587-5588, esp. p. 5587.

**95.** *Obra…*, Sr. Dentice, 4/8/1994, t. VI, pp. 5383-5388, esp. p. 5387 y p. 5388. *Obra…*, Sr. Albamonte, 4/8/1994, t. VI, pp. 5436-5438, esp. p. 5436.

**96.** *Obra…*, Sr. Dentice, 4/8/1994, t. VI, pp. 5383-5388, esp. p. 5387. *Obra…*, Sra. Fernández de Kirchner, 4/8/1994, t. VI, pp. 5419-5423, esp. p. 5420. *Obra…*, Sr. La Rosa, 4/8/1994, t. VI, pp. 5426-5431, esp. p. 5427. *Obra…*, Sr. Albamonte, 4/8/1994, t. VI, pp. 5436-5438, esp. p. 5437 y p. 5438. *Obra…*, Sr. Ponce de León, 8/8/1994, t. VI, p. 5474. *Obra…*, Sr. Moine, 8/8/1994, t. VI, pp. 5521-5522, esp. p. 5522. *Obra…*, Sr. Romero, J. C., 9/8/1994, t. VI, pp. 5559-5562, esp. p. 5559 y p. 5562. *Obra…*, Sr. Auyero, 9/8/1994, t. VI, pp. 5574-5576, esp. p. 5575. Sr. de la Rúa, 9/8/1994, t. VI, pp. 5587-5588, esp. p. 5587. *Obra…*, Sr. Conesa Mones Ruiz, 10-11/8/1994, t. VI, pp. 5625-5627, esp. p. 5626. *Obra…*, Sra. Figueroa, 10-11/8/1994, t. VI, pp. 5628-5631, esp. p. 5629. *Obra…*, Sr. Cafiero, J. P., 10-11/8/1994, t. VI, pp. 5631-5633, esp. p. 5632. *Obra…*, Sra. Arellano, 10-11/8/1994, t. VI, pp. 5691-5693, esp. p. 5692. *Obra…*, Sr. Saravia Toledo, 10-11/8/1994, t. VI, p. 5745. *Obra…*, Sr. Serra, 10-11/8/1994, t. VII, p. 5713.

**97.** *Obra…*, Sr. Dentice, 4/8/1994, t. VI, pp. 5383-5388, esp. p. 5386. *Obra…*, Sr. Battagión, 4/8/1994, t. VI, pp. 5392-5397, esp. p. 5393. *Obra…*, Sr. Cornet, 8/8/1994, t. VI, pp. 5478-5481, esp. p. 5480. *Obra…*, Sra. Rodríguez de Tappata, 8/8/1994, t. VI, pp. 5497-5499, esp. p. 5497. *Obra…*, Sr. Conesa Mones Ruiz, 10-11/8/1994, t. VI, pp. 5625-5627, esp. p. 5625.

**98.** *Obra…*, Sra. Rodríguez de Tappata, 8/8/1994, t. VI, pp. 54975499, esp. p. 5497. *Obra…*, Sr. Auyero, 9/8/1994, t. VI, pp. 5574-5576, esp. p. 5574. *Obra…*, Sr. de la Rúa, 9/8/1994, t. VI, pp. 5587-5588, esp. p. 5587. *Obra…*, Sr. Conesa Mones Ruiz, 10-11/8/1994, t. VI, 5625-5627, esp. p. 5625. *Obra…*, Sr. Yoma, 10-11/8/1994, t. VI, pp. 5715-5716, esp. p. 5716.

**99.** *Obra…*, Sr. Romero, J. C., 9/8/1994, t. VI, pp. 5559-5562, esp. p. 5562 y p. 5746.

*tividad de la economía nacional, generación de empleo productivo y defensa del valor de la moneda, tienden a la defensa del plan económico de Cavallo, y no constituyen una concepción de progreso hacia el siglo XXI*."[100]

Esta visión se esfuerza por vincular, con cierto dogmatismo, a la atribución congresional respectiva, con el entonces ministro de la cartera de Economía. Por lo demás, la transcripción constituiría una reiteración de conceptos, de marcado tenor político, ya vertidos cuando se debatiera el Reglamento de la Convención, ocasión en que la convencional citada se pronunciara en forma contraria al mercado en tanto ésta iba a "*determinar la vida de la gente*," objetara el "*vivir de rodillas*" por parte del país,[101] y acusara los soslayados "*derechos sociales*."[102]

### d.2.2. Acceso al crédito

También se expresó, en sesiones plenarias: "[C]*uando hablamos de la moneda y de defender su valor estamos hablando también de estabilidad económica* (…) *Con la defensa del valor de la moneda y con la estabilidad estamos dando posibilidades para acceder al crédito a quienes menos tienen. Y si bien en este momento nos falta un largo recorrido —porque el costo del crédito todavía es altísimo en la Argentina—, vamos por el camino correcto. Cuando se recupera la posibilidad del crédito, los sectores más postergados de la sociedad tienen acceso a los bienes.* (…) *Hoy vuelve a aparecer esa esperanza ante la vista de los ciudadanos, es decir, la posibilidad de acceder a un bien a través del crédito genuino. Este es un gran logro, y también lo es que todos*

**100.** *Obra…*, Sra. Sánchez García, 4/8/1994, t. VI, pp. 5380-5383, esp. p. 5382. En similar sentido, *Obra…*, Sr. Auyero, 9/8/1994, t. VI, pp. 5574-5576, esp. p. 5574, y reiteraciones en p. 5575 y p. 5576.

**101.** *Obra…*, Sra. Sánchez García, 2/6/1994, t. I, pp. 333-335, esp p. 334.

**102.** *Obra…*, Sra. Sánchez García, 2/6/1994, t. I, pp. 333-335, esp p. 335.

*lo hayamos entendido. En ese sentido, me siento orgulloso de que aun aquellos que piensan muy distinto a nosotros, estén apoyando este concepto vital. Por eso, creo que debemos incorporar este tema en la cláusula correspondiente de la Constitución, pero no debe tratarse de una simple enumeración de buenas intenciones sino de una realidad concreta para nuestro país."*[103]

Las expresiones transcriptas resultan más ilustrativas respecto de la atribución congresional en cuestión que la de la convencional citada previamente. En primer lugar, aquéllas vinculan "valor de la moneda" y "estabilidad," relación que ya podía haber conocido el Constituyente por virtud de votos generados en fallos de la Corte Suprema en punto al valor de la moneda en épocas de inestabilidad.[104] Segundo, se establece la conexión entre "defensa del valor de la moneda," "estabilidad" y "acceso al crédito," lo cual guarda arreglo con lo que la Corte Suprema, en *YPF c/ Corrientes,* había puesto de resalto respecto de la ausencia de crédito durante procesos inflacionarios.[105] Ausencia que significaba desatención hacia los "sectores más postergados" y sus necesidades de acceso al crédito.

### d.2.3. Firmas en los billetes

En las sesiones plenarias se recordó una particularidad formal que, en opinión de un convencional constituyente, representaría la atribución congresional de preservar el valor de la moneda. En

**103.** *Obra...*, Sr. Albamonte, 4/8/1994, t. VI, pp. 5436-5438, esp. p. 5438.

**104.** Ver *Grinberg, Horacio Mario c/ Guntin, Beatriz Margarita y otro*, Fallos: 316: 2153, de 28/9/1993, disidencia de los Dres. Boggiano, Barra, Cavagna Martínez y Moliné O´Connor. *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de australes*, Fallos: 315: 158, de 3/3/1992, cons. 32, *in fine*. *Rotonda, Osvaldo c/ Osvaldo Andreu y otro*, Fallos: 303: 524, de 9/4/1981, disidencia del Dr. Guastavino, cons. 4°, y su cita de *Sierra, Edgardo Aníbal c/ La Razón S.A.*, Fallos: 301: 911, de 18/10/1979, disidencia del Dr. Guastavino, cons. 5°.

**105.** *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de australes*, Fallos: 315: 158, de 3/3/1992, cons. 20: "(...) *la actualización de deudas fue admitida por la fuerza de los hechos que imponían la preservación de ciertos derechos amenazados durante el proceso inflacionario." Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de australes*, Fallos: 315: 158, de 3/3/1992, cons. 22: *"Por otro lado, en largos períodos de esta misma época, el crédito era una ficción para la generalidad de las personas. Lisa y llanamente, éste no existía* (...)." En similar sentido, *Entidad Binacional Yacyretá c/ Misiones, Provincia de s/ expropiación*, Fallos: 315: 992, de 19/5/1992, cons. 13 y cons. 15.

tal sentido, se afirmó: "[L]*a ley que aprobó la Carta Orgánica del Banco Central ya establece su independencia funcional. Lo que pone al Banco Central actual bajo jurisdicción del Congreso. De allí que tanto el Presidente de la Cámara de Diputados como el de la de Senadores, como un símbolo firman los billetes. Por eso, el Banco Central tiene como función primordial la preservación del valor de la moneda.*"[106]

El razonamiento adoptado en la transcripción podría parafrasearse de esta manera: (i) que el Banco Central tenga independencia funcional por ley formal implica que se halla en jurisdicción del Congreso; (ii) ello queda simbolizado mediante la firma, "tanto" del presidente de la Cámara de Diputados "como" del presidente de la Cámara de Senadores, en los billetes; por virtud de (i) y (ii), el Banco Central preserva el valor de la moneda.

Puedo apuntar, primero, que la referencia legal es la Ley 24144,[107] de 1992, ley de aprobación de la Carta Orgánica del Banco Central. Hacia 1994, dicha ley establecía: "*Los billetes y monedas del banco tendrán curso legal, en los términos de la ley 23928 en todo el territorio de la República Argentina por el importe expresado en ellos. Los billetes llevarán el facsímil de la firma del presidente del Banco, acompañada de la del presidente de la Honorable Cámara de Senadores o de la Honorable Cámara de Diputados, según disponga el Directorio del Banco para las distintas denominaciones*. (…)"[108] Objetivamente, se trata, entonces, de dos firmas. La utilización de la conjunción alternativa "o" conlleva la exigencia de la firma facsimilar de un solo presidente (sea

**106.** *Obra…*, Sr. Romero, 10-11/8/1994, t. VI, p. 5746.

**107.** L. 24144 (B.O. 22/10/1992).

**108.** L. 24144, art. 31. Con el abandono de la convertibilidad, este artículo fue modificado por L. 25562 (B.O. 8/2/2002) tal que, en lo que aquí interesa, hoy establece: "*Los billetes y monedas del Banco tendrán curso legal en todo el territorio de la República Argentina por el importe expresado en ellos. Los billetes llevarán el facsímil de la firma del Presidente del Banco, acompañada de la del Presidente de la Honorable Cámara de Senadores o de la Honorable Cámara de Diputados, según disponga el Directorio del Banco para las distintas denominaciones*. (…)"

de la Cámara de Diputados o de la Cámara de Senadores, según la denominación), a la cual se adiciona la del presidente del BCRA. En vistas de ello, la enumeración que efectúa el convencional constituyente citado parecería adolecer de fragmentariedad.

Segundo, considero que la inserción de la firma facsimilar que se ve en los billetes no hace a que el BCRA se halle en jurisdicción del Congreso. Antes bien, tal inserción enraíza en la atribución congresional constitucional, histórica, de hacer sellar moneda. Moneda que, en tanto fiduciaria, necesita ostentar signos que inspiren confianza en su tenedor,[109] al menos cuando dicha moneda es convertible. Tengamos en cuenta, en tal aspecto, el antiguo precedente bonaerense reseñado en II.a.2., *supra*.

Así, las cosas, puede interpretarse que la función del Banco Central, de "preservar el valor de la moneda," excedía, en 1994, la mera inserción de firmas facsimilares en los billetes, para erigirse en cumplimiento de un mandato de fuente legal formal: tal el previsto en la L. 24144, art. 3º, según la redacción entonces vigente, en cuanto a que "[e]*s misión primaria y fundamental del Banco Central de la República Argentina preservar el valor de la moneda* (…)." Por cierto, tal cometido, después de la reforma constitucional de 1994, devino competencia del Congreso de rango constitucional, de jerarquía superior a lo que una ley formal disponga.

Por último, recordemos posteriores vicisitudes en torno a quién firmaría los billetes. Tal como establece la L. 24144, art. 31, en la versión vigente en 1994, o en la versión hoy vigente, es el Presidente del BCRA quien decide, "según la denominación," qué billetes ostentarán la firma del Presidente de la Cámara de Diputa-

**109.** Braessas, Homero y Naughton, Alejandra G. (1997) *La realidad financiera del Banco Central. El antes y el después de la convertibilidad*, Buenos Aires: Editorial de Belgrano, p. 296. Disponible en: https://www.bna.com.ar/Downloads/LarealidadfinancieradelBancoCentralelantesyeldespues.pdf (último acceso: 11/5/2024)

dos, y cuáles la del Presidente de la Cámara de Senadores. Pues bien, según narrara un medio masivo de comunicación, a partir de enero 2020 se operó una suerte de derogación singular de la L. 24144, art. 31, pues, por medio de la Resol. 35/2020, el Directorio del Banco Central habría establecido que, sin importar la denominación de los billetes, se requeriría, en éstos, en todos los casos, amén de la firma del Presidente de dicha entidad, sólo la firma del presidente de la Cámara de Diputados.[110] A todo evento, un informe del Banco Central, de julio de 2020, reitera que "*los billetes llevan el facsímil de la firma del Presidente del Banco, acompañada de la del Presidente de la Honorable Cámara de Senadores o de la Honorable Cámara de Diputados, según disponga el Directorio del Banco para las distintas denominaciones*."[111]

### d.3. Visiones sobre la convertibilidad entonces vigente

En las sesiones plenarias, la convertibilidad de la moneda aparece enmarcada en posiciones divergentes, en especial al tratarse la independencia del banco Central (posteriormente, Banco Federal). Así, se advierten dos posturas encontradas, en tanto se la aprecia en forma negativa, y en forma positiva.

Puede leerse, por un lado, una postura negativa, con aparentes fundamentos históricos: "[P]*aradójicamente, igual que en 1980, tenemos Ley de Convertibilidad. Pero creo que si Carlos Pellegrini resucitara, se muere de nuevo. Nada más diferente de lo que planteaba Carlos Pellegrini que esta Ley de Convertibilidad.*"[112]

**110.** Ver Fernández Blanco, Pablo (2020) "El secreto de la vicepresidenta que se esconde en los billetes" *La Nación*, 21/10/2020. Disponible en: https://www.lanacion.com.ar/economia/cristina-kirchner-el-secreto-vicepresidenta-se-esconde-nid2484952/ (último acceso: 11/5/2024) La resolución habría sido dictada en el expediente 2020-00020419, Gestión Documental Electrónica, BCRA – GPET#BCRA

**111.** Banco Central de la República Argentina (2020) *Boletín estadístico. Notas metodológicas*, Buenos Aires: Banco Central de la República Argentina, Gerencia de Estadísticas Monetarias, Descripción conceptual, cuadro XXIII-2. Disponible en: https://www.bcra.gob.ar/pdfs/publicacionesestadisticas/bolmetes.pdf (último acceso: 11/5/2024)

**112.** *Obra...*, Sr. Dentice, 4/8/1994, t. VI, pp. 5383-5388, esp. p. 5388.

Otra postura negativa se funda en publicaciones extranjeras: "*Por alguna razón todos los sectores internacionales que aprobaban o estaban de acuerdo con la estabilidad en la República Argentina hoy dicen que el plan de convertibilidad está agotado. Lean el diario de economía ´The Wall Street Journal´ y van a poder comprobar lo que estoy diciendo.*"[113]

Desde una vereda opuesta, se ponen de resalto los beneficios de la estabilidad y la previsibilidad, sin pronunciarse la palabra convertibilidad, pero aludiéndose al "programa" de un gobierno.[114] También, sin pronunciarse ese término, se advierte sobre los peligros del déficit crónico, del impuesto inflacionario y de la demagogia facilista, poniéndose el énfasis en que los fondos del erario público no se nutren de un "*moderno milagro de la multiplicación de los panes*."[115] Se puntualiza el hecho de que, a diferencia del Plan Austral, creado por decreto, la convertibilidad se originó en una ley del Congreso, en el cual se hallan representadas las provincias, con lo que su rol fue revitalizado y jerarquizado, y se acota que "*el programa económico actual, al haber eliminado la inflación manteniéndola en niveles muy bajos, ha permitido la recuperación de la recaudación tributaria de una manera muy fuerte, beneficiando básicamente a las provincias. Hoy no se recauda impuesto inflacionario.*" [116] También en forma laudatoria se afirma que, con la convertibilidad de 1991, "*se obtuvieron sin duda*

**113.** *Obra...*, Sr. Di Tulio, 8/8/1994, t. VI, pp. 5473-5474, esp. p. 5473.

**114.** *Obra...*, Sr. Albamonte, 4/8/1994, t. VI, pp. 5436-5438, esp. p. 5437.

**115.** *Obra...*, Sr. Cornet, 8/8/1994, t. VI, pp. 5479-5481, esp. p. 5480.

**116.** *Obra...*, Sra. Rodríguez de Tappata, 8/8/1994, t. VI, pp. 5497-5499, esp. p. 5497. Se refiere al Plan Austral, Dto. 1096/1985 (B.O. 17/6/1985), así como a la L. 23928 (B.O. 28/3/1991) de convertibilidad.
Favorable a la constitucionalidad de dicho decreto fue Cassagne, Juan Carlos (1985) "La constitucionalidad del signo monetario austral" *La Nación*, 20/6/1985, reproducido en su *Fragmentos de Derecho administrativo. Entre la justicia, la economía y la política*, Buenos Aires: Hammurabi, 2003, pp. 267-270. Para una visión diversa, ver Dalla Via, Alberto R. (2000) "El régimen constitucional de la moneda" *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones, Nº 75: pp. 15-26, esp. p. 22. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/75/el-regimen-constitucional-de-la-moneda.pdf (último acceso: 25/5/2024)
Ver, asimismo, *Peso c/ B.C.R.A. s/ amparo*, Fallos: 307: 2061, de 29/10/1985, caso de suspensión de reintegro de depósitos, esp. pp. 2065-2066 (donde, con una suerte de "visión macro," se menciona la "*variación de normas generales acaecida por haber sido superadas las circunstancias de emergencia que condujeron a la medida cuya inconstitucionalidad declaró el a quo*"); y, respecto del específico Dto. 1096/1985, ver *Porcelli, Luis A. c/ Banco de la Nación Argentina s/ cobro de pesos* Fallos: 312: 555, de 20/4/1989, conforme al cual la alegada inconstitucionalidad del Dto. 1096/1985, fundada en la falta de ratificación legislativa, fue considerada de inoficioso pronunciamiento en tanto dicha ratificación legislativa se había cumplido mediante Ley 23410, B.O. 9/12/1986, ley de Presupuesto 1986, art. 55.

*logro significativos en el campo macroeconómico, de indiscutible importancia para el desarrollo del país y la consolidación de la democracia.*"[117] Finalmente, sin mencionarse en forma expresa la convertibilidad, se enfatiza que "*después de la hiperinflación, el Banco Central posible* (...) *fue* (...) *un Banco Central que preservara el valor de la moneda y estuviera limitado en cuanto al otorgamiento de préstamos o al financiamiento a las provincias o entes públicos*."[118]

Estas agudas consideraciones sobre valor moneda y Banco Central (posteriormente, Banco Federal) contrastan con la sinceridad de una convencional: "*(...) voy a votar negativamente el artículo en consideración, porque en ningún momento se realizó la discusión profunda que amerita este tema como para poder tomar una decisión.*"[119]

### E. Inserciones

Las inserciones que lucen en el penúltimo tomo de la *Obra...* nos recuerdan estrategias de abordaje de la temática que ya fueron avizoradas en los intercambios precedentes.

Se vuelcan claros conceptos sobre peligros propios de la politización del sector monetario;[120] concepto de inflación;[121] relación en-

**117.** *Obra...*, Sr. Bucco, 9/8/1994, t. VI, pp. 5579-5581, esp. p. 5581.

**118.** *Obra...*, Sr. Romero, 10-11/8/1994, t. VI, p. 5746.

**119.** *Obra...*, Sra. Rodríguez de Tappata, 10-11/8/1994, t. VI, p. 5747.

**120.** *Obra...*, Sr. Convencional Cornet, t. VII, pp. 6918-6921, esp. p. 6918: "*La posterior estatización completa del Banco Central trajo aparejada una conducción estrictamente política del sector monetario. De ahí a la inflación hay un solo trecho. Al respecto, el premio Nobel de Economía Milton Friedman pinta magistralmente el cuadro cuando analiza que ´ningún gobierno está dispuesto a aceptar la responsabilidad de haber provocado la inflación, ni siquiera en aquellos casos en que la virulencia de ésta sea menor. Los funcionarios públicos siempre encuentran alguna excusa: hombres de negocios voraces, sindicatos codiciosos, consumidores despilfarradores, los jeques árabes, el mal tiempo o cualquier otra que parezca, aún remotamente, plausible. Es cierto que los empresarios son voraces; los sindicatos ambiciosos; los consumidores despilfarran; los jeques árabes suelen aumentar los precios del petróleo y las condiciones meteorológicas a menudo son malas. Todo esto puede conducir a aumentos de precios individuales, pero no pueden llevar a un incremento general de los precios de los productos. Pueden provocar una subida o una bajada temporal de la tasa de inflación. Pero no pueden ser la causa de una inflación continua por una razón muy simple: ninguno de estos aparentes culpables posee una máquina de imprimir mediante la cual producir esos trozos de papel que llevamos en nuestros bolsillos.´*"

**121.** *Obra...*, Sr. Convencional Cornet, t. VII, pp. 6918-6921, esp. p. 6918: "*La inflación es un fenómeno inflacionario.* (...) [L]*os populismos de diverso origen intentan esconder su responsabilidad a la hora de la aparición del fenómeno inflacionario. Si la cantidad de bienes y servicios que se pueden comprar* (...) *aumentara al mismo ritmo que la producción de dinero, los precios permanecerían*

tre gasto público desmedido, emisión monetaria para financiar déficit fiscal e inflación o hiperinflación;[122] hiperinflación y virtual desaparición de la moneda;[123] y trascendencia de la independencia del Banco Central ante presiones gubernamentales emisionistas.[124]

A los fines de dejar planteada la objeción, se vuelve sobre la figura de quien era, entonces, el Ministro de la cartera de Economía.[125]

Desde una postura diversa, se hace hincapié en la estabilidad proveniente de la Ley de Convertibilidad,[126] y en la "defensa del valor de la moneda" en tanto "garantía de estabilidad económica."[127] Se entiende que, ausente la estabilidad económica, la justicia social y el desarrollo humano se obstaculizan.[128] En el desarrollo de un discurso se recordó la política de estabilidad económica consagrada en la Constitución española,[129] así como el objetivo

---

*estables. La inflación se produce cuando la cantidad de dinero crece más rápidamente que la de bienes y servicios. Cuanto mayor es la cantidad de dinero respecto a cada unidad de producto, mayor es la inflación."*

**122.** *Obra…*, Sr. Convencional Cornet, t. VII, pp. 6918-6921, esp. p. 6919: "*[S]on los gobiernos los responsables únicos y centrales de la inflación. Ante el crecimiento desmedido del gasto público se recurre frecuentemente a la emisión monetaria para financiar los déficits. Consecuentemente, se produce la inflación. (…) A la larga o a la corta se termina inexorablemente en una brutal hiperinflación. De esto los argentinos podemos dictar cátedra."*

**123.** *Obra…*, Sr. Convencional Rampi, t. VII, p. 6977: "*Se ha dicho, al referirse al sistema de coparticipación que por el profundo centralismo histórico y actual, se ha provocado el achicamiento nacional, rechazando los diversos expositores el argumento utilizado por el gobierno central cuando éste hace corresponsable del achicamiento a las provincias. Esta argumentación que puede o no compartirse soslaya aquellos acontecimientos históricos recientes donde se produce sí, un verdadero achicamiento nacional provocado por medidas económicas inadecuadas que nos condujeron a la hiperinflación más profunda que arrasó con los sistemas de redistribución, se empobrecieron las provincias y sus pueblos y se perdieron algunos de los atributos de la soberanía política clásica como el signo monetario por la devaluación permanente y continua de aquellos años; la moneda no existía.*
*Hoy se trata de restablecer ese equilibrio perdido que al ser relatado, breve y precisamente, no pretenden enjuiciar ni abrir juicio de valor alguno sobre nadie, sino que pretende acercar para el análisis completo hechos que realmente sucedieron."*

**124.** *Obra…*, Sr. Convencional Cornet, t. VII, pp. 6918-6921, esp. p. 6919: "*Es fundamental entonces la independencia política de los funcionarios del futuro Banco Federal de la República Argentina, (…) y el estar exento de presiones e instrucciones gubernamentales que implique emisión monetaria para financiar desatinos en el manejo de la cosa pública."*

**125.** *Obra…*, Sr. Convencional Álvarez, t. VII, pp. 6939-6941, esp. p. 6941: "*Voy a finalizar, haciendo una expresa mención a la primera parte del inciso 16 bis del artículo 67, comúnmente llamada cláusula del progreso´. (…) [E]l inciso 16 bis que se quiere incorporar en el despacho de la mayoría dice en su primera parte, y es la que objetamos, ´proveer lo conducente (…) a la defensa del valor de la moneda. Esta cláusula aparece escrita por el ministro de economía de la nación y no compartimos la filosofía que subyace en aquellas proposiciones."*

**126.** *Obra…*, Sr. Convencional Romero, Juan, t. VII, pp. 6929-6935, esp. p. 6934: "*Con el gobierno justicialista del Presidente Menem, se obtuvieron logros significativos en el campo macroeconómico de indiscutible importancia para el desarrollo del país y la consolidación del régimen democrático, podemos mencionar entre otros, a la estabilidad de los precios y de la moneda a partir de la ley de convertibilidad de 1991, la reactivación de la actividad económica expresada en el crecimiento del PBI, el ordenamiento de las finanzas públicas y el equilibrio fiscal, la privatización, la desregulación del sector público y la recuperación del crédito público."*

**127.** *Obra…*, Sr. Convencional Cafiero, t. VII, pp. 6945-6951, esp. p. 6950: "*Ahora bien, como diría Alberdi, ¿cuáles son los ´medios prácticos´ para alcanzar el ´fin constitucional´ del desarrollo humano? La cláusula bajo consideración los enumera correctamente (…) [L]a defensa del valor de la moneda como garantía de estabilidad económica sin la cual se hace no sólo difícil el progreso económico sino también la justicia social y el propio desarrollo humano."*

**128.** Ídem nota al pie 110, *supra*.

**129.** Constitución Española, art. 40.1: "*Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo."*

antiinflacionista europeo.[130] También se enfatizaron, desde una perspectiva federal: (i) el "valor de la moneda" (en tanto rescatado por la Ley de Convertibilidad); (ii) la eliminación del impuesto inflacionario (que disminuye el valor de lo que las Provincias reciben en concepto de coparticipación); y (iii) los efectos sobre la regularidad presupuestaria, en especial en la esfera de las jurisdicciones provinciales.[131]

## IV. CON POSTERIORIDAD A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Hacia la época de celebración de la Convención Constituyente nacional de 1994, se hallaba vigente la Ley de Convertibilidad, que ya vimos reseñada al final de la sección II, *supra*. Allí vimos el sistema que las tres medidas, consagradas en la ley, conformaban

Normas posteriores horadaron esa quinta convertibilidad. Así:

Primero, la fijación de la relación entre la moneda argentina y la extranjera ("*Declárase la convertibilidad del Austral con el Dólar de los Estados Unidos de América a partir del 1º de abril de 1991, a una relación de diez mil australes por cada dólar, para la venta, en las condiciones establecidas por la presente ley*"),[132] fue derogada por L. 25561, de 2002, art. 3º.[133]

---

**130.** Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 7/2/1992. Versión consolidada 1997), art. 2º, que, a la sazón, establecía: "*Article 2. La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun, d'une union économique et monétaire et par la mise en oeuvre des politiques ou des actions communes visées aux articles 3 et 3 A, de promouvoir un développement harmonieux et équilibré des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une croissance durable et non inflationniste respectant l'environnement, un haut degré de convergence des performances économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les États membres.*" Disponible en: https://www.cvce.eu/obj/traite_sur_l_union_europeenne_maastricht_7_fevrier_1992-fr-2c2f2b85-14bb-4488-9ded-13f3cd04de05.html (último acceso: 18/5/2024)

**131.** *Obra...*, Sra. Convencional Rodríguez de Tappata, t. VII, pp. 7000-7005, esp. p. 7001: "*En primer lugar, el nacimiento del actual programa económico nacional fue realizado por ley del Congreso de la Nación lo que jerarquiza su rol y la participación de los representantes de los estados provinciales. Otros programas económicos como el caso del Plan Austral de 1985 fueron impuestos por decreto. La ley de convertibilidad permitió rescatar el valor de la moneda, uno de los atributos que nos define como Nación y que los argentinos habíamos llegado a despreciar al extremo de preferir el uso de una moneda extranjera.*
*En segundo lugar, la drástica reducción de la inflación eliminó el impuesto inflacionario cuya recaudación era apropiada exclusivamente por el Estado nacional.*
*En tercer lugar, por primera vez en 30 años los presupuestos del Estado nacional fueron sometidos al análisis del Congreso de la Nación en tiempo y forma. Como instrumento de planificación, esto ha contribuido a disminuir la incertidumbre dando certeza de ingresos fiscales a los estados provinciales permitiéndoles a su vez planificar sus acciones de gobierno.* (...)"

**132.** L. 23928, art. 1º, posteriormente modificado por Decreto 2128/1991, B.O. 10/10/1991 de cambio de denominación.

**133.** L. 25561, B.O. 7/1/2002.

Segundo, la posibilidad de conversión a la vista ("*El Banco Central de la República Argentina venderá las divisas que le sean requeridas para operaciones de conversión a la relación establecida en el artículo anterior, debiendo retirar de circulación los Australes recibidos en cambio.*"),[134] fue derogada por L. 25561, de 2012, art. 3º.[135]

Finalmente, el respaldo otrora mandatorio de toda la base monetaria (circulante más depósitos a la vista), con implícita prohibición de emisión si no mediaba ingreso de oro o divisas extranjeras ("*En todo momento, las reservas de libre disponibilidad del Banco Central Central de la República Argentina en oro y divisas extranjeras, serán equivalentes a por lo menos el 100% de la base monetaria*. (...)")[136] fue derogado por Ley 26739, de 2012, art. 21.[137]

De este modo, se terminaron de abrir las compuertas para la emisión sin límites. La base monetaria, que en enero de 2002, en millones de pesos, era de 12.018, pasó, en diciembre de 2023, a ser, en millones de pesos, de 9.030.905.[138]

A la luz de estos guarismos, se me hace que escaso fue el efecto de la cláusula constitucional del art. 75, inc. 19, Const. Nac., que coloca en cabeza del Congreso la competencia de velar por el valor de la moneda. Fue escaso, en especial para el Legislador que sancionó la L. 26739, de 2012, con la resultante eliminación de la prohibición de aumentar la base monetaria si no se contaba con el correspondiente respaldo en reservas de libre disponibilidad en oro o divisas extranjeras. Hacia esa época, al tiempo que

**134.** L. 23928, art. 2º.

**135.** Ídem nota al pie 128.

**136.** L. 23928, art. 4º.

**137.** L. 26739, art. 21.

**138.** Fuente: Estadísticas BCCRA (s/f) "Base monetaria." Disponible en: https://estadisticasbcra.com/base_monetaria_argentina (último acceso: 24/5/2024)

el Estado internamente emitía sin límites, la República Argentina ya había elegido acreedores extranjeros a quienes pagarles.[139]

## V. REFLEXIONES FINALES

Nuestro país conoció diversas experiencias, de origen legislativo, que apuntaron a que se asegure el valor de la moneda que utilizamos cotidianamente. Uno de esos medios es la convertibilidad, otrora llamada conversión. Sin embargo, esas experiencias representan, como vimos, y siguiendo la gráfica expresión de Olarra Jiménez, "islas" de conversión en un mar de inconversión.[140] (sección II)

En la Convención Constituyente de 1994, un repaso de la respectiva *Obra…* nos permite adentrarnos tanto a favor como en contra de la incorporación de la competencia congresional de "proveer lo conducente a la defensa del valor de la moneda."

Dentro del espíritu de "complementariedad" acordado en materia de "actualización" de atribuciones del Congreso bajo la L. 24309, y con una visión que comprende tanto a la rama Legislativa como Ejecutiva de gobierno (sección III.a), se destacan proyectos de reforma que saben de la emisión como recurso espurio, y que conocen tanto los beneficios de la estabilidad como los agravios derivados del impuesto inflacionario. En ese contexto, se producen tanto proyectos de reforma que contemplan la emisión, así como los proyectos de reforma que propician una emisión monetaria con límites. Por ejemplo, en el proyecto del Convencional Maqueda se exige respaldo íntegro de la moneda mediante

**139.** Ver Dto. 1601/2005, B.O. 16/12/2005, de cancelación de la deuda contraída con el FMI, y Dto. 1394/2008, B.O. 3/9/2008, de cancelación de la deuda contraída con el Club de Paris (sus países miembros con acreencia vencida o a vencer). Me remito a "Un catálogo de medidas de intervención administrativa: Los decretos de 1946 y 1947" en *El Derecho. Revista de Derecho Administrativo*, 18/12/2023, N° 12, pp. 3-9. Cita digital: ED-V-CCXII-892.

**140.** Ídem nota al pie 16, *supra*.

reservas de libre disponibilidad, y se propone "*dar rango constitucional al principio fundamental de la Ley de Convertibilidad 23928.*"[141] (sección III.b)

En las versiones taquigráficas de las Comisiones se advierte incipiente interés en la cláusula cuya incorporación propicia la mayoría. (sección III.c) Es en las sesiones plenarias donde se advierte la múltiple inserción de la temática del valor de la moneda y su defensa, como ser cuando los debates involucran los recursos, la recaudación coparticipable, la cláusula del progreso, el Banco Central, las prohibiciones a las provincias, entre otras. Allí se vincula a la defensa del valor de la moneda ora con meros designios del titular de la cartera de Economía, el acceso al crédito, y la prueba de la injerencia congresional en la emisión de billetes mediante inserción de firmas. Las posturas sobre la inserción de la cláusula en cuestión, explicitadas en las sesiones plenarias, aparecen tanto como negativas por comparación histórica o por publicaciones extranjeras, como positivas, con sustento en –entre otros– los beneficios de la eliminación de la inflación y la recuperación de la recaudación con el consiguiente beneficio para las Provincias. (sección III.d)

Por último, las inserciones muestran acabado conocimiento de lo que se quería prevenir mediante la cláusula congresional abordada: peligros propios de la politización del sector monetario; el concepto de inflación; la relación entre gasto público desmedido, emisión monetaria para financiar déficit fiscal e inflación o hiperinflación; hiperinflación y virtual desaparición de la moneda; y trascendencia de la independencia del Banco Central ante presiones gubernamentales emisionistas. En suma, se hace hincapié en la "defensa del valor de la moneda" en tanto "garantía de

**141.** Ídem nota al pie 73, *supra*.

estabilidad económica" y en los beneficios de la eliminación del impuesto inflacionario de cara a las Provincias (sección III.e)

Con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, las leyes trajeron, empero, medidas que han redundado en la desvalorización de la moneda en Argentina. Si bien el Constituyente de 1994 incluyó, en el texto constitucional, la cláusula que nos ocupa, de "proveer a la defensa del valor de la moneda," adoptó medidas contrarias a tal fin. El valor de la moneda no se defiende mediante una sobreoferta monetaria sin respaldo que sólo disminuye el valor de las unidades existentes en circulación. Sí se defiende ese valor prohibiendo la emisión salvo que se cuente con el correspondiente respaldo en reservas de libre disponibilidad en oro o divisas extranjeras: aquí es donde se advierte la complementariedad entre la competencia congresional del art. 75, inc. 19, Const. Nac., de proveer a la defensa del valor de la moneda, y la función de atracción de capitales extranjeros del art. 75, inc. 18, Const. Nac.[142] (sección IV)

Respecto de la tormenta de emisión sin respaldo que se advierte en el período que madurara entre 2002 y 2012, cabe poner de resalto la aguda observación formulada por el Prof. Sagüés en el sentido de que:

> *"[a]l emitir dinero impreso, e imponerle curso legal, el Estado crea indirectamente (cuando lo hace sin respaldo en divisas o metálico) otra fuente de recursos para sí mismo, por cierto, muy significativa (...) Existen dudas sobre la constitucionalidad de tal operatoria. El art. 4º de la Const. nacional*

**142.** Cuestión que amerita un estudio por separado pues conlleva consideraciones de certeza y seguridad jurídica para el inversor extranjero, así como el profundo debate acerca de si un Congreso puede vincular a los futuros Congresos en el articulado de leyes que cumplan la función de atracción de capitales extranjeros, entre muchas otras derivaciones, que vinculan al Derecho con la Economía al amparo de la Constitución Nacional.

> *no menciona esa alternativa de obtención de recursos que no es 'contribución', ni 'empréstito' u 'operación de crédito'. (…) No cabe suponer que tal procedimiento sea constitucional."*[143]

El brillante juicio del citado académico conduce a calificar de inconstitucional a tal operatoria. Amén de ello, estimo que, en el plano moral, ese procedimiento, que hace caso omiso del designio del Constituyente de 1994, deviene una suerte de cotidiana expropiación generalizada y sin indemnización que alcanza a personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, por igual.

La Corte Suprema, en *Soldati*,[144] de 1893, fallo producido por la caída en la inconversión dispuesta por ley 1734 de 13/10/1885,[145] sostuvo que era un atributo de la soberanía el dictar esa ley. Reiteró tal aserto, en torno a la misma ley, en *Posse*, de 1889.[146] Resuenan aquí ecos de Bodin, afirmando que la administración de las finanzas es uno de los atributos indubitables de la *maiestas* o autoridad.[147] Empero, han pasado muchos siglos desde entonces, y henos recibido lecciones derivadas de los diversos períodos de conversión. Todos ellos, iniciados antes de que la Convención Constituyente de 1994 comenzara a sesionar. Se impone, hoy, por ende, acatar, al menos, la manda constitucional del art. 75, inc. 19, Const. Nac., que conduce a la defensa de la moneda mediante –tal como se entendiera en el seno de dicha Convención– la veda de emisiones monetarias desprovistas de mandatorio e íntegro respaldo.

---

**143.** Sagüés, Néstor P. (2017) *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Bogotá y Porto Alegre: Astrea, t. 2, § 601 en p. 682.

**144.** *Soldati, León c/ Banco Muñoz Rodríguez y Cía.*, Fallos: 52: 413, de 11/7/1893.

**145.** L. 1734. Disponible en: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do;jsessionid=A1439C67FAB0EC337094E-33FFE975607?id=283820 (último acceso: 25/5/2024)

**146.** *Adolfo Posse y Hno. c/ Frugoni, Parpagloni y Cía por cobro de pesos, sobre pago á oro y multa por infracción á la ley de sellos.*, de 1/6/1889, y su re misión al cons. 6° de la sentencia anterior, de 26/2/1886.

**147.** Bodin, Jean (1576) *Les six livres de la Republique*. Libro III, cap. I, p. 302. Disponible en https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv-1b86268103/?lang=FR# (último acceso: 25/5/2024)

# El Sufragio y los Partidos Políticos en la Reforma de 1994 a la Constitución Nacional

Por
**Carlos Alberto Mayón**[1]

**1.** El Dr. Carlos Alberto Mayón posee cinco Diplomas Universitarios, otorgados por dos Facultades de la **Universidad Nacional de La Plata**: **Abogado** (FCJS, 1962); **Doctor** en Ciencias Jurídicas y Sociales (FCJS, 1971); **Profesor** en Ciencias Jurídicas (FHCE, 1966); **Licenciado Especialista** en Ciencia Política (FCJS, 1972); y **Docente Universitario** en Derecho Público (FCJS, 1975). Es Académico Correspondiente de la **Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas**. En la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata ejerce la Docencia Superior en los **niveles de Grado y de Postgrado.**

## INTRODUCCIÓN

Sin perjuicio de las distintas clasificaciones que hace la doctrina sobre los derechos políticos (activos y pasivos; cívicos y electorales, etc.)[2], aquí nos ocuparemos sólo de los que, después de la Reforma de 1994, menciona la Constitución Argentina: Sufragio y Partidos Políticos, y los procedimientos especiales para dictar y modificar la legislación reglamentaria sobre estos temas.

Omitimos analizar otros derechos políticos tan importantes como son las formas de Democracia Semidirecta que se incorporaron en la Reforma de 1994 [derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley (art. 39) y consulta popular (art. 40)], a fin de sujetarnos a las pautas sobre la extensión máxima establecidas para esta publicación.

### Los Derechos Políticos en la Constitución Nacional Argentina

La Constitución Nacional en su texto originario de 1853 no tenía un capítulo especial sobre los Derechos Políticos.

Las reformas de 1860, 1866, 1898, 1949 y 1957 no produjeron novedades en cuanto a este tema.

Recién la Reforma de 1994, si bien no los incluyó en un capítulo especial, introdujo varias innovaciones en cuanto a los derechos políticos, tanto en la parte dogmática como en la orgánica, particularmente sobre sufragio, partidos políticos, formas de democracia semidirecta y procedimiento especial para el dictado de leyes modificatorias de la reglamentación de estos derechos.

**2.** Ver al respecto: Mayón, Carlos Alberto. *Tratado de Derecho Constitucional Argentino* (Legislación. Jurisprudencia, Antecedentes, Derecho Comparado y Derecho Público Provincial). Con la colaboración de los profesores Juan José Herrero Ducloux y María Teresa Pérez Galimberti. Prólogo de Jorge Reinaldo Vanossi. Segunda edición ampliada. La Plata, Ediciones Haber, tomo III, págs. 535 a 655.

Los analizaremos por separado.

## I. SUFRAGIO

Sufragio, del latín *suffragium*, es el derecho político y constitucional que tienen los ciudadanos para expresar su voluntad en un asunto o negocio público, y a participar en el gobierno como electores o elegidos.

### 1. Antecedentes[3]

Enrique de Gandía decía que el voto es la libertad más antigua que existía en lo que en la actualidad es el territorio de la Argentina, pues la Real Cédula del año 1537 permitió a Buenos Aires y Asunción que, luego de la muerte de Mendoza, en caso que no hubiera dejado sucesor, los conquistadores eligieran gobernador[4].

Claro está, agrego por mi parte, que fue un antecedente de sufragio no democrático.

Incluso algunos vicios de nuestra historia electoral, como el fraude, tienen muy remotos antecedentes. Así, José María Rosa menciona que el primero ocurrió en el año 1614[5].

Pero lo cierto es que, hasta la Revolución de Mayo, los antecedentes en materia electoral en el Río de la Plata fueron muy limitados, de acuerdo con el absolutismo que imperaba en España y en sus colonias en América.

---

**3.** Para ampliar este tema, ver: Mayón, Carlos Alberto. *Teoría y Práctica del Sufragio desde la Constitución de 1853 hasta las reformas de Roque Sáenz Peña*. Revista "Anales" de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Nueva Serie, Año 4, Nº 37. Páginas 189 a 202. Mayón, Carlos Alberto. *Introducción a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires*. Ediciones Haber. La Plata, 2ª edición, 2015. Mayón, Carlos Alberto: *Antecedentes Históricos de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires*. En: Provincia de Buenos Aires: *Aportes para la Reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires*. Primer Congreso Bonaerense de Derecho Público Provincial "Juan Bautista Alberdi". La Plata. 1984. Tomo I, págs. 293 a 300.

**4.** de Gandía, Enrique. La Revisión de la Historia Argentina, pág. 33.

**5.** Rosa, José María. *Historia Argentina*, Tomo I, pág. 215.

## Revolución de Mayo

De conformidad con esa situación, la vida independiente se inició con una reducida participación popular. Y así se advierte que la Revolución de Mayo sólo la decidieron pocas personas.

Pero, producido este movimiento, se dictaron distintas normas relacionadas con el sufragio, aunque todavía existían muchas restricciones, de acuerdo con lo que era la realidad en todo el mundo.

Lo cierto es que, en tiempos de la Junta Grande, la Asamblea del Año XIII y el Congreso de 1816, al cuerpo electoral lo integraba la gente "más sana y principal", por lo que había que ser blanco, tener casa y oficio conocido y, en definitiva, ser honorable, por lo que quedaban afuera los artesanos, los mestizos, los negros, los indígenas y los criollos pobres.

## Ley de la Provincia de Buenos Aires del año 1821

Muy importante fue la ley de la Provincia de Buenos Aires del 14 de agosto del año 1821, que reconoció, por primera vez en todo el continente americano, el **sufragio universal masculino**, por el que podían votar todos los ciudadanos varones mayores de veinte años.

Esta ley, dictada durante la gobernación de Martín Rodríguez, e inspirada por el ministro Bernardino Rivadavia, fue sin embargo criticada, años más tarde, por Echeverría, que consideró que había sido la causa de la llegada de Rosas al poder[6].

**6.** Linares Quintana, Segundo. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, tomo II, pág. 173.

### Constitución de 1826

También fue un antecedente importante la Constitución de 1826 que, si bien suspendía la ciudadanía a quien no supiera leer y escribir, dicha restricción no se aplicaría durante 12 años, es decir que los analfabetos podrían ejercer sus derechos ciudadanos, como el sufragio, pero debían alfabetizarse en ese plazo. En otras palabras: en principio, reconocía el sufragio universal, continuando con el gran avance rivadaviano de la ley de la provincia de Buenos Aires de 1821.

## 2. Constitución de 1853

La Constitución de 1853 no tenía un capítulo especial sobre el sufragio, ni se pronunció sobre las características que debía poseer, y no estableció restricciones o calificaciones al ejercicio de este derecho. Sólo incluyó una serie de cláusulas con principios generales, como el Preámbulo, que determina la forma representativa, pues comienza diciendo que quienes dictan la Constitución son "[…] los **representantes** del pueblo de la Nación Argentina […]"; el artículo 1, que insiste sobre ese principio democrático, al decir que "la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma **representativa** […] según la establece la presente Constitución"; el artículo 5, que también exige a las provincias cumplir con dicho sistema, y el artículo 22, con una especie de definición de la democracia representativa, al dejar aclarado que "El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus **representantes** y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición". Y el entonces artículo 33 (que en 1860 pasó a ser el 37, y ahora tiene el número 45) decía que "La Cámara de Diputados se compondrá de **representantes**

elegidos directamente por el pueblo de las provincias y de la Capital, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios, en razón de uno por cada veinte mil habitantes, o de una fracción que no baje del número de diez mil".

Pero lo más importante es que no establecía ninguna restricción o calificación al voto.

**Leyes electorales nacionales desde 1853 hasta 1912**

En el período comprendido entre la vigencia de la Constitución de 1853 y la ley Sáenz Peña se dictaron numerosas leyes en las que podía apreciarse, por un lado, la preocupación del legislador por mejorar la calidad del sistema electoral pero, simultáneamente, un escaso resultado en ese propósito. Así se dictaron las leyes de la Confederación números 140 y 207 y, luego de la reincorporación de Buenos Aires, el Congreso sancionó las leyes números 75, 623, 893, 4161, 4578 y 4719, hasta llegar a las que se dictaron a partir de la asunción de Roque Sáenz Peña.

**Leyes de la Confederación**

Al poco tiempo de estar en vigencia la Constitución de 1853, y cuando aún no se había logrado la reunificación nacional, el Congreso de la Confederación dictó dos leyes en materia electoral: la número 140, del 16 de Septiembre de 1857 y la número 207, del 1 de julio de 1859, que fue una reforma de la anterior.

Estas dos leyes tenían pautas que eran frecuentes en el derecho comparado de la época, como las secciones electorales y el sistema de registro cívico. La edad mínima exigida para votar era

de 21 años. El sufragio era verbal o escrito y, en cuanto a inhabilidades para votar, se excluía a los dementes, los sordomudos, los condenados por penas infamantes y aquéllos que se encontraran suspendidos en la ciudadanía.

Se establecían las Asambleas Electorales, que se realizarían en los atrios de las iglesias y en los portales exteriores de las casas consistoriales. Esto fue uno de los factores más conflictivos en la práctica política.

En estas leyes el voto era público, y así continuaría siéndolo hasta la ley Sáenz Peña. En caso que se votara verbalmente, debía ser repetido por el sufragante en voz alta, mientras que, si lo hacía por escrito, uno de los escrutadores debía repetirlo a su vez también en voz alta, es decir que, siempre, por un procedimiento o por el otro, el contenido del sufragio era conocido por todos.

Tenía algunas características curiosas, que se repetirían en las leyes posteriores, como que, en caso que el voto fuera por escrito, se prohibía que se utilizaran papeles de colores.

En estas dos leyes el acto comicial duraba tres días. Una vez transcurridos esos tres días, se realizaba el acta final, en la que se determinaba la lista de personas que habían sido elegidas, por orden de mayor a menor, de conformidad con la cantidad de votos que habían obtenido.

El documento que se utilizaba para votar era la boleta de calificación, que debía registrarse en cada una de las votaciones. La ley establecía una especie de formulario, en el que había un lugar para que se pusiera la anotación pertinente, en cada ocasión en que el ciudadano concurriera a votar. Esto no se repitió en las le-

yes posteriores, lo que significó un evidente retroceso. El sistema electoral era el de la lista plural.

### Leyes del Congreso Nacional

A partir de la reincorporación de Buenos Aires y de la consecuente reforma constitucional de 1860, el Congreso dictó varias leyes en materia electoral. En sus grandes lineamientos, las mismas no tuvieron modificaciones sustanciales respecto de las que se dictaron en la época de la Confederación.

#### a. Ley número 75

La primera de ellas fue la número 75 del 13 de Noviembre de 1863. Una de sus diferencias con las antes analizadas fue la edad para poder votar, pues en la ley 75 la edad exigida se redujo a 18 años. Las inhabilidades eran prácticamente iguales, sólo que en la nueva ley se agregó que tampoco podían votar los soldados, cabos y sargentos. El procedimiento de la votación también era verbal o escrito, con las mismas características que las leyes antes citadas. Se continuaba con el sistema de la lista plural, es decir, votando por la totalidad de las vacantes. En cuanto a la boleta de calificación, es decir, el documento requerido para votar, era más imperfecto, porque el modelo que acompañaba esta nueva ley no tenía un espacio para anotar si esa persona había votado o no. Esta ley establecía también que para poder votar había que estar inscripto en el Registro Cívico.

#### b. Ley número 623

La siguiente ley fue la 623, del 22 de setiembre de 1873. Un detalle interesante es que ahora se redujo aún más la edad para votar,

pues pasó a ser de 17 años. Siguió vigente el sistema de la lista plural, pero en cuanto al procedimiento se suprimió la posibilidad de votar en forma verbal, por cuanto estableció que el sufragio debe ser escrito, en boletas impresas o manuscritas. El Registro Cívico se organizó de una manera más completa, pues en este caso debía especificarse no sólo el nombre, apellido y domicilio, como en la ley anterior, sino que también debía aclararse si sabía leer y escribir, la edad y la profesión. Tenía el mismo defecto que en la ley 75: la boleta de calificación no tenía espacio para especificar si había votado o no.

### c. Ley número 893

El 16 de octubre del año 1887 se dictó la ley 893. En ella, el procedimiento para la elección era un poco más claro, ya que tiene un articulado más completo respecto de todos los trámites que se debían cumplir durante el acto eleccionario. Es evidente que el legislador se preocupó aquí por lograr reducir, en la mayor medida posible, la discrecionalidad por parte de quienes dirigían el comicio en ese momento, a cuyo efecto se aclaraba el trámite en mayor medida que en las leyes anteriores.

Tampoco estaba previsto un espacio para determinar si se había votado o no; pero se introducían dos novedades: por un lado se debían enumerar las boletas, y por otro que cualquier ciudadano podía pedir un certificado del resultado del escrutinio una vez que se lo hubiera realizado en esa mesa.

Introdujo nuevas prohibiciones: la de convocar a milicias para el día del acto eleccionario, y la de que los jefes de las fuerzas no podían permanecer en el recinto en el que se realizaba la elección más tiempo del que fuera imprescindible para ejercer su derecho

cívico. Con ello se quería evitar que los jefes militares presionaran al electorado, cosa que solía ocurrir, por lo que se estableció que debían votar y retirarse como cualquier otro ciudadano. También era novedoso que esos militares no podían encabezar ningún tipo de grupos el día de las elecciones, y que las fuerzas armadas debían estar acuarteladas.

### d. Ley número 4161 de 1902

La ley 4161 del 29 de diciembre del año 1902, impulsada por el ministro Joaquín V. González, tenía una sistemática mucho más perfecta, y mejor tratados cada uno de los temas. En cuanto a la edad mínima para votar volvió a ser de 18 años.

El legislador aquí se hacía cargo de los defectos que se advertían en la práctica comicial, e intentó solucionarlos. Se trataba de evitar las tan comunes presiones sobre los sufragantes, y para ello se establecía que el día de elecciones no se podía detener a los ciudadanos, salvo por un hecho sorprendido "*in fraganti*"; ningún funcionario público podía dar indicaciones sobre cómo se debía votar.

Se garantizaba que cualquier ciudadano que se viera menoscabado en sus derechos electorales, podía promover un amparo para protegerlos. Se decía que el voto era de carácter individual, lo que en las leyes anteriores no estaba especificado. Incluso, se establecían penas para los funcionarios que recomendaran a sus subordinados sobre cómo votar.

Otra novedad importante era que el documento a utilizar para votar era la partida cívica, la que sería expedida por el Registro Civil. Ese documento debía ser sellado cada vez que el individuo

votaba, lo cual era un evidente progreso respecto de la legislación anterior, pues evitaba que votara más de una vez.

Fue sumamente importante que en esta ley aparecieran los fiscales partidarios. En efecto, se establecía que cada partido o cada candidato podía designar fiscales para que estuvieran presentes en las mesas donde se realizaban elecciones. Incluso, tales fiscales tenían la potestad de pedir una certificación del resultado de la elección de esa mesa.

El voto seguía siendo público, pero ahora se establecían tres formas de hacerlo: de viva voz, por escrito o por boletín impreso.

Se reiteraron las prohibiciones de la ley anterior en cuanto a la permanencia de jefes militares en el lugar de votación. Pero se introdujeron otras nuevas: durante el día de la elección no podían expenderse bebidas alcohólicas; tampoco exhibirse banderas o distintivos. Todo ello apuntaba a evitar cualquier tipo de presión sobre los sufragantes.

La ley expresamente prohibía la compra o venta de votos y determinaba sanciones para quien lo hiciera. También había penas por doble inscripción, por votar dos veces, y por proporcionar datos falsos. Las penas por tales infracciones eran bastante severas, de tres a seis meses de prisión. Todo esto era consecuencia de que se había tornado común la compra y venta de documentos para votar. Incluso, se hacía en forma pública, abierta, sin ocultamientos.

Otro progreso de esta ley fue que incorporó el sistema de circunscripciones con voto uninominal, el que era regulado con claridad.

### e. Leyes posteriores

La ley 4161 tuvo dos reformas durante el año 1905: la primera fue la ley 4578, del 25 de julio, por la que se derogó el sistema de circunscripciones y se reinstauró el de la lista plural. La segunda fue la 4719 del 26 de setiembre, que estableció que el sufragio debía ser solamente por escrito, excluyendo el voto verbal.

### La Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires de 1870/73

No se puede dejar de mencionar, en ese proceso por el mejoramiento de las prácticas electorales, a la Convención de la Provincia de Buenos Aires de 1870/1873, donde se expuso la preocupación existente por las deficiencias electorales de la época, se mostró la realidad de ese momento y se produjeron muy importantes debates sobre el sufragio[7]. Así lo destacó Vicente Fidel López[8].

Uno de temas que se debatió mucho en esa Convención fue el del carácter obligatorio o facultativo del sufragio. Entre quienes expusieron a favor de la obligatoriedad del voto se destacaron Sáenz Peña[9], Bernardo de Irigoyen[10] y Aristóbulo del Valle[11]. En cambio, se expresaron en contra de la obligatoriedad Elizalde[12], Quirno Costa[13], Vicente Fidel López[14] y Mitre[15].

**7.** Ver: Convención Constituyente de Buenos Aires 1870/73: sesión del 8 de Octubre de 1872. Actas. Vol. II, pág. 629.
**8.** Convención Constituyente de Buenos Aires 1870/73. Actas. Vol. II, pág. 56.
**9.** Convención Constituyente de Buenos Aires 1870/73. Actas. Vol. II, págs. 64, 75, 81, 93, 96, 212.
vConvención Constituyente de Buenos Aires 1870/73. Actas. Vol. II, págs. 84, 88.
**11.** Convención Constituyente de Buenos Aires 1870/73. Actas. Vol. II, pág. 89.
**12.** Convención Constituyente de Buenos Aires 1870/73. Actas. Vol. II, págs.67, 86.
**13.** Convención Constituyente de Buenos Aires 1870/73. Actas. Vol. II, págs. 80, 83.
**14.** Convención Constituyente de Buenos Aires 1870/73. Actas. Vol. II, pág. 91.
**15.** Convención Constituyente de Buenos Aires 1870/73. Actas. Vol. II, pág. 95.

## Práctica electoral en el siglo XIX

Como el Derecho Constitucional no sólo es la norma sino también la realidad política, debemos hacer una especial referencia a la práctica electoral durante el período anterior a la ley Sáenz Peña. La legislación hasta entonces no era tan mala, si se tienen en cuenta los elementos de que se disponía. Por ejemplo: las limitaciones respecto de la documentación personal -recordemos que la fotografía se encontraba en sus etapas primitivas- facilitaban que una persona se hiciera pasar por otra o que votara más de una vez en diferentes mesas.

Pero la realidad era que, al margen del propósito de las sucesivas leyes para sanear el sufragio, esas normas tuvieron un cumplimiento muy limitado hasta la ley 8871. En el período comprendido entre la Constitución de 1853 y la ley del año 1912, la práctica electoral se caracterizó por todo tipo de abusos[16].

**3. La ley N° 8871** ("Ley Sáenz Peña").

Finalmente, esta etapa del derecho electoral argentino concluye con la ley N° 8871, del año 1912, llamada "Ley Sáenz Peña" por haber sido propiciada por el entonces presidente de la República, Roque Sáenz Peña.

Sáenz Peña, desde antes de ser elegido Presidente de la Nación, había asumido el compromiso -como cuestión esencial de su gestión- de lograr la purificación del sufragio y la erradicación de las prácticas y vicios que caracterizaban los actos eleccionarios.

**16.** Para ampliar este tema, ver: Mayón, Carlos Alberto. *Teoría y Práctica del Sufragio desde la Constitución de 1853 hasta las reformas de Roque Sáenz Peña, cit.*

Más de un año antes de ocupar la presidencia, el 12 de agosto de 1909, pronunció su "Discurso-Programa" en el que se comprometía con esa tarea. Sáenz Peña comenzó a estudiar las técnicas apropiadas para terminar con el fraude. En 1910, en el mensaje al Congreso, afirmaba que el sistema de mayorías y minorías que propondría iba a terminar con el fraude. Y en el mensaje que envió con el proyecto que más tarde sería la ley 8871 exigía garantizar al sufragio y al sufragante.

Las elecciones que dieron por ganador a Sáenz Peña y Victorino de la Plaza como Vicepresidente, se habían llevado a cabo el día 13 de marzo de 1910 con la abstención propiciada por la Unión Cívica Radical. Además, había rumores de una intentona revolucionaria encabezada por Yrigoyen. El antecedente inmediato de este conjunto de leyes fue el pacto entre Hipólito Yrigoyen y el presidente recientemente electo, Roque Sáenz Peña. Antes de asumir, el 21 de Setiembre de 1910, se celebró el encuentro entre Sáenz Peña e Yrigoyen. Allí convinieron en la necesidad de realizar una reforma electoral. Ello fue avalado por el Comité Nacional de la Unión Cívica Radical en documento público del 8 de octubre de 1910 suscripto por el presidente de esa fuerza política, José Camilo Crotto, y sus secretarios Délfor del Valle y Ricardo Caballero.

De conformidad con lo pactado con Yrigoyen, en el momento de asumir la presidencia, el 12 de octubre de 1910, en su mensaje a la Asamblea Legislativa Sáenz Peña ya anticipó su proyecto en materia electoral: "Aspiro […] a que las minorías estén representadas y ampliamente garantizadas en la integridad de sus derechos […]". Reiteró ese compromiso unos días más tarde, el 17 de diciembre de 1910, en el Mensaje del Poder Ejecutivo[17]. Y finalmente, el 19 de diciembre de 1910 envió el Proyecto del Poder Ejecutivo.

**17.** Sáenz Peña, Roque. *La Reforma Electoral y Temas de Política Internacional Americana*. Buenos Aires, Editorial Raigal, 1952.

## 4. El sufragio en la Reforma de 1994

El art. 37 incorporado en 1994 estableció las principales características del sufragio activo y del sufragio pasivo[18].

**a) Sufragio activo**. En cuanto al sufragio activo, es decir el derecho del ciudadano para emitir su voto, el art. 37 reconoce que la "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".

Encontramos aquí que el **fundamento** del sufragio es el principio de la soberanía popular, y sus características básicas: **universal, igual, secreto y obligatorio.**

Todo ello, obviamente, con arreglo a las leyes que se dicten en su consecuencia.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la misma Constitución reconoce algunas limitaciones a estos principios del sufragio: el art. 40, segundo párrafo, establece que cuando la consulta popular no es vinculante, el voto no será obligatorio.

**b) Sufragio Pasivo**. Respecto del sufragio pasivo, es decir el derecho de los ciudadanos a ser elegidos para ocupar cargos públicos, el art. 37 en su segundo párrafo se ocupa de afirmar la igualdad como principio básico del mismo, pero centrándose exclusivamente en el tema de la igualdad de sexos: Dice el pá-

**18. Constitución vigente**. Artículo 37. 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.
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.

rrafo citado: "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".

## II. PARTIDOS POLÍTICOS[19].

### 1. Concepto

Se han ensayado múltiples definiciones de los partidos políticos. Mencionaremos a continuación algunas de las más conocidas.

Maurice **Duverger**, reconociendo la dificultad que implica definirlos, decía que se denomina así a "todo grupo constituido con el fin de solicitar el sufragio de los electores en provecho de alguno de sus miembros y de asegurar la dirección sobre los así elegidos".

George **Burdeau** consideraba que pueden definirse desde una óptica general, universal, material, o desde un punto de vista formal. Desde la primera es un "movimiento de ideas centrado en el problema político y cuya originalidad es suficientemente percibida por los individuos como para que acepten ver en él una realidad objetiva independientemente de los comportamientos individuales" y desde lo formal es "una asociación política arreglada para dar forma y eficacia a un poder de hecho".

**Linares Quintana**, en su Tratado de Derecho Constitucional, expresaba que "en el campo jurídico, el partido se presenta bajo dos aspectos principales: a) como asociación, o sea, como una unión de personas organizadas de una manera estable y vinculadas jurídicamente por la persecución de un objetivo político co-

**19.** Para ampliar ver: Mayón, Carlos Alberto. *Tratado de Derecho Constitucional Argentino* cit., tomo III, págs. 587 a 655.

mún; b) como órgano, carácter que debe reconocerse al partido en su calidad de grupo electoral y en su calidad de grupo parlamentario"[20].

**Sánchez Viamonte** sostenía que "los partidos políticos son [...] organizaciones de individuos que se proponen actuar conjunta o colectivamente, movidos por ideas o ideales comunes y con el objeto de realizarlas prácticamente desde el gobierno, la representación del pueblo o desde las filas del pueblo controlando al gobierno"[21].

**Luder** en su "Introducción al estudio de los partidos políticos", afirmaba que un partido político es una "agrupación de ciudadanos, orientada hacia el poder, con un programa político social como ideal vinculatorio, para cuya realización interviene en forma permanente en el proceso de formación de la voluntad estatal"[22].

**Xifra Heras** decía que "Los partidos políticos adoptan la forma de una asociación de carácter público que se manifiesta como una organización estable que vincula jurídicamente a una pluralidad de personas que se proponen fines de carácter político"[23].

Por nuestra parte, entendemos que los partidos son grupos permanentes de personas con ideas comunes en lo político, filosófico, económico y social, que tienen por objeto acceder al poder por medio del sufragio, a fin de cumplir un programa de carácter general, y, en caso de no triunfar en las elecciones, controlar al gobierno.

**20.** Linares Quintana, Tratado, tomo VII, pág. 538.
**21.** Sánchez Viamonte, Carlos. *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Ed. Kapelusz, 1944, pág. 223.
**22.** Luder, Italo. *Introducción al estudio de los partidos políticos*. Santa Fe, 1945, pág. 78
**23.** Xifra Heras, Jorge. *Formas y fuerzas políticas*. Barcelona, Ed. Bosch, 1958, pág. 34.

## Caracteres

Del concepto anterior podemos extraer cuales son las características que distinguen a los partidos políticos respecto de otro tipo de entidades:

**1.** Son grupos **permanentes**, asociaciones que proyectan continuar indefinidamente, al margen de lo logren o no.

**2.** Son **parte** de la sociedad: el partido político no puede pretender representar al todo social. Por eso, el "partido único", propio de los regímenes dictatoriales y totalitarios no es un partido político, sino un órgano del Estado.

**3. Ideas comunes**: en sus lineamientos generales, básicos. No se puede pretender que todos piensen exactamente lo mismo, pero, en su esencia, deben coincidir en lo político, filosófico, económico y social.

**4.** Pretenden acceder al **poder**: es la esencia del partido. Un grupo que pretenda influir o condicionar al Estado, pero sin tomar el poder, podrá ser muchas cosas (factor de poder, grupo de presión, grupo de interés, etc.) pero no es un partido político.

**5.** Los partidos políticos, para poder llegar al poder, presentan candidaturas para ocupar diferentes cargos, y lo hacen por medio del **sufragio**. Se distinguen, así, de facciones o grupos violentos que buscan el poder por actos de fuerza.

**6.** Cumplir un **programa** de carácter general: el partido quiere tomar el poder para, desde el mismo, efectuar las políticas que se comprometió en su campaña electoral.

**7. Controlar** al gobierno: ya vimos que la aspiración del partido es llegar al poder por medio del sufragio, para gobernar. Pero no siempre lo consigue, en cuyo caso, se ocupará de vigilar a quienes lo ejercen.

Sartori sintetizaba las características de un partido expresando que "1) Los partidos no son facciones 2) Un partido es parte de un todo 3) Los partidos son conductos de expresión, concluyendo que tiene calidad de tal "cualquier grupo político identificado por una etiqueta oficial, que presenta a las elecciones, y puede sacar en elecciones libres o no, candidatos a cargos públicos"[24].

## Jurisprudencia

La jurisprudencia en materia electoral ha elaborado un concepto de partidos políticos sosteniendo que "Son organizaciones de derecho público no estatal, necesarias para el desenvolvimiento de la democracia representativa y, por tanto, instrumentos de gobierno"[25].

## Importancia

Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático, que se caracterizan por concurrir a la formación de la voluntad popular y servir de cauce para la participación política.

El sufragio y los partidos políticos son dos términos que se implican y se necesitan mutuamente: no hay verdadero derecho al sufragio si no hay partidos políticos, y éstos, a su vez, son una ficción si el voto no está suficientemente garantizado.

**24.** Sartori, Giovani. *Partidos y sistemas de partidos*. Alianza Editorial, Madrid 1987.

**25.** Fallos 310:819; 312:2192; 315:380 y 319: 1645; Fallos CNE Nº 998/91; 13330/92; 1354/92; 1503/93; 2146/96 y 2239/97, entre otros

Por ese motivo, la Constitución los trata de manera casi conjunta, implicándose recíprocamente, en los arts. 37 y 38, y les otorga la misma garantía para sus respectivos sistemas.

En la moderna doctrina constitucional y política existe un consenso mayoritario en cuanto a que los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático, que se caracterizan por concurrir a la formación de la voluntad popular y servir de cauce para la participación política.

**Loewenstein** destacaba la necesidad de la existencia de los partidos políticos, diciendo que "todo gobierno es siempre un gobierno de partidos, indiferentemente de que se trate de un sistema político autocrático o democrático constitucional"[26].

Si bien podría parecer extraño que un sistema autocrático necesite de un partido político, coincido con el maestro alemán en cuanto a que también allí se requiere, sólo que no habrá un sistema pluripartidista sino de partido único, al que, con frecuencia llamará "movimiento", pero que en la práctica actúa como soporte del sistema dictatorial.

Giovanni **Sartori** entendía que la democracia no podría practicarse sin la intermediación de los partidos políticos y que sin su presencia "[…] *los electores se expresarían en el vacío y creerían en el vacío –el caos de una multitud de fragmentos- si faltase el marco de referencia y de alternativas propuesto por los partidos* […][27]".

**26.** Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, ARIEL, 1970, pág. 93

**27.** Sartori, Giovanni, *Elementos de Teoría Política*, p. 39, Ed. Alianza, 1992.

Carl **Friedrich**, en similar sentido, sostenía que "*se admite hoy generalmente que los partidos políticos son rasgos indispensables de la democracia* [...]"[28].

Para **Duverger**, los partidos políticos son "intermediarios" entre el pueblo y el gobierno, es decir, entre los electores y los elegidos[29]. Esa intermediación es clara cuando se advierte que son los partidos quienes postulan y proponen a los candidatos que serán votados por los ciudadanos en la elección. La palabra partido proviene de parte, con ello se refleja justamente que cada partido representa una parte de las ideas de la comunidad política y es por ello mismo que resulta una contradicción hablar de la posibilidad de un "partido único".

La relevancia que poseen los partidos políticos dentro del sistema democrático de gobierno, también fue definida en forma clara por **Hauriou** en los siguientes términos: "los partidos políticos, cuyo desarrollo está íntimamente ligado al del cuerpo electoral, son a la democracia de tipo occidental lo que la raíz es al árbol"[30].

Raymond **Aron** les otorgaba tanta importancia que diferenciaba los regímenes políticos según su sistema de Partidos.

**Los partidos políticos en las constituciones**.

A grandes rasgos podemos distinguir tres etapas en cuanto al reconocimiento y reglamentación constitucional de los partidos políticos. En un primer momento los mismos eran desco-

**28.** Citado en:Friedrich, Carl J. *Teoría y Realidad de la organización constitucional democrática*, Fondo de Cultura Económica, México. Primera Edición en español, 1946, p. 288,

**29.** Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona.

**30.** Hauriou, André, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Montchrestien, París, 1977, página 295. Citado por la Cámara Nacional Electoral, en "Villar, Daniel Osvaldo c/Unión Popular O.N. s/formula petición – Unión Popular O.N.", (Expte. Nº CNE 6713/2016/CA1), sent. del 20-04-2017.

nocidos. Luego -por ser considerados como meras 'facciones' que tenían por objeto dividir la unidad del pueblo- llegaron a ser combatidos, por considerarse a los partidos políticos como una amenaza para el Estado, ya que se advertía el peligro de la discordia civil que pudiera afectar a la propia estabilidad estatal[31]; y, finalmente, las constituciones y las leyes los reconocen y reglamentan.

Sin embargo, durante un tiempo no fueron mencionados por las constituciones: se dijo que había sobre los mismos, una "conspiración del silencio" (Linares Quintana).

Recién después de finalizada la Primera Guerra Mundial comenzó un período de recepción de esta institución en distintas constituciones de Europa y América. La primera constitución europea dentro de este proceso fue la Alemana de Weimar (1919).

Posteriormente, también se ocuparon de los partidos políticos las constituciones de la URSS de 1936; de Cuba, de 1940; de Francia, de 1946 y 1958; la de Alemania, de 1949[32].

Esta última, como consecuencia de la trágica experiencia que acababa de sufrir, establece con claridad los principios en que deben sustentarse[33].

La **Constitución Europea**, en su Artículo II-72, reconoce expresamente a los partidos: "Libertad de reunión y de asociación. [...] 2.

**31.** Relata Friedrich que ese era el pensamiento que imperaba en Estados Unidos al momento de la sanción de la Constitución de 1787 (Friedrich, Carl J. ob. Cit., pág. 289).

**32.** Linares Quintana, Tratado, tomo VII, pág. 426

**33. Constitución de Alemania**. Artículo 21. Partidos políticos. (1) Los partidos participan en la formación de la voluntad política del pueblo. Su fundación es libre. Su organización interna debe responder a los principios democráticos. Los partidos deberán dar cuenta públicamente de la procedencia y uso de sus recursos, así como de su patrimonio. (2) Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales. Sobre la constitucionalidad decidirá la Corte Constitucional Federal. (3) La regulación se hará por leyes federales.

Los partidos políticos a escala de la Unión contribuyen a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión".

### Constitución Nacional de 1853/60

La Constitución Argentina, en su texto originario de 1853/60, no preveía en forma expresa a los partidos políticos.

No obstante, no se discutía su constitucionalidad porque se entendía que su existencia surgía del derecho de reunión, de asociarse con fines útiles (CN art. 14)[34], y de los derechos implícitos no enumerados expresamente (CN art. 33).

### Derecho de asociación

La Corte Suprema sostuvo que es legítima la reglamentación de todos los derechos, incluso el de asociación con fines políticos. Ha dicho en el caso "Partido Obrero de la Capital Federal", que "[...] los partidos cuya existencia y pluralidad sustenta el artículo 1º de la Constitución, condicionan los aspectos más íntimos de la vida política nacional e, incluso, de la acción de los poderes gubernamentales. Han llegado a convertirse en órganos de la democracia representativa[...]"[35].

## 2. Reforma Constitucional de 1994

La Reforma de la Constitución Nacional de 1994 introdujo el art. 38 que comienza sentando una declaración de principios respecto de los mismos: "son instituciones fundamentales del sistema de-

**34.** El proyecto de Alberdi preveía el derecho a "asociarse y reunirse". Por su parte el entonces Código Civil incluía en el artículo 33 dentro de las personas jurídicas de carácter privado a "las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común... y obtengan autorización para funcionar". Corresponde al actual artículo 148 del Código Civil y Comercial.

**35.** Corte Suprema de Justicia de la Nación "Fallos" 253:156, considerando 11, 'Partido Obrero –Capital Federal", sentencia del 27-06-1962.

mocrático", se dice. Encontramos, así, que los Partidos Políticos pasan a ser instituciones de carácter necesario para el régimen Constitucional Argentino.

Más aún: la Constitución "garantiza su organización y funcionamiento democráticos". Además, asegura la libertad para "su creación y el ejercicio de sus actividades"[36].

El citado art. 38 establece asimismo varias condiciones para garantizar la existencia y el funcionamiento de los Partidos Políticos:

1) el respeto a la Constitución

2) organización y funcionamiento democráticos

3) asegurar la representación de las minorías

4) asegurar también la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos

5) dar publicidad sobre el origen y destino de sus fondos y patrimonio.

Si cumplen con tales condiciones, **el Estado debe asegurar** a los Partidos Políticos:

1) su existencia y libre creación

2) el ejercicio de sus actividades

**36. Constitución vigente**. Artículo 38. Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático.
Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas.
El Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes. Los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio.

3) su organización y funcionamiento democráticos (esto es al mismo tiempo una obligación del Partido Político y del Estado que debe asegurarlo)

4) el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas

5) contribuir al sostenimiento económico de sus actividades

6) contribuir a la capacitación de sus dirigentes

En definitiva, la mayoría de los Derechos que se enumeran son para los Partidos Políticos, no para los individuos.

Sin embargo, también se establecen algunos derechos individuales relacionados con los Partidos:

1) la representación de las minorías

2) la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos. A nuestro modo de ver, no está claro si esta competencia para la postulación de candidatos es interna o externa: es decir, si se refiere al derecho de los Partidos para postular candidatos en las elecciones generales, o al derecho de los afiliados para competir dentro del Partido para integrar las listas del mismo. Sin embargo, entendemos que, tal como está redactada la norma, debe esto interpretarse en ambos sentidos.

**Otras normas de la Constitución Nacional que se refieren a los partidos políticos**.

También el artículo 54 de la Constitución, respecto de la composición del Senado, dispone que éste "...se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al **partido político** que obtenga el mayor número de votos, y la restante al **partido político** que le siga en número de votos...".

En cuanto al citado artículo 54, la Cámara Nacional Electoral dictó un fallo, que luego fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que ratificó a los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático.

En efecto, por medio de la sentencia de la Cámara Nacional Electoral en el caso conocido como "*Béliz c. Bravo*", del 28 de diciembre de 2001[37], se hizo lugar a la pretensión de la parte actora[38]. Se destacó en dicho pronunciamiento la importancia de los partidos políticos en una democracia representativa, y de esta manera se ratificó la plena vigencia del sistema ideado por el constituyente de 1994 para la elección de los tres senadores nacionales por distrito electoral.

Así, sostuvo dicha Cámara que "el rol asignado por el artículo 54 de la Constitución Nacional a los partidos políticos en la elección de los senadores nacionales es compatible con el carácter de instituciones fundamentales del sistema democrático que les reconoce el nuevo artículo 38 y en nada altera los principios que dan vida al federalismo argentino". También se dijo que "los par-

**37.** Fallo del día 28 de diciembre de 2001, autos "*Frente por un Nuevo País s/ solicita cumplimiento del art. 54 de la Constitución Nacional – Elecciones 14 de octubre de 2001*". La mencionada sentencia fue publicada en el Suplemento de Derecho Constitucional de "EL DERECHO" del día 22 de marzo de 2002, conjuntamente con el comentario de Miguel M. Padilla titulado "Una sentencia impecable".

**38.** Los hechos en cuestión fueron los siguientes: El partido político "Frente por un Nuevo País" se presentó ante la Junta Nacional Electoral solicitando sea designado como Senador Nacional por la ciudad Autónoma de Buenos Aires a Gustavo Beliz, por haber este candidato encabezado la lista en la elección llevada a cabo el día 14 de octubre de 2001. En la demanda se destacó que el partido político "Frente por un Nuevo País" salió segundo en cantidad de votos. Para fundar la pretensión, se sostuvo que no debían adicionarse a dichos efectos los sufragios obtenidos por el 'Partido Popular Nuevo Milenio' y 'Alternativa por una República de Iguales' aunque sus candidatos sean los mismos. La Junta Electoral no hizo lugar a la pretensión actora y proclamó Senador por la minoría a Alfredo Bravo. Apelado el pronunciamiento, la Cámara electoral lo revocó.

tidos políticos constituyen –en nuestro esquema normativo- uno de los vehículos de la manifestación de voluntad del cuerpo electoral... Aquellos son en clásica definición, organizaciones de derecho público no estatal, necesarios para el desenvolvimiento de la democracia representativa y, por tanto, instrumentos de gobierno cuya institucionalización genera vínculos y efectos jurídicos entre los miembros del partido, entre éstos y el partido en su relación con el cuerpo electoral y la estructura del Estado, como órganos intermedios entre el cuerpo electoral y los representantes".

Más adelante, citando un antecedente de la Corte Suprema de Justicia, agrega que "si bien la formación de la voluntad del pueblo es libre y autónoma, es indudable que los partidos políticos, por su esencia articuladora, contribuyen a la formación institucional de la voluntad estatal. Debido a ello es que nuestra Constitución los reconoce como instituciones fundamentales del sistema democrático, garantizando su libre creación y funcionamiento, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas (CN art. 38)".

Recurrida esta decisión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue integrada por conjueces, atento la excusación de sus titulares. Este Tribunal finalmente rechazó el remedio extraordinario interpuesto por el apoderado del partido político que se consideraba perjudicado con lo resuelto en la instancia anterior, y de esta forma confirmó la sentencia de la Cámara Nacional Electoral en todos sus términos[39].

**39.** Corte Suprema de Justicia de la Nación, A. 135. XXXVIII. "Alianza Frente por un Nuevo País s/ solicita cumplimiento del art. 54 de la Constitución Nacional - elecciones del 14 de octubre de 2001", sent. del 4 de junio de 2003. En el considerando 13 de ese pronunciamiento la Corte Suprema sostuvo "que del examen armónico de las normas que regulan el sistema electoral se desprende que, en materia de elección de senadores nacionales, fue intención del constituyente asignar las bancas de ese cuerpo a los partidos políticos (...) Tal criterio, cuyo acierto o conveniencia no compete decidir a esta Corte, impide -a la hora de determinar la forma en que deberán ser computados los votos- desligar la figura del candidato de la del partido político, puesto que es a través de

También en el tercer párrafo del artículo 85 se expresa que el presidente de la Auditoría General de la Nación "será designado a propuesta del **partido político de oposición** con mayor número de legisladores en el Congreso […]".

**Paradoja**

Lo cierto es que recién con la Reforma de 1994, los partidos políticos pasaron a estar expresamente reconocidos en el texto de la Constitución. Sin embargo, antes habían existido sin discusión.

Pero muy pocos años después de su expreso reconocimiento en el texto constitucional, a partir de la crisis del año 2001, los partidos prácticamente desaparecieron.

Desde entonces, hasta se ha olvidado su denominación "partido político": ahora existen los "espacios", no los partidos.

La paradoja es que, cuando los partidos políticos no eran mencionados por la Constitución, existían en la práctica. Pero, a partir del momento en que la Ley Suprema los reconoció expresamente, y en gran medida los reglamentó, dejaron de existir.

**3. Constitución de la Provincia de Buenos Aires**

La Constitución Bonaerense, en su Reforma de 1994, (artículo 59º […] 2), reconoció expresamente a los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático, garantizándoles su organización y funcionamiento democrático, la representación de las minorías, la competencia exclusiva para

éste y no de aquél que nuestro ordenamiento se decidió, a los efectos de la designación de senadores nacionales, canalizar la representación de la voluntad popular".

la postulación de los candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y a la difusión de sus ideas. La Provincia contribuye al sostenimiento económico de los partidos políticos, los que deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonios.

## III. PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA LEGISLACIÓN SOBRE SUFRAGIO Y PARTIDOS POLÍTICOS.

La Reforma de la Constitución Nacional de 1994 también incorporó otras normas que reiteran la importancia institucional del sufragio y de los partidos políticos.

Me refiero al segundo párrafo del artículo 77 y al artículo 99 inciso 3.

El artículo 77, segundo párrafo (agregado al texto constitucional por la ley 24.430) establece que "los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de las Cámaras" [40], con lo que la cuestión referida a estos temas se ha visto fortalecida, toda vez que para su eventual modificación se exigirá el asentimiento de una mayoría calificada.

Otro tanto ocurre con el artículo 99 inciso 3º, que prohíbe el dictado de decretos de necesidad y urgencia sobre materia *"electoral o el régimen de los partidos políticos".* Dicha prohibición de dictar decretos de necesidad y urgencia en estas materias, apunta a preservar el régimen democrático y republicano y es consecuencia directa de la importancia que se les asigna a estos temas.

**40.** Si bien ya hemos expresado nuestra opinión en cuanto a la inconstitucionalidad de este segundo párrafo del artículo 77 (Ver al respecto: Mayón, Carlos Alberto. *Tratado de Derecho Constitucional Argentino*, cit. tomo I, pág. 295, y tomo III, págs. 575), por cuanto no fue firmado por los convencionales constituyentes en 1994, sino agregado por el Congreso en la ley 24.430, lo cierto es que no ha sido impugnado judicialmente, por lo que se encuentra vigente.

A mayor abundamiento, varios de los instrumentos internacionales que a partir de 1994 adquirieron jerarquía constitucional (CN art. 75 inc. 22, 2º párrafo), también han reconocido como derecho fundamental del hombre el de la libre asociación política[41].

**41.** Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXII); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 16 inc. 1º); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22).

# La eliminación del colegio electoral y su impacto en el sistema federal argentino

Por
**Juan Paulo Gardinetti**[1]

1. Abogado (UNLP). Doctor en Ciencias Jurídicas (UNLP). Profesor Ordinario Adjunto en Historia constitucional (UNLP).

## I. INTRODUCCIÓN. ACLARACIÓN TERMINOLÓGICA

Uno de los objetivos del trabajo que presentamos, después de pasar revista a los antecedentes históricos y a las discusiones doctrinarias, es efectuar una crítica de la eliminación del sistema de colegio electoral para la elección de presidente y vicepresidente de la República, en la inteligencia de que la mentada supresión significó una dosis de atenuación del federalismo en la Argentina. Y ello incluso a involuntaria contramano de uno de los principales postulados del proceso de renovación de la Constitución Nacional encarado en dicha oportunidad ya que, siguiendo palabras del ex convencional constituyente -y miembro informante-, A. M. García Lema, una de las ideas-fuerza del ciclo reformador era, justamente, el fortalecimiento del régimen federal (García Lema y Paixão, 1994:303). Similares conceptos ha vertido otro ex convencional, el constitucionalista cordobés Antonio M. Hernández (h) (2007:1). Esa idea-fuerza fue incluso plasmada normativamente por el Congreso Nacional en la ley declarativa de la necesidad y urgencia de la reforma (ley nº 24.309, art. 3º).

Se impone, en estos párrafos iniciales, una aclaración terminológica, dado que en otros países iberoamericanos el uso de los vocablos "colegios electorales" designa los propios lugares o centros de votación e, inclusive, a las mismas mesas electorales (es decir, a los espacios físicos donde se ubican las autoridades de éstas y habitualmente la urna donde se receptan los sufragios).

Puntualizamos que, en el presente trabajo, en cambio, dichos términos estarán referidos al sistema representativo indirecto -por electores votados popularmente-, previsto en la letra constitucional de 1853/60, para la elección de diversas autoridades y

funcionarios, en lo que aquí nos interesa, para la designación de presidente y vicepresidente de la República.[2]

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En una visión panorámica de los antecedentes en la historia constitucional argentina y del derecho comparado, debemos principiar recordando que en el transcurso de catorce décadas –salvo los lapsos correspondientes a gobiernos de facto, como asimismo en los comicios presidenciales de 1951 y 1973- rigió en la Argentina para la elección del titular del Ejecutivo, el sistema de juntas de electores, habitualmente llamado "Colegio Electoral", previsto en el Capítulo II, Sección Segunda, Título I, de la Segunda Parte de la Constitución Nacional de 1853/60 (arts. 81 y 82 de dicho texto, suprimidos por la reforma constitucional del año 1994).

La generación constituyente fundacional se inspiró, indudablemente, en el modelo norteamericano prescripto en el Artículo II, Sección I, Parágrafos 2 y 3 de la carta de 1787, con la modificación introducida por la XII Enmienda (1804).

Este sistema, a su vez, ya había servido de base –en lo sustancial de dicho tópico- a la fracasada constitución de 1826 que, en sus cláusulas 73 al 80, ordenaba la elección presidencial por medio de juntas de quince electores en cada provincia y en la Capital, y al Proyecto constitucional que acompañaba la segunda edición de *las Bases* de Alberdi (arts. 78 y 79).[3]

**2.** Para las distintas acepciones de "colegio electoral", véanse el trabajo del jurista venezolano J. E. Molina Vega (2000: 158-160).
**3.** Un similar *racconto* de los antecedentes históricos puede verse en Barrancos y Vedia (1989:2-5).

La influencia del texto de la enmienda del país del Norte también parece evidente en el caso de la cláusula 23 de la constitución unitaria de 1826, relativa a la elección de los senadores.

No puede pasarse por alto que el sistema de compromisarios fue observado también por los constituyentes chilenos de 1833. En efecto, la carta de ese año –una de las más exitosas en Sudamérica en el siglo XIX-, entre los arts. 63 al 73, preveía que el presidente de la República sería designado por electores, cuyo número sería el triple del total de diputados que le correspondiera a cada departamento.

Un dato interesante que revela las influencias que circulaban dentro de la corriente constitucionalista en esa media centuria, está dado por la circunstancia de que en la carta de Filadelfia, su parágrafo 2 de la Sección I del Artículo II (que no fue alterado por la Enmienda XII) preveía que el número de electores de cada Estado sería igual al de sus representantes y senadores, mientras que el texto chileno prescribía que aquéllos serían elegidos por cada departamento en conjunto equivalente al triple de los diputados de ese distrito.

Alberdi, por su parte, establecía que los intermediarios del voto popular serían electos en grupos que representaran al duplo del total de diputados y senadores que enviaran los distritos estaduales al congreso, con lo cual parecía haber adoptado una solución intermedia entre el modelo estadounidense y el transandino y que, a la postre, sería el ordenado por la Convención de Santa Fe en 1853.

Distinta era la cuestión en la constitución centralista rioplatense sancionada en 1819, pues allí la máxima magistratura ejecutiva

(Director de Estado) era designado por las cámaras del congreso (de representantes y Senado, arts. LXII al LXXIII), en lo que –nos parece- seguía al proyecto constitucional elaborado para ser presentado en la Asamblea General de 1813 por la Comisión Especial designada por el segundo Triunvirato y a la prescripción provisoria del reglamento de 1816.

En resumen, a lo largo del siglo XIX, las dos formas posibles de elección del titular ejecutivo eran: la congresional (designación por las cámaras) y el indirecto de segundo grado (Bidart Campos, 1993:294), es decir, el modelo estadounidense, por colegios o juntas electorales; que se conoce, no aparece en los antecedentes constitucionales más relevantes, la elección directa de las autoridades ejecutivas.

A ello se suma que, en las órbitas estaduales, eran habitualmente las legislaturas los órganos encargados de elegir a los gobernadores de provincias.

## III. FUNDAMENTOS DEL INSTITUTO CONSTITUCIONAL

Ahora bien, la razón inicial dada por la doctrina norteamericana aparece sintetizada en el capítulo LXVIII de *El Federalista*, escrito por Hamilton, en el que llegaba a calificar de "excelente" al método provisto por la convención de Filadelfia (2006 [1780]:288).

Allí destacaba como idea nuclear, que la elección presidencial por medio del voto de compromisarios (electores) resultantes del sufragio popular, ofrecía varias ventajas, siendo las principales:

a) que un grupo de ciudadanos capaces e ilustrados, elegidos por sus pares "entre la masa general", se encuentra en mejores

perspectivas de meritar las condiciones de los candidatos a ocupar la primera magistratura ejecutiva;

b) que dicho sistema disipaba las probabilidades de tumulto y desorden que podrían acaecer en una elección directa, en la que las pasiones podrían enturbiar el acto; y

c) que el hecho de que los grupos de compromisarios o colegios electorales se reunieran a lo largo de los trece Estados de la Unión, haría más dificultosas las maniobras para cooptar ilegítimamente la voluntad de éstos.

Como puede observarse, no hubo, en la explicación dada por uno de los primeros divulgadores de la carta constitucional de 1787, un argumento explícito en favor del federalismo, fincando las razones en las recién señaladas, que podrían resumirse en que los mejores podrían elegir al mejor: "No será exagerado afirmar que existe la probabilidad continua de ver ese puesto [la presidencia] ocupado por personalidades destacadas por su capacidad y su virtud" (Hamilton, 2006 [1780]:290).

Sin embargo, a poco de comenzar a funcionar la ingeniería jurídico-política diseñada por los *Founding Fathers*, se verificó que los compromisarios o electores respondían a fidelidades partidarias, lo cual acortaba sus posibilidades de analizar las bondades o los méritos de otros candidatos que no fueran los propios de su facción; como lo refiriera Corwin (1942:97), desde finales del siglo XVIII los compromisarios se transformaron en testaferros de los partidos. Una opinión relacionada con lo dicho, José Nicolás Matienzo (1917: 135), resaltaba el mandato imperativo que recibían los electores.

## IV. CRÍTICAS AL SISTEMA DE COLEGIO ELECTORAL

Las críticas al instituto constitucional se apoyaron en diatribas un tanto genéricas ("arcaico", "elitista", etcétera):[4] hasta la más puntual que finca en que posibilita –caso que en algunas oportunidades se ha presentado en los Estados Unidos de América- la designación de un candidato que, si bien obtuvo mayoría de electores había recabado menor cantidad de votos populares que su adversario.

Así, todos recuerdan que, en las traumáticas elecciones del año 2000, George W. Bush triunfó en el Colegio Electoral (al obtener los votos del decisivo Estado de Florida), mientras que había sido el demócrata Gore –vicepresidente de Clinton- quien había recogido la mayoría de los sufragios populares; sin embargo, la sumatoria de los compromisarios en el colegio le dio la victoria al candidato republicano.

Ello ya tenía antecedentes en la historia política de ese país pues, como recuerda Barrancos y Vedia, en 1876 Rutherford B. Hayes contó con un elector más pese a haber resultado derrotado en el voto popular; y en 1888, Benjamin Harrison estuvo en la misma situación, pues había sido vencido por Grover Cleveland, empero el primero obtuvo varios electores más que su contrincante y fue ungido presidente (Barrancos y Vedia, 1989:13).

Y estos ejemplos, sin contar el caso en que la decisión quedó en manos del Congreso por falta de obtención de la mayoría en el Colegio Electoral. Fue en 1824, cuando John Quincy Adams obtuvo la designación por los representantes frente a su oponente –vic-

**4.** Un cuadro bastante completo de los argumentos en favor y en contra del sistema pueden verse en el trabajo -ya citado- de Barrancos y Vedia, donde se transcriben las opiniones de los profesores norteamericanos Stephen J. Wayne, Judith A. Best y Lawrence D. Longley.

torioso en sufragios populares y electores, pero sin mayoría- Andrew Jackson.

En la Argentina, vigente la constitución de 1853, nunca se dio el caso de una elección congresional del presidente, habiendo existido sí antecedentes de designaciones de vicepresidentes (a Salvador María del Carril en 1854, se lo escogió frente a Facundo de Zuviría, y al general Juan Esteban Pedernera en 1860, -frente a Marcos Paz).

Se transformó en una regla no escrita de la vida político-institucional argentina que se designara un binomio compuesto por un hombre del interior y un porteño (o a la inversa), pero manteniendo siempre una suerte de compensación y equilibrio geográfico de las dos grandes realidades de nuestro país: Buenos Aires y el interior.

Ahora bien, entre las críticas doctrinarias más importantes apuntemos que, refutando consideraciones de J. Linz, se expresó Carpizo (2007:58): "...los colegios electorales están afortunadamente desapareciendo. El voto directo es método superior. El colegio electoral aún subsiste en Estados Unidos. El gran inconveniente que dicho método presenta consiste en que puede ser electo presidente el candidato que no obtuvo la mayoría de los votos populares, tal y como ha sucedido en dicho país, lo cual es profundamente antidemocrático"[5]; opinión que comparten sus compatriotas, las juristas Jiménez Castillo y Preciado Rodríguez (2013: 10-11).

En la Argentina, la corriente de críticas había sumado un cauce paralelo.

**5.** Respondía Carpizo allí la consideración de Linz, para quien la legitimidad democrática dual, como una de las características representativas del presidencialismo, no se desvirtuaba incluso cuando el presidente es designado por un colegio electoral, producto del sufragio popular.

En primer lugar, la posibilidad de que se produjeran acuerdos en las juntas electorales que terminasen otorgando la victoria a un candidato que no había obtenido la mayoría del favor popular, traería como consecuencia "[Un] gobierno surgido de una alquimia electoral de suma de minorías, originará siempre un elenco de gobernantes de probeta. Es innecesario decir que un gobierno así no podrá conducir un país invertebrado, con un difícil frente externo y con un frente interno desgarrado y partido (...) Por ende, deben los partidos dar sus electores en el Colegio Electoral, a la primera minoría" (Mooney 1985:553).

Poco tiempo antes de la reforma constitucional de 1994, la opinión pública asistió a lo que consideró un verdadero escamoteo de la banca de senador por la Capital Federal al candidato de la Unión Cívica Radical, F. de la Rúa, al aliarse en el Colegio Electoral que debía designar al legislador por dicho distrito, los electores de quienes habían ocupado los lugares segundo y tercero en la elección popular, E. Vaca (del Partido Justicialista, quien resultó electo) y M. J. Alsogaray (de la Unión del Centro Democrático).

Cabe hacer notar, sin embargo, que la constitución no preveía que se debieran otorgar los votos a la primera minoría, ni en el caso de los senadores por la Capital Federal ni en el caso del presidente y vicepresidente de la República pues, como explicaba Bidart Campos (1993: 295-296), el texto constitucional "deja[ba] en plena libertad a los electores para que en las juntas electorales voten para presidente y vice por los candidatos que ellos prefieran, sin estar obligados ni vinculados a ninguna candidatura previa (si lo están, no es porque la constitución lo imponga, sino porque las prácticas partidarias lo introducen; la constitución no las prohíbe, pero tampoco las establece)".

Esto nos permite reflexionar, entonces, respecto de dos cosas.

La primera tiene que ver con que, enlistados detrás de una fórmula que se presentaba al dictamen del voto popular, los electores ya no podían actuar como en la idea de los *Founding Fathers*, es decir, como el elenco de notales que elegiría al más capacitado y apto para la función, sino como los "testaferros de los partidos" de que hablaba Corwin.

La segunda, que por ese mismo motivo (es decir, el estar enrolados detrás de determinados candidatos a quienes prometían votar posteriormente), los electores contraían un deber ético, ya no estrictamente jurídico.

En el caso de Corrientes, que veremos seguidamente, el incumplimiento grosero de este factor y las turbias circunstancias que lo rodearon fueron determinantes para desacreditar al sistema.

En efecto, también a comienzos de la década de 1990, una situación provincial generó suspicacias y sospechas de corrupción en el comportamiento de un elector radical que, sugestivamente antes de concurrir al cuerpo colegiado a sufragar –según se creía, por el candidato de su partido- se ausentó.

La conmoción por el suceso, si bien circunscripto a una órbita estadual, agravó los cuestionamientos –esta vez, por la venalidad en que podían caer los compromisarios- al sistema de juntas o colegios para la designación de los poderes ejecutivos.[6]

**6.** Fue para la elección de gobernador de la provincia de Corrientes en 1993. Al elector ausente se lo esperaba, infructuosamente, para obtener quorum para sesionar. El candidato frustrado a la gobernación fue Noel Breard.

El recordado episodio del "elector correntino" es una muestra más de la decadencia de la clase política argentina y tiene parentesco con uno de los "tres demonios" que aquejan al sistema representativo y a la democracia constitucional que expresa Dalla Vía (2013:377): el transfuguismo.

Si bien el elector ausente no se había "pasado" de partido, su sugestivo comportamiento mereció severos reproches de la opinión pública y ocasionó daño en la confianza popular en el sistema.

Sin pretender disminuir el impacto del suceso, parece claro que la excepción patológica no resulta suficiente para derribar las razones que fundamentan un instrumento que poseía raigambre supralegal.

Resulta llamativo que, frente a las críticas que se levantaban contra el instituto constitucional, pocos lo defendieran abiertamente y, menos aún, por el motivo que verdaderamente importaba: el ser una pieza maestra de defensa del federalismo en el engranaje constitucional.

Así, recuerda Mooney (1985:547) una de esas excepciones: la del convencional cordobés Sobral quien, en la Convención de 1949, replicó los argumentos de Sampay y de Luder en favor de la votación directa y la consiguiente supresión de las juntas electorales, diciendo que "la elección directa quebrantaba el pacto federal puesto que los presidentes serían elegidos casi exclusivamente por el litoral". Con igual dramatismo, en otro pasaje de su alocución, el convencional por la minoría manifestó que el sistema propuesto por la mayoría implicaba la ruptura del equilibrio federal, ponía en desventaja al interior profundo del país y resolvía "en una forma hábil, pero artera, el pleito secular entre el localismo

porteño y el interior de la República" (citado en Barrancos y Vedia, 1989:6).

## V. SU ELIMINACIÓN POR LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y EL DEBILITAMIENTO DEL FEDERALISMO

El proceso de renovación y *aggiornamento* constitucional encarado desde la década del '80 por impulso del Dr. Raúl Alfonsín con la conformación del Consejo para la Consolidación de la Democracia, tuvo un primer hito importante cuando este órgano emitió dictamen, en el que propiciaba la supresión del sistema de colegio electoral y la instauración de una elección directa con doble vuelta para escoger presidente y vicepresidente.

Asimismo, juristas que no pertenecían al oficialismo propugnaban ese tópico en una eventual reforma constitucional, tomando como basamento a la Constitución de 1949 (Rosatti 1987:794).

No deja de ser llamativo cómo al grupo intelectual que componía el Consejo asesor del presidente Alfonsín no se le generara la inquietud que ya había hecho nervio en Sobral casi cuatro décadas antes, sobre todo teniendo en cuenta la enorme concentración demográfica producida en la región metropolitana en ese tiempo.

El mencionado proceso modernizador, tras variados obstáculos, tuvo oportunidad de ser reflotado en el decenio siguiente, ya bajo un gobierno de distinto partido.

A fines del año 1993 los, sin duda alguna, máximos líderes políticos del país –Menem y Alfonsín, en tanto representantes naturales de los partidos Justicialista y Radical- llegaron a una serie

de acuerdos que se sintetizaron en los pactos denominados "de Olivos" y su complementario "de la Rosada", en los cuales consensuaron algunas directrices para la futura reforma, tales como la atenuación del sistema presidencialista y el fortalecimiento del federalismo.

A pesar de ello, y en un plano más concreto, se acordaron ciertos puntos como objetos de la mutación constitucional, como la elección directa del titular del Ejecutivo, habilitando además la posibilidad de la reelección inmediata. Desde ya que ambos ítems no parecían ir de la mano con la proclamada "atenuación del presidencialismo".

Cierto es que, al menos en el caso de Alfonsín, el impulso estaba dado por la plausible y firme creencia de que, de esa manera –junto a otras modificaciones, como la elección directa de los miembros del Senado y el agregado de una nueva banca por la minoría por cada provincia y por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- se estaba favoreciendo un sistema político más democrático y auténticamente representativo.

Sin embargo, el costo que ello ha acarreado a la ingeniería constitucional es enorme: ha concluido por dejar prácticamente la elección de presidente y vicepresidente por votación directa en las zonas más densamente pobladas y, por tanto, de mayor concentración de sufragantes (provincia de Buenos Aires [38,9 % de la población y 37,5 % de electores]; provincia de Córdoba [8,2 % de la población y 8,7 % de electores]; Ciudad Autónoma de Buenos Aires [7,2 % de la población y 8,6 % de electores] y provincia de Santa Fe [8 % de la población y 8,5 % de electores])[7]. Por lo cual,

**7.** Los datos -obtenidos de la publicación en línea de la Dirección Nacional Electoral, dependiente del Ministerio del Interior y Transporte de la Nación, disponible en http://www.elecciones.gov.ar/estadistica/poblacion.htm- corresponden al censo 2010 y a las elecciones 2011, consignándose allí como fuentes el INDEC y la Cámara Nacional Electoral, respectivamente.

obteniendo la victoria en estos distritos, resulta virtualmente indiferente lo que ocurra en los restantes veinte distritos electorales.

De esta forma se dio el pasaje para el caso de la provincia de Buenos Aires, de representar –con el antiguo sistema de colegios electorales- una incidencia del 27 % de los electores al 37,5 % después de la reforma de 1994, como recién se expresara.

Por su parte, las diez provincias argentinas con menor población, que en el sistema de la constitución histórica tenían una representación del 23%, vieron caer dramáticamente esa injerencia en el sistema de votación directa, al 3,6 %.

Teniendo en vista el texto de los artículos 97 y 98 de la constitución reformada en 1994 y los porcentajes de votos allí requeridos para sortear la segunda vuelta electoral, aquellas incidencias –sobre todo en provincia de Buenos Aires- cobran una importancia suprema pues, insistimos, de darse excelentes o muy buenas resultados para determinada fórmula en ese estado, poco importará lo que ocurra en regiones enteras de la República, ya que la suerte estará echada en su favor.

Por estos motivos y teniendo en cuenta los resultados que con algunas variaciones, suelen arrojar los actos electorales en la provincia de Buenos Aires –y, sobre todo, en el conjunto de partidos (municipios) que conforman el llamado *Conurbano* o Gran Buenos Aires-, no nos resulta convincente la idea expresada por Gibson y Calvo (2007: 206), en el sentido de que la instauración de la elección directa de presidente y vicepresidente en la reforma constitucional de 1994 fue una de las concesiones del peronismo a cambio de la posibilidad de la reelección inmediata.

Antes bien, a nosotros nos parece que la eliminación de las juntas de electores y el consecuente cambio de sistema fue una enorme victoria política de esa fuerza pues, si bien vio recortar la sobrerrepresentación en provincias pequeñas en las que habitualmente triunfa –al menos desde 1983 en adelante-, caso de La Rioja, Formosa o La Pampa, a cambio obtuvo que la elección se defina, como ya expresáramos, en el conglomerado poblacional principalmente bonaerense.

Justo es mencionar que uno de los primeros autores en advertir los daños de la modificación fue el profesor mendocino J. F. Segovia (1995: 828):

> "Las provincias, como entidades territoriales jurídicamente iguales, constitutivas de la Nación, también han perdido poder político con la implantación del sistema de elección directa del presidente, porque de esa manera el poder electoral se ha traspasado –de hecho y de derecho- a la ciudad de Buenos Aires y a las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Córdoba. La gran concentración de población en estos centros geográficos deforma cualquier intento de un sistema electoral equitativo".

De esa provincia también, había efectuado reclamos el convencional Llanos, cuando expresó en la sesión del día 28 de julio de 1994: "Vamos a tener un presidente que mira hacia cuatro distritos electorales que reúnen el 66 por ciento del padrón electoral, y que gobierna fundamentalmente para ellos, que van a ser los que le van a permitir o negar la reelección".

De todos modos, la queja se diluía, pues aparecía tras el apoyo inicial a la supresión del colegio electoral, motivándose para ello

en los "vicios y negociaciones que vulneren la soberanía del pueblo" (CNC, 1994: 2337).

En opinión concordante, el constitucionalista y magistrado de la Cámara Nacional Electoral, A. R. Dalla Vía (s.f.: 24), manifestó: "El actual sistema favorece en cambio la concentración del voto en un país heterogéneo desde el punto de vista de la ocupación poblacional del territorio como es la Argentina. En síntesis, puede ocurrir que con triunfar en los cuatro distritos electorales más importantes (Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba y Entre Ríos) se gane una elección nacional".

La mención a la provincia de Entre Ríos debe obedecer a un mero error material en el conjunto referido por el profesor Dalla Vía, faltaría consignar a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, en todo caso, la provincia siguiente en orden de importancia electoral sería la de Mendoza (4,3 % de la población nacional y el mismo guarismo para porcentaje total de sufragantes).

En su comunicación ofrecida en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 14 de mayo de 2008, se hallan datos similares a los anotados por nosotros en el presente.

## VI. CONCLUSIONES

En esta sintética exposición hemos intentado dar algunas de las razones que –a nuestro juicio- justificaban el mantenimiento del sistema de colegios electorales para la elección de presidente y vicepresidente de la República, eliminado por la reforma constitucional de 1994.

Fundamentalmente, porque entendemos que aquel instituto formaba parte –junto al Senado- de un escudo protector del federalismo, garantizando la injerencia de las provincias en el proceso de elección de dichos magistrados.

Se ha propinado un severo golpe al federalismo, "el equilibrio federal quedó dañado" (Abad 2000:363). En palabras de Gil Domínguez (2014: 96), se trata de un "aspecto regresivo" de la reforma respecto al federalismo.

También el profesor Mayón ha hecho hincapié en que, al disponer el nuevo artículo 94 CN que todo el territorio nacional conforme un distrito único, se estableció un esquema "**menos federal** que el anterior de electores [...] los distritos con mayor población (Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba y Mendoza), son los que deciden el resultado" (2021, IV: 396, resaltado original).

Diversos autores –entre ellos ex convencionales- se ocuparon de responder esta crítica. Así, para Hernández (s.f.:6):

> "Nosotros pensamos que la legitimidad democrática hacía imposible la continuidad del anterior régimen, y que en consecuencia no podía ya relacionarse al federalismo con él, que provenía de la visión política del siglo pasado. El convencional Rosatti efectuó una inserción titulada "La elección presidencial indirecta no se vincula con el federalismo", donde analiza detenidamente estas cuestiones, distinguiendo los principios fundantes del federalismo y de la elección indirecta, e indicando que fue la deformación demográfica posterior la que originó los problemas".

Por nuestra parte, consideramos de vital importancia que el titular del Ejecutivo y su eventual sustituto posean no sólo una legitimidad de origen fundada en la plena voluntad del electorado -ello es la piedra basal de nuestro sistema democrático-, sino además en una representatividad suficientemente amplia desde una dimensión geográfica y social, teniendo en vista la enorme extensión territorial de la Argentina; la distribución de los núcleos poblacionales; los intereses económicos a veces contrapuestos; las diferencias culturales e idiosincráticas de las comunidades que la habitan, etcétera.

En palabras de Melo (2003: 21): "(...) para la mayoría reformista de 1994, la elección directa del Presidente es un gesto democrático. Y aquí pregunto: ¿democrático en qué sentido? (...) La elección indirecta presidencial tal como se implementaba en la Argentina llevaba dentro de sí un principio insoslayable de contención de la heterogeneidad territorial".

Entendemos que los sistemas directos se aplican con mayores bondades en países relativamente pequeños desde el punto de vista territorial y poblacional (por poner ejemplos sólo americanos, v. gr. Uruguay, Ecuador), donde las diferencias y las tensiones a las que hicimos mención en el párrafo anterior –amén de existir desde luego-sin duda serán menores en naciones más extensas y pobladas.

En el caso argentino, las tensiones nunca resueltas del todo entre la ciudad-puerto (Buenos Aires, aquella "cabeza de Goliat" de la que nos hablaba con su lúcido pesimismo Ezequiel Martínez Estrada) y el interior profundo del país, las patentes diferencias de las regiones entre sí (resulta obvio que la realidad de la Pampa húmeda tiene pocos puntos de contacto con la de la Patago-

nia o la del Noroeste), hacen que el mecanismo ideado por los *Padres Constituyentes* de 1853 que fincaba en dos engranajes fundamentales: las juntas de electores y –sobre todo- el Senado federativo, haya debido mantenerse.

Es obvio que el factor democrático es el fundamental en toda elección, tema que -como ya dijimos- nadie pretende poner en discusión, pero también es cierto que resulta necesaria una dosis de equidad que sea capaz de equilibrar las enormes diferencias demográficas apuntadas. Y, en este sentido, como ya lo advirtió prestigiosa doctrina constitucionalista, se ha retrocedido en la defensa del sistema federal.

## VII. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

**ABAD, Mirtha** (2000). "Presidencialismo". EN: Ekmekdjian, Miguel Ángel y Ferreyra, Raúl Gustavo, *La reforma constitucional de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático*. Buenos Aires: Depalma, 335-364.

**ALBERDI, Juan Bautista** (2005 [1852]). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina.* Buenos Aires: Libertador.

**BADENI, Gregorio** (2004). *Tratado de derecho constitucional*. T. 2. Buenos Aires: La Ley.

**BARRANCOS y VEDIA, Fernando N.** (1989). "La elección indirecta del Presidente de la Nación", EN: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Cuadernos de Investigaciones Nº 14. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Bue-

nos Aires

**BENVENUTI, José Manuel y UBERTI, Mariela** (2009). "Cumplir la Constitución: de las formas de Gobierno y Estado en la Reforma". EN: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santa Fe: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Disponible en línea: http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/ojs/index.php/NuevaEpoca/article/viewFile/207/279.

**BIDART CAMPOS, Germán J.** (1993), *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T. 2, nueva ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Ediar.

**BOTANA, Natalio** (1983). "Las juntas de electores en las elecciones presidenciales". EN: Félix Luna (dir.), *Todo es Historia*. Buenos Aires: E. Perina ed., nº 197, 66-70.

**CARPIZO, Jorge** (2007). "Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina". En: *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, Universidad Complutense de Madrid, 8, 49-86.

**CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA** (1986). *Dictamen preliminar sobre la reforma constitucional*. Buenos Aires: Eudeba.

**----------** (1987), *Segundo dictamen sobre la reforma constitucional*. Buenos Aires: Eudeba.

**CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE** (1994). *Diario de Sesiones*.

**CORWIN, Edward S.** (1942). *La Constitución norteamericana y su actual significado*, traducción de Rafael M. Demaría. Buenos Aires: Ed. Guillermo Kraft.

**DALLA VÍA, Alberto Ricardo** (2013). "Democracia y crisis de representación: la tentación populista en América Latina", EN: XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional "Jorge Carpizo" (2013, septiembre 17-19, San Miguel de Tucumán, Argentina). *Ponencia*. Libro de ponencias y comunicaciones, 373-379.

**----------** (s.f.). "Reforma Electoral en Argentina". EN: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2527/7.pdf.

**----------** (2008). "Los sistemas electorales". EN: *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, t. XXXV. Disponible en línea: www.ancmyp.org.ar.

**GARCÍA LEMA, Alberto Manuel y PAIXÃO, Enrique** (1994). "Las reformas del sistema institucional", EN: Horacio Daniel Rosatti y otros. *La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 303-307.

**GARCÍA LEMA, Alberto Manuel** (2013). "Obstáculos para la vigencia de la atenuación del presidencialismo argentino veinte años después. El rol del Poder Judicial", EN: XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional "Jorge Carpizo" (2013, septiembre 17-19, San Miguel de Tucumán, Argentina). *Ponencia*. Inédita

**GIBSON, Edward y CALVO, Ernesto** (2007). "Federalismo y sobrerrepresentación: La dimensión territorial de la reforma económica en la Argentina". EN: Ernesto Calvo y Juan Manuel Abal Medina

(h) (eds.). *El federalismo electoral argentino*: *sobrerrepresentación, reforma política y gobierno dividido en la Argentina*. Buenos Aires: Secretaría de la Gestión Pública. Jefatura de Gabinete de Ministros, 199-227. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2014). "El federalismo unitario argentino (1994-2014)". EN: *Pensar en Derecho*, Nº 5, Año 3. Buenos Aires: Eudeba, Buenos Aires, p. 91-103.

**HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John** (2006 [1780]). *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, 2ª. ed. en español. México: Fondo de Cultura Económica.

**HERNÁNDEZ, Antonio María** (h.) (2007). "El federalismo a trece años de la reforma constitucional de 1994". EN: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en línea: http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-federalismo-a-trece-anos-de-la-reforma.

**----------** (2003). "El federalismo en Alberdi y la Constitución nacional de 1853 y 1860". EN: *Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-2003)*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2, 159-193.

**_____** (s.f.) "La descentralización del poder en el Estado argentino". Disponible en línea: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/348/11.pdf.

**JIMÉNEZ CASTILLO, Elva Regina y PRECIADO RODRÍGUEZ, Teresa Magnolia** (2013), "La función del colegio electoral en las elecciones presidenciales de Estados Unidos de Norteamérica". EN: *Sufragio. Revista especializada en derecho electoral*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Nº 11, junio-noviembre de 2013. Disponible en línea: http://www.juridicas.unam.mx/publica/

librev/rev/sufragio/cont/11/art/art6.pdf.

**MATIENZO, José Nicolás** (1917). *El gobierno representativo federal en la República Argentina*, 2da. ed. Madrid: Editorial América.

**MAYÓN, Carlos Alberto** (2021). *Derecho constitucional argentino. Legislación, jurisprudencia, antecedentes, derecho comparado y derecho público provincial*. T. IV. La Plata: Haber.

**MELO, Julián Alberto** (2003). "Populismo, democracia y federalismo. Agonías, tensiones y diálogo entre tradiciones políticas latinoamericanas". Disponible en línea: http://www.saap.org.ar/esp/docs-congresos/congresos-saap/VI/areas/02/melo.pdf.

**MOLINA VEGA, José Enrique** (2000). "Colegio Electoral". EN: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Diccionario electoral*, 1, 158-160. Disponible en línea: www.iidh.ed.cr.

**----------** (2013) "Sistemas electorales parlamentarios y modelos de representación política: efectos de los distritos electorales, la fórmula electoral y el tamaño del congreso". EN: *Revista Derecho Electoral*, Tribunal Supremo de Elecciones de la República de Costa Rica, Nº 15, enero-junio de 2013, 84-111.

**MOONEY, Alfredo E.** (1985). "La elección del Poder Ejecutivo Nacional (Legalidad versus legitimidad)". EN: *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, 1985-E, 545-554.

**MOSCOVICH, Lorena** (2008). "Estado y sociedad civil en el Gran Buenos Aires. Cambio y tensiones en las nuevas relaciones de gobierno local". EN: Alberto Cimadamore (comp.) La economía política de la pobreza. Buenos Aires: CLACSO. Disponible en línea

en:http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/clacso/crop/cimada/Moscovich.pdf.

**ROSATTI, Horacio Daniel** (1987). "Sobre la oportunidad y contenidos de una eventual reforma de la Constitución Nacional". EN: *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1987, 1, 794.

**----------** (2001), *El presidencialismo argentino después de la reforma constitucional*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

**SABSAY, Fernando L.** (1975), *La sociedad argentina. Argentina documental (1806-1912)*. Buenos Aires: La Ley.

**SAMPAY, Arturo Enrique** (1975), *Las constituciones de la Argentina (1810/1972)*, Buenos Aires: Eudeba.

**----------** (1974), *Constitución y pueblo*. 2s. ed. Buenos Aires: Cuenca ediciones.

**SEGOVIA, Juan Fernando** (1995). "El federalismo y la nueva Constitución. La reforma "unitaria" de 1994. Temas de reforma constitucional". EN: *El Derecho*, Buenos Aires, septiembre de 1995, 823-834.

# Los Decretos de Necesidad y Urgencia: a 30 años de la reforma constitucional de 1994

Por
**Rodolfo C. Barra[1] y Anderson C. Saltzer Chavez[2]**

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

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

## I. INTRODUCCIÓN

Desde los orígenes de nuestra organización constitucional el Poder Ejecutivo Nacional dictó, sin ninguna intervención del Congreso, normas de contenido materialmente legislativo[3] y de competencia del Congreso de la Nación[4]. Estas normas fueron emitidas bajo la forma de decreto que, con el tiempo, adoptaron la denominación, común en la doctrina y en el derecho comparado[5], de "decretos de necesidad y urgencia" (DNU), haciendo referencia a las circunstancias, generalmente excepcionales, que justificaban su dictado. Finalmente, siempre en nuestro caso, su regulación fundamental fue producto de la reforma constitucional de 1994, que incluyó el instituto como competencia presidencial en el art. 99.3, CN.

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

Con posterioridad a la reforma constitucional, apenas en el inicio del nuevo siglo, las situaciones de extrema gravedad en lo eco-

**3.** LUGONES, Narciso J., GARAY, Alberto F., DUGO, Sergio O., CORCUERA, Santiago H., "Leyes de Emergencia. Decretos de Necesidad y Urgencia", La Ley, Buenos Aires, 1992.

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

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

nómico, social e institucional volvieron a repetirse, lo que obligó al dictado de múltiples leyes emergencia y, por supuesto, decretos de necesidad y urgencia.

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

## II. SITUACIÓN PREVIA A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

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

El DNU 1096/95 fue cuestionado en su constitucionalidad, llegando a conocimiento de la Corte Suprema en la causa "Porcelli, Luis c/Banco de la Nación Argentina" (Fallos, 312:555, sentencia del

20/4/89). En el ínterin, el DNU había sido ratificado por el Congreso a través del art. 55 de la ley 23.410, por lo cual la Corte resolvió que carecía de interés actual el análisis de la inconstitucionalidad, por el origen u órgano emisor de la medida cuestionada, sin perjuicio de destacar que la ratificación por el Congreso desplazaba cualquier cuestionamiento en tal sentido.

Si bien la Corte fue muy parca en análisis del tema, de la lectura del fallo parece resultar que la ratificación legislativa sanea el origen de norma, sin perjuicio de la cuestión de valoración constitucional de su contenido, como en el caso de cualquier norma jurídica. Esta, sin duda, es una manera de decir que aquella primera cuestión, sin duda fundamental, es de **decisión exclusiva del Congreso**, quedando fuera del alcance de la intervención de los tribunales.

Poco tiempo después, la Corte tuvo ocasión de explayarse sobre la cuestión. En el célebre caso "Peralta"[6], el actor cuestionó la constitucionalidad del DNU 36/90, sancionado por el presidente Menem que provocó una profunda alteración en el régimen de retribución y pago de inversiones financieras, como medida de emergencia para atacar el proceso de hiperinflación que el país vivía desde comienzos de 1989.

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

Allí la Corte exigió la presencia de tres requisitos para aceptar la validez constitucional de un DNU: primero, la existencia de una si-

**6.** Fallos: 313:1513, sentencia del 27/12/90.

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

## III. DNU EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

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

sentido material, de acuerdo con la habitual calificación doctrinaria[7].

El art. 99 inc. 3º realiza una afirmación tajante: "*El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo*"; pero, inmediatamente después de esta terminante y severa prohibición, introduce la excepción y con ella regula el régimen de los DNU: "*Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes...podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia...*". Por tratarse de una excepción a la regla prohibitiva enunciada al principio, y por insertarse en el inc. 3º según lo comentado antes, queda claro que estos DNU son "disposiciones de carácter legislativo". Asimismo, se excluyen de la excepción, por lo que quedan siempre alcanzadas por la prohibición general, las "*... normas que regulen materia penal, tributaria[8], electoral o el régimen de los partidos políticos...*".

La norma constitucional establece dos requisitos sustanciales habilitantes para el dictado de un DNU: A) la razón de necesidad y urgencia, de naturaleza excepcional, en resolver una determina-

**7.** CASSAGNE, Juan C., "Derecho Administrativo", t. II, p. 66, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987 y MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", t. I, p. 76 y sigte. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, entre otros.

**8.** Aquí también el constituyente siguió a la Corte Suprema de Justicia, que ya había adelantado el principio de "reserva de ley" como inexcusable regla constitucional para generación de obligaciones tributarias en "EVES Argentina S.A." -Fallos: 316:2329, sentencia del 14 de octubre de 1993, La Ley, 1993-E, 427- declarando la inconstitucionalidad del art. 7º del dec. 499/74, reglamentario de la ley 20.631 (Adla, XXXIV-C, 2189; XXXIV-A, 99); que avanzó en la determinación de sujetos al impuesto al valor agregado. En "Video Club Dreams c. Instituto Nacional de Cinematografía" -Fallos: 318:1161, sentencia del 6 de junio de 1995, La Ley, 1993-E, 167- la Corte afrontó la situación de dos DNU (ns. 2736/91 y 949/92 -Adla, LII-A, 354; LII-C, 2977-) que, como nota destacable, habían sido tomados en consideración por el Congreso al sancionar, luego, la ley de presupuesto 24.191 (Adla, LIII-A, 16), correspondiente al ejercicio del año 1993. Sin embargo, la Corte recordó lo sugerido ya en "Peralta" acerca de la "obligada participación del Poder Legislativo en la imposición de contribuciones", y también en la causa "EVES" antes mencionada. Es de notar que en "Video Club" -sobre un caso anterior a la reforma constitucional, aunque fallado con posterioridad- la Corte, si bien reconociendo que el "mérito" acerca de la decisión de dictar un DNU le corresponde en último término al Congreso, no dejó de destacar que, en ese caso, no se presentaban las circunstancias excepcionales que habían justificado la solución dada en "Peralta". Por ello la Corte confirmó la declaración de inconstitucionalidad de los citados DNU. Esta doctrina fue reiterada por la Corte en "La Bellaca c. Estado nacional"DGI", causa L.62. XXXI, del 27 de diciembre de 1996, La Ley, 1997-C, 125; "Nobleza Piccardo S.A. c. D.G.I., causa N.82 XXVIII; "Kupchik, Luisa c. Banco Central de la República Argentina", causa K.3. XXXII y "Cic Trading c. Fisco Nacional", causa C. 221. XXX, todas del 17 de marzo de 1998. En estas dos últimas la Corte declaró la inconstitucionalidad del decreto 560/89, generador de una obligación tributaria, a pesar de su posterior ratificación expresa por la ley 23.757 (Adla, XLIX-C, 2573; XLIX-D, 3733), en la medida que el tributo fue percibido con anterioridad a la ley -en "Cic Trading c. Estado nacional", causa C. 1177. XXVIII, de igual fecha, en cambio, se rechazó la inconstitucionalidad del tributo percibido con posterioridad a la ley- señalando que *"... la ratificación legislativa ... carece de incidencia respecto de dicha conclusión (ya que) resulta improcedente cualquier interpretación que conduzca a asignar efectos convalidantes, con carácter retroactivo, a la ratificación legislativa o a la reiteración del texto del decreto en una ley posterior..."*.

da situación política, social, económica o cualquier otra que precise de una respuesta legislativa y B) que aquella circunstancia de excepción imposibilite seguir "los trámites ordinarios" previstos para la sanción de las leyes, esto es el régimen, de naturaleza procesal, establecido en el Capítulo V de la Parte Segunda, Título Primero, Sección Primera, de la Constitución Nacional, "De la formación y sanción de las leyes".

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

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

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

## 1. Requisitos substanciales

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

Tal circunstancia excepcional puede ser de cualquier naturaleza y tener cualquier tipo de efectos sobre la situación colectiva, o aún particularizada de un grupo de personas o también, de una sola persona, ya que cuando "Peralta" exige la generalidad de los efectos de la medida de emergencia, esto lo hace para admitir la validez de la "emergencia" en cuanto tal -del instituto de la emergencia como limitante de ciertos contenidos de derechos patrimoniales- y no del DNU. Este puede tener un contenido "ordinario", es decir, puede afrontar una situación excepcional, urgente, con normas que no avancen sobre los derechos constitucionales de los particulares. Recuérdese que la situación excepcional justifica el origen -por el órgano- de la sanción de la norma, y no su contenido. Puede haber leyes de "emergencia" -en la terminología de "Peralta"- como también DNU de la misma naturaleza. Pero pueden sancionarse DNU, justificado en los términos de art. 99.3 de la Constitución Nacional, sin contenido de emergencia, es decir, sin fundamentación en emergencia alguna[9].

**9.** Cuando el constituyente quiso referirse a la emergencia lo hizo expresamente, como en el art. 76. La abstención del constituyente, en el art. 99.3, de utilizar las expresiones "emergencia" o "conmoción interior" o "ataque exterior" (art. 99.16, para la declaración del estado de sitio), para limitarse a señañar la excepcionalidad de las circunstancias y la necesidad y urgencia en afrontarlas, indica a las claras la dieferente valoración de la gravedad de las situaciones. Asi, de mayor a menor, conmoción interior para el estado de sitio, emergencia para la delegación de competencias legislativas, circunstancias excepcionales para la procedencia del DNU. Sobre el punto no está demás recordar la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema: "La inconsecuencia o falta de previsión del

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

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

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

Debemos detenernos en este punto a los efectos de comprender la verdadera naturaleza jurídica del DNU, conforme lo regula

legislador no se suponen; debido a ello, las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras, computando que los términos utilizados no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los preceptos empleados" (Fallos: 346:25). Recordemos que la aplicación de la CN, como de toda ley, requiere de una "interpretación integrativa" de todo su articulado (Fallos: 326:4816, entre muchos otros).

nuestra Constitución Nacional. Es decir, no en abstracto, sino en nuestro sistema concreto y en razón de sus efectos prácticos.

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

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

De lo contrario, la consecuencia de una posible continuación de la inactividad del Congreso será la vigencia de la norma sancionada por el DNU. Hasta 1994, en cambio y según lo sugerido por la Corte, el DNU venía a paliar la crisis social y el Congreso quedaba

con una situación de mayor pasividad. Aun cuando tanto "Porcelli" como "Peralta" hacen referencia al papel del Congreso y lo meritúan a los efectos del análisis de la validez del DNU -conocimiento de la medida, reflejado a la toma de posteriores decisiones legislativas que la suponen, falta de rechazo expreso o por la adopción de alguna ley contradictoria- no se encontraba regulada, como sí lo hace la Constitución de 1994, la obligación de un pronunciamiento expreso, hasta con plazos brevísimos para ello (cfr. art. 99.3 CN).

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

En el nuevo régimen constitucional, en consecuencia el Poder Ejecutivo tiene mayor libertad que antes para recurrir al remedio del DNU[10]. Con ello fuerza la acción del Congreso, pero también que-

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

da sometido a ésta con una rigurosidad que ni "Porcelli" ni "Peralta" habían considerado.

## 2. Requisitos procedimentales

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

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

**B. Sometimiento al Congreso:** El DNU tiene vigencia a partir publicación en el Boletín Oficial de la Nación en las condiciones establecidas por el art. 5 del Código Civil y Comercial, así lo establece también el artículo 17 de la ley 26.122; pero su validez queda condicionada al requisito de su presentación dentro de los diez días -debe interpretarse que son días corridos y contados desde la sanción y no desde la publicación- al Congreso, para su examen por la Comisión Bicameral Permanente que la Constitución, en el mismo 99.3, crea al efecto y cuyo funcionamiento regula el Título

de forzar la acción del Congreso al que se ha hecho referencia en el texto.

II de la ley 26.122. La presentación la debe efectuar el Jefe de Gabinete personalmente, siendo estos requisitos -la presentación en sí misma, su modalidad y el órgano encargado de hacerlo- esenciales para la validez del DNU.

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

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

**11.** Es la sanción de nulidad prevista en el segundo párrafo del art. 99.3, CN.

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

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

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

El artículo 10 de la ley 26.122 reitera que la Comisión Bicameral Permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse expresa-

mente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado.

A su vez, se establece que, para emitir dictamen, la Comisión Bicameral Permanente puede consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia[12].

En caso de incumplimiento de la Comisión o de las Cámaras, la Constitución parecería, en principio, no prever sanción alguna. Se trataría así de un plazo indicativo, como todos los formulados al Legislativo, que el Constituyente estableció para indicar la extrema urgencia del tratamiento del DNU. Pero no hay sanción, ya que no resultaría posible, en la economía de la Constitución, establecerla para los legisladores. Mientras tanto el DNU continúa vigente ya que, al exigir la Constitución el "expreso tratamiento", ha eliminado toda posibilidad de decisión tácita acerca de la conformidad o disconformidad con el DNU, amén de lo dispuesto por el art. 82 CN. Nótese que hacer aguardar la vigencia del DNU a la conformidad expresa de la Comisión Bicameral, o del Congreso, sería una interpretación contradictoria con el carácter de urgente de la medida, la que justifica, precisamente, su dictado. De todas maneras, nada impide que, superado el plazo de diez días, cualquiera de las Cámaras (según las reglas de la Cámara de origen, que en la práctica sólo importan para la materia del "reclutamiento de tropas", ya que la tributaria está prohibida en lo que hace a su regulación por DNU) se avoque al tratamiento del tema, aun mediando silencio de la Comisión Bicameral, ya que se habría agotado el plazo imperativo que para su intervención obligada establece la Constitución. Volveremos sobre el tema.

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

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

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

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

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

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

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

Así el DNU podría ser sólo derogado o modificado por otra norma de jerarquía legal, u otro DNU. Nunca podría ser derogado o modificado por un decreto ordinario. En este punto la ley 26.122 es sobreabundante dado que establece que las disposiciones de esa ley y el curso de los procedimientos en ella establecidos, no obstan al ejercicio de las potestades ordinarias del Congreso relativas a la modificación o derogación de normas de carácter legislativo emitidas tanto por el Poder Ejecutivo como, por supuesto, por el mismo Congreso (art. 25 ley 26.122), derogación o modificación que, reiteramos, podrá ocurrir en cualquier momento

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

El rechazo puede tener diferentes contenidos, con efectos también distintos: a) por defectos formales sustanciales (falta de refrendo, falta de envío, envío tardío), en este caso el decreto padece nulidad absoluta cayendo retroactivamente sus efectos, sin perjuicio de las relaciones jurídicas de buena fe nacidas a su

amparo; b) disconformidad con la valoración de la razón de necesidad y urgencia: también acarrea la nulidad absoluta del DNU con los mismos alcances; c) disconformidad con el contenido del DNU con aceptación o sin manifestación acerca de la razón de necesidad y urgencia: este caso es similar a los efectos de una ley derogatoria posterior -mediando o no aprobación- con efectos a partir de la vigencia de la nueva ley.

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

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

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

ley- con el régimen de insistencia del art. 83 de la Constitución Nacional.

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

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

La norma constitucional esta estructurada sobre el dato fundamental de la "situación de urgencia" y, por ende, sobre la necesidad de una **rapidez especial** para enfrentarla. Así el art. 99.3, CN, prescribe: 1) dentro de los diez días desde la vigencia del DNU (si la vigencia fuese distinta a la inmediata con su publicación, fijada expresamente o por aplicación de las normas civiles), haría sospechar acerca de la "necedidad y urgencia", debe ser presentado por el Jefe de Gabinete a la Comisión Bicameral (lo ideal sería que concurriendo ante ella para dar explicaciones); 2) la Comisión debe emitir su dictamen dentro de los diez días siguientes, elevándolo simultáneamente al plenario de cada Cámara; 3) las Cámaras deben dar "expreso tratamiento" al dictamen, y con él al DNU, "de inmediato".

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

## IV. DNU A 30 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

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

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

Por eso en *Quadragesimo anno* Pío XI escribe, en el numeral 80, que es conveniente *"…que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás*

*perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija".* Y concluye *"...tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función "subsidiaria", el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación".*

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

**1. Razones de necesidad y urgencia**

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

Tal como señalamos, frente a una situación de extrema gravedad vivida en los años 1988 y 1989, aunque de menor intensidad que la actual, la Corte Suprema en el trascendente caso "Peralta"[13], reiterando principios ya sentados por la jurisprudencia y doctrina jurídica, afirmó que *"...la Constitución debe ser interpretada de manera de no hacer impotente e inoperante y sí preservar y hacer efectiva la voluntad soberana de la Nación..."* (Considerando 21).

**13.** CSJN, Fallos 313:1513.

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

En ese precedente nuestro Máximo Tribunal sostuvo que *"Cuando una situación de crisis o de necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales, se puede sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos. No se trata de reconocer grados de omnipotencia al legislador ni de excluirlo del control de constitucionalidad, sino de no privar al Estado de las medidas de gobierno que conceptualice útiles para llevar un alivio a la comunidad"*.

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

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

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

*hoy asegurar la supervivencia de la sociedad argentina. La sanción del decreto en cuestión debe verse como un capítulo actual de esa tarea...".*

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

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

Ahí es donde la Constitución Nacional surge como un faro que debe guiar las medidas que adopta el PEN en estas situaciones de excepcionalidad y de urgencia; en estos casos, el legislador no será el Congreso, porque por naturaleza no puede serlo, sino el Presidente de la Nación. Así está previsto, a partir de 1994, en el Art. 99, inc. 3, de la CN y, en base a ello, el Presidente podrá y puede sustituir al Congreso y dictar una norma jurídica equivalente a una ley, de vigencia inmediata hasta que el Congreso la anule, derogue o modifique. No se pone en juego la democracia ni los principios básicos de la República porque, desde ese mismo momento, el poder con competencia puede derogar, anular o modificar los decretos de necesidad y urgencia que emita el PEN.

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

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

Sostuvo Alberdi que *"En cuanto a su energía y vigor, el Poder Ejecutivo debe tener todas las facultades que hacen necesarios los antecedentes y las condiciones del país y la grandeza del fin para que es instituido. De otro modo, habrá gobierno en el nombre, pero no en la realidad; y no existiendo gobierno, no podrá existir la Constitución, es decir, no podrá haber ni orden, ni libertad, ni Confederación Argentina"*[14].

**14.** ALBERDI, Juan Bautista, Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, capítulo XXV, p. 489.

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

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

En ese marco es que consideramos que las razones de urgencia y necesidad constituyen cuestiones políticas no justiciables. De esta manera, cuando el Jefe de Gabinete de Ministros cumple con sus obligaciones propias de poner el DNU en consideración

del Congreso, el mismo se encuentra bajo la revisión y control de ese poder del Estado.

Recientemente, en relación al DNU Nº 70/2023 la doctrina fue categórica al sostener que *"...por primera vez, en nuestra historia constitucional, se configura una situación de necesidad y urgencia en forma integral, que demanda una solución única y drástica para remediarla, a fin de superar el grave riesgo social de caer en un proceso de inflación incontenible.*

*En cuanto al fondo, el DNU 70/2023 configura una situación extrema que supera la emergencia (que siempre es transitoria) y traduce la necesidad de volver a los postulados de la Constitución alberdiana, mediante la remoción de los obstáculos que, mediante un círculo vicioso de regulaciones, suprimen las libertades, crean privilegios sectoriales e impiden salir de la más peligrosa crisis económica y social a la que nos llevó una política estatista que agravó el déficit fiscal, hasta llegar a límites susceptibles de crear una situación de grave riesgo social, con olvido de los parámetros económicos que observan la mayoría de los países del mundo, incluso los de nuestra región de Iberoamérica"*[15].

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

En este sentido cabe señalar que, en el sistema constitucional estadounidense, se ha sostenido -siguiendo a Locke- que *"los*

**15.** CASSAGNE, Juan Carlos "Sobre la constitucionalidad del DNU 70/2023", Diario La Ley, Segunda Edición, 10/1/2024.

*gobernantes responsables pueden recurrir a poderes excepcionales. Las legislaturas serían demasiado numerosas, pesadas y lentas para enfrentar las crisis, además, ellas no serían capaces de prever mediante leyes, para satisfacer todos los accidentes y necesidades (...) La prerrogativa es el ejercicio de autopreservación. Es el pueblo autorizando a sus gobernantes a hacer ciertas cosas por su propia discreción, en favor del bien público, y dando su consentimiento cuando así lo hace el gobernante. Esta es una prerrogativa que pertenece al ejecutivo"*[16].

## 2. Excepcionalidad y emergencia

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

El constituyente de 1994 fue muy explícito al momento de distinguir la "necesidad y urgencia" de la "emergencia". Mientras el referido art. 99 inc. 3, parte de "razones de necesidad y urgencia" para autorizar el dictado del DNU, el art. 76 inc. 3 de la C.N., toma en cuenta "materias de emergencia pública" en tal caso para autorizar al Poder Legislativo a sancionar leyes que deleguen facultades de determinadas competencias legislativas (Decretos por delegación legislativa "DLD"). La emergencia es la calificación jurídica de una materia que habilita al Poder Ejecutivo, o al Legislativo, a tomar medidas jurídicas. La emergencia normalmente hará necesaria y urgente una determinada respuesta, pero no todo lo urgente o necesario importará una emergencia[17].

**16.** SCHLESINGER, Arthur M., "The imperial presidency", Mariner Books, 2004, p.7 y siguientes y BARRA, Rodolfo Carlos "Derecho Administrativo, Acto administrativo y reglamentos", Astrea, Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre, 2018, pág. 428

**17.** BARRA, Rodolfo Carlos "Derecho Administrativo: Acto administrativo y reglamentos", Astrea, Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre,

Como se advierte el constituyente distinguió dos institutos el DNU y el DLD y ha utilizado terminologías diferentes. De esta manera si al habilitar la competencia presidencial para dictar DNU, los convencionales hubiesen querido limitarlo a situaciones de emergencia, lo hubiese dicho así, como lo hicieron en el art. 76[18].

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

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

La necesidad requiere velocidad en la respuesta y también adecuación o proporción. La urgencia refiere a la prontitud requerida por las medidas contenidas en el DNU. Por ello, por la urgencia no es posible seguir los trámites ordinarios legislativos. Es lo urgente y necesario para el Presidente lo que justifica el dictado de una norma con jerarquía de ley, que sobrevivirá como tal, siempre que el Congreso no considere que las razones presidenciales no eran suficientes para justificar la norma.

Conforme a las atribuciones que la Constitución Nacional atribuye al Presidente, puede elegir entre enviar un proyecto de ley o, en forma más rápida, dictar un DNU. Tal como señalé en el apartado

2018, pág. 430.

**18.** BARRA, ob. Cit., p. 438.

anterior y para reforzar la idea corresponde decir que la excepcionalidad –que no es emergencia– es un **concepto exclusivamente político, de valoración política y no jurídica** (tal como lo son "seguridad de las fronteras" (art. 75, inc. 16), "justicia social" (art. 75, inc.19, "conmoción interior" (art. 75 inc. 29 y 99 inc. 16), entre otros) que resultan ajenos a la valoración de los jueces y propios de la acción conjunta del Presidente y del Congreso[19].

De ahí que la doctrina entiende que el DNU supone un acto complejo, lo que implica que la validez constitucional de tales normas exige la concurrencia de dos voluntades: la del Poder Ejecutivo que los dicta, y la del Poder Legislativo que controlará la existencia de los presupuestos fácticos, que habilitan al Presidente de la Nación el ejercicio de esta facultad excepcional[20].

### 3. El control del DNU

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

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

**19.** Fallos: 247:528, 305:269; 312:1882, entre otros.

**20.** PEREZ HUALDE, Alejandro, "Decretos de Necesidad y Urgencia su ley especial, Depalma, Bs. As., 1995, p. 222.

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

Por ello una intervención del Poder Judicial en esta instancia, constituiría una actuación cuanto menos prematura, toda vez que se encuentra en marcha el mecanismo institucional previsto por la Constitución Nacional y el trámite parlamentario de la Ley Nº 26.122, cual es el debido contralor por parte del órgano legislativo, del DNU dictado.

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

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

Al respecto cabe, tener presente la jurisprudencia que sostuvo que "*...las circunstancias que corresponde analizar a este Tribunal respecto de los cuestionamientos y validez constitucional del*

*decreto de necesidad y urgencia n. 18/2010 resultan sustancialmente diferentes a las sometidas a consideración de la Sra. Juez de feria de Primera Instancia....No se advierte, frente a la situación configurada a partir de la decisión presidencial, motivo suficiente que justificare a esta altura larval del proceso que el Poder Judicial interfiera en la órbita privativa de los otros Poderes que con su funcionamiento armónico, permitirían el libre juego de los mecanismos constitucionales en el marco republicano.*

*Desde tal perspectiva, este tribunal considera que se ha desdibujado la verosimilitud del derecho evaluada por la magistrado previniente, y que deben aguardarse las alternativas propias del juego de los poderes legislativo y ejecutivo que determinaran en definitiva la permanencia o el desplazamiento del presidente del Banco Central sin óbice jurídico"*[21].

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

Ello así porque el PEN puede sancionar un DNU tanto para afrontar una situación grave como también para forzar el tratamiento por la Cámaras de una propuesta legislativa. Esta tesitura refuerza la iniciativa presidencial frente a supuestos de un Congreso remiso (por ej. por mayoría opositora); pero, aun así, la última palabra seguirá siendo del Congreso ya sea por vía de revocación del DNU conforme lo establece la Ley Nº 26.122, o por la sanción de una ley derogatoria o modificatoria[22].

**21.** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala de feria, "Pérez Redrado, Hernán Martín v. Estado Nacional", sentencia del 22 enero de 2010.

**22.** BARRA, ob. cit., p.435.

En virtud de ello, los planteos judiciales que se hacen para cuestionar la vigencia de un DNU no solo deben estar al margen de una cuestión política no justiciable como la señalada, sino que, también, se debe acreditar la titularidad de un perjuicio determinado. Al respecto, la Corte Suprema tiene dicho que el daño es abstracto, cuando el demandante no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumpla la Constitución y las leyes[23].

La reforma de 1994 no ha acogido una acción popular, así lo ha sostenido reconocida doctrina, que sostuvo: "*...La reforma constitucional de 1994 no ha introducido una "acción popular", susceptible de ser ejercida por cualquier persona en todo supuesto en que se verifique una violación a la jerarquía piramidal de las normas jurídicas vigentes; el art. 43 de la C.N., para acordar legitimación para accionar judicialmente –aún cuando no requiera ya que la lesión sea personal y exclusiva, admitiéndola también ahora cuando puede afectar a un número indeterminado de personas, sea como integrantes de un grupo de ellas o de la sociedad toda- sigue exigiendo que exista perjuicio o inminencia de él"*[24].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido *"...en Fallos 321:1252, considerando 25, que admitir la legitimación en un grado que la identifique con el "generalizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes de gobierno", deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el ejecutivo y con la legislatura y lo expondría a la imputación*

**23.** Fallos: 321:1352; 323:1261; 327:2512; 331:2287, entre otros.

**24.** BIDART CAMPOS, Germán J., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, La reforma constitucional de 1994, Ediar, Bs.As., 1997, t. VI, p. 318.

*de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares. Y agregó que la protección de los contribuyentes o de los ciudadanos, dada su base potencialmente amplia, es precisamente el tipo de influencia que en una democracia debe ser utilizada ante las ramas del gobierno destinadas a ser sensibles a la actitud de la población, modalidad de naturaleza política a la que es ajeno el Poder Judicial. Es claro, en mi concepto, que tal supuesto equivaldría a una acción popular, a una defensa abstracta de la legalidad, inadmisible en nuestro ordenamiento federal…"*[25].

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Está claro que el instituto jurídico del Decreto de Necesidad y Urgencia, instrumento excepcional introducido en el texto de la Ley Fundamental luego de la reforma constitucional de 1994, buscó superar uno de los peligros del sistema presidencialistas: la parálisis gubernativa por la contradicción política entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo y en tal sentido ha fortalecido el diálogo político institucional[26].

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

El Presidente de la Nación no puede quedar prisionero de la lucha partidista que naturalmente ocurre dentro del Congreso. Por ello

**25.** Dictamen de la Procuración General de la Nación recaído en autos "Colegio de Fonoaudiólogos de la Provincia de Entre Ríos c/ E.N. s/ acción de amparo" (C. 547, XXXVI).

**26.** BARRA, ob. cit., p 436.

el dictado del DNU, fuerza la actuación del Congreso, so pena de que, ante el silencio, el DNU mantenga su vigencia normativa. De esta forma se fortalece la interacción entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Nación, estableciendo una relación de iniciativa, decisión y control recíproca.

# La delegación legislativa, a 30 años de la reforma constitucional de 1994

Por
**Juan Santiago Ylarri**[1]

**1.** *Doctor en Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires, UBA). Equivalencia de título de Doctor (Universidad Autónoma de Madrid). Máster en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España). Especialista en Derecho Administrativo Económico (Pontificia Universidad Católica Argentina). Abogado (UBA). Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). También es docente de grado y posgrado en Argentina y España. Es investigador y ha publicado dos libros y más de 60 artículos y capítulos de libros en Argentina y el exterior. Es funcionario en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.*

## I. INTRODUCCIÓN

La delegación legislativa no tuvo regulación constitucional expresa sino hasta la reforma de 1994. No obstante, ha estado presente durante décadas en la realidad constitucional argentina.

En el presente trabajo me propongo analizar las características de la delegación legislativa en Argentina antes de 1994, para luego desarrollar de qué modo ha tenido recepción constitucional este instituto. De este modo, teniendo en cuenta la amplia utilización que se ha hecho de este instituto luego de la reforma de 1994, me detendré en algunas pautas para un adecuado control de constitucionalidad sobre la delegación legislativa.

## II. LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA ANTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La delegación legislativa tiene sus primeros antecedentes en Inglaterra ya en el siglo XIV[2], y se encuentra prevista en diversos textos constitucionales en el derecho comparado. Pueden destacarse los casos de las constituciones europeas de Alemania[3], España[4], Francia[5] e Italia[6]. En nuestro continente, contienen previsiones al respecto diversas constituciones, entre las cuales pueden destacarse las de Brasil[7], Chile[8] y Colombia[9].

**2.** En efecto, en el año 1385 fue sancionada una ley de mercados que contenía delegaciones legislativas. Ver al respecto, BIANCHI, Alberto, B., *La delegación legislativa. Teoría de los reglamentos delegados en la Administración Pública*, Ábaco, Buenos Aires, 1990.

**3.** Ver art. 80, inc. 1 de la Constitución de Alemania.

**4.** Ver arts. 82 a 85 de la Constitución de España.

**5.** Ver art. 38 de la Constitución de Francia.

**6.** Ver art. 76 de la Constitución de Italia.

**7.** Ver art. 68 de la Constitución de Brasil.

**8.** Ver art. 64 de la Constitución de Chile.

**9.** Ver art. 150, inc. 10 de la Constitución de Colombia.

La Constitución no preveía, hasta la reforma constitucional de 1994, los reglamentos delegados en forma expresa. No obstante ello, Bianchi señala que no por ello carecían de fundamento normativo suficiente. De este modo, el autor, al igual que García Pelayo[10], encontraba el fundamento de los reglamentos delegados en la doctrina de los poderes implícitos. Así, entendía que la facultad del Congreso para delegar sus funciones procedía de los poderes implícitos que le acordaba el entonces art. 67, inc. 28 de la Constitución (actual 75, inc. 32), que dispone que le correspondía al Congreso "[h]acer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina"[11].

En sentido contrario, también en un trabajo previo a 1994, Sagüés discrepaba de aquella postura, y consideraba inaceptable la idea de "constitucionalizar" las delegaciones congresionales al entenderlas incluidas en el entonces art. 67, inc. 28, ya que esa norma "confiere una tarea al Congreso, y no al Poder Ejecutivo u otros entes; y de reputarse lo contrario, el artículo en cuestión significaría alterar toda la arquitectura constitucional de división de poderes"[12].

De este modo, si bien la delegación legislativa tuvo recepción constitucional de modo expreso en la reforma constitucional de 1994, con carácter previo se puede hablar –como bien señala Gelli– de un modelo de "leyes delegantes y decretos de ejecución-delegados". En la Constitución histórica solo el Congreso tenía la atribución de reglamentar los derechos constituciona-

**10.** GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid, 1999, pág. 391.

**11.** BIANCHI, Alberto B., *La delegación legislativa...*, cit., págs. 51-52.

**12.** SAGÜÉS, Néstor P., "Legislación del Poder Ejecutivo detraída del Poder Legislativo. (A propósito de los decretos 'delegados' y de 'necesidad y urgencia')", *Revista de Derecho Bancario y de la Actividad Financiera*, Nros. 1-2, ene.-abr. 1991, págs. 112-113.

les de conformidad con las disposiciones del art. 14 y el entonces art. 67, inc. 16 de la Constitución nacional (el actual art. 75, inc. 18). Sin perjuicio de ello, y en función de lo establecido por el antiguo art. 86, inc. 2 de la Constitución (el actual art. 99, inc. 2), cabe destacar que el Poder Ejecutivo "expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias".

Este tipo de reglamentos se designan con el nombre de reglamentos de ejecución o decretos reglamentarios de leyes, y eran dictados siempre que lo requería la aplicación de las leyes, dependiendo ello de la mayor o menor precisión y exactitud con que el Congreso las sancionara, debiendo respetarse el principio de legalidad establecido de modo general en el art. 19 de la Constitución nacional, o de modo más específico en materia de legalidad tributaria previsto en el art. 17 o el principio de legalidad en materia penal previsto en el art. 18. Sin embargo, "los lindes entre la sujeción al principio de legalidad o su violación –por parte del poder legislativo al delegar lo indelegable, o por parte del presidente al ejercer competencias no atribuidas– no siempre son nítidas"[13].

A fin de delimitar las fronteras dentro de las cuales el Poder Ejecutivo podía reglamentar las leyes dentro de las previsiones constitucionales, la Corte Suprema a lo largo de su jurisprudencia intentó precisar la cuestión. En este orden de ideas, Santiago (h.) y Thury Cornejo realizan una sistematización de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de delegación legislativa teniendo en cuenta las diferentes etapas de la historia de la Corte Su-

**13.** GELLI, María Angélica, "La doctrina de la emergencia económica y el control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino", en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Emergencia pública y reforma al régimen monetario*, La Ley, Buenos Aires, 2002, págs. 36-37.

prema hasta el año 2003[14]. Luego de aquella fecha, también se registran numerosos precedentes[15].

Por otro lado, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 se ha analizado la cuestión en función de las materias de la delegación[16], distinguiendo los edictos de policía[17], las multas administrativas[18] y la materia impositiva[19], entre otras[20]. Así, se ha destacado la gran cantidad de legislación que contiene delegaciones como la ley de abastecimiento 20.680[21] y la Carta Orgánica del Banco Central 20.539 y sus modificatorias, entre muchas otras.

En lo que respecta a los fundamentos para admitir la delegación, se han distinguido diversas posturas[22]. Una de ellas es que la delegación se puede fundar en la necesidad. Por ejemplo, en el precedente "Prattico" se admitió una delegación ante una situación de emergencia "como medio de hacer pronta y eficaz la acción del Estado para el logro de los fines legales perseguidos"[23]. Otros consideran que la delegación se funda en la eficacia. Al respecto, en el precedente "Laboratorios Anodia", se expresó que ejecutar una política legislativa determinada "implica también el poder de dictar normas adaptadas a las cambiantes circunstancias, sobre

**14.** Sobre el punto, ver SANTIAGO (h.), Alfonso – THURY CORNEJO, Valentín, *Tratado sobre la delegación legislativa*, Abaco, Buenos Aires, 2003, págs. 113-215. Asimismo, con relación a las diferentes etapas históricas de la Corte Suprema, ver SANTIAGO (h.), Alfonso (dir.), *Historia de la Corte Suprema*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

**15.** Al respecto, ver el análisis de SANTIAGO (h.), Alfonso – CASTRO VIDELA, Santiago M., "La delegación legislativa a 20 años de la reforma Constitucional de 1994", *Suplemento Constitucional*, La Ley, octubre 2014, pág. 165 y ss.

**16.** BIANCHI, Alberto B., *La delegación legislativa…*, cit., págs. 146 y ss.

**17.** En una primera etapa la Corte admitió la constitucionalidad de los edictos de policía, pero, en una etapa posterior, se pronunció en contra de su validez, a partir del precedente "Mouviel, Raúl O. y otros" del 17/5/1957 (Fallos: 237:636).

**18.** Se destaca el *leading case* "Delfino y Cía", 20/6/1927, Fallos: 148:430.

**19.** Caben destacar los precedentes de la CSJN, "Maschio, Francisco c/ Municip. de Buenos Aires", 6/10/1939, Fallos: 185:12; "Laboratorios Anodia S.A. c/ Nación", 13/2/1968, Fallos: 270:42; "Oliver, Manuel", 1969, Fallos: 275:89; y "Dirección General Impositiva c/ De Angelis Sociedad Anónima, Comercial, Industrial de Representaciones Financieras e Inmobiliarias", 1/4/1982, Fallos: 304:438, entre muchos otras.

**20.** Entre otras materias se destacan las tasas portuarias (CSJN, "The ´Z´ Steamship Co. Ltd. c/ Puerto de Rosario S.A.", 26/10/1934, Fallos: 171: 275), importación y exportación de mercaderías (CSJN, "Ishiy, Carlos c/ Nación Argentina", 25/8/1941, Fallos: 190:417), y la prórroga de mandato de representantes sindicales (CSJN, "Patiño Garrido, José", 18/8/1983, Fallos: 305:1110).

**21.** Al respecto, ver el exhaustivo análisis de CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de regulación para el abastecimiento. Estudio constitucional sobre los controles de precios y la producción*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 2015.

**22.** Ver SAGÜÉS, Néstor P., "Legislación del Poder Ejecutivo…", cit., págs. 117-118.

**23.** CSJN, "Prattico, Carmelo y otros c/ Basso y Cía.", 20/5/1960, Fallos 246:345.

todo en una materia que por hallarse tan sujeta a variaciones como la de que se trata, se estimó conveniente dejarla librada al prudente arbitrio del Poder Ejecutivo en vez de someterla a las dilaciones propias del trámite parlamentario"[24]. Una tercera postura es que la delegación legislativa se funda en la conveniencia y oportunidad.

Sentado ello, cabe destacar el primer *leading case* sobre la materia, el precedente "Delfino" de 1927. En el caso se precisó que existe "una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al poder ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido aún en aquellos países en que, como los Estados Unidos de América, el poder reglamentario del poder ejecutivo se halla fuera de la letra de la constitución"[25]. De este modo, la Corte Suprema distinguió entre lo que se denominó la delegación propia e impropia.

Poco tiempo después, la Corte Suprema señaló que "los decretos reglamentarios del poder administrador pueden apartarse de la estructura literal de la ley, siempre que se ajusten al espíritu de la misma; el texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión, siempre que ello no afecte su acepción sustantiva". En consecuencia, estableció que las instrucciones y reglamentos que se expidan para la mejor ejecución de las leyes no vulneran el principio instituido en el inc. 2º del art. 86 de la Constitución cuando esa reglamentación se dicte "cuidando" de que se mantengan inalterables los fines y el sentido o concepto con que dichas leyes han sido sancionadas[26].

**24.** CSJN, "Laboratorios Anodia", 13/2/1968, Fallos: 270:42.
**25.** CSJN, "Delfino y Cía", 20/6/1927, Fallos: 148:430.
**26.** CSJN, "Administración de Impuestos Internos c/ Chadwick, Weir y Cía. Ltda.", 9/4/1928, Fallos: 151:5.

Con posterioridad, en el caso "Potosí", la Corte Suprema sostuvo que en su jurisprudencia se había admitido la delegación de facultades legislativas más allá de la potestad reglamentaria del entonces art. 86, inc. 2 de la Constitución nacional. En efecto, con relación a un decreto que se impugnaba en el caso, manifestó que "es jurisprudencia conocida de esta Corte la que admite tal delegación de las facultades del Congreso, para que las ejerza más allá de las ordinarias de reglamentación que le otorga el art. 86, inc. 2º, de la Ley Fundamental, aunque dentro de los límites previstos en su art. 28"[27]. En el mismo sentido, más adelante en el tiempo, la Corte Suprema en el precedente "D'Anna" distinguió los decretos reglamentarios de los decretos delegados, admitiendo con claridad cuando hay propiamente delegación y no reglamentación[28].

En este contexto jurisprudencial, se ha afirmado que la delegación impropia, con un alcance más o menos amplio, recorrió en nuestro país dos caminos: el ordinario o el extraordinario de emergencia. "El tiempo mostró como la administración ejercía cada vez más amplio las facultades delegadas y como el poder ejecutivo las encontraba incluso allí donde no las otorgaba la ley, ya sea que la norma del Congreso dejara las determinaciones al Poder Ejecutivo por causas de administración eficaz y oportuna o para responder, rápidamente, a las convulsiones económicas y sociales que planteaba la emergencia"[29].

En esta línea, Sagüés ha puntualizado que en la Argentina existía una sólida corriente jurisprudencial de la Corte Suprema que "merced a juegos de palabras y disfraces normativos, consienten verdaderas delegaciones de competencias congresionales al presidente, encubiertas bajo el manto del ejercicio de las po-

**27.** CSJN, "Potosí S.A. y otros c/ Nación", 17/5/1973, Fallos: 285:443, considerando 7.

**28.** CSJN, "D'Anna, Carlos Alberto y otros c/ Siam Sociedad Industrial Americana Maquinarias S. A.", 17/3/1988, Fallos: 311:290.

**29.** GELLI, María Angélica, "La doctrina de la emergencia económica...", cit., págs. 37-38.

testades reglamentarias del art. 86, inc. 2 de la C.N. La jurisprudencia de marras niega casi siempre que exista delegación, pero ella queda de todos modos consumada y aprobada"[30]. En este sentido, el autor citado ha precisado que con carácter previo a la reforma constitucional de 1994 el derecho constitucional consuetudinario había autorizado la delegación de competencias legislativas en el presidente. En este sentido, refiere que la jurisprudencia de la Corte Suprema "ha aceptado esa delegación, denominándola, las más de las veces 'ejercicio de las potestades reglamentarias del Poder Ejecutivo', bajo el disfraz del art. 86, inc. 2, de la CN". De este modo, indicó que hasta la reforma de 1994 parecía que del derecho constitucional consuetudinario emergía una especie de art. 67 *bis* de la Constitución con el siguiente contenido normativo: "El Congreso podrá delegar por ley determinadas competencias suyas en el Poder Ejecutivo u otros órganos. La ley de habilitación deberá enunciar la política legislativa"[31].

Por su parte, Bianchi ha expresado que la jurisprudencia de la Corte Suprema nunca había admitido, de derecho, la delegación de facultades legislativas como tal, es decir, como atribución del Legislativo de un sector de su competencia al Ejecutivo. En cambio, con una mayor o mejor amplitud, si la ha admitido de hecho, pues no cabían dudas de que hubo casos en donde las normas cuestionadas trasuntaban, claramente, una delegación de funciones en el órgano Ejecutivo y, sin embargo, la Corte admitió su procedencia por vía de la reglamentación prevista en el entonces art. 86, inc. 2 de la Constitución. El autor considera que la Corte advirtiendo la necesidad de tolerar esa delegación, no quiso, pese a ello, llamarla de esa forma, prefiriendo encuadrarla jurídicamente como una mera reglamentación de la ley[32].

**30.** SAGÜÉS, Néstor P., "Legislación del Poder Ejecutivo...", cit., pág. 108.
**31.** SAGÜÉS, Néstor P., "Legislación del Poder Ejecutivo...", cit., págs. 114 y 126.
**32.** BIANCHI, Alberto B., *La delegación legislativa...*, cit., pág. 146.

## III. LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

En la reforma constitucional de 1994 se incorporó el art. 76 que estableció los requisitos de validez de la delegación legislativa. A continuación, abordaré estas pautas, así como lo atinente a lo dispuesto por la disposición transitoria octava de la Constitución. Seguidamente, me referiré a cómo ha sido la práctica institucional de la utilización de este mecanismo normativo.

### *a. Los requisitos de validez de la delegación legislativa*

El art. 76 de la Constitución dispone en su primer párrafo que "[s]e prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca". A su vez, en el segundo párrafo se determina que "[l]a caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa"[33].

Se ha señalado que el constituyente de 1994 no pretendió confirmar el esquema de delegación legislativa anteriormente vigente, sino crear uno nuevo y distinto, por lo que su intención central fue separar definitivamente los conceptos de delegación y reglamentación legislativa, quebrando así la anterior asimilación so-

**33.** Respecto del contenido del art. 76, puede verse el exhaustivo análisis de CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio: una mirada crítica al agujero negro de la regulación*, Ábaco, Ciudad de Buenos Aires, 2017, págs. 63 y ss. En el trabajo me limito a analizar el art. 76 de la Constitución. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que los autores citados en el párrafo precedente consideran que en la actualidad existen dos planos de delegación legislativa: un plano general, que comprende aquellas delegaciones realizadas en sujetos ajenos al "Poder Ejecutivo", que encuentra su fuente en el art. 75, inc. 32; y otro plano específico, que es el que fue regulado expresamente y de modo estricto en el art. 76 con el objeto de controlar y atenuar el poder presidencial.

bre la que se basaba el régimen jurisprudencial anteriormente vigente[34].

De este modo, la Constitución admite la delegación "en materias determinadas de administración o de emergencia pública". Muy acertadamente la doctrina ha señalado que cuando el texto utiliza el término "determinadas" está usado en la acepción de "precisadas", por lo que el artículo prohíbe una delegación legislativa genérica o ambigua[35].

En cuanto a las materias de administración, aquí me limitaré a señalar que el Congreso ha reglamentado su alcance en la ley 25.148[36]. De este modo, dispuso que se considerarán materias determinadas de administración, aquellas que se vinculen con las siguientes cuestiones: la creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y toda otra entidad que por disposición constitucional le competa al Poder Legislativo crear, organizar y fijar sus atribuciones; la fijación de las fuerzas armadas y el dictado de las normas para su organización y gobierno; la organización y atribuciones de la Jefatura de Gabinete y de los Ministerios; la creación, organización y atribuciones de un organismo fiscal federal, a cargo del control y fiscalización de la ejecución del régimen de coparticipación federal; la legislación en materia de servicios públicos, en lo que compete al Congreso de la Nación; y "toda otra materia asignada por la Constitución Nacional al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país".

**34.** SANTIAGO (h.), Alfonso – THURY CORNEJO, Valentín, *Tratado sobre la delegación…*, cit., pág. 367.

**35.** GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 4° ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, pág. 269. En igual sentido, se señala que la delegación debe ser como principio en materia expresa y concreta (no indeterminada) (CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio…*, cit. pág. 91).

**36.** B.O. 24/8/1999.

En lo que respecta al término "emergencia pública", se ha dicho que el mismo no exhibe claridad[37], o que no resulta claro qué debe entenderse por ésta[38]. Así, este vocablo ha sido visto de un modo crítico por parte de la doctrina al entender que la apelación a la emergencia pública no constituye "límite alguno en una realidad institucional como la argentina"[39]. Por el contrario, otro autor ha relacionado aquel concepto con el poder de policía de emergencia, de modo que considera que no se trata de un concepto desconocido en el derecho público argentino[40].

En este contexto, cabe señalar que la noción de emergencia pública constituye un concepto jurídico indeterminado[41], y se la ha definido como una "situación fáctica excepcional que altera negativamente a la sociedad o a alguno de sus sectores, impidiendo la concreción del bien común al desestabilizarla institucional, económica o socialmente. De allí que la 'emergencia pública' no es una materia, sino una circunstancia imprevisible o que siendo previsible es inevitable, de tal manera que ella podrá referirse a distintas materias"[42]. En el mismo sentido, se ha indicado que la situación de emergencia pública es un concepto jurídico indeterminado y "requiere que se produzca una gravísima situación de emergencia, que esa emergencia sea pública y general, que sea susceptible de afectar la subsistencia del Estado y que ella sea reconocida y declarada por el Congreso"[43].

Por otro lado, se han enumerado distintos tipos de emergencias que pueden ser encuadradas dentro del vocablo "emergencia

**37.** BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 2000, t. III, pág. 156.

**38.** SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo, "Control de constitucionalidad y delegación legislativa", *Discusiones*, Nº 12, 2013, pág. 83.

**39.** SABSAY, Daniel A. – ONAINDIA, José M., *La Constitución de los argentinos*, 6º ed., Errepar, Buenos Aires, 2004, pág. 255.

**40.** COMADIRA, Julio R., "Los reglamentos delegados", en VV.AA., *Acto Administrativo y Reglamento, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*, RAP, Buenos Aires, 2002, págs. 679-695.

**41.** SANTIAGO (h.), Alfonso – THURY CORNEJO, Valentín, *Tratado sobre la delegación...*, cit., pág. 393.

**42.** SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos I., "Formulaciones, proposiciones y anotaciones para interpretar la delegación legislativa", *La Ley*, t. 1997-A, pág. 977. Del mismo autor, ver "Delegación legislativa: fuente e interpretación", *La Ley*, t. 2009-B, pág. 538.

**43.** CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, t. I, págs. 187-188.

pública": "naturales (inundaciones, terremotos, incendios, sequías, etc.), políticas (sublevaciones, saqueos, etc.), militares (guerras), económicas (hiperinflación, recesiones prolongadas, *default*, etc.), administrativas (necesidad de transformaciones profundas en la organización o actividades de la Administración Pública, situaciones de parálisis o bloqueo administrativo, etc.), sociales (huelgas prolongadas, situaciones de pobreza extrema que afecten a sectores importantes de la sociedad, tasas elevadas y continuas de desempleo), alimentarias, habilitaciones, etc."[44].

Por otro lado, si bien de modo expreso el art. 76 de la Constitución no establece materias vedadas, como sí lo indica el art. 99, inc. 3 respecto de los decretos de necesidad y urgencia, cabe señalar que la Corte Suprema ha señalado, por ejemplo, que los elementos esenciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias del art. 76 de la Constitución nacional[45].

Otra de las cuestiones que suscita una gran controversia es la posibilidad de delegar a sujetos distintos del Presidente, dado que el artículo 76 de la Constitución sólo admite excepcionalmente la delegación legislativa "en el Poder Ejecutivo". La mayoría de la doctrina considera inconstitucional la delegación legislativa en sujetos distintos del Presidente, aunque la práctica constitucional ha recorrido otro camino, pues se registran delegaciones no solo al Poder Ejecutivo, sino también a la Jefatura de Gabinete de Ministros, a diversos ministerios e incluso a secretarías, subsecretarías y direcciones nacionales[46]. Es decir, que en la prácti-

**44.** SANTIAGO (h.), Alfonso – THURY CORNEJO, Valentín, *Tratado sobre la delegación…*, cit., pág. 394.

**45.** CSJN, "Selcro S.A. c/ Jefatura de Gabinete de Ministros", 21/10/2003, Fallos: 326:4251; "Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/ amparo", 15/4/2014, Fallos: 337:388; y "Festival de Doma y folklore c/ Estado Nacional s/ acción meramente declarativa de derecho", 20/2/2018, Fallos: 341:101, disidencia de los doctores Lorenzetti y Maqueda.

**46.** Respecto del debate aludido, ver el análisis de CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio…*, cit. pág. 171 y ss. Con sustento en el art. 75, inc. 32, los autores admiten la delegación en sujetos distintos que el Presidente. Los autores se han referido al tema más recientemente en su trabajo "Delegación legislativa en el Poder Ejecutivo. Apuntes sobre las exigencias de validez de los reglamentos delegados", *Revista de Derecho Administrativo*, Nº 152, 2024,

ca quienes en ocasiones ejercen la potestad legislativa no son ni el Poder Legislativo ni, excepcionalmente, el Poder Ejecutivo, sino funcionarios de menor rango elegidos discrecionalmente por el Presidente.

### *b. La disposición transitoria octava de la Constitución y la ley 25.148*

A su turno, la disposición transitoria octava de la Constitución establece que "[l]a legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley".

En virtud de lo estipulado por la citada disposición, la ley 25.148 ratificó en el Poder Ejecutivo, por el plazo de tres años y con arreglo a las bases oportunamente fijadas por el Poder Legislativo, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública, emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento, sin perjuicio de la facultad derogatoria del Poder Legislativo. Asimismo, se estableció que el Poder Ejecutivo Nacional iba a ejercer su atribución con arreglo a lo dispuesto en el art. 100, inc. 12 de la Constitución.

En el art. 2º, se precisaron las materias que se considerarían "materias determinadas de administración" a los efectos de la ley, ya mencionada. Por otro lado, se aprobó la totalidad de la legislación delegada, dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994, y se aclaró que las normas dictadas por el Poder Ejecutivo en ejercicio de sus fa-

---

págs. 18-65 (sobre esta cuestión, ver especialmente las págs. 38-39).

cultades propias de reglamentación, derivadas de lo dispuesto en el art. 99, inc. 2 de la Constitución nacional, no se encontraban alcanzadas por las disposiciones de la ley.

A su vez, la ley 25.414[47] facultó al Poder Ejecutivo nacional al ejercicio de distintas atribuciones hasta el 1/3/2002, estableciendo las materias determinadas de su ámbito de administración y de emergencia pública. Sin embargo, fue derogada por la ley 25.556[48]. Posteriormente, aquella ratificación se prorrogó por las leyes 25.645[49], 25.918[50], 26.135[51], y por la ley 26.519[52], habiéndose operado el plazo previsto por la última ley mencionada el 24/8/2010[53].

Sobre la ley 25.148, Bianchi sostiene que la misma tuvo cuatro abordajes: "a) la legislación delegante sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública dictada con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento, fue ratificada por tres años, es decir, hasta agosto de 2002; b) se reglamentó el concepto "materias determinadas de administración", contenido en el Artículo 76; c) se aprobó la totalidad de la legislación delegada, dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994; y d) quedó establecido que la Ley Nº 25.148 no comprendía los reglamentos ejecutivos".

Sobre el punto, el mismo autor sostiene que la ley 25.148 resolvió dos problemas, y creó uno nuevo. En efecto: "(a) resolvió qué

**47.** B.O. 30/3/2001.
**48.** B.O. 28/12/2001.
**49.** B.O. 13/9/2002.
**50.** B.O. 24/8/2004.
**51.** B.O. 24/8/2006.
**52.** B.O. 24/8/2009.
**53.** Sobre el punto ver BIANCHI, Alberto B., "24 de agosto", *El Derecho*, t. 238, pág. 946.

debe entenderse por 'materias determinadas de administración' y (b) cumplió con la Disposición Transitoria Octava al ratificar toda la legislación delegada anterior a la reforma de 1994. Al mismo tiempo, creó el problema de tener que revisar la legislación delegante 'sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública dictada con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento'. Esta obligación no estaba impuesta por la Constitución". Señaló, asimismo, que en tanto el plazo fijado en la ley 26.519 para revisar la legislación delegante venció el 24/8/2010 y no ha sido prorrogado, significaría que podría haber una cierta cantidad de leyes delegantes que al día de hoy han perdido sus efectos, generándose una gran incertidumbre[54].

### *c. La práctica institucional (e inconstitucional)*

La práctica institucional en estos 30 años muestra que se ha hecho uso de este instrumento normativo con enormes abusos.

En esta línea, sin perjuicio de los exigentes requisitos establecidos constitucionalmente para habilitar la delegación legislativa, lo cierto es que la doctrina ha puesto de relieve que a partir de 1994 se han sancionado una gran cantidad de leyes que contienen importantes delegaciones legislativas en el Poder Ejecutivo, en sus órganos subordinados e incluso en entes descentralizados. En efecto, se ha precisado que algunas veces el Congreso puso en marcha de modo claro y expreso el mecanismo de la delegación legislativa previsto en el art. 76 de la Constitución Nacional, por ejemplo, con la sanción de las leyes 24.269, 25.414 y

**54.** BIANCHI, Alberto B., "La delegación legislativa: evolución y estado actual", *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, Nº 3, 2015, págs. 27-28. Sobre el tema, ver también el exhaustivo análisis de la ley efectuado por SANTIAGO (h.), Alfonso – THURY CORNEJO, Valentín, *Tratado sobre la delegación…*, págs. 487-520. Sin embargo, puede decirse que esta incertidumbre fue despejada con la sanción de Digesto Jurídico Argentino por la ley 26.939 (B.O. 16/6/2014). En relación con el Digesto Jurídico Argentino, ver el trabajo que realicé en co-autoría con Adrián Timpanaro R., "La pauperización del procedimiento de sanción de leyes. A propósito del Digesto Jurídico Argentino", *Erreius on line*, Errepar, diciembre 2014.

25.561. A su vez, otras veces el Congreso encomendó y habilitó de modo muy amplio la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo –sea al Presidente, al Jefe de Gabinete, a los ministros, o a organismos administrativos– aunque con serias dudas acerca de si se trataban o no de una verdadera delegación legislativa, decidida de modo inadecuado y sin seguir los requisitos exigidos en el mencionado artículo 76[55].

Por otro lado, en lo que respecta al plazo para el ejercicio de la delegación, no puede decirse que las pautas emanadas de la Constitución hayan servido para limitar el modo en que se ha utilizado la delegación legislativa.

Cabe destacar de forma particular la sanción de la ley 25.561[56] que, para hacer frente a la crisis de finales del año 2001, y con arreglo a lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución, declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo nacional numerosas facultades, por el término de dos años. Sin embargo, la mencionada norma ha sido prorrogada en nueve ocasiones, y se mantuvo vigente hasta el mes de diciembre del año 2017, sin perjuicio de que la declaración de emergencia social fue prorrogada hasta el mes de diciembre de 2019. Así las cosas, la ley 25.561 fue prorrogada por la ley 25.972 hasta el 31/12/2005; por la ley 26.077[57] hasta el 31/12/2006; por la ley 26.204[58] hasta el 31/12/2007; por la ley 26.339[59] hasta el 31/12/2008; por la ley 26.456[60] hasta el 31/12//2009; por la ley 26.563[61] hasta el 31/12/2011;

**55.** SANTIAGO (h.), Alfonso – CASTRO VIDELA, Santiago M., "La delegación legislativa a 20 años...", cit. pág. 165 y ss.
**56.** B.O. 7/1/2002.
**57.** B.O. 10/1/2006.
**58.** B.O. 20/12/2006.
**59.** B.O. 4/1/2008.
**60.** B.O. 16/12/2008.
**61.** B.O. 22/12/2009.

por la ley 26.729[62] hasta el 31/12/2013; por la ley 26.896[63] hasta el 31/12/2015; y por la ley 27.200[64] hasta el 31/12/2017. Finalmente, la ley 27.345[65] prorrogó la emergencia social hasta el 31/12/2019. No sólo es criticable que la norma haya permanecido en vigencia durante un plazo extremadamente extenso, sino que la doctrina ha puesto de relieve que aquellas facultades delegadas se aproximaban peligrosamente a la prohibición del art. 29 que determina que el Congreso no puede conceder al Poder Ejecutivo la suma del poder público[66].

La utilización de la delegación legislativa no ha mejorado desde la última vez que escribí sobre la cuestión, en ocasión de los 25 años de la reforma constitucional[67]. En efecto, hacia finales del año 2019, el Congreso sancionó la ley 27.541[68] que declaró la emergencia en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y delegó numerosas facultades al Ejecutivo. Pocas semanas después, sobrevino la crisis del Covid-19 y se dictaron numerosos decretos de necesidad y urgencia para atender la emergencia sanitaria y sus consecuencias económicas y sociales. De manera particular, el decreto 260/20, amplió "la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley Nº 27.541"[69]. Sin embargo, creo que el Presidente no podría ampliar una "emergencia pública", pues precisamente es al Congreso a quien le corres-

**62.** B.O. 28/12/2011.

**63.** B.O. 22/10/2013.

**64.** B.O. 4/11/2015.

**65.** B.O. 23/12/2016. A su vez, en la mencionada norma se creó el Consejo de la Economía Popular y el Salario Social Complementario.

**66.** BIANCHI, Alberto B., "La emergencia desjuridiza. La emergencia absoluta desjuridiza absolutamente (análisis de la ley 25.587)", *Debates de Actualidad*, AADC, Vol. 187, pág. 23.

**67.** YLARRI, Juan S., "La delegación legislativa: origen, evolución y los alcances de su control, a 25 años de la reforma constitucional", en MANILI, Pablo L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994*, Hammurabi, Buenos Aires, 2019, págs. 391-411.

**68.** B.O. 23/12/2019, ley denominada de Solidaridad Social y Reactivación Productiva.

**69.** A modo de ejemplo, cabe mencionar que en los considerandos del decreto 319/20 se indica que la norma "se dicta en el marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social establecida por la Ley Nº 27.541, la ampliación de la emergencia sanitaria dispuesta por el Decreto Nº 260/20 y su modificatorio...". A su vez, en los considerandos del decreto 320/20 se sostiene que "por el Decreto Nº 260 del 12 de marzo de 2020 se amplió en nuestro país la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley Nº 27.541, por el plazo de UN (1) año, en virtud de la pandemia declarada".

ponde declarar las características de la "emergencia pública" y establecer las bases de la delegación y el plazo de la misma. Al mismo tiempo, tampoco podría el Poder Ejecutivo prorrogar la norma delegante tal como lo hizo a través de diversos decretos hasta el 31/12/2023[70]. Es decir, que se ha dado un caso en que el Presidente se ha "auto-delegado" funciones legislativas, y ha "auto-prorrogado" su vigencia, lo cual contraviene claramente la Constitución[71].

## IV. LOS ALCANCES DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA

Teniendo en cuenta la práctica inconstitucional en esta materia, a continuación desarrollaré una serie de pautas para el control judicial de la delegación legislativa, a la luz de los precedentes de la Corte Suprema.

### *a. Precedentes anteriores a la reforma constitucional*

Así las cosas, la Corte Suprema a lo largo de las décadas ha adoptado diversas pautas para el control de la delegación legislativa. En efecto, desde el año 1927, en el precedente "Delfino"[72], ya citado, la Corte Suprema distinguió entre delegar el poder de hacer la ley, y "conferir cierta autoridad al poder ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla".

**70.** Cfr. Decretos 167/2021 (B.O. 11/3/2021), 687/2021 (B.O. 24/12/2021) y 863/2022 (B.O. 30/12/2022).

**71.** Sobre la cuestión, me remito a lo que expuse en "El control judicial de las medidas de emergencia", en VV.AA., *Potestades administrativas y Garantías en el Estado Constitucional contemporáneo*, Procuración del Tesoro de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2023, págs. 645-673.

**72.** CSJN, "Delfino y Cía", 20/6/1927, Fallos: 148:430.

Más adelante en el tiempo, en el caso "Praticco"[73], en el cual se discutía la validez de un decreto por el cual se había establecido un aumento mínimo de emergencia, el máximo tribunal entendió que no se daba una inválida delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, en tanto la política legislativa había sido claramente establecida. En efecto, afirmó que "tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida".

Posteriormente, en el año 1993, la Corte Suprema efectuó la distinción entre delegación propia e impropia en el precedente "Cocchia"[74]. En el mismo, sostuvo que en nuestro sistema no podría considerarse la existencia de reglamentos delegados o de delegación legislativa, en sentido estricto, entendiendo por tal al acto del órgano legislativo por el cual se transfiere, aun con distintos condicionamientos, en beneficio del ejecutivo, determinada competencia atribuida por la Constitución al primero de tales órganos constitucionales. "Distinto es el supuesto de lo que es posible denominar 'delegación impropia' –por oposición a la antes indicada delegación en sentido estricto, donde existe una verdadera transferencia de competencia o dejación de competencia– la que ocurre cuando el legislador encomienda al Ejecutivo la determinación de aspectos relativos a la aplicación concreta de la ley, según el juicio de oportunidad temporal o de conveniencia de contenido que realizará el poder administrador".

**73.** CSJN, "Prattico, Carmelo y otros c/ Basso y Cía.", 20/5/1960, Fallos 246:345.
**74.** CSJN, "Cocchia, Jorge D. c/ Estado Nacional y otro", 2/12/1993, Fallos: 316:2624.

En el caso, consideró que era válido un decreto que modificaba un convenio colectivo de una actividad portuaria, en tanto respetaba el "bloque de legalidad"[75].

### *b. Precedentes posteriores a la reforma constitucional: el leading case "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal"*

Como ya indiqué, la reforma constitucional de 1994 incorporó el art. 76 que estableció los presupuestos de admisibilidad de la delegación legislativa y sus límites. Así, teniendo en cuenta el nuevo texto constitucional, en el precedente "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal"[76], la Corte se refirió específicamente a los requisitos y alcances del control judicial sobre la delegación legislativa[77].

El máximo tribunal señaló que el art. 76 de la Constitución, el cual se refiere a los decretos dictados en uso de facultades delegadas (o "decretos delegados"), establece tres requisitos básicos: 1) que se limiten a "materias determinadas de administración o emergencia pública"; 2) que se dicten dentro del plazo fijado para su ejercicio y 3) que se mantengan "dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca". El artículo 100, inciso 12 añade un cuarto requisito, a saber, 4) que los decretos así dictados sean refrendados por el jefe de gabinete de ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación[78].

---

**75.** Considerando 13.

**76.** CSJN, "Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN - PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/ amparo", 4/11/2008, Fallos: 331:2406.

**77.** Esta doctrina fue reiterada con posterioridad en el caso CSJN, "Provincia de Santa Fe c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 24/11/2015, Fallos: 338:1389, considerando 21 y ss. Sin embargo, cabe notar que hay parte de la doctrina que si bien reconoce que el caso "Colegio Público de Abogados" constituye un intento por delimitar el ejercicio de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo, lo cierto es que las doctrina sentada es "notoriamente confusa" (SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo, "Control de constitucionalidad...", cit., págs. 81-100).

**78.** Considerando 9.

En este contexto, la Corte Suprema se refirió a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos sobre el modo constitucionalmente aceptable en que debe tratarse la práctica de la delegación legislativa. Sostuvo que un factor central de la validez de la actividad llevada a cabo en ejercicio de facultades delegadas es la formulación por el Congreso de un patrón o directriz inteligible y clara a la cual debe sujetarse el Presidente ("*intelligible principle*")[79].

De este modo, citando a la Suprema Corte norteamericana, precisó que "no es suficiente decir que el Congreso manifestó su voluntad de delegar una cierta atribución (*authority*)", pues, "como regla general, debe también establecer por acto legislativo un principio inteligible al cual la persona o cuerpo autorizado tiene que conformarse. La regla del principio inteligible busca hacer cumplir la idea de que el Congreso no puede delegar el poder de hacer leyes y, por ende, puede delegar no más que el poder de decidir los programas y medidas que pongan en práctica sus leyes"[80].

Así, el máximo tribunal de nuestro país indicó que la exigencia del derecho constitucional norteamericano de que las leyes delegatorias contengan un principio claro e inteligible al cual debe ajustarse la autoridad delegada tiene su correlato en dos conceptos contenidos en el art. 76 de la Constitución nacional: el carácter determinado de las materias de administración y la exigencia de que la actividad delegada se mueva "dentro de las bases que el Congreso establezca". En este contexto, la Corte Suprema sostuvo que el riesgo que enfrentan las constituciones al admitir la

**79.** Para el control de la delegación legislativa, la Corte Suprema ha seguido de cerca la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana. En relación con la delegación legislativa en Estados Unidos, ver el trabajo de mi autoría "La influencia de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en la doctrina de la emergencia económica en Argentina", *El Derecho Administrativo*, Nº 10, Octubre 2020.

**80.** SCEU, "Loving v. United States", 3/6/1996, 517 U.S. 748, en pág. 771.

delegación legislativa "es que ésta se lleve a cabo de manera extremadamente amplia e imprecisa. Los caminos que se abren a los tribunales que deben resolver impugnaciones fundadas en el uso excesivo de facultades delegadas de manera indeterminada son en general dos: o bien anular la ley delegatoria por no fijar un lineamiento inteligible, o bien interpretar muy restrictivamente la eficacia de la delegación y, por lo tanto, limitar las posibilidades de que el acto en cuestión pueda encontrar apoyo en la delegación excesivamente vaga"[81].

Por lo tanto, estableció que de lo expuesto se desprendía que: "1º) la delegación sin bases está prohibida y 2º) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate"[82].

### *c. Test diferenciado de constitucionalidad*

La Corte Suprema en el precedente "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal" ha aplicado un test diferenciado de constitucionalidad, en particular, el de interpretación restrictiva.

En efecto, existen diversos tipos de control diferenciado de constitucionalidad, entendido estos como una regla o conjunto de reglas que establece que, en ciertos casos, el control de constitucionalidad debe efectuarse de una manera diferente a la habitual[83]. En este sentido, en el derecho norteamericano

**81.** Considerando 11.

**82.** Considerando 12.

**83.** SANCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo – ELIAS, José Sebastián, "Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los

se distinguen diversos niveles de escrutinio, cuando se analiza la razonabilidad de una norma. Estos son el test de la base racional, el escrutinio intermedio y el escrutinio estricto[84]. En nuestro ámbito, sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Suprema de nuestro país, se han desarrollado diversos tipos de control diferenciado de constitucionalidad entre los cuales se encuentra la interpretación estricta[85] antes mencionada y la interpretación restrictiva, entre otros.

Ahora bien, teniendo en cuenta el principio general de prohibición al Poder Ejecutivo de dictar disposiciones de carácter legislativo, ¿debe aplicarse a este tipo de normas un control diferenciado de constitucionalidad? Como lo indicó la Corte Suprema en el caso antes mencionado, a la delegación legislativa corresponde aplicar una interpretación restrictiva. La misma consiste en afirmar "que una norma que confiere facultades (en el caso, la de dictar decretos delegados) debe ser identificada de cierto modo (mediante una interpretación restrictiva), de manera que el interesado debe probar en ciertas condiciones (cuando las bases son poco claras) que un acto de supuesto ejercicio de esa facultad (el dictado de un decreto delegado específico) constituye un ejercicio válido de esa facultad"[86].

De este modo, se considera que a la delegación legislativa corresponde aplicarle un test diferenciado de constitucionalidad, que se aparte de una extremada deferencia a lo decidido por los

---

decretos de necesidad y urgencia", *Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Jurisprudencia Argentina, 26/12/2012, pág. 5 y ss.

**84.** Con relación a los diversos niveles de escrutinio, ver CHEMERINSKY, Erwin, *Constitutional law: principles and policies*, 2º ed, Wolters Kluwer Law and Business, New York, 2002, pág. 642 y ss.; y SULLIVAN, Kathleen M. – GUNTHER, Gerald, *Constitutional law*, 15º ed., Foundation Press, New York, 2004, pág. 640, quienes tratan la cuestión cuando analizan el derecho a la igualdad. En particular sobre el escrutinio estricto, ver FALLON Jr., Richard H., "Strict Judicial Scrutiny", *UCLA Law Review*, vol. 54, 2007, pág. 1267 y ss.

**85.** Este tipo de escrutinio es aquel "que exige presumir que esos actos o normas son inconstitucionales y distribuir la carga probatoria al interesado (con cierto contenido específico). Ese mecanismo se activa cuando hay actos o normas discriminatorias que establecen distinciones sobre la base de criterios prohibidos. Y se justifica por el carácter categórico, claro o expreso, de la prohibición (o, si se quiere, por la importancia de los valores en juego según el argumento que se acaba de sugerir)" (SANCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo – ELIAS, José Sebastián, "Tipos de control diferenciado...", cit., pág. 5 y ss.). Un ejemplo de este tipo de escrutinio es el precedente "Hooft, Pedro C. F. c/ Provincia de Buenos Aires", 16/11/2004, Fallos: 327:5118.

**86.** SANCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo – ELIAS, José Sebastián, "Tipos de control diferenciado...", cit., pág. 5 y ss.

órganos políticos. La "interpretación restrictiva" es una pauta de control de constitucionalidad adecuada para la revisión judicial de este tipo de normas, teniendo en cuenta que de modo claro la Constitución establece que en principio están prohibidas[87].

La procedencia de este tipo de control diferenciado, la interpretación restrictiva, ya había sido puesta de relieve en los debates de la Convención Constituyente[88]. En la misma línea, la doctrina ha destacado que el ejercicio de las facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo constituye una excepción[89] y que son de interpretación restringida[90]. Así se ha señalado que las facultades legislativas del Presidente deben estar sujetas a un examen riguroso[91], o cuidadoso[92] debiendo ser interpretadas con carácter restrictivo[93]. A su vez, la doctrina ha señalado que los supuestos de delegación legislativa a favor de entes u órganos administrativos, deben interpretarse aún más restrictivamente[94].

Sin perjuicio de ello, considero que tampoco correspondería aplicar un escrutinio severamente estricto y presumir dichas normas inconstitucionales, toda vez que no puede desconocerse que es un

---

**87.** Esta cuestión la desarrollé en el libro *La emergencia económica. El control de constitucionalidad de la situación de emergencia económica y su declaración normativa*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 2019.

**88.** En efecto, el ministro Maqueda en su disidencia en el caso "Caligiuri, Rosa Clara c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionado" del 26/8/2008 (Fallos: 331:1927), citó los debates de la Convención Constituyente de 1994, donde se expresó que "es nuestra intención principal atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del Presidente. Por ello –a nuestro criterio– cada vez que exista una duda acerca del alcance que haya que otorgar a las cláusulas que estamos sancionando, la duda debe ser resuelta interpretando de la manera más restrictiva posible las facultades presidenciales" (considerando 8).

**89.** GELLI, María Angélica, "La revisión judicial de la normativa de emergencia, entre las coordenadas del control de constitucionalidad", *Suplemento Constitucional*, La Ley, agosto 2010, pág. 41 y ss.

VDALLA VÍA, Alberto R., "Control de la emergencia…", cit., pág. 19).

**91.** GARGARELLA, Roberto, "In Search of Democratic Justice—What Courts Should Not Do: Argentina, 1983–2002", en GLOPPEN, Siri – GARGARELLA, Roberto – SKAAR, Elin (eds.), *Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies*, Frank Cass, Portland, Oregon, 2004, pág. 139

**92.** ELIAS, José Sebastián, "The Constitutional Protection of Property Rights in Argentina: A Reappraisal of the Doctrine of Economic Emergency", *Yale Law School Dissertations*, 5, 2014, pág. 422 (disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsd/5/. Consulta el 7/4/2024).

**93.** SABSAY, Daniel A., "Control de la facultad del PEN de dictar decretos de necesidad y urgencia", *La Ley*, t. 2010-A, pág. 278; ELIAS, José Sebastián, "Urgencia, necesidad y decretos", *Suplemento Universidad de San Andrés*, La Ley, 21/12/2010, pág. 7 y ss.

**94.** CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, "Aproximación al principio restrictivo en el dictado e interpretación de regulaciones económicas. Aportes sobre sus fundamentos, alcances y aplicaciones", *Suplemento Administrativo*, El Derecho, diario del 31/3/2017, pág. 3.
Sin embargo, no puede dejar de mencionarse que hay doctrina que considera que de modo alguno corresponde aplicar una interpretación restrictiva en el control de las facultades legislativas del Presidente (BARRA, Rodolfo – LICHT, Miguel, "Los decretos de necesidad y urgencia", *La Ley*, diario del 3/3/2016, pág. 1 y ss.).

mecanismo normativo previsto en la Constitución, aunque sujeto a muchas limitaciones[95].

Finalmente, cabe indicar que más adelante en el tiempo la Corte Suprema ha reafirmado el criterio de interpretación restrictiva sentado en el caso "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal". Así, en el precedente "YPF c/ Esso", en el cual se debatía la validez de una subdelegación, señaló que "no resulta suficiente invocar una ley genérica o poco específica para justificar que la subdelegación se encuentra permitida. En este punto, cabe recordar que el instituto de la delegación es de interpretación restrictiva, tanto cuando ocurre entre órganos de la administración (artículo 3º de la ley 19.549), como cuando se trata de delegación de facultades de un Poder del Estado a otros, en particular, cuando se delegan facultades legislativas en órganos del Poder Ejecutivo, en tanto se está haciendo excepción a los principios constitucionales de legalidad y división de poderes"[96].

Asimismo, en el caso "Provincia de Santa Fe", la Corte Suprema se refirió nuevamente a la "interpretación restrictiva". Expuso que "a la hora de examinar la validez constitucional de una detracción de recursos sobre la masa coparticipable como la que consagra la norma impugnada en este proceso, así como los límites constitucionales fijados al ejercicio de la potestad en virtud de la cual ese mecanismo fue dispuesto, se impone una interpretación restrictiva pues, en definitiva, lo que se encuentra en juego es

**95.** En esta línea, puede destacarse la opinión de la doctrina que señala que "[s]i bien no somos partidarios de la utilización de normas de emergencia en virtud de que estamos convencidos de que el Estado de emergencia es inversamente proporcional al Estado de Derecho, lo cierto es que tales normas resultan constitucionales cuando se dan los presupuestos fácticos que justifiquen esa situación" (SABSAY, Daniel A. – FERNÁNDEZ, Cristian H., "El fomento de las industrias y la emergencia económica", *La Ley*, diario del 5/7/2016, pág. 1 y ss.).

**96.** CSJN, "YPF S.E. c/ Esso SAPA s/ proceso de conocimiento" 3/7/2012, Fallos: 335:1227, considerando 6. Este precedente fue citado más recientemente en el voto Highton de Nolasco en la causa "Blanco, Lucio Orlando c/ ANSeS s/ reajustes varios", del 18/12/2018, Fallos: 341:1924, considerando 18, en el cual recordó que "la delegación es amplia e imprecisa no otorga atribuciones más extensas sino que, por el contrario, debe ser interpretada restrictivamente".

una facultad con una trascendente incidencia sobre el régimen de distribución de recursos y el sistema federal en su conjunto"[97].

## V. CONCLUSIONES

Si bien la delegación legislativa tuvo reconocimiento expreso en el art. 76 a partir de la reforma constitucional de 1994, lo cierto es que la Corte Suprema había admitido, con sustento en el entonces art. 86, inc. 2, verdaderas delegaciones de competencias del Congreso de la Nación en el Poder Ejecutivo.

La reforma constitucional de 1994 ha intentado delimitar la delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo. Sin embargo, se advierte que, aun así, el Congreso ha efectuado delegaciones sin respetar las pautas establecidas en el art. 76. La prueba más cabal de ello es la ley 25.561, la cual estuvo vigente durante tres lustros, es decir, sin respetar la duración temporal de una delegación y en la que se establecieron bases extremadamente amplias. Más adelante en el tiempo, hubo un apartamiento de las normas constitucionales, toda vez que el Presidente no solo se auto-delegó facultades legislativas, sino que también dispuso por sí la prórroga de la delegación.

Por lo tanto, considero que resulta fundamental que los tribunales realicen un control adecuado de constitucionalidad sobre el ejercicio de la delegación legislativa, y efectúen una interpretación restrictiva sobre el ejercicio de esta facultad, a fin de que se respete el principio de separación de poderes y la voluntad del constituyente de 1994.

**97.** CSJN, "Provincia de Santa Fe" c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 24/11/2015, Fallos: 338:1389, considerando 13. En el caso, la Corte Suprema puntualizó que la ley 25.414 "en ningún caso permite apreciar siquiera la intención de que el Poder Legislativo haya querido delegar en el Ejecutivo la posibilidad de asignar específicamente recursos coparticipables a la creación, organización o modificación de entes autárquicos" (considerando 20).

# A treinta años... La razón vital[1] del Ministerio Público

Por

**Julio Conte-Grand[2]**

**1.** El título se inspira en el pensamiento de José Ortega y Gasset. Este filósofo y ensayista español ahonda y aclara la metafísica de la razón vital, categoría que hace ingresar en escena de manera magistral, con una exaltación de la vida, la visión crítica del racionalismo y el relativismo, y una perspectiva profunda de la realidad (V. ORTEGA y GASSET, José, El tema de nuestro tiempo, Calpe, Madrid, 1923).

**2.** Abogado (UBA). Procurador General ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Profesor en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Autor de trabajos, notas, artículos, libros y coautor de libros. Fue Secretario Legal y Técnico de la Provincia de Buenos Aires, Miembro del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires, Representante por la Provincia de Buenos Aires en el Foro Federal de Consejos de la Magistratura y Jurados de Enjuiciamiento de la República Argentina (FOFECMA) y Procurador General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

## 1. INTRODUCCIÓN. EL MINISTERIO PÚBLICO. DEFINICIÓN LEGAL Y COMPOSICIÓN

Conforme lo regulado por la Ley N.º 14.442 de la provincia de Buenos Aires (ley del Ministerio Público) el "*Ministerio Público es el cuerpo de Fiscales, Defensores Oficiales y Asesores de Incapaces que, encabezado por el Procurador General, actúa con legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales*" (art.1.º); está encabezado *"por el Procurador General quien ejerce la superintendencia sobre los demás miembros del Ministerio Público conforme el artículo 189 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires"* y "*...se compone por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa como áreas funcionalmente autónomas"* (art. 2.º).

Esta institución, según la norma de la referencia, "*es parte integrante del Poder Judicial y goza de la autonomía e independencia que le otorga la Constitución para el debido cumplimiento de sus funciones, su organización es jerárquica y está regida por los principios de*: *unidad, flexibilidad y descentralización*" (art. 3.º).

Es oportuno tener en cuenta que de acuerdo a lo que establece la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, el Ministerio Público en la Provincia de Buenos Aires integra el Poder Judicial, uno de los Poderes del Estado (art. 189).

## 2. Tras la esencia de la institución del Ministerio Público

¿Hay, más allá de las manifestaciones fenomenológicas históricas y variables según los diferentes regímenes constitucionales y legales que perfilan diferencialmente la institución del Ministerio Público, una estructura que constituya la esencia subyacente del instituto examinado, común a todas sus manifestaciones...?[3].

Desde una mirada comparatista, se advierten distintos modos de estructuración de la institución y diferentes cuestiones que estas plantean[4].

Estas diversas fisonomías[5] parecen reconocer un sustrato común más allá de las fronteras nacionales de los diversos regímenes jurídicos y políticos en una mirada tanto sincrónica como diacrónica, a lo largo de la historia del instituto en sus diferentes concreciones geográficas.

Y es tras esa esencia que emprendemos nuestro itinerario de búsqueda intelectual y científica, —no exento seguramente de peripecias y dificultades— con el objeto de encontrar respuestas que muchas veces los textos positivos no pueden proporcionar, una vez que se autonomizan de los contextos históricos, sociológicos y axiológicos en los que encuentran raigambre. Porque la configuración típica de la institución según los diferentes regímenes, lugares y períodos históricos presenta afinidades morfológicas con las formas todas de una cultura determinada que la hacen dependiente de esa cultura y de esas circunstancias.[6]

---

**3.** V. SPENGLER, Oswald; *La decadencia de Occidente*, Tomo 1, Espasa-Calpe SA., Madrid, 1966, ps. 1 a 31. En esta obra el autor se pregunta si existe una estructura metafísica común que explica los diferentes hechos o fenómenos históricos a los que no cabe considerar según el principio de causalidad, propio de las matemáticas que conduce a una ordenación naturalista sino según las leyes de la historia y de la cronología determinadas por el "sino" que conduce a una ordenación histórica.

**4.** V. Programa interactivo de conferencias en video en Programa_Congreso-MPBA-IIDA_interactivo_videos-web.pdf

**5.** No se nos escapa la dificultad de aplicar un enfoque realista a realidades jurídico-positivas, es decir, perfiladas por normas positivas y variables, pero lo cierto es que toda caracterización jurídico positiva no puede escapar a la naturaleza de las cosas, es decir al objeto regulado, que es el que en definitiva trasuntaría esta esencia si bien con modulaciones "accidentales" propias.

**6.** V. SPENGLER; ob. cit., tomo 1, p. 26.

La elucidación de esa esencia nos permitirá encontrar el "punto de equilibrio" entre lo que consideramos "presuntas antinomias" que se suelen presentar en la realidad del Ministerio Público, es decir, posibilitará realizar un justo balance entre el interés de la parte y del juez, entre la acción y el juicio, entre la unidad y la diversidad de las funciones fiscal, tutelar y la defensa; entre los poderes y prerrogativas del Estado y los derechos y garantías de los particulares, así como también entre los derechos de los particulares en aparente conflicto. Finalmente, la aludida esencia pondrá en perspectiva paradigmas como el rígido culto de la ley formal como fuente casi exclusiva de la competencia que, en el Estado Constitucional de Derecho, resultan anacrónicos, disvaliosos desde el punto de vista dikelógico y que deben ser superados.

## 3. El resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las cláusulas legales y constitucionales como finalidad del Ministerio Público. Sucinta aproximación a la noción de equilibrio

La noción de equilibrio se encuentra explícitamente consagrada en el art. 1.º de la Ley N.º 14.442 de la provincia de Buenos Aires, supra citada, a cuyo tenor, cabe reiterarlo aquí, "*El Ministerio Público es el cuerpo de Fiscales, Defensores Oficiales y Asesores de Incapaces que, encabezado por el Procurador General, actúa con legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y* ***en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales***" (lo resaltado no está en el original). Tal como el texto legal traído lo recepta, la referida noción de equilibrio puede ser abordada desde diferentes perspectivas; es un imperativo que

atraviesa todos los órdenes de relación posibles de la institución, todas sus facetas.

### 3.1. El equilibrio como herramienta para la resolución de presuntas antinomias

#### 3.1.1. La relación entre el bien común y el bien particular: el criterio ordenador de la ecuación "*prerrogativas estatales vs. garantías individuales*"

La razón de ser del Ministerio Público es la defensa del interés general, del interés social, **en clave jurídica**, es decir, su finalidad se reconduce a asegurar el afianzamiento del orden jurídico y la vigencia irrestricta de la juridicidad.

No cabe albergar dudas que la vigencia irrestricta de la juridicidad es una de las condiciones que integra el bien común, causa fin del Estado. [7]

Recordemos que el bien común es el conjunto de condiciones de toda índole, espirituales, materiales, morales, jurídicas, religiosas, económicas, de infraestructura, etc., que posibilitan a las personas y a los cuerpos intermedios la realización de sus fines existenciales propios, en libertad y bajo su propia responsabilidad.[8]

**7.** V. COMADIRA, Julio R.; *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, La Ley, Provincia de Bs.As., 2002, p. 50.

**8.** El bien común no es la suma de bienes individuales alcanzados por los distintos miembros de la sociedad, sino que es el conjunto de condiciones de toda índole que hacen posible el bien individual. Lo mismo que la sociedad, el bien común posee una realidad propia de carácter supraindividual y duradera, si bien no tiene otra razón última de ser que los miembros individuales de la sociedad. El bien común es ontológicamente una realidad propia del todo social que hace posible a los miembros de la sociedad, la existencia plenamente humana (MESSNER, Johannes; Ética social, política y económica a la luz del derecho natural, Ediciones Rialp, Madrid, 1967, ps. 204 a 205).

Es el ordenamiento jurídico el que permite la convivencia organizada y civilizada de la comunidad. Sobre la base de considerar que el bien común se integra con la juridicidad, con el ordenamiento jurídico, tanto ARISTÓTELES como SANTO TOMÁS DE AQUINO, por mencionar dos representantes característicos del realismo jurídico y político, consideraban al Estado como "*la creación más destacada de la razón humana*" porque permite asegurar un mínimo ético de convivencia humana.[9]

Las justas exigencias del bien común en materia de juridicidad serán las que permitirán arbitrar el equilibrio entre derechos y garantías de las personas y los poderes (prerrogativas) del Estado. Es decir que el Ministerio Público tiene a su cargo prioritariamente el cuidado de una parcela del bien común, la juridicidad preservando los derechos de las personas y el interés general, social o público.

Este equilibrio ciertamente implicará el establecimiento de un justo balance entre los derechos individuales, humanos o fundamentales y las exigencias del bien común que siempre son actuales y dinámicas.

Vemos entonces como este necesario equilibrio que requiere tomar en cuenta elementos aparentemente opuestos (exigencias del interés de todos, del interés público, patrocinadas por el poder estatal como gerente del bien común vs. el interés particular), se erige en **forma operativa** de la institución que examinamos. La ecuación derechos respecto de poder presente en toda la di-

**9.** MESSNER, Johannes; ob. cit., ps. 857 y ss. Expresa este autor: *"Como comunidad que tiene su fundamento en los fines existenciales del hombre el Estado forma parte del orden ético y es un valor de ese tipo. Forma parte de la realidad de la plenitud de la naturaleza humana, su función del bien común forma parte de la responsabilidad moral de la persona humana. El Estado como comunidad lleva pues consigo la dignidad de los seres morales. Y puesto que sus funciones, son fundamentales para la satisfacción de las funciones humanas, culturales y vitales, su valor en relación con los valores particulares dentro esta esfera es el más amplio; por consiguiente, un valor moral del más alto rango. Santo Tomás de Aquino no vacila en designar al Estado, lo mismo que Aristóteles, como la creación más destacada de la razón humana, y en asignar, por consiguiente, a la política el lugar más elevado entre todas las artes."*

námica estatal y, sobre todo, en la administrativa, se proyecta sobre el proceso judicial **en formato de regla de equilibrio**, como morfología de la actuación judicial del Ministerio Público. Traza el camino a seguir por esta institución para la realización de la justicia del caso.[10]

Pero nótese que, si se ahonda en el análisis, la antinomia u oposición en puridad es aparente. Porque las nociones de bien particular y de bien común en puridad no se excluyen, la primacía del bien particular no implica "*la derrota del bien común*", ni viceversa. Porque en tanto el bien común es el que posibilita el bien individual, el bien individual jamás puede lograrse a expensas del bien común o prescindiendo del bien común.[11]

MESSNER afirma que el bien de la comunidad y el bien de sus miembros se encuentran en una estrecha relación de dependencia, pero son de especie diferente.[12]

El bien común consiste en los presupuestos condicionados por la cooperación social que hacen posible a los miembros de la sociedad, el cumplimiento de sus tareas propias fundadas en los fines existenciales, en libertad y bajo su propia responsabilidad. El bien del todo social es una realidad supraindividual y el bien de la persona humana es una realidad suprasocial.[13]

---

**10.** Una aplicación concreta de esta regla de armonización de derechos es la manda del art. 2.º de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que impera la introducción de "*ajustes razonables*", esto es de las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad, el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, de rango constitucional en nuestro país (v. Ley N.º 27.044).

**11.** Este aparente combate se da también en los supuestos conflictos de derechos entre los particulares según se explica infra (v. TOLLER Fernando M. "La doctrina de los conflictos de derechos frente al principio de no contradicción" en ALONSO, Juan Pablo, RABBI -BALDI CABANILLAS, Renato, Coords., *Argumentación, Derechos Humanos y Justicia*, Astrea, AAFD- DPI Cuántico, ps. 397 a 399).

**12.** MESSNER; ob. cit., ps. 232 a 233. Explica SACHERI al respecto, que el hombre tiende a la vida social como un medio absolutamente indispensable para el logro de la realización personal. El bien individual de cada miembro de la comunidad y el bien de esta última como un todo, difieren formalmente entre sí y no según una diferencia cuantitativa. Cada persona tiene razón de parte, en ese todo que es la sociedad. Y así como el bien y la operación propia de cada parte no se identifica con el bien y la operación del todo, así también el de cada individuo difiere esencial y específicamente del de la sociedad, llamado bien común. Entre el bien llamado individual, particular o singular, y el bien común existe una diferencia de naturaleza, pues hay bienes que son individuales por su propia naturaleza, mientras que otros son comunes en sí mismos. En otras palabras, algunos no pueden ser poseídos y participados más que por una sola persona, mientras otros son apropiables y participables por muchas personas, en forma ilimitada (v. SACHERI, Carlos A.; *El orden natural*, Vórtice, Bs. As., 2008, ps. 188 y 189)

**13.** Ídem.

El equilibrio entre los derechos y garantías y el poder se consagra y refleja en nuestra Constitución Nacional, a través de las relaciones que se establecen entre la parte dogmática y la orgánica de la Constitución. Y resulta magníficamente expresado por el art. 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), relativo a la necesaria correlación entre Deberes y Derechos, a cuyo tenor "*2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.*"

Este artículo que reviste rango constitucional al ser receptado, el tratado que lo contiene, por el art. 75, inc. 22, CN, marca el camino a seguir a todos los operadores jurídicos, incluido, por cierto, el Ministerio Público.

### 3.1.2. Una segunda antinomia: ¿cómo lograr el justo punto de equilibrio en los conflictos entre diversos derechos de los particulares?

Juan Carlos CASSAGNE, con cita en nota a pie de página, de un trabajo de Fernando TOLLER ("Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos") remarca que el llamado conflicto de derechos, aparte de afectar el principio de no contradicción, no tiene en cuenta que los principios generales juegan un rol armónico dentro del sistema jurídico y que no hay jerarquías dogmáticas predeterminadas de derechos, sean positivas o naturales (con excepción del derecho a la vida y sus derivaciones); acota que el desplazamiento de un principio general por otro no debe ser un acto de puro voluntarismo judicial o doctrinario sino de ponderación de los distintos valores en juego en el caso, confor-

me a las exigencias de la razonabilidad práctica. Observa CASSAGNE que los derechos no se encuentran en conflicto *a priori,* y que resulta necesaria su armonización mediante un método adecuado que permita ponderar y reflexionar con sentido práctico para arribar a una decisión justa.[14]

En similar línea parece encontrarse MESSNER quien considera que la unidad interna del orden jurídico no excluye el aparente conflicto de derechos y deberes jurídicos. La razón está en la defectuosa intuición de las particulares relaciones entre las que han de aplicarse los principios morales generales del derecho. Es tarea de la ética jurídica -explica este filósofo-, con ayuda de su criterio del derecho (principio jurídico supremo) indicar el camino para solucionar tales conflictos. El criterio de los fines esenciales de la vida humana da como principios para la solución de tales conflictos, desde su perspectiva, los siguientes:

*1.* tienen precedencia los derechos que protegen bienes de orden más alto, bienes con superior fin jurídico;

*2.* los derechos que protegen los bienes de orden inferior pueden tener, no obstante, precedencia, si en otro caso se perdiesen en forma definitiva esos bienes cuando son presupuesto indispensable para asegurar posteriormente los bienes superiores;

*3.* los derechos originarios e inalienables tienen precedencia frente a los contractuales y enajenables;

*4.* los derechos y deberes originarios fundados en el orden

**14.** CASSAGNE, Juan Carlos; *Los grandes principios del derecho público, Colección de Derecho Administrativo*, Madrid, 2016, ps. 24 a 25. V. también TOLLER, ob. cit.

> moral que hayan sido legalmente establecidos tienen precedencia sobre los derechos y deberes que se basen únicamente en el orden moral ya que es función del Estado delimitar los derechos naturales y establecerlos legalmente.[15]

En línea con los autores traídos, pensamos que los usualmente denominados "*conflictos de derechos*" en puridad, pueden ser caracterizados como conflictos "*de intereses*".[16] Para CARNELUTTI, el interés es "*una posición del hombre*", "*la posición favorable a la satisfacción de una necesidad*".[17] Existen diversas tipologías de conflictos; así, existe conflicto entre dos intereses cuando la situación favorable a la satisfacción de una necesidad excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta. Cuando el conflicto de intereses se da entre dos personas distintas; puede verificarse en torno a toda clase de intereses; inmediatos o mediatos, individuales o colectivos. Con arreglo a esta última clasificación, el conflicto puede perfilarse entre dos intereses individuales; entre un interés individual y uno colectivo; entre dos intereses colectivos.[18]

Estos intereses se harán valer a través de la pretensión procesal y en tanto estos resulten amparados por el derecho serán hechos prevalecer por el juez con fuerza de verdad legal. Pero, en definitiva, no son los derechos los que se encuentran en crisis, sino los intereses. Justamente, será el derecho, el orden normativo el que ordenará y armonizará estos intereses, generando la paz social.

---

**15.** MESSNER, Johannes; Ética general y aplicada, Rialp, Madrid, 1969, ps. 214 a 215.

**16.** V. CARNELUTTI, Francesco; *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, trad. Alcalá-Zamora y Sentís Melendo, Buenos Aires, 1944, p. 11.

**17.** Ibídem, p. 11; explica así, que la posesión del alimento o del dinero es, ante todo, un interés, porque quien los posee, está en condiciones de satisfacer su hambre. Los medios utilizados para satisfacer la necesidad son los bienes: de tal suerte, para CARNELUTTI, "*hombre y bien son los dos términos de la relación que denominamos interés*". El sujeto del interés es el hombre y el objeto del interés, es el bien.

**18.** Ibídem, ps. 11 a 17.

La sentencia popular es conocida. "Mi derecho termina donde comienza el derecho del otro". Suena a lugar común, pero en verdad es una afirmación con un sentido muy profundo: los derechos individuales no se superponen en tiempo y espacio.

Es ineludible analizar esta cuestión en la perspectiva del pensamiento jus-filosófico clásico.

El objeto material del saber jurídico está constituido por las relaciones humanas sociales. Si bien el calificativo "sociales" predicado respecto de "relaciones humanas" luce redundante, ya que en rigor toda relación humana es social, tal descripción es pertinente porque de ese modo se refuerza un aspecto que tiene raigambre antropológica, en razón de que el hombre es un ser de naturaleza social.

Con mayor precisión epistemológica, el objeto formal, esto es, la perspectiva singular desde la cual se examina el objeto material, es "lo justo", lo adecuado o ajustado a otro conforme cierta clase de igualdad, que podrá ser proporcional, en la dimensión de la justicia distributiva, o estricta, si se trata del ámbito de la justicia conmutativa.

La diferencia existente entre la relación objetiva y la dimensión de las potestades ha sido advertida en la doctrina civilista.

Por ejemplo, Alberto D. MOLINARIO en su clásica obra sobre las relaciones reales, observó que "*si por 'derecho real' entiende la doctrina moderna el derecho de los bienes, la relación entre el hombre y la cosa pude también ser calificada de 'real'*"[19].

**19.** MOLINARIO, Alberto D.; *De las relaciones reales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1981, p. 37.

Surge manifiesta la doble acepción del término; la concerniente a la especie de las potestades, prerrogativas de las personas sobre las cosas (*res* o realidad), o los bienes, dicho en forma jurídica más estricta, analogado derivado del término derecho, y la atinente a las relaciones entre las personas y las cosas (o bienes), que predica en rigor en orden al analogado principal del término derecho.

La distinción es por demás relevante. De esta última, la relación (el jus), emanan aquellas, las potestades. No a la inversa.

Como enseñara SANTO TOMÁS DE AQUINO, "*jus sive justum*"[20].

Es la palabra "*jus*" en su acepción propia, correctamente dicho, como analogado principal. Porque, como se anticipó, la palabra "derecho" no es un término ni unívoco ni equívoco, sino análogo; responde al principio de la analogía, más específicamente a la analogía de atribución, en función de la cual el término que reviste esta característica admite la existencia de un analogado principal, lo que el término es propiamente, y otros derivados, que participan de la esencia del principal[21].

En esta línea de pensamiento, el derecho es lo justo y la ley un analogado derivado. En palabras de Santo Tomás, "*lex non est jus propter loquendo, lex est aliqualis ratio juris*". Como fue ya expuesto, la ley no es derecho propiamente, sino cierta razón de derecho. En realidad, ningún analogado derivado es propiamente la acepción que se corresponde al término, sino una derivación sustancial del analogado principal.

**20.** SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica,* IIa. IIae, q. 57.

**21.** SANTO TOMÁS DE AQUINO utiliza, pedagógicamente, la palabra "sano", para explicar esta propiedad de los llamados términos análogos, donde una palabra puede tener varios significados pero solo uno es el apropiado y los otros se remiten en sustancia a aquel (*Suma Teológica,* IIa. IIae. q. 57). Y lo hace para confirmar el concepto propio del término "*jus*", y distinguirlo de otras acepciones, particularmente de la idea del derecho como ley, que aparece en las obras de San Isidoro de Sevilla (en sus "Etimologías") como definición en la introducción de la IIa. IIae. q. 57 de la *Suma Teológica.*

Así como la ley es analogado derivado del término "derecho", también lo es el derecho subjetivo o potestad. Las potestades, o derechos subjetivos, no son derecho sino en la medida en que sean justas, es decir, en tanto participen del concepto que determina el analogado principal del término. Es necesario, entonces, discernir efectivamente en qué consiste la remanida potestad o derecho subjetivo.

Como lo expusiera el profesor Juan CIANCIARDO en su tesis doctoral ampliada[22], "el conflictivismo no resuelve satisfactoriamente los conflictos iusfundamentales".

Esta aparente paradoja se resuelve a poco que se advierte que hay, en verdad, un problema de formulación de los presuntos derechos.

Obviamente no es una cuestión meramente nominal, sino sustancial. La formulación es consecuencia de una impropia conceptualización del derecho y sus acepciones, y no a la inversa. En rigor, el derecho a manifestarse, para ser efectivamente una *potestas* y, en tal sentido, derecho, debe remitirse en su contenido al analogado principal, es decir, ser justa.

El *test* de razonabilidad que permite identificar un derecho subjetivo con contenido justo, y, por tal razón, derecho propiamente, no siempre es sencillo. En algunos casos tal vez sí. Por ejemplo, cuando una de las potestades no puede desplegarse si la otra lo hace, y esa tensión ajusta las potestades en sus esencias.

Obviamente, lo primero en este orden de razonamiento es determinar qué es el derecho subjetivo.

**22.** CIANCIARDO, Juan; *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000.

En sentido estricto, se trata de la parte que corresponde a cada persona o grupo de personas en la sociedad por imperio del reparto producido por la justicia distributiva, con fuente en la naturaleza de las cosas o en la ley[23].

La referencia a la vinculación sustancial con el analogado principal, en la estructura del pensamiento clásico con base en la cual se desarrollan estas reflexiones, obliga a considerar que la fuente del *jus* puede encontrarse en la *ipsa natura rei* o en la ley[24].

Así, entonces, las *potestas* serán *jus* si se encuentran reconocidas *ex ipsa natura rei* o *ex lege*. Es decir, los derechos subjetivos emanarán de la naturaleza de las cosas o de la ley, y si no sucede ello, pues no serán derecho propiamente.

Podrá decirse que la referencia a la naturaleza de las cosas es peligrosa porque remite a un aparente arbitrio del juez, y, como se argumentara en forma muy superficial, es más seguro sujetarse a la opinión y decisión de muchos —legisladores— que a las de uno —juez— o de varios —jueces en tribunales colegiados—.

El riesgo se reduce a la mínima expresión si el sistema funciona adecuadamente, si las instituciones operan de conformidad a la estructura constitucional vigente, y si las funciones políticas y jurisdiccionales son ejercidas por personas idóneas que actúan conforme un método adecuado al discernir el derecho aplicable a cada caso según sus circunstancias singulares.

---

**23.** V. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, "Carsillo, M. O. c. Gauna de Pattenon R. y otros", 01/06/1979, en La Ley, 1979-C, p. 357; v. SANZ, Carlos R.; "Consideración en torno al abuso del derecho", en *Sobre esto y aquello*, Volumen II, Teodicea, Buenos Aires, 2009, p. 122.

**24.** SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*. IIa. IIae, q. 58.

El problema de fondo estriba en la conformación de un sistema que se ordena a partir de los derechos subjetivos virtualmente ilimitados. El corrimiento del eje del analogado principal del *jus* hacia algunos de sus derivados responde a un proceso histórico de influencias múltiples. La entronización de las *potestas* en la cúspide del sistema jurídico, político y social encuentra origen antiguo, reconociéndose por algunos historiadores del derecho que ya hay atisbos en el sistema romano en la escuela estoica y un momento relevante en la segunda escolástica y desarrollo germinal definitivo en el siglo XVII[25], correspondiendo reconocer como hito crucial el pensamiento del nominalismo de Guillermo de Ockham y Juan Duns Scoto[26] y en el hecho histórico-jurídico-político de la llamada "querella de la pobreza".

Como fuera, un rasgo característico del pensamiento de la modernidad es la vertebración del sistema jurídico a partir de las potestades individuales[27], germen de la discordia y no de la concordia.

En este contexto no es una cuestión menor, para el buen orden y la convivencia, reconocer que, efectivamente, cada derecho subjetivo encuentra límite en el derecho subjetivo del otro, y viceversa, y, en realidad, en el reparto operado mediante la concreción de la justicia distributiva, como lo entendiera el pensamiento clásico[28].

En palabras de Daniel Herrera:

> *"Un problema que afecta a todos los derechos es cómo solucionar los casos de conflictos de derechos entre distintas*

**25.** VILLEY, Michel; *Le droit et les droits de l'homme*, Quadrige/Puf, París, 1983.
**26.** VILLEY, Michel; *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, EdeVal, Valparaíso, 1976.
**27.** SANZ, Carlos; "Reflexiones jus-filosóficas en torno a la problemática actual del contrato", La Ley, 1978-D, p. 945.
**28.** BASTIT, Michel; "La diversité dans les Institutes de Gaius", *A.P.D.*, t. XXIII, Sirey, París, 1978.

*personas. Se ha dicho que en el nuevo paradigma los derechos se derivan de principios u operan a modo de principios. Por lo tanto, a diferencia de las normas que deben ser consideradas formalmente según su origen y jerarquía dentro del orden normativo, los principios tienen una dimensión material consistente en el peso e importancia de cada uno de ellos, lo que los hace objeto de ponderación como paso previo a su interpretación y aplicación en un caso concreto. Ahora bien, la ponderación se debe hacer en base a algún criterio y, en este caso, desde que el Derecho es tal, este criterio fue y tiene que seguir siendo el criterio de la justicia, que contempla una de las dimensiones esenciales del Derecho y de los derechos que es el de su alteridad, el de su referencia a otro y el de la igualdad, por la que se le da a cada uno lo que le corresponde. Esto es así porque no somos mónadas, seres aislados con derechos individuales ilimitados, sino que vivimos naturalmente en sociedad porque somos seres naturalmente sociales (zoon politikon diría Aristóteles). Consecuentemente, junto con los derechos aparecen los correlativos deberes, tanto propios como ajenos"*[29].

En suma, es preciso apreciar que la *potestas* se constituye como uno de los analogados derivados del *jus*.

Así las cosas, se puede vislumbrar un quicio en la resolución de los aparentes "conflictos entre derechos".

**29.** HERRERA Daniel A.; "El nuevo paradigma del derecho y su influencia en el derecho privado", en Julio Conte-Grand (director), *Estudios de Derecho Civil con motivo del Bicentenario*, 1.º ed., El Derecho, Buenos Aires, El Derecho, 2011, p. 90. Las bastardillas están en el original.

## 4. Abordaje diacrónico de la institución del Ministerio Público

Desde una aproximación diacrónica del instituto que abstrae características generales de diversos modelos nacionales[30], vemos que en un primer origen tiene a su cargo la defensa de los intereses generales, tanto "*del común*" como de los particulares del gobierno que en ese tiempo se funden en la figura del monarca, surge como consecuencia de la asunción por parte de la administración del ejercicio de la justicia.[31]

Con el perfeccionamiento del principio de la división de funciones del poder, la función del Ministerio Público exhibe una tendencia a integrar la judicial[32] en sentido amplio, más allá de su evolución a través de diferentes regulaciones normativas que pueden perfilarlo como un órgano extrapoder, en tanto tiende a administrar justicia conforme a derecho, pero **carece del atributo del poder decisorio** que tiene el juez en tanto este declara el derecho con autoridad de cosa juzgada. Tal, la diferencia específica de la función del Ministerio Público respecto de la jurisdicción en sentido estricto. El Ministerio Público solicita, reclama, "requiere", la actuación de la ley que el juez realiza concretamente (sea cuando ejerce la acción pública, sea cuando dictamina o interviene de diversas formas en los procesos).

**30.** SANTA CRUZ, José María; *El Ministerio Público en la Provincia de Buenos Aires – Centenario de su Organización*, Ed. Escuela de Artes y Oficios San Vicente de Paúl, La Plata, 1975, ps. 11 y ss.

**31.** Ídem

**32.** Con las modulaciones que presentan los diferentes regímenes constitucionales, como por ejemplo el francés al que imprime su particular fisonomía la peculiar interpretación francesa del principio de funciones del poder en el que hay un servicio de justicia, pero no propiamente una función judicial; congruente con ello el Ministerio Público francés depende del Ministro de Justicia (Garde des Sceaux), v. GUGLIELMI, Gilles; "El ministerio público en Francia ¿de la dependencia a la autonomía?" Congreso Internacional de Derecho Administrativo, 2021, disponible en https://www.youtube.com/watch?v=wHZiNFGMc18&t=970s.

## 5. ¿Integra el Ministerio Público la función judicial?

Más allá de la opción constitucional o legal escogida por los textos positivos, es decir se lo incluya dentro de la función judicial (v.gr. provincia de Buenos Aires) o dependa de la administración (como en Francia) o constituya un órgano extrapoder o una cuarta función, al tener como finalidad el realizar el derecho en el caso concreto, como consecuencia del requerimiento fiscal, **confluirá siempre con la jurisdicción si bien sin la nota de esta de declarar el derecho con fuerza de verdad legal**, tendrá un rol ciertamente propedéutico, tendente a la realización de la justicia; esa será, como decimos *supra*, la diferencia específica pero coincidirá con la sustancia de la función judicial en el cometido.[33]

### 5.1. La abogacía estatal como desprendimiento del Ministerio Público

Procede destacar que las funciones de la abogacía estatal que se reconducen a la defensa y representación en juicio de los intereses del fisco, esto es, del denominado tesoro público o régimen hacendal —del resorte actual de la Procuración del Tesoro de la Nación, en el nivel nacional—, constituyen un desprendimiento de la institución del Ministerio Público[34] ; es decir, encuentran origen histórico en el tronco común de la abogacía pública.

**33.** Para CARNELUTTI el oficio judicial se divide desde el punto de vista funcional, en su acepción más amplia, en oficio juzgador y oficio requirente, es decir, Ministerio Público (v. CARNELUTTI, Francesco; ob. cit, ps. 52 a 55).

**34.** V. PALAZZO, Eugenio, "La abogacía estatal en la Nación y en las provincias", en *Procuración de la Ciudad, Memoria de Gestión 2012-2015*, Bs. As., 2015, p. 125 y ss.; en similar sentido, v. ANDRIEU, Mónica; "El Ministerio Público. La unidad en la política de protección de la persona y su dignidad. Una alianza necesaria: el Ministerio Público y la sociedad (acápite VI), publicado en el Centro de Información Jurídica del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires, disponible en https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/CIJUR_DOCTRINA__EL_MINISTERIO_PUBLICO.pdf.

Según refiere AYARRAGARAY en su conocida tesis sobre el Ministerio Público, "*...aparecieron en Valencia, por primera vez, en el siglo XIV, funcionarios que con el andar del tiempo, tuvieron las atribuciones y deberes correspondientes luego al ministerio fiscal o público, con el nombre de `abogado fiscal´y de 'abogado patrimonial', facultado el primero para acusar los delitos, cuidar de la ejecución de las penas y defender la jurisdicción real, y el segundo , encargado del real patrimonio del erario, de los derechos del monarca en asuntos civiles y de la recaudación de los impuestos*".[35]

Estos funcionarios, como surge de la prosa de AYARRAGARAY, integraban la institución del Ministerio Público; luego se desagregan en España, tempranamente, con la creación del Cuerpo de Abogados del Estado, subordinado al Ministro de Hacienda (v. R. D. del 16 de mayo de 1886, Reglamento orgánico del 9 de agosto de 1884 y Reglamento de la Dirección en lo Contencioso del 5 de marzo de 1902).[36]

En América Latina, el aludido desmembramiento se perfila más tardíamente y de un modo paulatino, entremezclándose competencias y funciones; hacia 1928, expresa Tomás JOFRÉ en el prólogo que efectúa a la mencionada tesis de AYARRAGARAY, con relación a la naturaleza de las funciones de los fiscales integrantes del Ministerio Público que estas tenían por objeto lo relativo a intereses y derechos del fisco, del tesoro público, de la hacienda y por otra parte, intervenir en toda causa criminal sobre delitos públicos o sobre responsabilidad oficial.[37]

**35.** V. AYARRAGARAY, Carlos A.; *El Ministerio Público. Su historia, organización y funcionamiento en la legislación comparada y en la República Argentina, seguido de las bases para una próxima organización en la legislación nacional*, J. Lajouane & Cía.,Buenos Aires, 1928, ps. 93 a 94.

**36.** *Ibídem, p. 104.*

**37.** *Ibídem, prólogo, ps. IX, X y XI.*

De consiguiente, más allá de la existencia de la Procuración del Tesoro de la Nación desde 1863 así como de la creación del Cuerpo de Abogados del Estado en 1947,[38] las funciones propias de la abogacía estatal muchas veces se desplegaron de modo promiscuo dentro del tronco común de la abogacía pública, a nivel nacional, hasta la reforma constitucional de 1994. Es a partir recién de 1994, cuando se produce una clara separación de las mencionadas atribuciones, consagrándose en el marco de la aludida reforma constitucional, el carácter de órgano extrapoder de la institución del Ministerio Público así como su raigambre constitucional.

A nivel provincial, el origen de la abogacía estatal en el tronco común del Ministerio Público se evidencia en la competencia que mantiene aún en la actualidad, el Ministerio Público, con respecto a las funciones de la Fiscalía de Estado, órgano que en la provincia de Buenos Aires, ejerce la defensa y representación en juicio de la provincia, esto es, funciones de la abogacía estatal.[39]

En efecto, según la ley orgánica del Fiscal del Estado (Decreto Ley N.º 7543/69[40]) "*Fuera de la competencia territorial del Departamento Judicial de La Plata, el Fiscal de Estado podrá sustituir la representación de La Provincia en cualesquiera de los miembros del Ministerio Público del Departamento Judicial respectivo, comunicando directamente a éstos tal designación, la que asimismo deberá ser puesta en conocimiento del señor procurador de la Suprema Corte de Justicia. Los miembros del Ministerio Público podrán justificar su personería, además de la forma establecida*

**38.** La Procuración del Tesoro de la Nación tuvo por competencia original, exclusivamente la de asesorar, a pesar de denominarse "Procuración"; recién en 1896, incorporó la competencia de la representación judicial del Estado. En 1947 mediante el dictado de la Ley N. º 12.047 fue creado el Cuerpo de Abogados del Estado que fue organizado bajo la jefatura de la Procuración del Tesoro.

**39.** Procede remarcar que tal como se repite en diversas provincias argentinas, en la provincia de Buenos Aires, las funciones de la abogacía estatal se encuentran distribuidas entre el Fiscal de Estado y el Asesor General de Gobierno; a este último, le corresponden las propias del asesoramiento jurídico, entre otras competencias específicas.

**40.** Texto Ordenado por Decreto N.º 969/87 y las modificaciones posteriores introducidas por las Leyes N.º 11401, N.º 11.623, N.º 11.764, N.º 11.796, N.º 12008, N.º 12214, N.º 12748, N.º 13088, N.º 13154, N.º 13244, N.º 13402, N.º 13434, N.º 13727 y N.º 14476.

*en el artículo 5º, mediante la comunicación remitida por el Fiscal de Estado."* (art. 10); por otra parte, según el art. 46 del plexo normativo en cita: "*En caso de vacancia, ausencia circunstancial, licencia o recusación del Fiscal de Estado, será reemplazado por el Fiscal de Estado Adjunto. En caso de vacancia o recusación de ambos el cargo será desempeñado por el Procurador General de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires o su sustituto legal*".[41]

## 6. La unidad ontológica del Ministerio Público en sus diferentes funciones y componentes: la superación de la aparente antinomia "unidad - diversidad" y su resolución en la "universalidad" (uno en lo vario o vario en lo uno)

### 6.1. La unidad de la definición en el plano gnoseológico como correlato de la unidad ontológica del ser

Explica ARISTÓTELES en su *Metafísica* que es necesario que todo lo que está en la definición sea realmente "uno" porque toda definición es una noción "una", única, es la noción de la esencia, de lo que hace que una cosa sea una cosa y no otra. La definición debe ser la noción de un objeto "uno" puesto que la esencia significa un ser determinado.

En la definición no hay más que género primero y las diferencias; la última diferencia es la forma, la esencia del objeto; la definición es la noción suministrada por las diferencias, por la de la última diferencia.[42]

**41.** V. ANDRIEU, Mónica; ob. cit.

**42.** ARISTÓTELES; *Metafísica*, Colección Austral, Espasa-Calpe S.A, novena edición, Madrid, 1980, ps. 168 y 169; v. también, p. 208.

La diferencia de especie es la diferencia entre una cosa y otra cosa dentro de alguna cosa que debe ser común a ambas.[43]

El género es lo que constituye la unidad y la identidad de dos seres. Es el género común a seres diferentes el que se diversifica en especies. Toda diferencia de especie es la diferencia entre una cosa y otra cosa dentro de un mismo género. De tal suerte que lo que forma la identidad de los seres es el género que los abraza a ambos.[44]

Como se advierte, la diferencia de especie solo se da dentro del mismo género.

La variedad es la diferencia del género que produce las diferencias de especies del género.[45]

### 6.2. La unidad del Ministerio Público en el plano ontológico

Las tres funciones del Ministerio Público, fiscal, tutelar y de la defensa constituyen una **unidad** caracterizada por su orientación activa hacia un fin común, la defensa del interés social y de la legalidad.

La finalidad común del Ministerio Público anima a todos sus componentes (tutelar fiscal, de la defensa).

**43.** Ibídem, p. 224.
**44.** Ibídem, p.225.
**45.** bídem, p.226.

Ello sentado, cuadra interrogarse ¿la integración del Ministerio Público por funciones específicas en aparente contradicción[46], niega esta unidad?

Las apuntadas funciones constituyen un conjunto con una forma, participan de una esencia común: la defensa del interés público y de la legalidad.

Tal como se explicó *supra*, "uno·en forma" es lo que tiene unidad de definición. Hay pluralidad de objetos cuando el uno no existe en el otro, pero hay unidad cuando el uno es atributo del otro.

En el caso, "fiscal" es atributo del Ministerio Público; lo mismo acontece con "tutelar", y con "de la defensa"; cada uno de estos atributos o adjetivaciones solo existe en la noción del MP. Esto es, **Ministerio Público + fiscal; Ministerio Público + tutelar; Ministerio Público +de la defensa**.

En la definición, como enseña ARISTÓTELES en su *Metafísica,* no hay más que el género primero y las diferencias. Cuando en el género no hay más que dos términos (v. gr. Ministerio público +fiscal), uno, es la diferencia (fiscal), el otro, el género (Ministerio público). La definición es la noción suministrada por las diferencias, cuando se llega a la diferencia de la diferencia, una sola, la última es la forma, la esencia del objeto. Siendo la definición la noción suministrada por las diferencias, es la noción perfilada por la última diferencia.

**46.** Por ejemplo, la función fiscal acusatoria respecto de la función del Ministerio Público de la defensa; si la primera considera que la persona ha cometido el delito y la defensiva considera que no ha cometido el delito, se verificará una relación de contradicción que no admite situaciones intermedias; por cierto que también podría darse la oposición bajo la forma de contrariedad, esto es, admitiendo un término medio (v. JOLIVET, Régis; *Curso de Filosofía,* Ediciones Desclée de Brouwer, Buenos Aires, cuarta edición, 1965, p. 25).

Se llaman ***cosas de especies diferentes***, aquellas que, siendo del mismo género, no pueden sustituirse mutuamente; las que siendo del mismo género, tienen una diferencia; así, las ramas "fiscal", "tutelar" y "de la defensa del Ministerio Público". En el caso del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires (MPBA), desplegadas a través de tres funciones específicas.

Entonces, retomando el interrogante, ¿se excluyen estos componentes recíprocamente para lograr la justicia del caso, o contrariamente, se reclaman? ¿El aseguramiento de los fines de cada una de estas funciones repele los fines de las restantes?

Si el equilibrio supone la consideración del opuesto[47], implique este una relación de contradicción o de contrariedad[48], la superación dialéctica de las supuestas antinomias se erigirá en la regla operativa que debe regir la función del Ministerio Público como totalidad, como unidad, es justamente la que permitirá la recta ordenación de los derechos en juego  conforme las justas exigencias del bien común, en el caso, conforme las justas exigencias de la juridicidad en la que está interesada la sociedad (el interés social).

Cada uno de los componentes del Ministerio Público implicados desplegará sus potencialidades y energías, sus recursos procesales, en el marco del derecho aplicable aportando al juez los distintos elementos y perspectivas a considerar, en su faena típicamente requirente y la resultante será la justicia del caso declarada por el juez, quien tiene el **atributo del poder**

**47.** Sobre los conceptos de oposición, contradicción y contrariedad, v. ARISTÓTELES, ob. cit., ps. 112 a 113. Expresa el filósofo que "*Lo opuesto se dice de la contradicción, de los contrarios y de la relación*".

**48.** Explica JOLIVET que las ideas y los términos se clasifican según el punto de vista de sus relaciones mutuas como *"contradictorias"* y como *"contrarias"*. Los términos son *"contradictorios"* cuando la idea expresada excluye a la otra, sin que haya término medio posible entre ellas; por ejemplo, ser y no ser, estar en la luna y no estar en la luna, avaro y no avaro.  Los términos son *"contrarios"* cuando expresan las notas más opuestas en un género dado, de tal modo que exista un término medio entre ellas: blanco y negro; avaro y pródigo (v. JOLIVET, Régis; op. Cit., p. 25).

**decisorio** en tanto declara el derecho con autoridad de cosa juzgada.

En definitiva, la organización burocrático-formal de los componentes del Ministerio Público, se encuentren estos, juntos o separados, según el régimen constitucional o legal que los perfile, no incide sobre el resultado que deberá ser el mismo: la defensa de la juridicidad como condición insoslayable del bien común y del bien particular, en suma, de la justicia.

Si estas ramas coinciden en la definición común del Ministerio Público como institución que tiene por finalidad el afianzamiento de la justicia ciertamente no pueden oponerse de modo radical o definitivo sino, eventualmente, provisorio, de modo de generar una relación colaborativa para la elucidación dialéctica de la justicia del caso, que culminará con la sentencia, esto es con el derecho declarado, con la verdad legal que siempre será una.

Desde este marco de análisis, el Ministerio Público es una noción unitaria en tanto suprimidas las distintas diferencias (fiscal, tutelar, la función defensora) lo que queda es su esencia: el **afianzamiento de la norma jurídica y la defensa del interés público en el marco de la legalidad**. Es la propia esencia del Ministerio Público la que dota al instituto de unidad; la que le comunica su carácter unitario; las diferencias "fiscal", "tutelar", "defensoría", participarán de la definición común aportando sus improntas particulares, sus diferencias, pero en puridad, ontológicamente siempre serán "uno", estén reguladas de modo separado y asuman la forma de estructuras orgánicas diferentes, o integren una misma institución como partes. Es por ello que el instituto del Ministerio Público en sí, reclama la unidad cuya esencia comunica a las partes.

La unidad es inherente al instituto[49], con independencia de cómo se configure organizacionalmente, sea de modo unitario, sea a través de estructuras orgánicas separadas. No afectan a esta unidad, tampoco, ciertas notas como la independencia o dependencia del poder político que se presentan en la realidad comparada, si bien con creciente cuestionamiento de la dependencia, tal como ocurre en Francia; pues no se olvide que la función del Ministerio Público confluye en el poder judicial, pero es requirente, no imparte justicia.

## 7. La competencia y correlativa legitimación del Ministerio Público: su insoslayable fundamento filosófico y su consiguiente determinación por las exigencias del bien común[50]

La amplia télesis del Ministerio Público, que se incrementa y alcanza elevada sofisticación en la sociedad moderna se proyecta sobre las competencias del instituto según el principio de la especialidad[51]; es decir, la competencia del órgano resultará la necesaria para cumplir el objeto previsto en la norma de su creación, contemplando no solo lo explícito en la letra del texto legal sino por cierto, los poderes inherentes al órgano, aquellos que necesita para cumplir su misión, y lo implícito en el texto legal.

**49.** No empece a esta unidad ontológica la predicada autonomía de la defensa pública; en este punto cabe tener presente que la Procuración General del MPBA promovió en el año 2019, demanda originaria de inconstitucionalidad contra algunas disposiciones de la Ley N.º 14.442 que regula el régimen orgánico y funcional del MPBA. Ello, en tanto las aludidas disposiciones, al consagrar la autonomía de la defensa pública, atribuyeron al Defensor General funciones que según la Constitución, correspondían al titular del MPBA en función de ostentar este último, la superintendencia respecto de los miembros del MPBA. Pero la SCBA estimó que el deslinde de competencias que estableció la norma impugnada no despojaba de la titularidad de las mismas al MPBA. Entendió asimismo que hasta tanto se realizaran las adecuaciones y medidas requeridas para cubrir los cargos, el Procurador General, debía continuar en el ejercicio de tales cometidos (v. SCBA, 29/05/2019, "Procuradora General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad de ley 14.447"). Esta decisión fue oportunamente recurrida por la Procuración General, siendo el recurso desestimado en junio de 2023 por la CSJN.

**50.** Sobre el Bien común como causa final de la actividad estatal y de la institución del Ministerio Público, v. CONTE-GRAND, Julio ;en "Reflexiones sobre el interés público y el bien común como principios y fines de la actividad estatal", Ciclo de conferencias organizado por AMDA en homenaje a la semana de la Fiscalía de Estado de la provincia de Misiones, 10 septiembre de 2021 (Evento Académico - Charla 05 Disertante Julio Conte-Grand - YouTube); v. también CONTE-GRAND; "El bien común como causa fin del Estado en la filosofía aristotélica tomista. Las competencias del MPBA como instrumental al servicio del Bien Común y del Interés Público", Congreso Internacional de Derecho Administrativo 2021, disponible en https://www.youtube.com/watch?v=VJbEUm-B31RU&t=6627s).

**51.** Ibídem.

La competencia ha sido definida como el complejo de funciones atribuido a un órgano administrativo, o como la medida de la potestad atribuida a cada órgano o, dicho de otro modo, el conjunto de facultades, poderes y atribuciones que corresponden a un determinado órgano en relación a los demás.[52]

Las competencias de las instituciones estatales vienen a representar, entonces, los límites dentro de los cuales han de moverse los órganos administrativos y las personas jurídicas públicas. Por ello, se suele decir, toda atribución de competencia representa al mismo tiempo una autorización y una limitación.[53]

Como es sabido, la competencia reviste un carácter objetivo, en tanto requiere de una norma expresa que la atribuya, tal norma pueda revestir rango convencional, constitucional, legal o reglamentario.

Si bien de este carácter objetivo se derivó, inicialmente, que los órganos estatales sólo podían hacer aquello que les había sido específicamente atribuido, postulado que se denominó "de la permisión expresa", pronto se advirtió que su manifiesta insuficiencia entorpecía la dinámica de la labor estatal, e impedía alcanzar una mayor eficacia en la gestión y en el logro de la tutela efectiva sobre los intereses públicos amparados, en definitiva, impedía, por restringir los medios institucionales disponibles, la realización de lo justo.

De consiguiente, se impuso otro criterio, seguido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el ordena-

**52.** V. Dictámenes PTN 244:510, con cita de Miguel S. MARIENHOFF; *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 390).

**53.** V. DIEZ, Manuel M.; *Derecho Administrativo*; Plus Ultra, segunda edición, Buenos Aires, 1977, p. 36, citado en Dictámenes PTN 306:342.

miento establece el órgano y la persona pública, no siendo concebibles estos sin esa norma atributiva; pero, una vez creados, ellos pueden hacer todo lo no prohibido dentro de su competencia, de modo que esta última comprende no sólo lo expreso, sino también lo razonablemente implícito en la norma[54] inteligido este contenido implícito según la naturaleza y los fines del órgano.

Así, según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Procuración del Tesoro de la Nación y la más autorizada doctrina administrativista, el contenido de los poderes razonablemente implícitos se individualiza mediante el principio de la especialidad, de modo tal de precisar los poderes inherentes que son los que se derivan de la propia naturaleza y existencia del órgano, aun sin norma expresa.[55]

En palabras de CASSAGNE, "*el principio de especialidad se vincula con el fin de la competencia de cada órgano o ente, el cual surge no sólo de las atribuciones expresas o implícitas* (que suponen siempre un desarrollo o interpretación extensiva de las facultades expresas) *sino, fundamentalmente de la enunciación de objetivos, principios de normación* (como las atribuciones genéricas) *y de las facultades inherentes, que son aquellas que por su naturaleza fundamentan la creación y subsistencia del órgano, y sin las cuales estas carecen de sentido".*[56]

El principio de la especialidad entonces define tanto el contenido de lo razonablemente implícito, como de lo inherente.[57]

**54.** V. Fallos 171:349; 193:116, entre otros.

**55.** COMADIRA, Julio R. y MONTI, Laura (colaboradora); *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y Comentada*, La Ley, Tomo I, Buenos Aires, 2003, p. 156.

**56.** CASSAGNE, Juan C.; *Curso de derecho administrativo*, La Ley, Bs. As., 2016, p. 238.

**57.** Ídem

Por cierto, cabe tener presente que, a diferencia de la capacidad, el ejercicio de la competencia es obligatorio.

La gestión dinámica del bien común en el marco de las competencias del MPBA, pone de relieve, de modo cotidiano, la trascendencia y el profundo sentido axiológico y de justicia de este principio de especialidad en la determinación de la competencia; ello, en tanto resulta un arbitrio necesario que evita la frustración de los cometidos constitucionales asignados al órgano.

Esta determinación de la competencia impacta directamente en el alcance de la legitimación; que debe ser tan amplia como las exigencias siempre actuales y concretas del Bien Común lo exijan, tan amplia como necesaria; tal como lo ha postulado casi "performativamente", el MPBA en sus intervenciones, en los casos *supra* colacionados, y tal como lo han reconocido los jueces.

Desde la perspectiva que alumbra la consideración del interés público y del bien común como principios y fines de la actividad estatal, surge una casi ineludible analogía con la construcción filosófica de Aristóteles sobre las causas, singularmente, en lo atinente a la relación entre la causa final y la causa eficiente.

En tal sentido, no cabe albergar dudas que tanto el bien común como el interés público constituyen en el marco de la filosofía aristotélica, la causa final de la acción estatal; en la especie, **la causa final de la acción del MPBA** (sus objetivos institucionales).

Es también sabido que para Aristóteles la **causa final** tiene gran importancia hasta el punto de que la llama "la primera causa" pues influye sobre el agente, sobre la causa eficiente, determi-

nando el sentido concreto de su acción. La causa final es el fin o la perfección del ser, es principio y término de la acción.

El fin, conocido o preconcebido, determina y especifica la acción de la causa agente, que es la causa eficiente. Todo movimiento, local, cuantitativo o cualitativo se hace siempre en vista de un fin, que es el término al que tiende la acción. Todo movimiento se reduce al cambio de una forma, sustancial o accidental.

Por lo tanto, la forma que se trata de adquirir ejerce sobre la misma causa eficiente una influencia activa, motora, siendo en realidad la que determina y especifica su acción. Así, pues, Aristóteles en cierto modo incurre en un determinismo finalista.[58]

Causa final es aquello por lo que se produce un efecto. Causa final es el término de la acción en el orden de la ejecución y es principio de la acción en el orden de la intención. Se dice que la causa final es "causa de causas" ya que dirige la serie de actos. El fin y el bien son convertibles. La causa final es principio y término de la acción, es causa ordenadora de la causa eficiente.

Si la **causa final** de la acción del MPBA que rige la aplicación del principio de especialidad para determinar su competencia es el Bien Común o Interés General, ciertamente la mencionada causa final influye sobre la competencia del MPBA y sobre su legitimación procesal, con lo cual estos dos últimos conceptos, competencia y legitimación asumen la condición de **causa eficiente***,* si aplicamos la construcción aristotélica.

De tal suerte, podemos colegir que el interés público y el bien común que constituyen la causa final del organismo (sus fines

**58.** URDANOZ, V. Teófilo; *Historia de la filosofía*, Tomo I, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1982, ps. 472 a 474.

institucionales), son los que, en su aplicación concreta, perfilarán los contornos de la competencia y de la legitimación judicial del MPBA en los distintos procesos en los que interviene.

En efecto, serán las exigencias siempre concretas, particulares, históricas y dinámicas del Bien Común, del Interés Público, las que en cada caso indicarán si el MPBA, debe intervenir, —naturalmente, siempre sobre la base de la norma objetiva competencial interpretada a la luz del principio de especialidad—, y con qué alcance[59].

**59.** En concordancia con esta interpretación si se quiere dinámica de sus competencias extrapenales, la Procuración General del MPBA dictó la Resolución N.º 315/18 del 27 de abril de 2018; en dicho acto, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 189 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, fijó en lo sustancial las materias que hacen a las competencias legales e inherentes del Ministerio Público Fiscal y sus integrantes. De tal suerte, en su art. 1.º instruyó a los Fiscales Generales integrantes del Ministerio Público Fiscal a intervenir en los supuestos previstos por el artículo 29, inc. 4, de la Ley N.º 14.442, en las materias que enumeró, cualquiera fuera la naturaleza de la acción interpuesta. Pero en noviembre del año 2019, la SCBA en acuerdo de Ministros, realizó su interpretación de las competencias extrapenales del Ministerio Público Fiscal a través del Acuerdo N.º 3957/19. En ese marco, limitó las disposiciones de la antes mencionada Resolución N.º 315/18 del Procurador General, declarando la nulidad parcial de esta, al considerar que las competencias de dicho organismo se encontraban limitadas a la autorización expresa de la ley. En síntesis, la SCBA consideró, a partir de una lectura del artículo 29, inc. 4 de la Ley provincial N.º 14.442, que a los agentes fiscales les correspondía *"dictaminar en aquellos supuestos previstos por las leyes, cuando se manifestare afectación del interés público con gravedad institucional, o requerir medidas en defensa del orden público, la legalidad y los intereses de la sociedad"*. Atento lo anterior, el Máximo Tribunal provincial declaró la nulidad de los artículos 1 -incisos a, b, c , g, h, i, j, k, l y m- y 2 de la Resolución N.º 315/18 de la Procuración General.
Finalmente, en septiembre del 2020, se dictó la Resolución Conjunta N.º 1578/20 suscripta por los Ministros de la SCBA y el Procurador General, con el fin de lograr una armonización institucional entre la administración de justicia y el Ministerio Público. Así, mediante el dictado de la norma se resolvió superar las disimilitudes de enfoques que se observan en la Resolución N.º 315/18 del Procurador General y el Acuerdo N.º 3957/19 de la SCBA, derogando de manera implícita la normativa desarrollada precedentemente.
Un enfoque también restrictivo de la legitimación procesal del Ministerio Público se advierte en el ámbito nacional, en la sentencia emitida por la CSJN, en los autos "Universidad Nacional de La Matanza y otros c/ EN - M Cultura y Educación s/ amparo ley 16.986" del 6 de septiembre de 2023. En la causa se cuestionaba la constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley N.º 27.204 modificatoria del régimen de su similar N.º 24.251, por considerarlas lesivas a la autonomía y autarquía universitaria reconocida en el art. 75 inc. 19 de la Constitución Nación. En ese sentido, la CSJN sostuvo que ni la CN, ni la Ley N.º 27.148 autorizaban al Ministerio Público Fiscal a cuestionar de forma autónoma la sentencia definitiva que puso fin a la controversia del caso por considerar que, en virtud de la naturaleza de la pretensión ejercida, el Fiscal Federal no era parte del proceso. En contraposición a esta postura negatoria de la legitimación procesal del MP en el caso, la disidencia del Dr. Rosatti admitió la facultad del Ministerio Público Fiscal de recurrir las resoluciones judiciales en materias no penales, especialmente en aquellos casos en que las partes se allanan, desisten o consienten las decisiones. Según la apuntada disidencia, el art. 120 de la CN, dispone que el Ministerio Público es un organismo independiente y autónomo cuya función específica radica en promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad. Sustentó esta exégesis en los debates de la Convención Constituyente en los que se definió como funciones del Ministerio Público tanto la normal prestación del servicio de justicia y su permanencia como defender la legalidad y los intereses generales de la sociedad. En ese marco, la disidencia en cita sostuvo que "las atribuciones para peticionar en las causas donde esté involucrada la legalidad y los intereses generales de la sociedad e interponer recursos surgen de la letra de la ley 27.148 y no se encuentran, inexorablemente, condicionadas a la previa constitución de los fiscales como partes del proceso". De esa forma concluyó que no reconocer al Ministerio Público Fiscal la atribución para apelar una decisión de primera instancia implicaría la firmeza e irrevisibilidad de una declaración de inconstitucionalidad que agravió al órgano dispuesto por la CN para procurar el funcionamiento de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. Adunó que el consentimiento de las partes de la sentencia de primera instancia, la previa intervención dictaminando en el proceso y la ausencia de constitución como parte procesal no obstan a la facultad del fiscal de primera instancia de peticionar e interponer recursos que le atribuye expresamente el artículo 31 de la Ley N.º 27.148, en defensa de una norma que consideró vinculada a una política pública trascendente. (En igual sentido, v. CSJN, in re "P.A. y otros s/ autorización", del 20 de agosto de 2024).

Tal, la utilidad mayúscula de los conceptos de Bien Común e Interés Público, que operan como fines institucionales y que se imponen como causa final que perfila la "acción debida" de la intervención del Organismo, así como su competencia y legitimación en el caso concreto (causa eficiente).

## 8. La teoría de las competencias reflejas. Propuesta

Esta teoría de la especialidad admite ser inteligida y ampliada a través de lo que denominamos y proponemos como **"la teoría de las competencias reflejas".**

Esta consiste en considerar, en el marco de un Estado constitucional de derecho —que suele perfilarse como un "Estado de derechos"[60] con el auge del paradigma neoconstitucionalista—, que los derechos reconocidos y declarados por textos constitucionales, convencionales o legales generan un correlativo "deber activo" de los órganos necesario para su protección y efectiva concreción; ello implica que surge en los órganos cuyos fines competenciales guardan relación con esa protección, la competencia respectiva, con fundamento normativo "reflejo", es decir, como necesario correlato, de los derechos que se reconocen y que enriquecen y "densifican" la normatividad jurídica.

**Esta determinación de la competencia impacta directamente en el alcance de la legitimación procesal**;[61] que debe ser tan am-

**60.** V. en tal sentido, el art. 1º de la Constitución de Ecuador de 2008.

**61.** V. CONTE-GRAND, Julio; "Reflexiones sobre el interés público y el bien común como principios y fines de la actividad estatal", y CONTE-GRAND, Julio; "El bien común como causa fin del Estado en la filosofía aristotélica tomista. Las competencias del MPBA como instrumental al servicio del Bien Común y del Interés Público", supra citados.

plia como las exigencias siempre actuales y concretas del bien común lo exijan, tan amplia como necesaria.

En efecto, la amplitud de las competencias reclama una correlativa legitimación procesal.[62]

De tal suerte, corresponde reconocer al Ministerio Público, el derecho de ejercitar todas aquellas iniciativas procesales sin las cuales la defensa del interés público y social que le asigna la Constitución y la ley quedaría frustrada.[63] La revitalización funcional del Ministerio Público es la que corresponde al alto fin de velar por el afianzamiento del orden jurídico que es la razón de la existencia de la institución, y que en realidad, si bien muchas veces resulta retaceada o directamente negada por prácticas judiciales, en puridad surge de los propios textos legales,[64] conclusión que a la luz del principio de especialidad que rige en materia de competencia, hoy, ya no resulta dudosa ni opinable.

En definitiva, podríase postular que, si la legitimación de los órganos del Estado deriva de su competencia, ya que los órganos no tienen derechos y garantías sino competencias normativas, resultaría de aplicación también a la legitimación este principio hermenéutico de la especialidad. Y del mismo modo, que las aludidas competencias que hemos denominado "reflejas" integran los contenidos a que conducen la aplicación de este principio de especialidad, que se proyecta, como hemos dicho, sobre la legitimación procesal.

---

**62.** Como ejemplo de este criterio, v. Resolución N.º 315/18 de la Procuración General (ello, sin perjuicio del impacto de la Resolución PG N.º 74/19, el Acuerdo N.º 3957/19 de la SCBA, y finalmente, la Resolución SC N.º 1578/21 de la Suprema Corte de Justicia, con la asistencia del Procurador General).

**63.** Así parece entenderlo tempranamente CARNELUTTI: *"Dicho se está que así como el respecto de un interés privado autoriza que en el proceso actúe una persona ajena a este último, con más motivo aún se comprende que ello pueda suceder respecto de uno de los intereses públicos determinantes de la institución del Ministerio Público." "El Ministerio por tanto, puede intervenir en cualquier proceso; sea cual fuere el litigio, está siempre legitimado como interventor. Pocas disposiciones del proceso civil sirven en la medida de esta para revelar su finalidad esencialmente pública (supra, núm. 76); si el proceso civil obrase en interés de las partes, esta facultad de intervención no tendría explicación."* (v. CARNELUTTI, Francesco; ob. cit., p. 52).

**64.** V. SANTA CRUZ, José María, ob. cit., p. 59.

En otras palabras, la evolución de la conciencia jurídica y el desarrollo correlativo del derecho internacional de los derechos humanos han producido un incremento notable de derechos que antes existían pero que no habían encontrado un desarrollo positivo en los textos constitucionales; estos derechos, ahora positivizados, y las más de las veces constitucionalizados, es decir, erigidos en derechos fundamentales, fundan indudablemente nuevas competencias -obligatorias- en la institución del Ministerio Público que se proyectan a la luz del principio de especialidad (abarcativo según nuestra intelección, de las "competencias reflejas", teoría que aquí propugnamos), de un modo insoslayable sobre la legitimación procesal de este.

Así se desprende singularmente la jurisprudencia de la Procuración General ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en sus diversos dictámenes que muchas veces, a través de valiosas construcciones dogmáticas que han completado a la insuficiencia de los textos legales positivos, aplicables en materia procesal o sustantiva, han reconocido legitimación procesal amplia, al Ministerio público fiscal, tanto en materia penal como extrapenal y al Ministerio tutelar.[65]

**65.** Así sucede en cuestiones relativas al derecho al agua como indispensable para una vida digna y vinculado con el derecho a la salud y a los derechos de los consumidores (v. A 74.951, "Pereyra Germán c. ABSA s/amparo colectivo"); al derecho al ambiente sano (v. A 75.051, "Goycochea s/ amparo", v. también A 76.170-2, "Sociedad de Fomento Rincón del Cielo c/ Municipalidad de Junín s/ Pretensión anulatoria"; I 75.278, "Asociación para la Protección de Consumidores del Mercado Común de Sur (Proconsumer) c/ Municipalidad de San Isidro s/ inconstitucionalidad del decreto 401/2017"; I 72.267, "Mitchell, Mary Idelba Loris y otros c/ Municipalidad de Junín s/ inconstitucionalidad de la Ordenanza 6187/12"; A 74.595, "ECOBLEND S.A. c/ Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible s/ Pretensión declarativa de certeza"; A 76.427, "Taquima S.A. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Expropiación inversa – Otros juicios"); en temas en que se afirma la prevalencia del orden público en materia de derecho sucesorio (v. C 120091, "Alvarez s/ nulidad acto jurídico"); en temas de legitimación del Asesor de menores e incapaces en supuestos de afectación de los derechos de estos (v. en especial, P 133.483, del 23 de agosto de 2021); también, P 131.370, "RJA s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley"); en aspectos vinculados con la determinación de la capacidad jurídica (v. C 122.321, "FR s/ determinación de la capacidad jurídica").
Asimismo, por cierto, en casos de violencia de género (P 118.953, "Dra. Scherman, Ida Ariana s/ solicita intervención inmediata de la Suprema Corte. Avocación"); en casos que implican el interés superior del niño como los vinculados con la declaración del estado de abandono u adoptabilidad de los niños (v. C 124.44, "BBN s/ abrigo"; C 122977, "AMV s/ guarda de personas"); en casos atingentes a la nutrición saludable de los niños, niñas y adolescentes que concurren a los comedores escolares de la prov. de Bs.As., cuya situación resulta agravada en el contexto de emergencia producto del COVID 19 (Q 76.646, "Arata Facundo s/ medida autosatisfactiva"); en cuestiones que conciernen la dignidad de la persona mayor y la necesidad de mantener la proporcionalidad entre el haber pasivo y el salario activo como principio básico de la seguridad social (v. A 76.482, "Florindo Marcelo Fabián c/ Ministerio de Seguridad- Policía de la provincia s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos"; I 75.230, "Busquets María de las Mercedes s/ acción de inconstitucionalidad ley 15008"; entre muchísimos otros).
En todos estos casos, la Procuración General ante la SCBA, sobre la base de los textos normativos involucrados, como se dijo, de raigambre convencional, constitucional y legal debe asumir como contornos de su competencia, las lindes que imperan los fines del MPBA ( sus objetivos institucionales), es decir, debe aplicar el moderno criterio de la especialidad del órgano para determinar su competencia, tal como hoy es preconizado por la más moderna y autorizada doctrina administrativista (v. Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación -PTN- 154:196; 154:165; 154:431; 161:265; 164: 165; 230:104; 234:645; 239:637; 244:510; 246:364; 246:500; 276:121; 289:043; 294:131; 297:297; 299:28; 299:34; 300:77; 301: 049; 306:342; 319:230; entre muchos otros). Procede tener en cuenta que

## 9. Especial referencia a la legitimación procesal del Ministerio Público

Según enseña CARNELUTTI, la legitimación procesal es la idoneidad de la persona para actuar en el juicio inferida de su posición respecto del litigio y más exactamente, de su interés o de su oficio.

Expresa este autor que es manifiestamente intuitivo que mientras el desinterés es un requisito necesario para decidir, para juzgar, el interés es un requisito excelente para demandar.

Refiere que hay casos en que la acción de un sujeto distinto del titular del interés es oportuna en lugar o en apoyo de la acción del primero. Tal es el caso de la sustitución procesal, del rol del Ministerio Público y de la intervención adhesiva.

Aclara que el sustituto y el Ministerio Público sólo tienen legitimación activa.

Explica que mientras que la representación legal provee a la inidoneidad del interesado para desenvolver la acción, la sustitución y la intervención tienden en cambio a constituir un remedio contra la inercia o la insuficiencia de su acción. Cuando no se mueven ni el sustituido ni el sustituto, lo que decide es la importancia social del interés de cuya tutela se trata, es decir, **la existencia de un interés público trascendente**. Cuando ese interés

la Procuración del Tesoro de la Nación es el máximo órgano asesor del Poder Ejecutivo Nacional. Según el principio de especialidad perfilado en estos asesoramientos puede colegirse que lo permitido al órgano no consiste únicamente en lo autorizado en forma expresa, sino también lo tácito incluido en la permisión expresa, debiendo determinarse el alcance de la competencia teniendo en cuenta ciertos elementos: 1) el texto expreso de la norma que la regule; 2) el contenido razonablemente implícito que se infiera del texto expreso; y 3) los poderes inherentes que derivan de la naturaleza o esencia del órgano o ente de que se trate, interpretados, los dos últimos elementos, a la luz de la especialidad. Nótese que el principio de especialidad, en puridad, como dice Julio R. COMADIRA, es un criterio de interpretación de la competencia, no una fuente de atribución (v. Julio R. COMADIRA, en Julio, Rodolfo COMADIRA, Héctor J. ESCOLA, Julio P. COMADIRA -coord., colaborador y actualizador- *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Abeledo Perrot, 2012, ps. 234 y ss.).

público exista, la acción no puede confiarse exclusivamente a la parte o a los sustitutos. Para ello existe el Ministerio Público.

El presupuesto de la acción del Ministerio Público consiste en el peligro de la insuficiencia del estímulo del interés de la parte, o del sustituto o del representado por el deber del administrador en promover o en conducir el proceso. Este presupuesto se da típicamente en el proceso penal.

La función del Ministerio Público —señala CARNELUTTI— tanto en el proceso penal como civil, **es la acción en contraste con el juicio.**

El Ministerio Público es un sujeto agente, incluso cuando no le correspondiera el poder de hacer abrir el proceso o cuando su oficio se redujera a pedir la recta aplicación de la ley a los hechos afirmados por las partes como ocurre con el juicio de casación.

Remarca que el juez tiende a realizar el interés externo (en cuanto a composición del conflicto) mientras que el Ministerio Público obra para tutela de intereses internos (intereses públicos conexos con el interés en litigio). El Ministerio Público es un *ens tertium* entre el juez y la parte, ya que los intereses que tiende a desenvolver no se identifican, aun siendo internos, con los intereses en litigio y son esencialmente públicos.[66]Resalta que precisamente porque son públicos, por cuanto *uti civis*, también el Ministerio Público participa en ellos, pero el estímulo de los mismos no se considera suficiente para garantizar la eficacia de su acción, por lo que está, en lugar de un derecho, es para el Ministerio Público, objeto de un deber.

**66.** Nótese que tal como explica CARNELUTTI, ni el juez ni la parte pueden reemplazar con su rol la actividad que corresponde al Ministerio Público. De consiguiente, no puede compartirse la consideración que luce en el Acuerdo SCBA 3957 a cuyo tenor *"V. Que habiéndose expedido el señor Procurador General sobre la cuestión (v. Res. S.C. Nº 1657/18 y fs. 48/50), debe destacarse que los principios y garantías que, a su criterio, justificarían la participación de los Agentes Fiscales, se encuentran en principio suficientemente asegurados por la intervención de las partes y de los órganos de .la Administración de Justicia."*

Por ello —prosigue— si bien desde el punto de vista de lo que hace, el Ministerio Público se aproxima a la parte y se contrapone al juez, se acerca, por el contrario, al juez y se contrapone a la parte, bajo el aspecto del por qué actúa, puesto que al igual que el juez, el Ministerio Público no tiene en el proceso un derecho que ejercitar, sino un deber que cumplir.

Expresa este autor: *"La función del Ministerio Público se puede, por tanto, condensar en una fórmula que se presta al equívoco, pero que, pesar de ello, sirve para grabar la dificultad del oficio: el Ministerio Público es una parte imparcial. El contraste se presenta, pues, entre la función y la estructura del órgano: el Ministerio Público ofrece el aspecto de un ser ambiguo entre la parte y el juez: obra como aquélla, pero está hecho como este." ...Añadiré solo, que por ello el oficio judicial (infra, núm. 201) se divide, en su acepción más amplia, en oficio juzgador y oficio requirente, es decir, Ministerio Público. Sin embargo, esta denominación refleja más bien el oficio desde el punto de vista funcional que por el lado de la estructura, en el que recibe el nombre de procuraduría del rey. Existe una procuraduría del rey en cada "tribunale" y una procuraduría general del rey en cada corte de apelación y en la de casación".* (...) *"Si el lector medita acerca de cuanto hemos dicho en este capítulo, se preparará para comprender fácilmente este otro lado de la estructura del proceso civil. Partiendo del principio de que en el proceso civil actúa el sujeto del interés en litigio y, por tanto, de que, por lo general, interés y acción coinciden, le mostramos ya cómo y por qué razones esa convergencia se puede poco a poco cambiar en divergencia cada vez más acusada: desde el representante y el asistente legal al representante voluntario, al sustituto y al interventor, existe toda una gama de casos en que interviene en el proceso una persona distinta del sujeto del in-*

*terés en litigio. Esos casos presentan cada vez una mayor independencia de aquélla respecto de este. Del sustituto procesal y del interventor adhesivo al Ministerio Público hay, sin duda, un salto; pero el salto aparece menor que cuando se contraponen este último y el propio interesado Dicho se está que así como el respecto de un interés privado autoriza que en el proceso actúe una persona ajena a este último, con más motivo aún se comprende que ello pueda suceder respecto de uno de los intereses públicos determinantes de la institución del Ministerio Público."* (...) *"El Ministerio Público por tanto, puede intervenir en cualquier proceso; sea cual fuere el litigio, está siempre legitimado como interventor. Pocas disposiciones del proceso civil sirven en la medida de esta para revelar su finalidad esencialmente pública (supra, núm. 76); si el proceso civil obrase en interés de las partes, esta facultad de intervención no tendría explicación".*[67]

Si bien estas consideraciones de *supra,* no resultarían *prima facie,* de aplicación a la función de la defensa del Ministerio Público, es de remarcar que esta también concretiza la preservación del interés público y de la legalidad. Ello, en tanto al posibilitar la garantía del derecho de defensa de las personas que carecen de recursos o posibilidades suficientes para hacer valer sus derechos en juicio viabiliza el acceso a la justicia de todas las personas, que es, en sí, un interés público.

**67.** CARNELUTTI, Francesco; ob. cit., ps. 52 a 55.

## 10. Conclusión: la superación del anacrónico paradigma de ley formal expresa para habilitar competencias y legitimaciones procesales de la institución a que conduce la elucidación de la esencia del Ministerio Público

No cabe albergar dudas que la elucidación y verificación de la esencia del Ministerio Público como órgano que tiene a su cargo velar por el interés social público y la vigencia irrestricta de la juridicidad, conduce a rebasar todo abordaje literal tanto de la competencia como de la legitimación procesal del organismo en tanto requiere una recta ponderación de acuerdo a las reglas de la razonabilidad práctica a través de una adecuada sindéresis. Esto nos conecta con el necesario abandono del paradigma legalista anacrónico que exige a la ley formal expresa para habilitar competencias y fundar la legitimación procesal del Ministerio Público. En efecto, este paradigma propio de la revolución francesa que perduró prácticamente durante la tercera república francesa, si bien con importantes excepciones en las que se perfila ya el principio de la supremacía constitucional[68], hoy debe ser reinterpretado en el marco del modelo de Estado Constitucional de Derecho que prioriza con fuerza operativa los valores constitucionales por sobre la insuficiencia de los textos legales, enriquecidos por la dogmática de los derechos humanos.

Propiciamos, en ese marco, una nueva intelección de las competencias —y de la correlativa legitimación procesal— a través de lo que denominamos "enfoque de las competencias reflejas". Estas consisten en atribuciones del órgano que resultan corolario de derechos reconocidos por textos constitucionales u otras

**68.** V. Conseil d'État, section, 28 juin 1918, N.º 63412, «Sieur Heyriès», publicado en: PERROUD, Thomas, CAILLOSSE, Jacques, CHEVALLIER Jacques, LOCHAK, Danièle ; *Les grandes décisions. Les grands arrêts politiques de la Jurisprudence Administrative,* LGDJ, France, 2019, ps. 103 y ss.

fuentes normativas que imperen una protección activa y efectiva por parte de los órganos estatales. Desde esta perspectiva podríamos decir que, así como todo interés suscita en principio una acción, **todo derecho debe encontrar como correlato necesario un órgano estatal competente por los fines de su creación para su protección jurídica**.

# El Ministerio Público y la reforma constitucional de 1994

Por
**Eduardo Casal**[1]

**1.** Procurador General de la Nación interino. Ingresó a la justicia penal ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires en 1977. Entre 1983 y 1987 fue Secretario de Juzgado y desde 1992 Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Docente titular de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Belgrano y profesor adjunto de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la UBA. En 2024 fue elegido presidente de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos para el período 2024-2026.

La reforma constitucional de 1994 ha sido de trascendental importancia institucional para el Ministerio Público. Como ya es bien sabido, el artículo 120 de la Constitución Nacional, que se incorporó entonces, definió al Ministerio Público como **"...un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República."**

La circunstancia de que la norma haya sido incluida bajo la sección IV de la Segunda Parte de la carta, relativa a las autoridades de la Nación, marca el grado de independencia que el constituyente le asignó si se repara en que las tres secciones anteriores corresponden a cada uno de los llamados poderes clásicos del Estado. Tal circunstancia ha llevado a más de un autor a reflexionar sobre el novedoso status de cuarto poder.

***La situación anterior***

Hasta ese momento, y desde la misma organización definitiva del Estado Argentino a partir de 1853 siempre se apreció un llamativo vacío cual fue la ausencia tanto de un emplazamiento institucional como de una reglamentación orgánica del Ministerio Público, pese a que jamás fue una institución ajena a nuestro medio como colaboradora necesaria de la actividad jurisdiccional.

Recién después de recuperada la normalidad constitucional a partir de 1983, comenzaron a surgir numerosos proyectos de ley al respecto, que denotaban la preocupación por regular definitivamente la cuestión. El punto fundamental a resolver era si esa norma debía ubicar al Ministerio Público bajo la órbita del Poder Judicial o del Ejecutivo.

Quienes no consideraban conveniente subordinar la actuación de sus integrantes a los avatares propios del poder político, se apoyaban en los antecedentes legislativos y en las pocas normas que, aún de modo inorgánico, lo insertaban como parte integrante de la estructura de los tribunales, para defender así su independencia de la administración central.

En apoyo de esa posición se puede mencionar que dicho concepto fue propio de nuestra tradición jurídica, pues ya en uno de los primeros instrumentos de nuestra organización política como nación libre, como lo fue el Reglamento Provisorio de 1817, en su sección IV estableció la inamovilidad de los jueces y extendió esa garantía a los fiscales.

Luego, la constitución sancionada en 1853 disponía en su artículo 91 que **"El Poder Judicial de la Confederación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia compuesta por nueve jueces y dos fiscales, que residirá en la Capital, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Confederación".**

Y si bien no se definía cuál era la intervención que correspondía a esos fiscales, la ley nº 182 de la entonces Confederación, del 28 de agosto de 1858, en su artículo 12 reiteraba la composición de la Corte establecida constitucionalmente, pero con particular énfasis agregaba que **"sólo con este número hará tribunal".**

La discusión por la reforma constitucional de 1860, necesaria para la incorporación del estado de Buenos Aires, determinó que, frente a una divergencia en torno a la composición de la Corte, se suprimiera del texto toda referencia en tal sentido, lo que así quedó delegado al legislador.

La primera ley orgánica de la justicia federal que, bajo el número 27, se sancionó en 1863, estableció que el más alto tribunal estaría compuesto por cinco Ministros y un Procurador General, lo cual importaba comprender al máximo representante del Ministerio Público dentro de la estructura judicial.

El mismo criterio pareció inspirar la primera ley orgánica de los tribunales ordinarios de la Capital (nº 1893, año 1886), al regular también su texto los requisitos para ser fiscal de ambas instancias y las funciones a su cargo, al mismo tiempo que establecía que los fiscales de cámara debían ser nombrados y removidos por igual procedimiento que los vocales de ésta.

Los agentes fiscales de primera instancia, en cambio, serían nombrados y removidos por el Presidente de la República.

La ambigüedad que en este aspecto presentaba la legislación, sumada fundamentalmente a la Ley de Ministerios, que no sólo ratificaba esta atribución en cabeza del titular de la cartera del área, sino que incluso le reconocía la potestad de organización y dirección del Ministerio Público, sirvieron de base a quienes del otro lado, seguían el pensamiento de Joaquín V. González, cuya obra es de consulta siempre obligada en materia constitucional, para quien el Ministerio Público pertenecía a la rama ejecutiva porque su función esencial era, como la del Presidente, velar por el cumplimiento de las leyes de la República.

Dentro de ese contexto, el gobierno que se hizo cargo a partir de 1989 produjo un hecho que significó un marcado avance del Ejecutivo sobre la estructura del Ministerio Público. Al considerarse entonces desde el poder político que el Procurador General no era un juez propiamente dicho, se concluyó que podía ser remo-

vido por simple decreto del Presidente sin necesidad de promover juicio político en su contra. Esta opinión se dejó trascender por los medios de prensa, provocando un clima hostil que determinó la renuncia del doctor Andrés D'Alessio, quien entonces ocupaba el cargo, para proceder a su reemplazo sin requerir acuerdo del Senado. Al respecto cabe recordar que, en sentido contrario, en el único antecedente de remoción de un Procurador General, que data del año 1949, se había recurrido al procedimiento de juicio político por el que se destituyó también en esa misma oportunidad a cuatro jueces de la Corte Suprema.

Apenas meses después, en abril de 1990, se sancionó la ley 23774, que modificó la composición de la Corte Suprema elevando su número de integrantes de cinco a nueve, al mismo tiempo que suprimió la mención del Procurador General al definir su integración.

Más allá de las discusiones doctrinarias, en general impulsadas por las aspiraciones políticas de cada coyuntura, se percibía en el ámbito del foro y en el pensamiento de los doctrinarios más prestigiosos, la conciencia acerca de la importancia de lograr la independencia del Ministerio Público, y la mayoría expresaba su preferencia por integrarlo dentro del Poder Judicial, que era la opción que, según nuestra tradición jurídica, mejor la aseguraba.

**La reforma constitucional. Autonomía. Fundamentos**

Sin embargo, y después de tanto tiempo de angustias e incertidumbres, la reforma constitucional de 1994 definió la cuestión de la mejor manera posible al concebir al Ministerio Público como órgano extra poder, es decir independiente no sólo del ejecutivo, sino del resto de las ramas, incluso el judicial.

Y aun a riesgo de reiterar lo obvio, cabe destacar que no se trataba simplemente de una preferencia por un diseño institucional más relevante, sino de un modo más de afianzar los valores republicanos frente a los naturales desvíos del poder, para lo cual la separación de poderes constituye desde los orígenes del constitucionalismo clásico, una de sus herramientas fundamentales para lograrlo.

Esa forma es la que mejor garantiza la independencia y autonomía funcional que son necesarias para la mayor eficacia en el desempeño de su misión.

Los integrantes del Ministerio Público no pueden actuar como meros agentes del Poder Ejecutivo, pues los intereses del gobierno de turno no necesariamente habrán de coincidir con los permanentes de la sociedad por los que aquél debe velar, y que se traducen especialmente en la recta observancia de la ley y la persecución de quienes la violenten, lo que da lugar a su intervención en el proceso penal.

También con base en este aspecto de las funciones propias del Ministerio Público como fiscal del proceso penal, puede concluirse en la inconveniencia de las eventuales injerencias del Poder Ejecutivo en su actuación.

Al respecto cabe destacar que no se trata solamente de amparar a los individuos de persecuciones injustas, para lo cual en última instancia siempre estaría el resguardo de la jurisdicción que podría poner freno a un eventual abuso en tal sentido, sino de evitar una perversidad que, en el estado moderno y frente a los casos cada vez más generalizados de corrupción en la función pública, puede ser tan nociva para la paz social como la injusta

persecución del inocente, y ésta es la impunidad arbitrariamente concedida al culpable.

En lo relativo a este punto no puede pasarse por alto que en materia de procedimiento penal se van imponiendo las notas características del sistema acusatorio más extendido, que además de las funciones meramente requirentes le vienen asignando a la fiscalía las de investigación y persecución penal, en las que poco éxito podría tener si el imputado pudiera de algún modo influir en su actividad.

Y tal riesgo cobra mayor importancia si se repara en que si bien para el derecho argentino el fiscal, salvo en los supuestos expresamente autorizados por la ley, no dispone de la acción penal pública sino que simplemente es su representante, la circunstancia de que en determinada etapa del proceso sus integrantes resuelvan no impulsarla determina su clausura. Si los integrantes del Ministerio Público se ubicaran dentro de la órbita del Ejecutivo éste, por esa vía, podría incidir en las decisiones judiciales, lo cual le está expresamente prohibido por el artículo 109 de la Constitución en cuanto establece que "En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas".

Tampoco puede perderse de vista que del preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción surge el compromiso de todos los estados signatarios de hacer todos los esfuerzos para prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas.

Y, en similar dirección, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en su artículo 6, determina la necesidad de que los

Estados parte otorguen a los organismos encargados de prevenir la corrupción de la autonomía necesaria de modo que puedan cumplir su función sin influencias indebidas.

En tales condiciones la autonomía del Ministerio Público aparece como una forma de organización de los poderes del Estado que responde plenamente al propósito de desalentar la corrupción, en tanto, tal como se ha declarado en esos instrumentos internacionales, ésta atenta contra las instituciones democráticas.

Respecto del Poder Judicial su independencia también aparece conveniente para el mejor cumplimiento de su función, pues en tanto magistratura requirente y, al mismo tiempo, de opinión y control, no puede pertenecer a la misma estructura de aquellas autoridades en cuyas decisiones pretende influir.

A esa autonomía su primera ley orgánica agregó en su artículo 1º que el Ministerio Público ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia, en coordinación con las demás autoridades de la República, pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura.

Sólo se admiten, con base en el criterio de unidad de actuación, instrucciones de carácter general impartidas por el Procurador General y el Defensor General, o bien de los fiscales o defensores de jerarquía superior respecto de sus inferiores, en el ámbito de su competencia.

También, para el mejor cumplimiento de su misión, la Constitución asigna a sus miembros inmunidades funcionales, amparando, tal como tradicionalmente se las entendió, sus actos o expresiones en cuanto conciernen al ejercicio de sus funciones.

Ese privilegio ya había sido sabiamente reconocido, aún antes de su consagración expresa, por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, cuando en el caso "Virgolini, Julio" del 16 de diciembre de 1986, sostuvo que "resulta irrazonable admitir el enjuiciamiento de los fiscales por delitos contra el honor que pudieran derivarse del cumplimiento de las funciones que las leyes específicamente les atribuyen porque de lo contrario se menoscabarían los intereses generales que a ellos han sido confiados" y que ello "llevaría a diluir el rol de su ministerio en perjuicio de la defensa de la comunidad."

Esto no significa, claro está, que estén exentos de sus responsabilidades funcionales, pues están sujetos a correcciones disciplinarias y hasta la misma remoción, por la vía que actualmente se prevé en la ley orgánica.

En fin, la solución adoptada en la reforma de 1994 por el artículo 120 de la Constitución no significó simplemente poner fin a una vieja disputa doctrinaria sino que importó una contribución esencial para el afianzamiento del respeto por las garantías y libertades individuales que, como recuerda el doctor Felipe Obarrio -Procurador Fiscal ante la Corte, hoy retirado- "es indefectible para nuestro desarrollo espiritual y decisivo obstáculo al surgimiento de cualquier sistema totalitario, siempre al acecho para imponer sus estructuras mecanicistas y deshumanizantes" (El Ministerio Público: Cuarto poder del Estado, La Ley 1995-C,870).

# El consejo de la magistratura: Un advenimiento constitucional con luces y sombras

Por
**Adolfo Gabino Ziulu**[1]

**1.** Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Profesor titular de Derecho Constitucional y Administrativo en la Facultad de Ciencias Económicas de la UNLP. Ex juez federal a cargo del Juzgado Federal nº 2 de La Plata. Autor, entre otras, de las siguientes obras "Derecho Constitucional", Depalma, Bs. As., 1997; "Estado de sitio: ¿emergencia necesaria o autoritarismo encubierto?", Depalma, Bs. As. 2000 y "Derecho Constitucional", Lexis Nexis, Bs. As., 2014.

## I. ACOTACIÓN PRELIMINAR

Conmemorar un acontecimiento institucional tan relevante como la reforma constitucional de 1994, después de 30 años de su sanción, nos da la oportunidad de valorar sus aciertos y sus errores.

Seguimos pensando que esa reforma constitucional fue un hecho político valioso que se enmarcó en un ciclo político donde todavía se valoraba el consenso. Este dato, no menor, cobra particular relevancia cuando en las últimas dos décadas parece haberse licuado la idea tradicional de la democracia representativa, poniendo en crisis los valores del diálogo y del respeto por el otro, como principios sustanciales de la democracia.

No olvidemos que dicha reforma tiene su inicio con el denominado "Pacto de Olivos" que fue un encuentro reservado entre el entonces presidente de la República, Dr. Carlos Menem, y el ex Presidente de la República y líder de la Unión Cívica Radical, principal partido político de la oposición, Dr. Raúl Alfonsín, que tuvo lugar el 14 de noviembre de 1993. Ese encuentro memorable sirvió para evitar una fisura institucional grave que se habría formado en el país si esos líderes profundizaban sus discrepancias. La visión de esos hombres de Estado hizo posible que las diferencias entonces existentes tuvieran finalmente un cauce virtuoso.

Pocos días después de aquel histórico encuentro, ambos líderes políticos del oficialismo y de la oposición, suscribieron lo que dio en llamarse el "Acuerdo de la Casa Rosada". Ese convenio constó de tres partes: a) un núcleo de coincidencias básicas; b) una lista de temas que deberían ser habilitados para su consideración por la Convención Constituyente, y c) un capítulo final acerca de la forma que debía ser instrumentado el convenio.

Ese consenso político tuvo su manifestación legislativa con la sanción de la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional y reflejó lo que había sido convenido en el "Pacto de Olivos" y en el "Acuerdo de la Casa Rosada". Luego del tratamiento legislativo y de ser votada por amplia mayoría, la ley fue promulgada el 29 de diciembre de 1993.

Finalmente, previa elección de sus integrantes, la Convención Constituyente se reunió en Santa Fe y Paraná, como había dispuesto la ley 24.309, entre el 25 de mayo y el 22 de agosto de 1994, donde, tras amplio debate, se acuerdan las modificaciones a la Constitución nacional entonces vigente.

No cabe duda alguna que el principal y más urgente tema que motivó aquella reforma fue la necesidad del oficialismo de introducir una cláusula que permitiera la reelección inmediata del presidente. La oposición, en cambio, aceptando esa posibilidad, reclamó cambios institucionales más ambiciosos, como la incorporación del tercer senador por cada provincia, la creación de la jefatura de gabinete de ministros y la modificación del modo de elección y remoción de los jueces con la introducción de las instituciones del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.

Analizar cómo cada una de las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994 impactaron en la filosofía política de la Constitución, en los modos de acceso y ejercicio al poder y en las formas de la representación política sería, para el observador, una tarea ímproba y, tal vez, poco

posible de desarrollar convenientemente en este espacio.

Hemos preferido centrar nuestra atención en una de las reformas estructurales más relevantes, como fue la modificación del sistema de elección de los jueces, con el advenimiento del Consejo de la Magistratura.

## II. LA DESIGNACIÓN DE LOS JUECES

### *a) Diferentes sistemas*

La determinación del procedimiento mediante el cual se designa a los magistrados judiciales es de vital importancia para establecer el grado de independencia que el Poder Judicial tiene en un sistema político, y también para el logro de la eficacia en el cumplimiento de sus funciones.

Los procedimientos de designación, en el ámbito judicial, guardan relación, de ordinario, con los mecanismos de remoción de los jueces. Cuanto mayor sea el grado de incidencia política en los nombramientos judiciales, mayor será, generalmente, la participación de los órganos políticos en la remoción de aquéllos.

En el derecho comparado han sido ensayadas diversas variantes para la designación de los magistrados judiciales, que resumimos -por meras razones didácticas- en tres grandes sistemas: 1) designación por los órganos políticos; 2) selección por idoneidad, mediante concursos públicos y abiertos; 3) designación por elección popular.

1. *Designación por los órganos políticos*. Una de las manifestaciones más tradicionales de esta tipología es el sistema inglés, en donde los jueces son designados por la Corona, con el consejo del primer ministro (caso del lord canciller u otras magistraturas

relevantes) o del lord canciller (jueces asesores y de circuitos), o directamente por éste (jueces de paz). En todos los casos, sólo se llega al desempeño de la magistratura judicial luego de un largo y fecundo tránsito por el ejercicio profesional[2].

Otra variante de este sistema es la impuesta por la Constitución de los Estados Unidos, país en donde el nombramiento de los jueces necesita de un acto complejo, que se integra con la propuesta del Poder Ejecutivo y el posterior acuerdo del Senado (art. II, sección 2ª, cláusula 2). Ello va acompañado del reconocimiento del principio de inamovilidad de los jueces, de manera que cada gobernante de turno sólo podrá designar, en la medida en que se produzcan vacantes, un número limitado de magistrados, debiendo aceptar la continuidad de los nombrados en anteriores gobiernos.

En Suiza, los miembros titulares y los suplentes del Tribunal Federal son nombrados por el órgano legislativo, que es la Asamblea Federal (art. 107).

Esta modalidad, que privilegia la influencia de los poderes políticos en la selección y designación de los jueces, ha funcionado aceptablemente bien en regímenes democráticos muy consolidados (Inglaterra, Estados Unidos, Suiza), pero se resiente cuando la discontinuidad constitucional transgrede el principio de la inamovilidad de los jueces. Requiere, además, comportamientos políticos muy firmes y arraigados en la convicción y en el cumplimiento de los principios constitucionales.

**2.** Conf. Carlos Jáuregui, *Generalidades y peculiaridades del sistema legal inglés*, Depalma, Bs. As., 1990, ps. 88 y ss. Expresa el autor: "No cualquier profesional llega a juez en Inglaterra. Explicado esto se comprenderá fácilmente, que los jueces ingleses no son elegidos al azar. La carrera no es distinta a la que sigue un profesional de la ley que llega, en el ejercicio de su actividad privada profesional, a una posición de prestigio por su ilustración y reconocida conducta de honorabilidad".

En favor del sistema, se ha expresado que "asegura el equilibrio entre los poderes". En cambio, si no va acompañado de una rígida conducta que privilegie la idoneidad profesional y moral, resiente seriamente la igualdad de acceso a las magistraturas judiciales y la transparencia y el control de las designaciones.

Entendemos que este sistema es portador de una contradicción intrínseca: no se puede asegurar la independencia del Poder Judicial si sólo se llega al desempeño de las magistraturas judiciales por nombramientos "políticos".

2. *Selección por idoneidad mediante concursos públicos y abiertos*. Esta modalidad tuvo origen, hace unas décadas, en algunos países continentales de Europa, en donde la justicia constituía una función administrativa, aunque con cierta autonomía del Poder Ejecutivo.

Se procura, por este medio, asegurar la independencia de la función judicial y dotarla de los mejores recursos humanos, para posibilitar una actuación eficiente, que acreciente la confianza del ciudadano.

Su variante más difundida es la del Consejo de la Magistratura (también conocido con otras denominaciones), al cual nos referiremos más adelante.

Esta modalidad es entusiastamente defendida, en nuestra doctrina nacional, por Sagüés. En cambio, es vista con reservas por Ramella[3].

**3.** Néstor P. Sagüés, *El perfeccionamiento de los mecanismos de selección de magistrados y su problemática constitucional*, "LL.", 1977-C-846; Pablo A. Ramella, *Derecho constitucional*, 2ª ed., Depalma (distribuidor), Bs. As., 1982, p. 788.

Entendemos que constituye, teóricamente considerado, el mejor sistema para asegurar la igualdad de posibilidades de acceso a las magistraturas judiciales y privilegiar la idoneidad ética y profesional, aspectos, éstos, que contribuyen a afianzar la independencia de la función judicial. En la práctica, como cualquier otra institución, también puede ser manipulada, sobre todo si el control del sistema queda sólo a merced de los órganos políticos.

3. *Designación por elección popular*. Este sistema se fundamenta en el principio de soberanía popular, según el cual el poder proviene del pueblo. Siendo el Poder Judicial uno de los poderes del Estado -se sostiene-, le corresponde al cuerpo electoral su elección. Una de sus consecuencias es la movilidad en el desempeño de la función judicial, para permitir, así, la renovación periódica.

Aplicado en muchos estados norteamericanos (más de treinta), se difundió a partir de mediados del siglo anterior, a impulso de la llamada "revolución jacksoniana", que proclamaba la necesidad del autogobierno [4].

La doctrina no ha sido benévola al evaluar esta experiencia norteamericana. Respecto de ello, dice Morenilla Rodríguez: "El nivel profesional de los jueces tenía que ser bajo, ya que la corta duración del mandato judicial, la incertidumbre de una campaña política y la modestia del sueldo no podían atraer a abogados de prestigio, por lo que los jueces [. . .] se reclutaban entre abogados mediocres que no arriesgaban perder las ventajas de una buena clientela que no tenían y que después trataban de obtener la reelección u otro cargo político"[5].

**4.** La denominación deriva del presidente Andrew Jackson, que ejerció el poder entre 1829 y 1837.

**5.** José María Morenilla Rodríguez, *La organización de los tribunales y la reforma judicial en los Estados Unidos de América*, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1968, p. 231.

La innegable ventaja del sistema es que la elección popular compromete más intensamente al pueblo con la designación de los jueces. Al contrario, parece que la lucha política para lograr el favor popular puede llegar a resentir la independencia en el ejercicio del mandato.

Este tipo de designación es practicado también en cantones suizos, pero goza de muy escaso predicamento en la doctrina nacional[6]. En nuestro país, la elección popular de los jueces estaba prevista por la Constitución de San Juan de 1878, para los jueces de paz (art. 126), y por la ley 1532, de los territorios nacionales, de 1884, que la contemplaba para la elección de los jueces de paz en las secciones con población mayor de 1.000 habitantes (art. 110).

### *b) La designación de los jueces antes de la reforma constitucional de 1994*

Con anterioridad a la reforma de 1994, todos los jueces federales, incluyendo los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, eran designados a propuesta del Poder Ejecutivo y con posterior acuerdo del Senado de la Nación. A este acuerdo se lo otorgaba, habitualmente, en sesión secreta de ese cuerpo, al menos desde 1870[7]. Recién en 1994 el Senado modificó su reglamento, restableciendo la publicidad de esas sesiones.

Nuestra Constitución se había adscrito al sistema de designación política de los jueces, siguiendo el modelo de la de los Estados Unidos de 1787. Las circunstancias, empero, eran muy diferentes. En nuestro país, la falta de estabilidad institucio-

**6.** Se pronuncian abiertamente en contra Manuel A. Montes de Oca, *Lecciones de derecho constitucional*, Tipo-Litografía La Buenos Aires, Bs. As., s./d., t. II, p. 410; González, ob. cit., p. 578; Juan A. González Calderón, *Curso de derecho constitucional*, 6ª ed., Depalma, Bs. As., 1981, p. 554.

**7.** Conf. Juan R. Aguirre Lanari, *El Consejo de la Magistratura y su incidencia en la independencia del Poder Judicial*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As., 1996, anticipo de "Anales", año XL, 2ª época, nº 33, p. 10.

nal había hecho que la composición del Poder Judicial sufriera cambios abruptos, en especial cuando se pasaba de un gobierno constitucional a uno de facto y luego nuevamente a un gobierno de *iure*.

Además, las designaciones de magistrados judiciales realizadas en el sigilo del poder político ponían de manifiesto, en muchas oportunidades, marcados contrastes con el principio de idoneidad. Por ello, antes de la reforma de 1994, se había instalado en la doctrina constitucional una tendencia creciente a reclamar la modificación de los procedimientos de selección y designación de los jueces.

### *c) La designación de los jueces después de la reforma constitucional de 1994*

La reforma de 1994 introdujo cambios importantes con relación a la designación de los jueces. Dejó subsistente el sistema de designación política para el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero le agregó algunos recaudos importantes para la prestación del acuerdo del Senado: éste debe ser otorgado "por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto" (art. 99, inc. 4). La modificación, según entendemos, mejora el procedimiento de designación de los jueces de la Corte Suprema.

A través del dictado del decreto 222/2003, sancionado el 19 de junio de 2003, reglamentario del artículo 99 inc. 4º de la Constitución Nacional, se introdujo una modificación en el procedimiento para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciendo posible una mayor participación de los ciudadanos y estableciendo el plazo dentro del cual el

Poder Ejecutivo Nacional, debería elevar la propuesta al Senado para cubrir la vacante.

En dicha norma, compuesta de once artículos, se afirma que la finalidad perseguida es la de asegurar la correcta valoración de las aptitudes morales, idoneidad técnica y jurídica, trayectoria y compromiso con la defensa de los derechos humanos y los valores democráticos, de los candidatos, que los hagan merecedores de tan importante función (artículo 2º).

A su vez, en su art. 3º, se establece que, en cada propuesta, se deberá tener presente, en la medida de lo posible, la composición general del Máximo Tribunal 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.

Por otra parte, establece que, producida una vacante en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un plazo máximo de treinta días, se publicarán los nombres y antecedentes de los posibles candidatos a cubrir la vacante, en el Boletín Oficial y en al menos dos diarios de circulación nacional por un plazo de tres días. Por otra parte, esa misma información se difundirá en la página oficial de la red informática del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Asimismo, el o los candidatos deberán presentar una declaración jurada sobre su situación patrimonial, la nómina de asociaciones civiles y sociedades comerciales que integren o hayan integrado, los estudios jurídicos a los que pertenecieren, la nómina de clientes o contratistas, y en general cualquier otra clase de compromiso que pudiera afectar la imparcialidad (artículo 5º).

Una vez transcurridos quince días desde la última publicación en el Boletín Oficial, vencerá el plazo para que cualquier ciudadano, organizaciones no gubernamentales, colegios y asociaciones profesionales, entidades académicas y de derechos humanos; presenten ante el Ministerio, por escrito y de modo fundado y documentado, las posturas, observaciones y circunstancias que consideren de interés expresar respecto de los candidatos incluidos en el proceso de preselección, con declaración jurada respecto de su propia objetividad respecto de los propuestos.

En igual plazo, se podrá recabar la opinión de organizaciones de relevancia en el ámbito profesional, judicial, académico, social, político y de derechos humanos a los fines de su valoración.

También se deberá recabar información de la Administración Federal de Ingresos Públicos, a fin de determinar si los candidatos han dado cumplimiento a sus obligaciones impositivas.

Por último, en un término no mayor a quince días desde el vencimiento del plazo para la presentación de posturas u observaciones, el Poder Ejecutivo deberá elevar o no la propuesta respectiva, haciendo mérito de las razones que abonaron la decisión tomada. En caso de decisión positiva, se enviará con lo actuado al Senado para el nombramiento respectivo, a los fines del acuerdo.

Tal como se desprende de la lectura de la norma, el procedimiento establecido propende a lograr una mayor participación de la ciudadanía en la selección de los magistrados, teniendo en miras acrecentar la idoneidad ética y jurídica de los candidatos para lograr, como fin último, una mejora en la calidad del servicio de justicia.

En cuanto a los demás jueces federales, el artículo 99 inc. 4º establece que el Poder Ejecutivo "nombra a los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos".

Como se puede advertir, la reforma no sustituyó el añejo sistema de designación política de los jueces por el más moderno de los concursos por idoneidad, sino que pretendió complementarlos. Sigue vigente, en consecuencia, la designación política, pero ahora acotada por la intervención previa del Consejo de la Magistratura, nuevo órgano creado por el constituyente reformador, que será objeto de análisis en el punto siguiente.

Cabe advertir, según nuestro criterio, que esta posición del constituyente, por sí sola, no denota la voluntad de un cambio profundo en las actitudes, sino, más bien, cierta concesión en aras de mostrar mayor transparencia en el proceso de designación de los magistrados judiciales. Esta conjunción de instituciones, de raigambre tan diferente, no garantiza -a nuestro entender- innovaciones demasiado relevantes, aun cuando valoramos el sentido hacia el cual apuntan las nuevas normas constitucionales, que posiblemente se conviertan, con el transcurrir del tiempo, en un antecedente importante para generar otras modificaciones más sustanciales.

Si bien podemos decir que a partir de 1994 se ha abandonado el sistema de designación de los jueces, fundado en la voluntad exclusivamente política[8], lo cierto es que el nuevo sistema adoptado, aún se apoya en ella para tal designación.

**8.** Ver "Fallos", 329-1723 "Carranza Latrubesse, Gustavo s/ acción de amparo" voto en disidencia del Dr. Fayt.

## III. EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

### *a) Antecedentes*

El Consejo de la Magistratura es una institución que la doctrina constitucional vincula, básicamente, con el proceso de selección y designación de magistrados judiciales mediante la realización de concursos públicos, tendientes a la concreción del principio de idoneidad. En ocasiones son agregadas otras funciones relevantes, como la participación de este órgano en el control disciplinario del Poder Judicial, la remoción de los jueces, la concesión de indultos y hasta el gobierno del Poder Judicial.

Suele recibir también otras denominaciones, como Consejo General del Poder Judicial, en España (art. 122, Const. de 1978); Consejo Superior de la Magistratura, en Italia (arts. 104 a 107, Const. de 1947); Consejo Superior de la Judicatura, en Colombia (arts. 254 a 257, Const. de 1991).

Sus orígenes se remontan al comienzo de la segunda mitad del siglo XIX en los países europeos continentales, acompañando los procesos de democratización de algunas monarquías moderadas[9].

En nuestro país, sus primeros antecedentes relevantes aparecieron en oportunidad de ser convocada la Convención Nacional Constituyente de 1957, y en el derecho público provincial, con la sanción de las constituciones del Chaco (art. 173) y Río Negro (art. 126), ambas de 1957. En la actualidad se halla contemplado en las constituciones de Buenos Aires (art. 175), Chaco (arts. 166 y 167), Chubut (arts. 166 y 187 a 193), La Pampa (art. 92) -todas de

**9.** Conf. Alberto A. Spota, *El Consejo de la Magistratura*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Bs. As., 1995, ps. 7 y 8.

1994-, Río Negro de 1988 (arts. 198, 204, 206, inc. 7, y 211), San Juan de 1986 (arts. 206 y 214 a 218), San Luis de 1987 (arts. 196 a 200), Santiago del Estero de 1986 (arts. 141, inc. 16, 165 y 166) y Tierra del Fuego de 1991 (arts. 142, 154, inc. 2, 156, inc. 4, y 160 a 162). También lo ha establecido la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 115 a 117).

### *b) Naturaleza jurídica y composición*

La reforma constitucional de 1994 incorporó esta institución por medio del art. 114, que dispone: "El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

"El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley".

El Consejo de la Magistratura está en la Constitución nacional, y ello es positivo; es fruto de una larga e incesante prédica doctrinal[10]. El sistema anterior de designación política de los magistrados judiciales, empero, no ha sido abandonado; ahora, habrá Consejo de la Magistratura más la propuesta del Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado. Ello no nos parece lo más conveniente; hubiésemos preferido un cambio más decidido y firme.

**10.** Alfredo Colmo, *La justicia*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1957, p. 70, quien aclara en la página siguiente que no sería necesario crear un organismo nuevo, porque la Corte Suprema, por su función, se podría convertir en Consejo; Néstor P. Sagüés, *El Consejo de la Magistratura*, "E.D.", 113-850; Roberto O. Berizonce, *Designación de los magistrados y funcionarios judiciales*, "Revista de Estudios Procesales", Rosario, nº 14, diciembre de 1972, ps. 3 a 10.

El origen europeo de la institución del Consejo de la Magistratura y su supuesta raigambre monárquica no descalifica ni desmerece su esencia, aunque reconocemos que ha entrado a la Constitución por medio de una de sus variantes más débiles. Hay provincias que han realizado apuestas mucho más decididas y audaces, como Río Negro, Chubut y Tierra del Fuego.

Respecto de su naturaleza jurídica y consecuente ubicación institucional, nos inclinamos a pensar que el Consejo de la Magistratura es un órgano no jurisdiccional del Poder Judicial, con autonomía relativa.

La norma constitucional debió establecer más claramente la composición del Consejo de la Magistratura, tal como quedó demostrado luego de las sucesivas reformas que se han introducido respecto de su composición y que han generado tantos embates contrarios a la independencia del Poder Judicial. (¿Son cuatro o cinco los estamentos que deben tener representación? ¿Equilibrio equivale a igualdad matemática de representación o a peso relativo?) Ello no puede quedar librado a la reglamentación, aun cuando se exija una mayoría calificada. El Consejo de la Magistratura, tal como surge del art. 114 de la Constitución nacional, es un órgano relativamente numeroso y con fuerte predominio político en su composición.

Este nuevo órgano constitucional nació de la necesidad; es consecuencia del descreimiento en la Justicia. Aspiramos a que la innovación sirva para mejorar, y no sólo para mostrar que se quiere cambiar. Ha tenido origen en la crisis del Poder Judicial, una crisis que es de eficacia, de transparencia, pero sobre todo

de independencia. Sagüés se refiere a una crisis de calidad, de imparcialidad y de eficacia [11].

El problema de mayor trascendencia que deberá superar el Consejo de la Magistratura consistirá, seguramente, en los comportamientos políticos [12].

### *c) Atribuciones*

El art. 114 de la Constitución determina, en los seis incisos de su segunda parte, las facultades del Consejo de la Magistratura. Se advierte, inicialmente, que ellas son muy amplias, pues abarcan: 1) la selección de candidatos; 2) la formación de ternas de éstos y su elevación al Poder Ejecutivo; 3) la administración de los recursos económicos y la ejecución del presupuesto del Poder Judicial; 4) el ejercicio de facultades disciplinarias sobre magistrados; 5) la decisión sobre la apertura del procedimiento de remoción de éstos; y 6) las facultades reglamentarias. Las analizaremos muy brevemente en los parágrafos siguientes.

1) Dispone el inc. 1 de la norma en estudio que es atribución del Consejo de la Magistratura "seleccionar mediante concursos públicos los postulantes de las magistraturas inferiores".

Entendemos que los concursos públicos deberían ser de antecedentes y oposición. Habría que exigir, además, criterios predeterminados de evaluación, que en este caso únicamente podría fijarlos la reglamentación. No sólo se debe tomar en cuenta la

**11.** Néstor P. Sagüés, *Variables y problemática del Consejo de la Magistratura en el reciente constitucionalismo latinoamericano*, "E.D.", 161-931.

**12.** Al respecto, comenta Ventura: "La Argentina tenía en su Constitución nacional una verdadera fortaleza para asegurar que sus jueces fueran verdaderamente independientes. Normas similares a las nuestras dieron mucho mejor resultado en otros países –una vez más insistimos que no hay normas a prueba de malos ciudadanos-. Al crearse el Consejo se decidió abrir una de las puertas de la fortaleza, no la que da a la pradera, sino a un precipicio, y se nos invita a cruzar a través de un puente débil, aunque flamante. El Concejo es una puerta a un futuro incierto. No puedo asegurar que vaya a aer bueno o malo. Sólo deseo que no sea más de lo que tenemos hasta ahora" (Adrián Ventura, *Consejo de la magistratura*, Depalma, 1998, p. 364).

idoneidad profesional, sino también la derivada de condiciones éticas intachables.

Las decisiones en relación con su función de selección y elevación de las ternas de postulantes tienen que sujetarse a las disposiciones y a los principios de la Constitución nacional, y se debe admitir el control judicial de constitucionalidad. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Carranza Latrubesse, Gustavo s./ Acción de amparo", sentencia del 23 de mayo de 2006, tuvo oportunidad de expedirse al respecto y por mayoría, rechazó un recurso extraordinario interpuesto por un concursante que había sido descalificado por el Consejo de la Magistratura y excluido de la terna, con fundamento en que pesaban sobre él deudas irrecuperables[13].

2) Establece el inc. 2 del art. 114 de la Constitución que es facultad del Consejo de la Magistratura "emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores".

La adopción del sistema de proposición de ternas de candidatos deja un amplio espacio a la discrecionalidad política, sobre todo si consideramos el desigual peso que los distintos poderes tienen en el procedimiento de designación de los jueces. Además, facilita el tráfico de influencias, y da ocasión para la tentación.

Entendemos, además, que el sistema adoptado deja margen a otra discrecionalidad del órgano ejecutivo, o eventualmente del Poder Legislativo, y es la relativa a la posibilidad de que guarden silencio, o de que rechacen la terna elevada por el Consejo de la Magistratura.

**13.** "Fallos", 329-1723

3) También se le reconoce a este último organismo la atribución de "administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia" (art. 114, inc. 3), lo cual implica otorgarle facultades muy amplias, que en caso de que no se las ejerza conforme a los fines previstos en la Constitución pueden lesionar la independencia del Poder Judicial.

Si bien es cierto que el ejercicio de estas tareas le irroga un tiempo importante al tribunal superior de la República, el desprendimiento de ellas debilita a la Corte y la convierte en un órgano dependiente del Consejo.

4) Según el inc. 4 del art. 114, corresponde al Consejo de la Magistratura "ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados".

La atribución de facultades disciplinarias al nuevo órgano creado por la reforma de 1994 la consideramos acertada y constituye, a nuestro entender, junto con la selección de los magistrados judiciales, uno de sus aspectos más relevantes.

5) Además, se lo faculta para "decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente" (art. 114, inc. 5).

También la consideramos superadora del régimen vigente con anterioridad a la reforma de 1994. Es preferible, para la tutela de la independencia del Poder Judicial, que sea el Consejo de la Magistratura, y no el Congreso por medio de sus Cámaras, el que pueda disponer estas medidas.

La cláusula transitoria decimocuarta establece: "Las causas en trámite ante la Cámara de Diputados al momento de instalarse

el Consejo de la Magistratura, les serán remitidas a efectos del inc. 5 del art. 114. Las ingresadas en el Senado continuarán allí hasta su terminación".

6) Por el inc. 6 del art. 114, el Consejo de la Magistratura tiene la facultad de "dictar 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".

Esta atribución ha venido ejerciéndola la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y nos parece inconveniente su traspaso al Consejo de la Magistratura. Además, estimamos que la cláusula es poco coherente al expresar que esta facultad tiene por objeto "asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia". No se alcanza a percibir cómo un órgano más político en su composición que la Corte podrá lograr ese propósito tan loable.

### *d) Reglamentación*

Al crear el Consejo de la Magistratura, el constituyente reformador de 1994 se limitó a delinear algunos contornos de la institución con trazos gruesos y pocos definidos. Ello implica que ha delegado en el legislador ordinario aspectos relevantes, tanto de la estructura del nuevo órgano como de su funcionamiento.

Con respecto a la ley especial reglamentaria, el art. 114 dispone que deberá ser "sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara".

Además, la cláusula transitoria decimotercera de la reforma de 1994 expresa que "a partir de los trescientos sesenta días de la vigencia de esta reforma, los magistrados inferiores solamente podrán ser designados por el procedimiento previsto en la presente Constitución. Hasta tanto se aplicará el sistema vigente con anterioridad".

El Congreso de la Nación recién logró sancionar la ley reglamentaria nº 24.937 en las postrimerías del año 1997; norma que fue rápidamente modificada por la ley nº 24.939. Esas normas fueron unificadas mediante el texto ordenado dispuesto por el decreto nº 816/1999.

Dichas normas establecieron que el Consejo de la Magistratura "es un órgano permanente del Poder Judicial de la Nación" (art. 1º).

Se dispuso, asimismo, que el Consejo de la Magistratura estaría integrado por veinte miembros, según el siguiente detalle: 1) el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que lo presidía; 2) cuatro 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; 3) ocho legisladores designados por los presidentes de las cámaras, a propuesta de los respectivos bloques políticos, correspondiendo cuatro legisladores a cada una de las cámaras, debiendo recaer la designación en dos legisladores del bloque mayoritario, en uno de la primera minoría y en uno de la siguiente minoría; 4) cuatro representantes de los abogados de la matrícula federal, designados por el voto directo de los profesionales que posean esa matrícula, con aplicación del sistema D'Hont, y garantizando la presencia de abogados del interior del

país; 5) un representante del Poder Ejecutivo; y, 6) dos representantes del ámbito científico y académico, de los cuales uno correspondía que fuera profesor titular de una cátedra universitaria de una facultad de derecho nacional, y el otro una persona de reconocida trayectoria y prestigio que haya sido acreedora de menciones especiales en ámbitos académicos y/o científicos. En el primer caso, el Consejo Interuniversitario confeccionaba el padrón y organizaba la elección respectiva; en el segundo, el mismo Consejo lo elegía requiriéndose el voto de los dos tercios de sus miembros.

La reglamentación estableció que los consejeros durarían cuatro años en el ejercicio de sus funciones, pudiendo ser reelectos en una sola oportunidad consecutiva.

Para ser miembro del Consejo de la Magistratura se requería tener las condiciones exigidas para ser juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En cuanto a su funcionamiento las leyes nº 24.937 y nº 24.939 establecieron que el Consejo de la Magistratura actuaría por medio de sus comisiones y en sesiones plenarias. Se crearon cuatro comisiones: 1) de Selección y Escuela Judicial, 2) de Disciplina, 3) de Acusación y, 4) de Administración y Financiera.

A su vez se facultó al nuevo órgano para el dictado de su propio reglamento.

Por otra parte, y según las mencionadas normas, el quórum para sesionar en forma plenaria era de doce miembros, y para la toma de decisiones; sería exigida una mayoría absoluta de los miembros presentes, salvo, claro está, los casos de mayorías especiales.

Los concursos para cubrir vacantes judiciales deberían ser públicos y abiertos, de antecedentes y oposición y, en estos casos, la última decisión mediante la cual se conformará la terna definitiva debería ser adoptaba por los dos tercios de los miembros presentes del Consejo siendo, de conformidad a la ley, irrecurrible.

Posteriormente, la ley nº 26.080, modificó aspectos sustantivos tanto de la conformación, como del funcionamiento del Consejo de la Magistratura. En relación a lo primero determinó que el Consejo de la Magistratura estaría conformado por trece miembros, según el siguiente detalle: 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, designados por los presidentes de las respectivas cámaras, a propuesta de los bloques políticos parlamentarios, 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, debiendo uno de ellos tener domicilio en el interior del país; 4) un representante del Poder Ejecutivo; y, 5) un representante del ámbito académico y científico que debería ser profesor regular de una cátedra universitaria de alguna facultad de derecho nacional y contar con una reconocida trayectoria y prestigio, el cual sería elegido por el Consejo Interuniversitario Nacional con mayoría absoluta de sus integrantes.

La nueva ley mantuvo en cuatro años la duración de los miembros del Consejo de la Magistratura, pero dispuso que sólo sería admisible la posibilidad de reelección con intervalo de un período.

Respecto a su funcionamiento, la ley nº 26.080 estableció que lo haría en sesiones plenarias y por medio de sus comisiones. Estas últimas se mantuvieron en cuatro, pero según el siguiente detalle: 1) de Selección de Magistrados y Escuela Judicial; 2) de Disciplina y Acusación; 3) de Administración y Financiera; y, 4) de Reglamentación.

Fijó el *quórum* necesario para sesionar en forma plenaria, en el número de siete miembros; y la mayoría absoluta de los miembros presentes, para sus decisiones, salvo los casos de mayorías especiales establecidos en la misma normativa.

La ley nº 26.080 dispuso que el presidente del Consejo de la Magistratura debería ser designado por sus propios miembros, con una mayoría de dos tercios de los votos del total de sus integrantes.

En el nuevo régimen legal se mantuvo el criterio según el cual los concursos para cubrir vacantes judiciales deberían ser públicos y abiertos, de antecedentes y oposición y, en estos casos, la última decisión mediante la cual se conformaría la terna definitiva debería ser adoptaba por los dos tercios de los miembros presentes del Consejo siendo ella irrecurrible. Empero, se estableciò que "el plenario podrá revisar de oficio las calificaciones de los exámenes escritos, de los antecedentes, impugnaciones y dictámenes" (art. 9).

Otra variante sustancial la constituyó el hecho de atribuirle carácter abrogatorio al concurso si mediare un rechazo del pliego propuesto por el Poder Ejecutivo en el Senado de la Nación. En efecto establece el art. 9 de la ley 26.080 que "el rechazo por el Senado del pliego del candidato propuesto por el Poder Ejecutivo

importará la convocatoria automática a un nuevo concurso para cubrir la vacante de que se trate".

El funcionamiento del Consejo de la Magistratura en su etapa fundacional y hasta la sanción de la ley 26.080 mereció apoyos y críticas. Expresamos con anterioridad que este ensamble de dos sistemas diferentes, como lo son el de designación política de los jueces y el que procura su nombramiento por idoneidad, lo hace endeble y vulnerable.

La ley nº 26.080, si bien incorporó algunos criterios, en nuestra opinión, superadores (v. gr.: la reducción del número de miembros del Consejo de la Magistratura, la prohibición de la reelección inmediata de sus integrantes) también incrementó *a priori* la posibilidad de una excesiva politización en el proceso de selección de los magistrados judiciales. Ello no sólo se advirtió por el espacio relevante que le otorgó al estamento político, sino también por las mayorías exigidas para adoptar las decisiones más relevantes. En éstas era suficiente el voto favorable de ese sólo estamento. También consideramos objetable que en su conformación se excluya al presidente de la Corte Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El superior tribunal de la República rechazó un pedido de inconstitucionalidad de la ley 26.080 en el caso "Monner Sanz" en el que se cuestionaba a la norma por no mantener un criterio igualitario en la representación de los diversos estamentos[14].

En el año 2013, en el marco de reforma del Poder Judicial y bajo el *slogan* de democratizar la justicia, el gobierno impulsó un paquete de leyes, entre las cuales se sancionó y promulgó la ley 26.855 de reforma del Consejo de la Magistratura.

**14.** "Fallos": 337:166.

Por medio de dicha ley se sustituyeron los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 7º, 9º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 21º, 24º, 30º, 33 de la ley 24.937, y se incorporó el art. 3 bis, entre otras tantas modificaciones introducidas.

En lo sustancial la ley modificó la composición del órgano; el procedimiento de elección de los consejeros académico, científico, el quórum para sesionar; las atribuciones del plenario y las mayorías exigidas para la toma de decisiones.

En cuanto a la composición del órgano, quedaría integrado del siguiente modo: tres jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal (dos representantes por la lista que resulte ganadora por simple mayoría y uno por la que resulte en segundo lugar); tres representantes de los abogados de la matrícula federal, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal (dos representantes por la lista que resulte ganadora por simple mayoría y uno por la que resulte en segundo lugar); seis representantes de los ámbitos académico o científico, de amplia y reconocida trayectoria en alguna de las disciplinas universitarias reconocidas oficialmente, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal (cuatro representantes por la lista que resulte ganadora por simple mayoría y dos por la que resulte en segundo lugar); seis legisladores, a cuyo 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; y un representante del Poder Ejecutivo (artículo 2º).

Respecto del procedimiento de elección de los miembros consejeros de la magistratura representantes del ámbito académico y científico, de los jueces y de los abogados de la matrícula federal, su elección se realizaría en forma conjunta y simultánea con las elecciones nacionales en las cuales se eligiera presidente.

La elección sería por una lista de precandidatos postulados por agrupaciones políticas nacionales que postularen fórmulas de precandidatos presidenciales, mediante elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias.

No podrían constituirse agrupaciones políticas al único efecto de postular candidaturas al Consejo de la Magistratura, al igual que oficializar candidaturas a más de un cargo y por más de una agrupación política.

Las precandidaturas y, en su caso, candidaturas, a consejeros de la magistratura integrarían una única lista con cuatro (4) representantes titulares y dos (2) suplentes de los académicos, dos (2) representantes titulares y un (1) suplente de los jueces y dos (2) representantes titulares y un (1) suplente de los abogados de la matrícula federal.

La lista conformaría un cuerpo de boleta que iría adherida a la derecha de las candidaturas legislativas de la agrupación por la que fueran postulados, que a ese efecto manifestarían la voluntad de adhesión a través de la autorización expresa del apoderado nacional ante el juzgado federal electoral de la Capital Federal.

Tanto el registro de candidatos como el pedido de oficialización de listas de candidatos a consejeros del Consejo de la Magistratura se realizarían ante esa misma sede judicial.

A su vez, se dispuso que, se aplicarían para la elección de integrantes del Consejo de la Magistratura, del ámbito académico y científico, de los jueces y de los abogados de la matrícula federal, las normas del Código Electoral Nacional, las leyes 23.298, 26.215, 24.012 y 26.571, en todo aquello que no estuviera previsto en la ley nº 26.855 y que no resultara opuesta a sus disposiciones (artículo 4º).

Asimismo, se modificaron los requisitos exigidos para ser consejero. El antiguo artículo 4º de la ley 24.937 fijaba como requisitos para ser consejero, las mismas condiciones exigidas para ser juez de la Corte Suprema. En cambio, la nueva ley, estableció que para ser consejero se deben reunir las condiciones mínimas exigidas para ser diputado.

Además, dispuso que no pudieran ser consejeros, aquellas personas que hubieran desempeñado cargo o función pública jerárquica durante la última dictadura cívico-militar o respecto de quienes se verifiquen condiciones éticas opuestas al respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos.

En cuanto a las atribuciones del plenario se introdujeron numerosas reformas en los distintos incisos que integran el artículo 7º de la ley 24.937 y sus modificatorias, a saber:

Referida a la facultad reglamentaria, dispuso que el plenario tiene la atribución de "dictar los reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye la Constitución Nacional y esta ley a fin de garantizar una eficaz prestación del servicio de administración de justicia. A tal fin, entre otras condiciones, deberá garantizar: a. Celeridad en la convocatoria a nuevos concursos al producirse las respectivas vacantes. b. Agilidad y eficiencia en la tramitación de los concursos. c. Contralor sobre el

acceso igualitario y por concurso a la carrera judicial, tanto para empleados como para funcionarios. d. Igualdad de trato y no discriminación en los concursos para acceder a cargos de magistrados entre quienes acrediten antecedentes relevantes en el ejercicio de la profesión o la actividad académica o científica y aquellos que provengan del ámbito judicial. e. Capacitación permanente." (inc. 2º).

Una de las principales innovaciones se estableció en el inc. 6º en el que dispuso que: "Por mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros podrá instruir a la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial que proceda a la convocatoria a concursos con anterioridad a la producción de vacantes, orientados por fuero e instancia judiciales. Entre quienes aprueben el concurso previo se confeccionará una nómina, cuya vigencia será de cinco (5) años. Dentro de dicho plazo, en función de las vacantes que se produzcan, el plenario establecerá la cantidad de ternas que deberán cubrirse con los postulantes incluidos en la nómina, por riguroso orden de mérito. Una vez conformadas dichas ternas, la vigencia de la nómina caducará."; y en el inc. 9 al establecer que deben: "Dictar los reglamentos para la designación de jueces subrogantes y designar jueces subrogantes en los casos de licencia o suspensión del titular y en casos de vacancia para los tribunales inferiores de acuerdo a la normativa legal vigente.".

A su vez, especificó que la aprobación de los concursos y la remisión de las ternas vinculantes al Poder Ejecutivo debían adoptarse por la mayoría absoluta del total de los miembros (inc. 7º).

En cuanto a su participación en la conformación del anteproyecto de presupuesto anual del Poder Judicial, mantuvo las mismas facultades, pero estableció que deben atenderse los criterios de

transparencia y eficiencia en la gestión de los recursos públicos (inc. 10º).

También se establecieron nuevas funciones referidas a la dotación de personal del Consejo de la Magistratura y su superintendencia (incs. 13º y 14º).

En cuanto a la apertura del procedimiento de remoción de los jueces se modificaron la mayoría exigida, fijada en la vieja ley en dos tercios de los miembros presentes (inc. 7º, art. 7º de la ley nº 24.937) por la mayoría absoluta de los miembros totales (inc.15º).

A su vez tanto la remoción como las sanciones disciplinarias, pueden disponerse respecto de los jueces titulares, subrogantes y jubilados convocados de conformidad con el art. 16 de la ley nº 24.018; lo que consideramos un total acierto.

Se redujo el quórum para sesionar que será de diez miembros y sus decisiones se adoptarán por la mayoría absoluta de los miembros presentes, salvo mayoría especial indicada en la ley (art.7º ley nº 26.855).

En cuanto a las comisiones, se mantuvieron en cuatro y se varió su integración, a saber: 1- La comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial estará compuesta por: dos representantes de los jueces, tres representantes de los legisladores, dos representantes de los abogados, el representante del Poder Ejecutivo y tres representantes del ámbito académico y científico. 2- La comisión de Disciplina y Acusación quedará integrada por: dos representantes de los jueces, tres representantes de los legisladores, dos representantes de los abogados, tres representantes del ámbito académico y científico y el representante del Poder Ejecutivo.

3- La comisión de Administración y Financiera estará compuesta por: dos representantes de los jueces, dos representantes de los legisladores, un representante de los abogados, el representante del Poder Ejecutivo y tres representantes del ámbito académico y científico. 4- Por último, la comisión de Reglamentación será integrada por: dos representantes de los jueces, tres representantes de los legisladores, un representante de los abogados y tres (3) representantes del ámbito académico y científico (art. 8º ley nº 26.855).

En el marco de una gran polémica, los distintos sectores afectados por la nueva norma (colegios de abogados, asociaciones de magistrados, partidos políticos y abogados) impulsaron divesos reclamos judiciales con el fin de declarar la inconstitucionalidad de varios de sus artículos. En particular plantearon la inconstitucionalidad de la nueva integración del Consejo de la Magistratura por cuanto vulnera el equilibrio que debe existir entre los diferentes estamentos que lo componen, el modo de selección de los consejeros representantes de abogados, jueces y académicos y científicos por elecciones directas, por cuanto vulnera la representatividad de los mismos, entre otros.

Las causas iniciadas fueron numerosas [15] y la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de expedirse al resolver el caso "Rizzo, Jorge Gabriel c. Poder Ejecutivo Nacional[16]" el 18 de junio de 2013. Allí se resolvió que "la ley resulta inconstitucional en cuanto: a) romper el equilibrio al disponer que la totalidad de los miembros del Consejo resulte directa o indirectamente emergente del sistema político partidario, b) desconoce el principio

**15.** A modo de ejemplo se pueden citar: "Spinelli, Ana Marìa c. Estado Nacional" , "Federación Argentina de Colegios de Abogados c. Estado Nacional", "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otros c. Estado Nacional", "Fargosi, Alejandro Eduardo c. Estado Nacional", "Lopez Kölln, Valeria Andrea c. Estado Nacional", "De Felipe, Ricardo c. Estado Nacional", "Será Justicia c. Estado Nacional", "Colegio de Abogados Departamento Judicial de La Plata, Levene Fernando Pablo c. Poder Ejecutivo Nacional", "Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires c. Poder Ejecutivo Nacional", entre muchos otros.

**16.** No publicado aún en la colección de Fallos de la Corte, referencia R.369. XLIX.

de representación de los estamentos técnicos al establecer la elección directa de jueces, abogados, académicos y científicos, c) compromete la independencia judicial al obligar a los jueces a intervenir en la lucha partidaria, y d) vulnera el ejercicio de los derechos de los ciudadanos al distorsionar el proceso electoral" .

La Corte declaró la inconstitucionalidad de los arts.2, 4, 18 y 30 de la ley 26.855 y del decreto 577/2013 y dispuso que mantuviera su vigencia el régimen anterior previsto en las leyes 24.937 y sus modificatorias 24.939 y 26.080, y dejó sin efecto el llamado a elecciones para los nuevos cargos de consejeros.

Por consiguiente, en lo concerniente a la composición del órgano, como al modo de elecciones de los consejeros, mantuvo vigente el régimen anterior.

Consideramos que la Corte de Justicia de la Nación, ha dictado un fallo ejemplar, acorde con los principios republicanos y democráticos. Como intérprete final de nuestra Constitución y cumpliendo con el deber de defender su supremacía, decretó la inconstitucionalidad de aquellos artículos que estaban en evidente repudio con el sistema previsto y diseñado por los constituyentes de 1994 que incorporaron la figura del Consejo de la Magistratura en aras de alcanzar una mayor transparencia y mejorar la calidad de los funcionarios que se desempeñan en el Poder Judicial y del servicio de justicia.

En otro capítulo de este enredo jurídico, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad de las principales disposiciones de la ley 26.080 en el caso "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otros c. Estado nacional" del

16 de diciembre de 2021[17]. En el caso se cuestionaba la evidente falta de equilibrio entre los distintos estamentos que preveía la ley 26.080. Asimismo, dispuso exhortar al Congreso de la Nación a dictar una nueva ley. También y estableció cómo régimen transitorio, hasta tanto ello se produjera, el previsto originalmente en las leyes 24.937 y 24.939.

## IV. CONCLUSIONES

1. El Consejo de la Magistratura está, a partir de la reforma de 1994, en la Constitución de la Nación y ello es positivo y debe ser resguardado. Es fruto fecundo de una larga e incesante prédica doctrinaria y también de una tesonera lucha de las entidades profesionales. También, es consecuencia de una fuerte presión de la opinión pública que ha ido paulatinamente desnudando las graves falencias que presentaban los procedimientos de designación política de los magistrados judiciales y advirtiendo sus consecuencias que afectan garantías básicas del sistema republicano de gobierno.

2. Empero, no nos parece conveniente que el sistema de designación política de los jueces no haya sido cambiado sustancialmente con la reforma constitucional de 1994. Después de ésta, tenemos la institución del Consejo de la Magistratura, pero seguimos aferrados al sistema de designación política que prevé la propuesta del Poder Ejecutivo y el posterior acuerdo del Senado. Un sistema derivado del derecho continental europeo y con raíces monárquicas en sus orígenes -el Consejo de la Magistratura- ha sido acoplado a otro preexistente de origen norteamericano y republicano -designación política de los jueces- y esa combinación ha sido expuesta con llamativa ambigüedad constitucional

**17.** "Fallos: 344:3636.

a una realidad todavía distante del estricto respecto a la seguridad jurídica. Hubiésemos preferido un cambio más decidido y firme que es el que se venía reclamando. La ocasión era propicia para una innovación más genuina y había antecedentes valorables para ello, sobre todo en el ámbito del derecho público provincial.

3. El origen netamente europeo de la institución del Consejo de la Magistratura y su supuesta vinculación monárquica, no descalifica, ni desmerece su esencia. Es más, las experiencias que nos ofrece el derecho comparado indican que puede resultar una institución sumamente útil a la democracia.

4. La adopción del sistema de proposición de ternas de candidatos dejan un amplio espacio a la discrecionalidad política, sobre todo si consideramos el desigual peso que los distintos poderes tienen en el procedimiento de designación de los jueces. Además, facilita el tráfico de influencias. La breve experiencia acumulada indica que los aspirantes que logran sortear favorablemente el concurso de antecedentes y oposición deben iniciar un peregrinaje por los distintos estamentos políticos para obtener la propuesta del Poder Ejecutivo y el posterior acuerdo del Senado. En ese devenir repleto de inseguridades donde, en ocasiones, se cotejan recomendaciones diversas, el candidato pierde independencia y jerarquía.

5. En este contexto, las modificaciones legislativas que se introduzcan a la ley reglamentaria del Consejo de la Magistratura, si son favorablemente resueltas, pueden contribuir a mejorar sustancialmente su funcionalidad hasta tanto se consolide la actitud de un cambio más firme y decidido.

6. El sendero más importante, y también el más difícil, apunta al cambio de las conductas y de los comportamientos. Ello sólo será posible mediante una firme actitud de docencia ciudadana que exhiba con claridad y apego al bien público los verdaderos alcances del tema. A esta acción la imaginamos coordinada entre todos los agentes sociales con comunión de propósitos. Se impone, en ese camino, la convocatoria amplia que permita un esclarecimiento de la problemática y una elaboración de propuestas responsables que, resguardando la indudable jerarquía que debe tener el Poder Judicial en el sistema republicano de gobierno, afiance su jerarquía e independencia.

# La creciente influencia de los Colegios de Abogados en el servicio de justicia

Por
**Mateo Laborde**[1]

**1.** Relator del Procurador de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires Julio M. Conte Grand; ex Presidente del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (2016-2022) y del Colegio de Abogados de Mercedes (2014-2022).

Antes de comenzar, quisiera expresar mi agradecimiento a los organizadores por convocarme a participar de esta obra.

La reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994 incluyó en su art. 41 el reconocimiento de los colegios y consejos profesionales, garantizando el derecho a su constitución y desenvolvimiento.

En aquel momento, la colegiación de las distintas profesiones naturalmente lo recibió como un verdadero hito, que no solo potenciaba y reafirmaba sus instituciones, sino que también daba por superados una serie de cuestionamientos permanentes con los que habían luchado desde su constitución.

Por ejemplo, se cerraba de esta manera en la Provincia la discusión sobre la naturaleza jurídica de los Colegios y su encuadramiento dentro o no de la administración pública. El reconocimiento traía de la mano la ratificación como ente público no estatal que fijaban las leyes constitutivas especiales de cada uno.

Tampoco se discutiría más la constitucionalidad o no de la colegiación obligatoria. A pesar de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya se había pronunciado sobre la constitucionalidad en numerosas oportunidades, de vez en cuando volvía a aparecer el planteo poniendo en jaque a todas las instituciones afines.

Como ha dicho Tomás Hutchinson, si bien la reforma no implica que los Colegios y Consejos tengan carácter constitucional (en el sentido de que no es un órgano esencialmente constitucional), la importancia de la norma radica en que mientras no exista una nueva reforma constitucional no perderán el estatus actual.

Desde luego, el reconocimiento constitucional de la colegiación legal obligatoria y de las cajas previsionales ha resultado un punto de inflexión en la rica historia de estas instituciones.

Conmemorando los 30 años de la reforma me pareció interesante explorar algunos aspectos del desempeño actual de los colegios de abogados, con los que estoy familiarizado, y poner de manifiesto su pujanza creciente a partir de un estado que cada vez más se sirve y se apoya en los recursos que éstos generan.

Asimismo, merece una atención especial comparar las potestades delegadas a los Colegios en su origen con las actuales. Encontraremos una ampliación sorprendente que nos conducirá a la necesidad de reevaluar la dimensión de estas instituciones en cuanto a sus derechos y obligaciones, y consecuentemente poner en crisis la norma que las regula.

Como hemos aprendido, la historia se piensa para el futuro. La intención de estas líneas es provocar a los especialistas en la materia, yo no lo soy, a hacer un análisis renovado de la actuación subsidiaria de los Colegios de abogados.

## LAS RAZONES DEL NACIMIENTO DE LA COLEGIACIÓN DE ABOGADOS

Si de casualidad he conseguido atrapar la atención del lector hasta este punto, quédese tranquilo que no pretendo enumerar aquí todos los hechos y circunstancias que condujeron al nacimiento de los Colegios.

Los colegios profesionales en general son entidades representativas de los intereses de los profesionales agrupados en ellos.

También cumplen funciones públicas como el control y gobierno de la matrícula.

En el caso de los colegios de abogados, además, se le ha requerido ejercer un control del desempeño de los magistrados y del funcionamiento de la justicia en general. Estas funciones fueron las motivadoras de su creación y es en el contenido de esas tareas donde pueden encontrarse las notas esenciales de su existencia.

Considero que será muy útil traer brevemente algunas necesidades que planteaban los poderes del estado a principios del siglo pasado, que resultaron detonantes de la fundación de los primeros Colegios.

El Colegio de Bahía Blanca fue el primero en su género en territorio bonaerense y surgió como como institución privada en respuesta adecuada para: *"...conservar la moralidad en el ejercicio de la profesión y velar poniendo todo empeño para que los magistrados de este Departamento Judicial se mantengan dentro de los principios que la Constitución y las Leyes, así como los de la moral y de la justicia, establecen..."*[2]

En la sesión de la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires del 16 de octubre de 1912, se acordó la formación de una comisión especial encargada de investigar las causas de la morosidad judicial en la justicia bonaerense. El resultado fue un informe que incluía opiniones de magistrados, abogados y funcionarios judiciales que decían por ejemplo:

**2.** Abogacía y Procuración. Ejercicio profesional y Previsión Social. Sus Normativas. Ed. del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 1980, p. 20.

*"...la falta de un Colegio de abogados con facultades disciplinarias da lugar a la inconducta de algunos litigantes, y por ende a demoras en los procedimientos, principalmente en la justicia de primera instancia..."; "...instituir el colegio de abogados, para establecer la misión que a estos se le confía, deprimida hoy por hoy a causa de procedimientos y recursos para los cuales no existe sanción de ninguna especie..."*.

Aquellas propuestas colectadas entre 1912 y 1915 en cuanto a la necesidad de creación de colegios públicos se materializaron en 1944 al oficializar el Interventor Federal en la Provincia de Buenos Aires, doctor Julio Oscar Ojea, mediante el decreto 543/1944, los colegios existentes. Esta medida tuvo breve tiempo de aplicación por haber declarado la Suprema Corte en octubre de 1945 su invalidez en orden a que el acto provenía de un Comisionado Federal.

No obstante, sirvió de piedra basal de la sanción y promulgación de la ley 5177 en el año 1947, que instituye a los Colegios y regula el ejercicio profesional de abogados y procuradores en la Provincia.

## LA LEY 5177 Y SUS MODIFICACIONES

Hay que detenerse aquí a plantar el primer mojón que servirá luego para hacer la comparación con la situación actual.

La ley en su texto original, en el art. 19, estableció una delegación de funciones públicas a los Colegios para la ordenación, defensa y representación de la profesión.

Así delegó el gobierno de la matrícula (inc. 1) y el poder disciplinario sobre los abogados (inc. 3), reconoció el derecho a la de-

fensa de los miembros del colegio (inc. 10), a fijar y administrar la cuota anual (inc. 12).

En relación a la difusión y profundización de conocimientos jurídicos ordenó crear una biblioteca pública en cada Colegio (inc. 4), colaborar en estudios, informes, proyectos y demás trabajos que los poderes públicos les encarguen sean o no a condición gratuita, que se refieran a la abogacía, a la ciencia del derecho, a la investigación de instituciones jurídicas y sociales y a la legislación en general (inc. 5). Promover o participar en congresos o conferencias (inc. 6).

Pero además, contemplando las necesidades planteadas, la ley les concedió la misión de ejercer un control permanente sobre el sistema de administración de justicia. Para esto les encomendó acusar a los funcionarios y magistrados de la administración de justicia, por las causales establecidas en la ley respectiva (art 19 inc. 7).

Esto es lo que verdaderamente define y redimensiona a estas instituciones, posicionándolas como guardianes y a la vez corresponsables del funcionamiento del sistema de justicia.

La naturaleza de estas funciones, si bien están estrechamente relacionadas con el ejercicio de la abogacía y sirven al objetivo superior de sostener el estado de derecho, exceden al gobierno y defensa de los intereses colectivos de los matriculados. Son impropias. Prerrogativas que concede el estado, no con el objetivo de ordenar el ejercicio profesional de la abogacía sino de control, para asegurarse que su propio accionar sea eficiente.

También introdujo la ley otra delegación en el mismo sentido que, como se verá más adelante a la luz de lo que ocurre en la actualidad, resultó extraordinariamente atinada y exitosa: la defensa y asistencia jurídica de los pobres (inc.2).

Estas decisiones marcaron definitivamente la vida de los Colegios de Abogados y abrieron una senda de delegaciones impropias.

Con la llegada del reconocimiento constitucional, la ley 5177 sufrió modificaciones[3] y actualizaciones.

La principal reforma ocurrió en el año 1999. Los fundamentos se expresaban en este sentido: *"A través del proyecto que se somete a consideración de la Honorable Legislatura se propicia la modificación de diversos artículos de la ley 5.177 reglamentaria de las profesiones de abogado y procurador.*

*Dicha ley fue sancionada el 28 de octubre de 1947 y promulgada el 6 de noviembre de dicho año, es decir, que se encuentra próxima a cumplir 50 años de vigencia. Las circunstancias fácticas y jurídicas existentes por entonces han variado sustancialmente.*

*Los colegios profesionales han obtenido reconocimiento constitucional al igual que las cajas previsionales de profesiones liberales producto de la reforma llevada a cabo en la Constitución provincial, artículos 40 y 41.*

*El abogado de 1996 no es el mismo de 1947, ni en su dimensión, ni en su alcance, ni en sus implicancias. Han variado sustancialmente los medios de vida, las costumbres, la idiosincrasia, en fin, el pensamiento general de la comunidad y de los abogados como*

**3.** Leyes N°12.277 (1999) y 12.548 (2000) y Decreto-Ley N°10049/83.

*integrantes de la misma. En virtud de ello, entendemos necesario propiciar la introducción de numerosas modificaciones sobre las disposiciones contenidas en el mencionado texto legal…"*

En cuanto a delegaciones del estado, se agregaron las siguientes: "…Fijar las bases para un sistema de ayuda judicial que, con la participación activa de todos los Colegios Departamentales, brinde cobertura de acceso a la justicia en el territorio de la Provincia…" (inc. 13); "…Informar al Consejo de la Magistratura sobre el estado de matrícula y antecedentes disciplinarios de los inscriptos en aquél"…(inc. 19); y "… Participar de las funciones que le corresponden en el Consejo de la Magistratura… (inc. 20) del art. 19.

Si bien seguramente esta norma reformista demandó gran esfuerzo para llegar a ser ley, mirado desde una perspectiva histórica, evidentemente no fue todo lo contundente que se esperaba. No es una crítica al trabajo realizado, sino una conclusión que el tiempo y la experiencia de estos años nos habilitan a ensayar.

Los grandes maestros Augusto M. Morello y Roberto O. Berizonce entre otros ya recomendaban en aquella época ir por *"…una nueva frontera de la Colegiación…"*[4] advirtiendo las grandes falencias en la enseñanza de la abogacía y la existencia de un modelo agotado de regulación de la profesión, lo cual no ocurrió.

Desde esa época hasta la actualidad no se han producido reformas legislativas. Esto a pesar de que en varias oportunidades el Consejo Superior del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires ha elaborado proyectos de reforma de la ley N°5177, que no han conseguido llevar adelante el trámite necesario para convertirse en ley.

**4.** "Los Abogados", Augusto M. Morello, Ed. Abeledo Perrot, 1999, p.18.

## LA NUEVA DIMENSIÓN DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS BONAERENSES

El primer cuarto del *S.XXI* registra un notorio crecimiento de la magnitud de los Colegios de Abogados en nuestra Provincia.

Esto se advierte en los aspectos organizativo, administrativo, edilicio, de participación y formativo entre otros.

La explicación de este impacto no es otra que la adquisición de una cantidad importante de obligaciones que requirieron en cada caso de la construcción de nuevas estructuras y el desarrollo de recursos, hasta ese momento insuficientes o inexistentes, para poder dar una respuesta adecuada y eficiente.

Antes de poner una mirada sobre estas nuevas funciones, pasemos al vuelo por algunas causas conocidas que incrementaron la necesidad de un estado presente.

Tres circunstancias puedo advertir como trascendentes en este sentido.

La primera de ellas es la crisis económica. Ya desde el año 2001 hasta la fecha, con vaivenes, asistimos a un deterioro constante del poder adquisitivo de los ciudadanos y de su calidad de vida. Los números de la pobreza y la vulnerabilidad alcanzados hasta hoy constituyen el aspecto más doloroso y vergonzoso para los argentinos, a la vez que le ha impuesto al estado y a todos nosotros el deber de asistencia y de allanar el camino de acceso a la justicia.

Luego, como una situación totalmente extraordinaria tenemos que citar a la *IV Revolución Industrial*, que nos ha interpelado y conmovido.

La sucesión de adelantos tecnológicos en estos últimos años produjo un cambio total en la forma de vida de las personas, de sus necesidades y sus demandas. Una mutación profunda en la forma de ejercer sus derechos y obligaciones que requirió de un proceso de modernización ineludible de todos los sistemas públicos.

Por supuesto, la deuda en aspectos de modernización del estado todavía es enorme y creciendo. Esta preocupación se agrava si se consideran los dos efectos principales de la innovación: el devenir de las transformaciones es imparable e inevitable; y luego, todos los adelantos dejan lo que ya existía totalmente desacreditado y deslegitimado.

Finalmente, la tercera causa que encuentro como generadora de una respuesta extraordinaria del estado fue la pandemia de Covid 19.

En marzo de 2020 y como consecuencia del aislamiento general obligatorio dispuesto por el gobierno, todos los servicios relacionados a la justicia se vieron resentidos. Esto obligó a tremendos esfuerzos para recrear estructuras especiales adaptadas a estas circunstancias que permitieran el funcionamiento de los órganos propios de la justicia, de los auxiliares y la interrelación con los demás poderes del estado y el resto de la sociedad, de una manera que sustituyera la presencialidad.

Inmediatamente después, apenas superada la pandemia, la sociedad elevó la vara de la exigencia no admitiendo ninguna demora proveniente de estructuras burocráticas y exigiendo la modernización de todos los sistemas que le causaran un obstáculo o inconveniente para el desarrollo de la vida diaria. Esto aún perdura y seguirá como un comportamiento general propio de estos tiempos.

Las respuestas estatales han sido dispares y acordes a los recursos, posibilidades y voluntades políticas en cada caso, que no ameritan ser evaluadas aquí.

Pero sí es materia que nos ocupa el hecho de que las estructuras estatales se han apoyado en las entidades intermedias y particularmente en las públicas no estatales.

En el caso de los Colegios de Abogados, lo ha hecho de tal manera que los ha potenciado de la forma descripta, cambiando totalmente sus estructuras y actividad diaria.

Vale la pena, a modo de ejemplo, enumerar algunos de esos desarrollos que permitirán tomar conocimiento práctico de lo que se pretende exponer.

*Consultorio Jurídico gratuito (arts. 22 y 23 Ley 5177)*. Los veinte Colegios departamentales tienen su consultorio jurídico instalado en su sede donde se atienden gran cantidad de personas diariamente.

En algunos casos, por la magnitud de la demanda, es atendido por abogados contratados al efecto. En la mayoría de los casos son los abogados de la matrícula quienes, por turno, cumplen

con la carga pública de la atención. En los Colegios de departamentos judiciales con mayor extensión, el consultorio además de funcionar en la cabecera departamental, lo hace en forma descentralizada en cada una de las localidades, atendido por abogados de esa ciudad.

Toda esta tarea se encuentra coordinada por cada Colegio. Se evacúan consultas y en determinado casos se asigna patrocinio jurídico gratuito.

A su vez, funciona en el seno de COLPROBA una comisión permanente con un representante de cada Colegio que aporta mejoras permanentes a este veterano y eficiente sistema.

Últimamente se ha diseñado y puesto en marcha un sistema electrónico provincial que permite registrar toda la actividad y brindar datos permanentemente para la toma de decisiones.

Todos estos desarrollos al servicio de quienes carecen de recursos para costear un abogado se han incrementado exponencialmente en los últimos años debido a la multiplicación de consultantes. Las estructuras, organizaciones y recursos humanos se han ampliado para cubrir la demanda, que se acrecienta año a año.

*Asesores y Defensores ad hoc en la Justicia de Paz Letrada (art. 91 y 92 ley 5827, Ac. 4061/22, Res.PG 500/22).* Los Colegios de Abogados son los encargados de conformar listados de abogados que para ser desinsaculados en la Justicia de Paz como defensores oficiales o como asesores ad hoc.

Recientemente la SCBA y el Procurador de la Suprema Corte de Justicia, conjuntamente con el Colegio de Abogados provincial

han lanzado una renovación del sistema incorporando la tecnología mediante un sistema electrónico, la capacitación obligatoria de los profesionales, el sorteo transparente entre otras modificaciones que sin duda será un salto de calidad en beneficio de los justiciables.

Si bien este sistema data de los años setenta, las circunstancias sociales han provocado un crecimiento de la designación de los abogados como defensores o asesores.

En algunos Juzgados de Paz el porcentaje de causas donde hay designado un abogado con este sistema alcanza el ochenta por ciento del total que tramitan en ese órgano.

Participan del sistema más de tres mil abogados de toda la provincia, que cobran por sus servicios una retribución entre 2 y 8 jus arancelarios, según ha sido fijado por el SCBA.

*Ente Cooperador de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas* (Ley 14028, Decreto 914/2010) Conjuntamente con el Consejo de Profesionales de Ciencias Económicas y el Colegio de Escribanos integra el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires este ente público no estatal que se financia con el cobro de las tasas que la misma ley dispone. Desde el año 1998, aunque recién en 2010 se aprobó el convenio al que se refiere al artículo primero de la ley, contribuye al sostenimiento de las delegaciones que funcionan en el interior de la provincia, radicadas en su mayoría en inmuebles propios o adquiridos y mantenidos por los Colegios y el Consejo Profesional. Inclusive el personal que trabaja en ellos.

Aún hoy mantienen vital importancia teniendo en cuenta el escaso desarrollo electrónico de los trámites de la DPPJ.

*Registro Provincial de Abogados de la víctima (ley 15232 capítulo IV)*. La ley, sancionada en el año 2021, reconoce y garantiza a las personas víctimas de presuntos delitos sus derechos en todas las etapas del proceso. Para cumplir con estos objetivos les garantiza asesoramiento, asistencia y representación jurídica en todo el territorio de la Provincia.

El capítulo IV de la ley crea la figura del abogado de la víctima y el Registro Provincial de Abogados de las víctimas en el seno del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Se establece todo un sistema de inscripción, capacitación y designación de abogados a cargo del Colegio.

Los abogados perciben honorarios del estado conforme la ley de honorarios 14.967.

Para llevar adelante esta tarea, el Colegio de abogados además de la difusión y capacitación a sus matriculados, ha diseñado y puesto en funcionamiento un sistema electrónico que permite la designación transparente y el control y monitoreo permanente del sistema por parte del estado.

*Mediación prejudicial obligatoria (ley 13.951)*. En el año 2009 se creó el sistema de mediación judicial obligatorio. Los Colegios de abogados fueron actores esenciales mostrando la necesidad de incorporación de los métodos de resolución de conflictos al proceso, como así en el diseño de la ley.

Para la puesta en marcha del sistema los Colegios recibieron en los centros de mediación ya existentes a los aspirantes a integrar el registro de Mediadores Prejudiciales y realizaron una larga y profunda tarea de capacitación. Dado que las norma exigen una

capacitación anual obligatoria, los Colegios y su brazo académico la Fundación Cijuso siguen con la capacitación permanente en temas de mediación.

Entendiendo que todavía el sistema merece un ajuste se trabaja permanentemente para conseguir una transformación positiva.

*Creación del sistema AJUTRA (Asistencia Jurídica a los trabajadores)*. Por medio de un convenio con el Ministerio de Trabajo de la Pcia. de Buenos Aires se brinda asistencia de consulta y patrocinio en forma gratuita a los trabajadores.

Cualquier trabajador de la Provincia puede solicitar en la página web del Ministerio de Trabajo un abogado para consultarlo y en su caso para llevar adelante su reclamo judicial o administrativo.

Esto lo hace en un sistema creado por COLPROBA al efecto, mediante el cual se le sortea un abogado de un listado previamente conformado. El sorteo recae en un abogado de la misma localidad que el solicitante. El sistema registra todos los pasos de la actuación del abogado, lo cual puede ser monitoreado por el Ministerio y por el propio Colegio de matrícula.

Al finalizar la tarea, el sistema dispara un pedido al solicitante para que exprese el grado de satisfacción que ha obtenido con el servicio brindado

*Creación del sistema ACOM*. Por medio de un convenio con la Superintendencia de Riesgos del Trabajo se lleva adelante el patrocinio jurídico gratuito a trabajadores que necesitan acceder a trámites en la Comisiones Médicas. Esto incluye la creación de un sistema electrónico de pedido de abogado, designación y segui-

miento del caso al alcance de los trabajadores desde cualquier dispositivo. El sistema tiene los mismos alcances, control y transparencia que el referido previamente.

*Registro Provincial de Abogado del Niño, REPAN (Ley 14568)*. Esta ley, del año 2014, crea en el ámbito provincial la figura del Abogado del Niño. Dice el art. 2: "Créase un Registro Provincial de Abogados del Niño en el ámbito del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, donde podrán inscribirse todos aquellos profesionales con matrícula para actuar en territorio provincial que demuestren acabadamente su especialización en derechos del niño, certificado por Unidades Académicas reconocidas y debidamente acreditadas, ya sean estos profesionales del ámbito público como privado, y/o integren distintas organizaciones de la sociedad civil que trabajen la problemática de la infancia y adolescencia…"

A su vez manda a los Colegios a mantener una comunicación permanente con los órganos judiciales para la designación, debiendo exponer en forma transparente los listados y el sorteo de profesionales.

Esto demandó como primera medida un proceso de capacitación y selección de abogados para integrar el registro, que cumplieran con los requisitos impuestos por la norma. También la coordinación con el estado para el pago de los honorarios de los abogados del niño.

Además, por supuesto el diseño e implementación de un sistema electrónico para el funcionamiento del Registro y la interacción con los órganos judiciales.

A la fecha el sistema funciona satisfactoriamente.

*Ley de mapa judicial. Ley 15044.* Esta ley fue promulgada en 2018.

Más allá de los numerosos intentos anteriores para trabajar sobre el mapa judicial, el COLPROBA impulsó esta iniciativa por intermedio del Ministro de Justicia con el objetivo de obtener un diagnóstico estadístico de las prioridades para la creación o transformación de órganos judiciales.

La ley dispuso que uno de los integrantes de la Comisión de Mapa Judicial sea el Presidente del Colegio.

Se llevó adelante, por aquellos años, un arduo trabajo donde todos los integrantes de la Comisión aportaron necesidades y datos indispensables para emitir los dictámenes que servirían a los Poderes provinciales para la toma de decisiones.

*Sistema de Presentaciones y notificaciones electrónicas. Firma digital y electrónica.* Desde hace más de quince años, la SCBA comenzó a trabajar en forma conjunta con el COLPROBA para la implementación del expediente electrónico.

A partir del año 2015/2016 las presentaciones y notificaciones electrónicas fueron obligatorias transformando paulatinamente el expediente papel en un trámite mixto y luego electrónico/digital como se lo conoce en la actualidad.

La tarea de los Colegios implicó a sus dirigentes un trabajo mancomunado con las autoridades judiciales de la Suprema Corte y la Procuración de la Suprema Corte para el desarrollo del sistema, conformándose una mesa de trabajo que se mantuvo hasta

después de la puesta en marcha y todavía se reúne en la búsqueda de mejoras.

Asimismo, implicó la capacitación de todos los abogados de la provincia para la obtención de la firma electrónica o digital y el aprendizaje para el uso adecuado del sistema. Esta etapa duró años, no solo por la resistencia natural a la innovación, especialmente porque significaba ni más ni menos que un cambio total y absoluto para el ejercicio de la abogacía.

Los sistemas de los que hoy disfrutamos, expediente electrónico, IPP electrónica, sistema de presentaciones y notificaciones, subastas electrónicas, etc., solucionaron en gran medida los obstáculos de las distancias y la seguridad de las causas, dotando a la justicia provincial y a los auxiliares de justicia de herramientas del primer mundo.

*Creación de servicio web con la SCBA y la Procuración de la SCBA.* Permite ente cada presentación el control permanente de la situación de matrícula de cada abogado, detectando irregularidades en forma instantánea.

*Pandemia Covid-19. Comisión para el seguimiento y control de la situación epidemiológica en el ámbito del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.* El día 20 de marzo de 2020 comenzó en Argentina la etapa de aislamiento obligatorio para combatir los efectos de la enfermedad.

El día 16 de marzo, mediante la Resolución de Presidencia N°312/20 la SCBA conformo acertadamente esta comisión de seguimiento al que fueron invitados la Asociación Judicial Bonaerense, el Colegio de Magistrados de la Provincia de Buenos Aires y el Colegio

de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, a los fines de oír y evaluar sus propuestas.

La conducción de la comisión estuvo a cargo del Ministro Dr. Daniel F. Soria. Se mantuvo en reunión y comunicación permanente durante toda la duración de la pandemia aportando ideas y acciones para conseguir el funcionamiento pleno y eficaz del servicio de justicia.

Gracias al desarrollo de medios electrónicos, al trabajo de capacitación de todos los operadores, anteriores al año 2020, y al esfuerzo de todos los operadores del sistema de justicia se consiguió en un corto tiempo la restitución paulatina del servicio hasta su plenitud.

La convocatoria de la SCBA a este ámbito de trabajo produjo una serie de ideas y consensos que fueron aplicados para superar la crisis. La actuación y los resultados obtenidos por esa Comisión quedarán como un modelo de gestión abierta y participativa.

Estos son solo algunos casos de funciones adquiridas o ampliadas en esta etapa por los Colegios.

A esto puede agregarse la participación de ocho Presidentes de Colegios en el Consejo de la Magistratura (art. 175 Const. Provincial y art. 19 inc. 20 ley 5177) y el aporte miembros consultivos de cada Departamento Judicial (art. 20 ley 11868).

También la propuesta de abogados destacados para el listado de Conjueces de la SCBA y la integración del Jurado de enjuiciamiento (Ley 13661).

Pido disculpas por la extensión de los ejemplos. No ha sido mi intención generar un exceso tedioso.

Lo que ocurre es que aquí es donde debemos plantar el segundo mojón.

Mi pretensión ha sido, como adelantara, confrontar aquellas facultades originales delegadas en los Colegios de abogados, casi en su totalidad ceñidas al ejercicio de organizar la profesión y ejercer un control del trabajo de los jueces; con estas que detallo en este acápite.

La transformación de la actuación de estas instituciones, que han multiplicado sus recursos para poder hacer frente a las múltiples y heterogéneas tareas impuestas o adquiridas voluntariamente no ha tenido un orden o planificación. No existe ningún registro proyectando o disponiendo que la actuación subsidiaria de los Colegios crecerá de tal o cual modo.

Como suele ocurrir en nuestra Argentina, esto ha tenido que ver con dar respuesta a necesidades urgentes o simplemente con dar cobertura a una función que al estado le resultaba imposible cumplir.

Todo este camino esta cimentado por la voluntad de cada uno de los abogados que ha puesto el hombro al servicio de la sociedad. Y desde el punto de vista normativo por el reconocimiento constitucional, que le garantizó la estabilidad institucional a hombres y mujeres que ad honorem dejaron su tiempo de trabajo particular y sus familias para aportarle al colectivo con el convencimiento de estar fortaleciendo el estado de derecho y al progreso de su profesión.

Si los Colegios de Abogados no hubieran emprendido en estos desarrollos los debería haber hecho el estado, creando una estructura especial en cada caso. Se puede presumir con un alto grado de certeza, que de haber sido así en su mayoría hoy no existirían.

**A modo de conclusión. Tarea para los que saben**

Dijo Marcelo Proust: "Aunque nada cambie, si yo cambio, todo cambia".

Parece contradictorio adherir a la idea de que nada cambia, cuando estamos viviendo épocas vertiginosas. No desconozco la revolución innovativa, ni la social especialmente las saludables conquistas de las mujeres, ni los cambios políticos, tampoco los avances de la salud.

Los tres factores que se señalaron previamente como motores de nuevas necesidades, siguen vigorosamente profundizando la crisis de las instituciones. Y de estas instituciones en particular que son los colegios de abogados.

La crisis económica no deja de producir vulnerables. La tendencia lejos está de disminuir. Si además se tiene en cuenta el deterioro educativo en nuestro país, con alto grado de certeza se puede predecir que existirá un sector importante de la sociedad que requerirá de un acompañamiento de las estructuras estatales o paraestatales.

La revolución tecnológica está en pleno apogeo y amenaza con transformar muchas de las reglas con las que vivimos hoy.

Erik Brynjolfsson, director del Centro para los Negocios Digitales del MIT, recurre a una vieja leyenda sobre la invención del ajedrez en la India del siglo VI d.C, para describir "la dimensión desconocida" que enfrentan individuos, gobiernos y empresas a partir de la difusión de tecnologías exponenciales. Lo podemos encontrar en su libro *La segunda era de las máquinas*, que escribió en coautoría con el científico Andrew McAfee, y que Temas editó en español.

La historia cuenta que el juego ciencia fue ideado por un hombre muy inteligente que viajaba a Pataliputra, la ciudad capital del Imperio Gupta. El viajero aprovechó su visita para mostrarle su creación al emperador, quien quedó tan impresionado con el juego que le ofreció al inventor que eligiera su recompensa. "Lo único que deseo es poder darle de comer a mi familia", dijo el hombre. "Colocad un grano de arroz en el primer casillero del tablero, dos en el segundo, cuatro en el tercero y así sucesivamente, siempre duplicando la cantidad del casillero anterior, hasta completar los 64 casilleros." El emperador, impresionado por la aparente modestia del inventor, aceptó de inmediato. Hasta el casillero número 32 (la mitad del tablero) la cantidad de arroz aumentaba en términos razonables: 4000 millones de granos de arroz es lo que produce un campo grande por año, algo factible de pagar para el emperador, y ese fue el número resultante de elevar dos a la potencia 32. El problema sobreviene en la segunda mitad: para el casillero 64, la cantidad de granos requerida supera al monte Everest, y es más que toda la producción mundial de arroz de la historia.

"Entramos en la segunda mitad del tablero de ajedrez y las reglas son completamente distintas", dice Brynjolfsson.

Tampoco han cesado los efectos de la pandemia. Si bien la enfermedad está aparentemente dominada, las consecuencias psicológicas y sociales que produjo todavía repercuten.

Especialmente en la conciencia de la finitud de la vida que ha tomado la sociedad y la decisión de no tolerar gestiones públicas que, pudiendo ser más desarrolladas, se quedan estancadas provocando malestar y pérdida de oportunidades a la población.

Para cerrar esta lista de desafíos, hay que admitir que en la Provincia de Buenos Aires quienes trabajamos en justicia siempre nos sentimos un poco relegados. Al menos esto me pasa a mí.

Al momento de las decisiones en un contexto casi permanente de emergencia, al distribuir esfuerzos y recursos entre salud, educación, seguridad y justicia, la menor atención siempre recae en esta última, que se encuentra prácticamente invisibilizada para todos quienes no forman parte del sistema.

La justicia en nuestra provincia no es un tema prioritario. La actividad de los Poderes Legislativo y Ejecutivo en general en las últimas décadas no acompañó la transformación que sí emprendió el Poder Judicial dentro de sus posibilidades, con recursos magros y gran voluntad de trabajo de sus integrantes y los auxiliares de justicia que colaboran permanentemente.

Salvando meritorios esfuerzos personales, institucionalmente existe una gran deuda de acompañamiento legislativo y ampliación de recursos para poder plasmar y potenciar el desarrollo alcanzado.

Dicho esto, no hace falta agregar más argumentos para confirmar la tendencia por la cual el estado, pesado a la hora de las adecuaciones a los cambios, seguirá requiriendo cada vez más del apoyo sostenido de las instituciones colegiales.

Parecería entonces que lo que no debería persistir es la falta de previsibilidad al respecto.

Dijo Morello5 ya en 1999, marcando los buenos reflejos de la dirigencia del Colegio de Abogados de la Provincia identificando la necesidad de "repensar al abogado" y porfiando "…por las aperturas que demanda la realidad contextual de hoy…que mucho de lo que fue está agotado o perimió pero que – la colegiación – no es una idea cerrada ni definitiva sino maleable, y en la aceleración de estos tiempos perfectible en su dinámica evolución; constituye un modelo reglamentario eficaz y generoso, que no va a desertar de lo que a ella se le demande, consecuentemente, ha de prestar al interés de la sociedad."

Pasados veinticinco años el proceso de renovación sigue en veremos. Me hago cargo de lo que me toca si no contribuí suficiente en ese sentido cuando fui dirigente colegial.

Habrá que asumir que los Colegios de Abogados ya no son solo entidades para la organización de la profesión o las defensas gremiales y los controles externos informales del funcionamiento de justicia.

Los desafíos actuales están basados en la detección inmediata de los problemas. Para esto nadie como los abogados, enreda-

**5.** Augusto M. Morello, ob. cit, p.20.

dos permanentemente en el tejido social escuchando de primera mano a personas que ven sus derechos amenazados.

Además, la realidad heterogénea de nuestra Provincia obliga a que cada zona tenga una atención especial. No son solo los problemas de distancia en el interior de la provincia o de acumulación demográfica del conurbano o Mar del Plata. Cada ciudad vive realidades distintas a la vecina y cuenta con recursos distintos, eso lo hemos podido ver claramente.

Muy útil ha resultado también la participación mixta en el control de gestión de los órganos judiciales, con algunas experiencias fugaces y puntuales.

Parecería ser la hora de hacer adecuaciones legislativas al rol de sus entidades colectivas y algunos aspectos del ejercicio profesional, especialmente los relacionados con la actividad subsidiaria del estado.

Establecer condiciones generales para la delegación de facultades, tanto en relación a los recursos que aportará el estado como a los requisitos que deberán cumplir los delegados y quienes en definitiva ejecuten la obra o presten el servicio encomendado.

Muy posiblemente no sea necesario modificar el carácter de persona jurídica de derecho público no estatal, pero seguro habrá que revisar sus derechos y obligaciones.

Lo que pretendo destacar es que si aceptamos la derrota del estado eficiente y reconocemos que en algunos aspectos el estado necesitará ayuda permanente, será necesario exigir a las insti-

tuciones delegadas, como mínimo, las mismas obligaciones que tienen los agentes estatales.

Asimismo, deberán disponer de nuevos derechos y nuevos recursos, que junto con los propios permitan desarrollar un servicio adecuado.

Un apoyo y una comunicación permanente que a veces son dificultosos. No hay que olvidar que el obligado principal nunca dejará de ser el estado.

El control activo y la supervisión por parte por parte del estado; la rendición de cuentas, la transparencia absoluta y la eficiencia por parte de los Colegios.

Todo esto pensado y receptado en la norma.

Mucho se ha discutido en el seno de los colegios sobre la necesidad de hacer cambios en la forma de dirigirlos. Por ejemplo, el arancelamiento de los dirigentes que hoy trabajan ad honorem, en algunos pocos casos con pago de gastos. La incompatibilidad para ejercer la profesión de quienes ejercen cargos que, hoy por hoy requieren una dedicación full time.

El número de representantes es otro tema que se ventila habitualmente.

La circunstancia de que el presidente del colegio provincial es al mismo tiempo presidente de uno de los veinte colegios departamentales es otra cuestión a revisar. Hoy la exigencia es mucho mayor que en otras épocas por el giro que como se ha visto parcialmente aquí tienen llevan adelante.

La cuestión de la capacitación permanente y obligatoria es indispensable.

Es cierto que muchas normas ya la contemplan como por ejemplo las de mediación, abogado del niño, asesores y defensores ad hoc de la justicia de paz. No así por ejemplo el sistema de abogados de las víctimas que invita a capacitarse pero sin obligatoriedad.

Sería imprescindible que, como mínimo, aquellos abogados que prestan servicio como consecuencia de una designación proveniente de una delegación estatal garanticen la actualización de conocimientos. De esta forma ocurre ya en el Poder Judicial (Administración de Justicia y en el Ministerio Público), con una tendencia firme hacia la garantía al ciudadano de la capacitación permanente.

De frente a la sociedad, los Colegios deben emprender la modernización de su sistema disciplinario. Conseguir un proceso electrónico, oral y ágil, manteniendo la garantía del derecho de defensa del denunciado, que sea de aplicación uniforme en toda la provincia. Y que así suceda. Con resultados que puedan hacerse públicos, resguardando los derechos del condenado en su caso, y medibles.

Deberá atenderse también a la revisión jurisdiccional de las decisiones de los Colegios, cuya normativa provoca en muchos casos una demora que frustra el fin perseguido.

Todas estas son algunas ideas primarias, desordenadas, pretenciosamente provocativas.

Solo pretendo disparar un debate amplio, que pueda receptar otras visiones. Que motive a quienes están preparados para diseñar una reforma legal que permita fortalecer las instituciones, protegerlas y prepararlas para poder extraerles el máximo de sus potencialidades. Que termine en acciones concretas con reformas legislativas. En la recreación de entidades paraestatales preparadas para cooperar permanentemente con el estado.

A su vez, un estado marcado por el control de resultados, en el que la discusión sobre su tamaño no deba apartarse de la eficiencia. Donde el espíritu altruista sea una vara a la hora de decidir delegar o no una función no esencial, que pueda hacer en mejores condiciones una institución intermedia.

Cada vez que nos encontramos en una emergencia volvemos a dar gracias por tener las instituciones de la democracia. Sabemos que mantenerlas saludables y modernas es la misión sustancial para conseguir un crecimiento conjunto que nos devuelva la calidad de vida que todos esperamos.

Esa es la propuesta.

# Es hora de un balance crítico, que señale las sombras de la reforma

Por
**Pablo Yurman**[1]

**1.** Abogado por la Universidad Nacional de Rosario; Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Pontificia Universidad Católica Argentina; ex Director del Centro de Estudios de Historia Constitucional Argentina "Dr. Sergio Díaz de Brito" (2016-2022), de la Facultad de Derecho, UNR; profesor adjunto de la cátedra "C" de Historia Constitucional Argentina, Facultad de Derecho (UNR); miembro correspondiente por Santa Fe del Instituto Nacional de Investigaciones Histórica "Juan Manuel de Rosas".

Treinta años es un lapso de tiempo que invita, o impone, un necesario balance de lo que supuso para nuestro país la Reforma Constitucional de 1994. Quizás por prejuicio, intuyo que ante tan particular efemérides abundarán las loas y el acento se pondrá sobre las "luces" del texto aprobado por la Convención Constituyente. Por esa razón me animo a esbozar, apenas, una mirada crítica sobre algunas de las modificaciones que se hicieron sobre el texto constitucional, o la inclusión de institutos extraños a nuestro ámbito, inspirado por el afán de que sean tomadas en cuenta a futuro. O que al menos se abra un espacio para un debate serio al respecto.

## PASO PREVIO: ALGO DE HISTORIA CONSTITUCIONAL

El siglo XIX fue testigo de dos formas opuestas sobre cómo entender tanto el proceso constituyente como los fines de una constitución escrita. Unitarios y federales interpretaban dos maneras antagónicas sobre el modelo de país y de sociedad a adoptar por nuestra joven nación. Y el modelo constitucional no será la excepción respecto de tal enfrentamiento.

Tocó al unitarismo, encarnado en la figura de Bernardino Rivadavia, dar al país el texto de 1826, el cual se ganó rápidamente el rechazo de plano por parte de las provincias. Pero el problema de fondo, que ha sido reducido por muchos a la cuestión del trato que el texto dispensaba a las provincias (realidades institucionales anteriores a la Nación), el rol de los gobernadores, o incluso la cuestión de la Capital, era mucho más profundo. El defecto de origen del unitarismo radicaba en la tendencia, casi obsesiva, por copiar textos extranjeros, con particular predilección por algunos europeos, sin mayor cuidado en ver si reflejaban una muy concreta realidad social, política, económica, como era la de la Argentina de entonces.

Al respecto nos dice Vicente D. Sierra: "Es evidente que la Constitución de 1826 no fue todo lo crudamente unitaria que la mayoría del Congreso habría querido… Lo malo de ella es que no era argentina. Sorprende en sus debates la concordancia de todos los diputados en citar la Constitución de los Estados Unidos, el pensamiento de Benjamín Constant… es decir, un olvido sistemático de todo antecedente hispano-criollo, de toda experiencia propia. Se creaba un régimen cuyas innovaciones quedaban en la superficie, incapaces de calar hondo en la entraña de la vida del país."[2]

Tras la derrota del unitarismo, representado ahora por la figura del General José María Paz, las provincias fueron adhiriendo a las cláusulas del Pacto Federal firmado originariamente el 4 de enero de 1831 por los representantes de Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos, dándose inicio a la experiencia de la Confederación Argentina.

Resulta interesante la opinión de Adolfo Saldías respecto del Pacto Federal. Sobre el documento afirma: "Más que un tratado de unión y alianza para objetos inmediatos, este pacto era, como se ve, una verdadera constitución bosquejada a grandes rasgos. Si no llenaba las exigencias de legisladores retóricos y formalistas, como los que elaboraban antes y después del año 1831 las constituciones de Francia, las cuales se sucedían como hipérboles más o menos brillantes, tenía cuanto menos en su abono el ejemplo de Inglaterra, que es la nación más libre, con ser que se limitó a conservar las declaraciones de la *magna carta*, y a ampliarlas en razón de sus necesidades sucesivas."[3]

**2.** Sierra, Vicente D., Historia de la Argentina, tomo VII De la anarquía y la época de Rivadavia a la Revolución de 1828, Editorial Científica Argentina, Bs. As., junio de 1967, pág. 532.

**3.** Saldías, Adolfo, Historia de la Confederación Argentina. Rozas y su época, tomo II, Librería La Facultad, de Juan Roldán, Bs. As., 1911, pág. 70.

Coincido con la caracterización hecha por Saldías del Pacto Federal como una "verdadera constitución bosquejada a grandes rasgos", entendiendo, por lo demás, a dicho instrumento jurídico que habrá de vincular a las provincias argentinas por espacio de veinte años, como el más apropiado para vincular a los estados que forman una Confederación, que no es un Estado Federal, por más que suene parecido. A los lectores interesados en profundizar sobre ésta cuestión en particular, como así también en relación con la naturaleza de la Comisión Representativa creada por el Pacto Federal remito a una obra de mi autoría.[4]

Para ir concluyendo ésta breve y necesaria aproximación desde la historia constitucional, conviene tener presente lo señalado por Fermín Chávez, quien al caracterizar las dos tendencias antagónicas, unitarismo y federalismo, nos dice: "Aparentemente, detrás del federalismo emergente no había una doctrina clara, rotunda, como la que nutria al unitarismo naciente, perfectamente delineada. Es cierto: ello ocurre con todo movimiento historicista. En rigor, debemos distinguir en el federalismo dos fases: la puramente jurídico-institucional, que se define por su parentesco con el federalismo norteamericano; y otra, la cultural, en la que la teoría cede su preponderancia a los ingredientes metarracionales, o transracionales, como me gusta llamarlos: las creencias fundamentales del pueblo argentino, actuantes como la corriente de un río."[5]

De los dos partidos políticos que hegemonizaban la vida política a comienzos de la década de 1990, esto es, la Unión Cívica Radical liderada por el ex presidente Raúl Alfonsín, y el Partido Justicialista conducido por el entonces presidente Carlos Menem, por sus

**4.** Yurman, Pablo, Nación y Confederación. Rosas y el Pacto Federal de 1831, Editorial Imago Mundi, Bs. As., 2014.

**5.** Chávez, Fermín, La conciencia nacional. Historia de su Eclipse y Recuperación, Pueblo Entero, Bs. As., 1996, pág. 43.

raíces históricas, era previsible que el radicalismo actuara, consciente o inconscientemente, como continuador del viejo unitarismo (haciendo la salvedad de la figura de Hipólito Yrigoyen que junto con Leandro Alem supieron darle otra impronta) en materia de reformas constitucionales conforme la exposición precedente. En cambio, el justicialismo, que por su historia bien podría haber representado aquella línea histórica que el propio Juan D. Perón sintetizaba en la frase "San Martín – Rosas – Perón", no supo, no quiso o no pudo ocupar ese sitial, y promovió la introducción de aspectos de la reforma que a treinta años son pasibles de críticas, algunas de las cuales me permito desarrollar a continuación.

## MONOPOLIO REPRESENTATIVO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

El artículo 38 de la C.N. en su parte sustancial establece que "Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático. … El Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes."

Si bien es cierto que la letra del texto parcialmente transcripto no dispone que las estructuras político partidarias tengan la exclusividad de la representación ciudadana, la caracterización con jerarquía constitucional que se hace bajo la alusión a "instituciones fundamentales del sistema democrático", sumado a la financiación pública de sus actividades, coloca a los partidos en un sitial de virtual exclusividad, lo que dispara algunos cuestionamientos que estuvieron presentes incluso en el debate que tuvo lugar en la Convención Reformadora.

Durante las sesiones en el seno de la Convención, la intervención de varios convencionales da cuenta del debate que suscitó el texto bajo análisis.

Más allá de las aclaraciones hechas por el convencional Maqueda en el sentido de que la letra del artículo no debería entenderse como el otorgamiento de un virtual monopolio en la representación política de los ciudadanos a las estructuras político-partidarias, otras voces anticiparon algunos reparos.

Hubo críticas a la referencia a "la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos" en el sentido de que si ésta debía entenderse como exclusiva y excluyente, impedía por tanto la presentación de candidaturas independientes de estructuras partidarias, concediendo en los hechos un monopolio de la representatividad política.

Así, la convencional Kent por Catamarca expresó: "como integrante de la Comisión de Redacción aclaro que el tema de la competencia para la presentación de candidatos fue largamente discutido; incluso se pensó en la posibilidad de sustituir el término, pero no debemos olvidar que es la ley la que fija la exclusividad de los partidos políticos para la presentación de candidato … Coincido con lo manifestado por la señora convencional preopinante en el sentido de que la palabra 'exclusiva' significa un término demasiado duro para incorporar en la Constitución y que es la ley la que debe determinar la exclusividad de los partidos políticos para presentar candidatos."[6]

A su vez, el convencional Iturraspe por Santa Fe aclaró al respecto: "Señor Presidente: no hay duda de que el texto propuesto lleva a confusión… En primer lugar: ¿qué quiere decir 'competencia'? Es la medida de la jurisdicción, y ésta siempre es exclusiva… No hay duda de que la palabra competencia lleva a confusión porque

**6.** Convencional Kent, Sesión 3º, Reunión 15ª, 22/07/1994, en https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm, consulta online del 25/03/2024.

generalmente la competencia es exclusiva. Por ello para evitar esta confusión podríamos modificar el término 'competencia' por 'capacidad' o 'facultad'..."[7]

No obstante que la alusión de la convencional Kent en el sentido de que ese monopolio de la representatividad política ya se encontraba previsto en la Ley de Partidos Políticos sea cierta, lo que precisamente algunos convencionales objetaban es que se la elevara a rango con jerarquía constitucional, impidiendo de facto las candidaturas de ciudadanos independientes.

Lo cierto es que la realidad indica que no ya la promoción de una candidatura independiente -por fuera de estructuras partidarias- por parte de un ciudadano para cualquier cargo electivo, sino también la formación en cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos exigidos para formalizar ante la justicia electoral la creación de un nuevo partido político, son casi tareas imposibles, que en vez de fomentar la participación ciudadana, la desalientan.

Otro reparo al texto que analizamos pasa por la financiación estatal de los partidos políticos. ¿Por qué deben los ciudadanos financiar de su bolsillo a todos los partidos políticos, incluso aquellos cuyas plataformas ideológicas se encuentran en las antípodas de sus preferencias al respecto?

En relación con este aspecto, la tendencia es la de avanzar hacia una autofinanciación de las instituciones o asociaciones de particulares sobre las que no exista un amplio consenso social en orden a que el sostenimiento económico a cargo del Estado sea

**7.** Convencional Iturraspe, Sesión 3°, Reunión 16ª, 25/07/1994, en https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm, consulta online del 25/03/2024.

justo e indispensable. O que obedezca a cuestiones históricas como lo es el sostenimiento estatal a la Iglesia Católica, institución que por lo demás ha anunciado recientemente su renuncia a seguir recibiendo fondos estatales.

Acaso haya un hilo conductor entre aspectos de la realidad que hemos señalado, y el descontento y desconfianza cada vez más consolidados del común de los ciudadanos y la idea de representatividad política de estructuras que, pese a todas las excepciones honrosas que quieran citarse, son percibidas como algo totalmente ajeno a las necesidades de las personas "de a pie". De esto a la aparición de "outsiders" considerados en el imaginario colectivo como rupturistas de ese microcosmos político partidario, incluso con serias posibilidades de dar un batacazo electoral, hay poco trecho.

## INICIATIVA Y CONSULTA POPULAR: ¿UN RETORNO AL "TODO POR EL PUEBLO, PERO SIN EL PUEBLO"?

Evito transcribir a continuación el texto completo de los artículos 39 y 40 de la C.N., circunscribiéndome a lo medular de ambos. El primero dice que "Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses. ..." El segundo afirma: "El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley..."

Si apelamos a la memoria de los discursos de aquella época, era algo casi unánime, por parte de las voces más autorizadas de los distintos partidos que presentaron candidatos a la elección de convencionales, que la norma permitiría afianzar el sistema de-

mocrático nacional propiciando la participación activa del pueblo en las deliberaciones. El miembro informante, convencional Brusca por Capital Federal aseguró que, no obstante no modificarse ni sustituirse el artículo 22 de la C.N. en cuanto dispone que "el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes", decía que la reforma buscaba complementar dicha inveterada disposición. Agregaba que "...los instrumentos que hoy ponemos a consideración de esta Convención Constituyente van a ser complementados, enriquecidos y modernizados sincerando una realidad política de los argentinos que, luego de ciento cuarenta años, estamos siendo mucho más participativos de la vida política que en el siglo pasado."[8]

Lo cierto es que, treinta años después de oírse aquellas palabras en el recinto, e infinidad de frases similares en medios de difusión y discursos de campaña a lo largo de todo el país, los mecanismos de participación ciudadana previstos en ambos artículos, jamás fueron puestos en práctica. Es cierto que el artículo 39 dispone que "No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y material penal", limitación que no aparece en el artículo 40 relativo a la posibilidad de que el Presidente de la Nación o el Congreso convoquen a consulta popular no vinculante.

Pero en rigor de verdad, jamás se convocó al Pueblo de la Nación en estas tres décadas para escuchar de modo más claro su opinión en temas puntuales.

Más allá de posibles buenas intenciones pretéritas, nuestro escenario político nacional se parece mucho a la frase que identifi-

**8.** Convencional Brusca, Sesión 3º, Reunión 17ª, 26/07/1994, en https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm, consulta online del 25/03/2024.

ca el más rancio despotismo ilustrado del siglo XVIII: "Todo por el pueblo, pero sin el pueblo", aborrecimiento quizás solo entendible en quienes dicen ser "representantes" (en el sentido del artículo 22 C.N.) pero que en temas sensibles y que constituyen una divisoria de aguas en la sociedad teman que quede en evidencia su falta de representatividad, al menos, respecto de las mayorías populares.

## ELECCIÓN DIRECTA DE PRESIDENTE Y VICE

Cuando la Argentina sancionó la Constitución de 1853, siguiendo en muchos aspectos la carta constitucional norteamericana, uno de los puntos que importamos -en lo que guarda relación con el sistema federal- fue el de la elección indirecta del presidente y vice, mediante colegios electorales formados por electores en cada provincia.

A partir de 1994, en cambio, el artículo 94 C.N. establece que: "El Presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el Pueblo, en doble vuelta, según lo establece esta Constitución. A este fin el territorio nacional conformará un distrito único."

No es del caso enumerar ahora las ventajas que supone, y por las cuales se bregó durante buena parte del siglo XX por una reforma como la que aquí comentamos, el sistema de elección directa de las máximas autoridades del Poder Ejecutivo.

Pero, quizás sin meditar demasiado al respecto, se modificó un sistema que, curiosamente, aún pervive en la sociedad que lo concibió hace más de dos siglos, es decir, EEUU, sin advertir en 1994 que la elección directa, al acentuar el factor "voto popu-

lar", repercute negativamente en otro aspecto trascendente del asunto: el respeto por el sistema federal de gobierno.

Desde hace treinta años, un solo partido del conurbano bonaerense tiene, en razón de su población, mayor incidencia y peso electoral en una elección presidencial que tres o incluso cuatro provincias juntas. Hasta la reforma, la necesidad de contar con una determinada mayoría de electores en los colegios electorales, obligaba a los candidatos a tener que imponerse en varios distritos. Ahora eso es prácticamente innecesario. Y entiendo que debemos reflexionar si no se ha retrocedido en materia de federalismo real y concreto.

Es cierto que incluso en EEUU el sistema de colegios electorales no está exento de críticas. La más importante es la que señala que un candidato podría perder en la elección por voto popular y, no obstante, ser consagrado presidente por haber ganado mayor cantidad de electores estatales. Pese a ello, se ha dicho también que "…la profesora Judith A. Best sostiene con firmeza que el sistema del colegio electoral es un paradigma de la democracia en los Estados Unidos, desde que se basa en el voto popular que se suma por estados, insertando la presidencia dentro del federalismo … 'La distribución de los votos populares es tan importante como su número' -dice- para finalizar su tesis sosteniendo que en el sistema jurídico-político de los Estados Unidos, la legitimidad no depende solamente del número de votos populares, haciendo aquí referencia al caso del Senado, formado por igual cantidad de representantes de cada estado, sin considerar sus respectivas poblaciones, y agrega que los redactores del texto no quisieron poner un poder ilimitado en las manos de la mayoría aritmética…"[9]

**9.** Barrancos y Vedia, Fernando, "La elección indirecta del Presidente de la Nación", Cuaderno de Investigaciones Nº 14, Instituto de

Es, en todo caso, algo como para reflexionar.

## EL JEFE DE GABINETE, UNA INSTITUCIÓN AJENA A NUESTRA TRADICIÓN QUE NUNCA ARRAIGÓ

El artículo 100 de la C.N. introdujo como novedad para un sistema fuertemente presidencialista como lo es el adoptado por nuestros constituyentes históricos de 1853, la figura del "Jefe de Gabinete de Ministros", emparentada con sistemas parlamentaristas europeos.

Sostuvo al respecto el convencional Auyero por Buenos Aires: "Pasaré ahora a los dos puntos que me toca informar del despacho de minoría condenado a muerte y de los vicios del despacho de minoría como verdugo. El primero se refiere al jefe de gabinete. La institución es válida porque intenta conceptualmente atenuar el sistema presidencialista. Sin embargo, la construcción que se ha hecho, producto del acuerdo y de la yuxtaposición, persiste en la centralidad del Poder Ejecutivo como único espacio con capacidad de bloquear o activar la decisión política. Es él quien designa y también quien remueve al jefe de gabinete, aunque además tiene esta facultad el Congreso. El señor convencional Zaffaroni, en una frase de fina ironía, suele llamarlo "ministro preferido". Es cierto: la figura que ha quedado construida no es la de un jefe de gabinete y mucho menos la de un primer ministro; es un ministro preferido, tiene algunas prerrogativas pero no muchas."[10]

Pese a disentir con la opinión del convencional Auyero en lo que respecta a su valoración auspiciosa, en términos conceptuales,

Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", 1989, Facultad de Derecho y Cs. Sociales, UBA.
Ver en http://www.derecho.uba.ar/investigacion/Cuadernos_de_investigacion14.pdf consulta online de fecha 22/03/2024.

**10.** Convencional Auyero, Sesión 3º, Reunión 18ª, 27/07/1994, en https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm consulta online del 25/03/2024.

de la figura bajo análisis, lo cierto es que entiendo que da en la tecla con su crítica, al apuntar básicamente a que lo que se plasmó constitucionalmente es un híbrido, que a nada bueno puede conducir. En efecto, al no ser un "primer ministro", lo que hubiese implicado la correlativa modificación del sistema presidencialista hacia uno parlamentarista, se optó, en cumplimiento del Núcleo de Coincidencias Básicas celebrado por los representantes de las dos fuerzas políticas mayoritarias antes señaladas, por una figura intermedia pero que no resulta ser, como dice el refranero, "ni chicha ni limonada". En síntesis, toda una estructura burocrática, con financiamiento público, es decir, sostenida por el bolsillo de todos los argentinos, que más allá de su periódica concurrencia al parlamento, nadie sabe muy bien para qué sirve en términos concretos.

## CONCLUSIONES

He optado en este modesto aporte por ceñirme a un balance crítico de cuatro modificaciones sustanciales introducidas al texto constitucional. Podrían hacerse otras, pero me limito a las antes desarrolladas.

Las críticas o el señalamiento de aspectos negativos deberían ser tomadas con naturalidad y como parte de un balance crítico que se atreva a evaluar la realidad de las reformas a treinta años de su implementación.

Suponen, además, tratar de evitar que nuestros convencionales se vuelvan como esos "legisladores retóricos y formalistas" que denunciaba Saldías, que conciben la tarea constituyente más como un juego o negociación de índole partidista, que como mandato expreso de sus conciudadanos para dar el mejor texto

posible, entendido sobre todo como el que más fielmente refleja una determinada realidad social.

Para ello sería menester que una fuerza política asuma ser la continuadora de la corriente historicista que es consubstancial a buena parte del pueblo argentino, pero que hoy carece de representación político-partidaria.

# 3. La reforma de la Constitución de la provincia de Buenos Aires

# a. Antecedentes históricos y normativos

# I. ANTECEDENTES DE LA CONSTITUCION DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES[1]

Por
**Dr. Carlos A. Mayón**

**1.** Publicado originariamente en "Constitución de la provincia de Buenos Aires. Introducción a la Constitución. Antecedentes, Epígrafes y Comentarios por el Dr. Carlos A. Mayón". La Plata Editorial Haber 2015. ISBN 978-987-3632-07-5.

La Provincia de Buenos Aires surgió como entidad política autónoma en el año 1820, como consecuencia de la caída de las autoridades nacionales luego de la batalla de Cepeda.

Si bien sus primeros tiempos fueron de mucha inestabilidad, con gobiernos que se sucedían con gran rapidez - recordemos el famoso día de los tres gobernadores – y permaneció muchos años sin Constitución, en todo momento la Provincia de Buenos Aires trató de darse su Constitución.

Nos referiremos aquí sólo a los más importantes: la Carta Escrita del 29/30 de mayo de 1820; el Proyecto de Constitución de 1833; la Constitución del Estado de Buenos Aires de 1854; la Constitución definitiva de 1873 y sus reformas de 1889, de 1934, de 1949, el intento de Reforma de 1990 y , finalmente, el nuevo texto aprobado el 13 de setiembre del año 1994.

- **Carta Escrita del 29 / 30 de mayo de 1820**

El primer intento constitucional bonaerense fue la Carta Escrita del 29 al 30 de mayo de 1820. Fue dictada por la Junta de Representantes. Se designaba Gobernador Propietario a Ramos Mexía, a quien se le otorgaban el "lleno de facultades" en lo político, económico y militar por ocho meses. Creaba también un "Consejo Consultivo y Resolutivo", integrado por Paso, Anchorena, Andrade y dos suplentes.

El documento era muy breve: sólo constaba de una especie de exposición de motivos y 7 artículos; consistía fundamentalmente en la enumeración de las prohibiciones al "Gobierno", que no podía ejercer funciones judiciales, ni civiles ni criminales, salvo detener a toda persona que considerase sospechosa al orden

(cláusula semejante al Estado de Sitio); no podía imponer contribuciones ni empréstitos sin acuerdo del Consejo; no podía variar el destino de los fondos ni crear nuevos empleos, ni celebrar tratados de paz ni de alianza.

Preveía la Acefalía: para el caso que el Gobernador no pudiera continuar en el mando, entraría en funciones el presidente del Consejo.

Esta "Carta" era un documento muy rudimentario, y su principal limitación es que no efectuaba una enumeración de Derechos y Garantías individuales.

Sin embargo, fue un intento valioso para lograr la organización de la Provincia, poniendo límites al Poder Ejecutivo, pese a la situación de anarquía e inseguridad en que se vivía.

- **Leyes Constitucionales**

Después del fracaso de este primer intento, la Provincia de Buenos Aires se fue organizando por medio de Leyes Constitucionales, que dictaba la Junta de Representantes.

Esta, en 1821, se declaró Constituyente, y organizó a la Provincia sobre la base de tres leyes fundamentales: la Ley Electoral, la Ley de Supresión de los Cabildos y la Ley de Organización del Poder Ejecutivo.

- **Proyecto de Constitución del 19 de diciembre de 1833**

Este Proyecto, presentado en la Legislatura por 3 diputados, si bien no fue aprobado, tuvo una gran influencia en Constituciones que con posterioridad se dieron otras Provincias.

Entre sus características más destacadas, debe señalarse que declaraba que la Provincia de Buenos Aires era un Estado libre e independiente; determinaba - muy importante para la época - que la Provincia "no será jamás el patrimonio de una persona o una familia". Establecía la Libertad de Cultos, sin perjuicio de proclamar a la Católica como la religión de la Provincia. Declaraba que la forma de Gobierno sería "popular representativo". El Poder Legislativo estaría en manos de una Asamblea General, bicameral: la Cámara de Representantes y el Senado. Establecía que los legisladores no podrían ser reelectos hasta haber dejado pasar un bienio.

Una institución muy interesante que preveía, en el ámbito del Poder Legislativo, era la "Comisión Permanente", integrada por dos senadores y tres representantes, que funcionaría durante el período de receso de la Asamblea.

El Poder Ejecutivo estaría en manos de un Gobernador, elegido por la Asamblea General, y duraría 3 años. En cuanto a la reelección era muy severa: para que el gobernador pudiera ser reelecto, debía dejar pasar dos períodos: 6 años.

Preveía que habría hasta 3 ministros o secretarios del despacho, y estarían sujetos a Residencia durante 6 meses.

El Poder Judicial sería desempeñado por el Superior Tribunal de Justicia y demás juzgados establecidos por ley.

Reconocía la independencia e inamovilidad del Poder Judicial.

Hacía una enumeración de Derechos y Garantías, donde deben destacarse la prohibición de la confiscación, de las penas crue-

les y los tormentos, y la limitación, en cuanto fuera posible, de la pena de muerte. La igualdad y la libertad de prensa tenían especial tratamiento.

Se aseguraba el juicio previo, y la prohibición de juramento a los reos. Consagraba en forma expresa el Hábeas Corpus. Particular atención merece el art. 170: "**Jamás** podrá en la Provincia el Poder Ejecutivo ser investido con **facultades extraordinarias**...". Debe recordarse que poco antes le habían sido conferidas al gobernador Rosas.

Posteriormente, hubo varios intentos para continuar con ese Proyecto, debiendo destacarse los realizados en enero de 1835. Pero, en definitiva, la Provincia de Buenos Aires quedó sin ningún tipo de Constitución hasta después de la batalla de Caseros.

- **Constitución del Estado de Buenos Aires del 11 de abril de 1854**

Como consecuencia de la separación producida por Buenos Aires en 1852, la Provincia dictó, en 1854, la Constitución del Estado de Buenos Aires.

Esta Constitución fue dictada por la Sala de Representantes de la Provincia, "en uso de la soberanía extraordinaria que inviste", utilizando para ello la Ley del 3 de agosto de 1821, por la que la Junta de Representantes se había declarado Extraordinaria y Constituyente.

Siguió el modelo de la Constitución de 1826, y se advierte también una gran influencia del Proyecto de 1833.

Buenos Aires se declaraba aquí "un Estado con el libre ejercicio de su soberanía", pero haciendo la salvedad que ello era "mientras no la delegue expresamente en un Gobierno Federal".

La Constitución era unitaria, y establecía los límites del nuevo Estado, por cierto generosos. De todos modos, dejaba abierta la posibilidad de que ello pudiera modificarse en un Congreso General.

Como forma de Gobierno establecía el "popular representativo", y proclamaba que la sobernía reside en el pueblo.

Le dedicaba una Sección a la ciudadanía, previendo distintas causales para su suspensión: deudor del tesoro público, demencia, vagancia, proceso criminal.

Al igual que el Proyecto de Constitución de 1833, determinaba que el Poder Legislativo reside en la Asamblea General, compuesta de dos Cámaras: la de Representantes y la de Senadores. También preveía la existencia de la Comisión Permanente.

El Poder Ejecutivo estaría en manos del Gobernador del Estado, que duraría 3 años, pudiéndoselo reelegir dejando pasar otros 3 años.

El Poder Judicial sería ejercido por el Tribunal Superior de Justicia y los Tribunales inferiores.

En la parte de Declaraciones, Derechos y Garantías, ratificaba las leyes sobre libertad de vientres, la prohibición del tráfico de esclavos, de la confiscación, el tormento, las penas crueles, la infamia trascendental, los mayorazgos y vinculaciones.

En materia educativa, establecía la gratuidad de la enseñanza primaria.

Se establecía que el Estado costearía el culto católico, apostólico romano, pero garantizaba el derecho de todo hombre a ejercer un culto según su conciencia.

- **Constitución del 29 de noviembre de 1873**

Fue sancionada por la Convención Constituyente que sesionó desde el 21 de mayo de 1870 hasta el 29 de noviembre de 1873.

Ha sido calificada como "la más perfecta ley fundamental de América Latina".

Esta Constitución es el eje del proceso del Constitucionalismo en la Provincia. Los documentos anteriores son precedentes de ella, y los posteriores, reformas parciales.

Fue la más importante, no sólo porque es el texto básico de la Constitución vigente en la Provincia, sino por la jerarquía de los convencionales que la dictaron, y por la profundidad del análisis que efectuaron, cuyos debates continúan siendo - pese a haber pasado más de un siglo de su sanción, y las varias reformas que tuvo - el elemento más esclarecedor para interpretar la Constitución.

Esta Convención estuvo integrada por hombres de la mayor jerarquía intelectual, entre los que pueden citarse a Benjamín Gorostiaga -principal redactor de la Constitución Argentina de 1853 - que si bien no la firmó, participó en muchos de sus más importantes debates, Bartolomé Mitre, Manuel Quintana, Adolfo Alsina, Pedro

Goyena, Manuel Obarrio, José Manuel Estrada, Juan José Montes de Oca (h), Antonio E. Malaver, Luis Saenz Peña, Dardo Rocha, Luis V. Varela, Mariano Acosta, Norberto de la Riestra, Ezequiel Paz, Quirno Costa, Bernardo de Irigoyen, Juan María Gutiérrez, Rufino de Elizalde, Vicente Fidel López, Aristóbulo del Valle, José Mármol, Carlos Tejedor, Esteves Saguí, José María Moreno, y Carlos D'Amico.

Esta Constitución tuvo una gran influencia posterior en otras Provincias.

Hubo temas que fueron intensamente debatidos, como la religión del Estado y la cuestión electoral.

Se introdujeron modificaciones importantes a los textos anteriores, como el sistema de representación proporcional como "regla en todas las elecciones populares".

Se determinó que los distritos electorales tendrían como base los juzgados de paz.

Las Declaraciones Derechos y Garantías que en el texto anterior estaban dispersas, en esta Constitución se reunieron en la Primera Sección.

Se ratificaron las normas de la Asamblea de 1813 sobre libertad de vientres, etc.. También se estableció en forma expresa la prohibición de la prisión por deudas.

En cuanto al Poder Legislativo, se determinaba que estaría en manos de una Asamblea Legislativa, compuesta por dos Cámaras: una de Diputados y otra de Senadores. Se suprimió la Comisión Permanente que estaba en la Constitución anterior.

En el Poder Ejecutivo, además del gobernador, aparece aquí la figura del vicegobernador. Ambos serían elegidos por medio de electores, con un sistema semejante al que estuvo vigente en la Constitución Nacional hasta la Reforma de 1994, y por un período de 3 años, sin posibilidad de reelección inmediata.

Una novedad que trajo muchos problemas posteriores es la que exigía que los ministros fueran designados por el Ejecutivo con Acuerdo del Senado.

En el ámbito del Poder Judicial, se estableció la Suprema Corte de Justicia, con atribuciones originarias y de apelación; el conocimiento en la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, la resolución de las cuestiones de competencia, y la instancia única en juicio pleno para las causas contencioso-administrativas. Esto último quedó hasta la Reforma de 1994.

La Suprema Corte adquierió aquí un doble carácter de Tribunal de Justicia y Tribunal Constitucional.

Otra novedad en el ámbito del Poder Judicial es que previó que, además de jueces y tribunales,habría jurados para resolver sobre el análisis de las pruebas en los juicios civiles y comerciales.

En los juicios criminales el sistema era aún más complejo, pues se establecía un doble sistema de “Jurys”: uno para determinar si había lugar o no a acusación, y otro para resolver si el acusado era o no culpable.

Además, se establecían también jueces permanentes y viajeros.

En cuanto al Control del Poder, se introdujeron dos importantes funcionarios: el Tesorero de la Provincia, y el Contador de la Provincia .

Estableció las bases fundamentales del Régimen Municipal, y un status especial para la ciudad de Buenos Aires. Téngase presente que en esa época (1870/73) no se había resuelto la Cuestión Capital, y que la ciudad de Buenos Aires era la capital de la Provincia de Buenos Aires, y, sólo en forma precaria, también de la República.

En materia de Educación introdujo las pautas para la educación común, la Dirección Jeneral (sic) de Escuelas, el Consejo Jeneral (sic) de Educación, que dispondrían de rentas propias, y de un fondo permanente de Escuelas.

Dió también las pautas para la Instrucción Secundaria y Superior.

Finalmente, en cuanto a la Reforma de la Constitución, estableció el doble procedimiento que, en su esencia, aún persiste, y que motivó el debate sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Reforma que se intentó en 1990: la enmienda parcial o la reforma total. El art. 208 decía: "Esta Constitución podrá ser enmendada en parte ó reformada en el todo: en el primer caso, por sanción legislativa, sometida al voto del pueblo, y en el segundo, por medio de una Convención Constituyente popularmente votada y elejida" (sic).

Y aclaraba más adelante: "La Legislatura no tendrá facultad para proponer enmienda ó enmiendas á más de un artículo de esta Constitución en la misma sesión".

- **Reforma del 21 de octubre de 1889**

Como consecuencia de la fundación de la nueva capital de la Provincia en La Plata, se convocó a una nueva Convención Constituyente, que sesionó desde 1882 hasta 1889.

Entre las principales innovaciones que introdujo, deben citarse que se estableció que la capital de la Provincia será la ciudad de La Plata; el período del gobernador y vice se extendió a cuatro años; se modificó el sistema de nombramiento de los jueces de paz; y se estableció otro organismo para el Control Político: el Fiscal de Estado.

- **Reforma del 23 de noviembre de 1934**

Desde 1889 hasta 1934 hubo numerosos intentos de reformar la Constitución. Pero recién en 1934 se realizó una Convención Constituyente que efectuó algunos retoques a la Constitución: se modificó el Preámbulo; se ampliaron las garantías en cuanto a libertad de imprenta; se otorgó mayor precisión a lo relativo a los empréstitos. Se aumentó también el número de legisladores, y se suprimieron los Tribunales Militares.

Se estableció también un nuevo organismo de Control: el Tribunal de Cuentas.

Se suprimió el requisito del acuerdo del Senado para el nombramiento de los ministros del Poder Ejecutivo. En la elección de gobernador y vicegobernador se pasó del sistema indirecto, por medio de electores, que había hasta entonces, al sistema de elección directa por el pueblo, por simple mayoría de votos.

En materia electoral, se estableció la Junta Electoral.

- **Constitución del 20 de mayo de 1949**

La Constitución Nacional de 1949 estableció, en la 5ª disposición transitoria, la autorización "por esta única vez a las Legislaturas Provinciales para reformar **totalmente** las constituciones respectivas, con el fin de adaptarlas a los principios, declaraciones, derechos y garantías consagrados en esta Constitución".

A tal efecto, ambas Cámaras reunidas "constituirán la Asamblea Constituyente".

Sobre esta base, el Poder Ejecutivo de la Provincia convocó a la Asamblea Legislativa, la que sancionó la nueva Constitución el 20 de mayo de 1949.

Esta Constitución mantuvo la estructura básica de la de 1873. Modificó el Preámbulo; introdujo derechos sociales: del trabajador, de la familia, de la ancianidad, y de la educación y la cultura. A estos efectos, reprodujo, dentro de su texto, el art. 37 de la Constitución Nacional de 1949.

También se incluyó el concepto de la función social de la propiedad, y el régimen económico de los servicios públicos, respecto de los cuales prohibía que se los enajenara o concediera su explotación.

Amplió el mandato del gobernador y del vicegobernador de 4 á 6 años, pero mantuvo la prohibición de la reelección inmediata.

Se suprimió la Dirección General de Escuelas y el Consejo General de Educación.

Entre sus aspectos más novedosos, puede mencionarse el art. 12 que decía que "La Provincia no reconoce libertad para atentar contra la libertad". Prohibía también a las organizaciones que tuvieran principios opuestos a esa Constitución, o atentaran contra el sistema democrático; a sus miembros, se los inhabilitaba para el desempeño de funciones públicas.

Un aspecto positivo a destacar fue que redujo a un máximo de 12 el número de Consejales en los Consejos Deliberantes de los municipios.

Como consecuencia del movimiento militar de 1955, el interventor en la Provincia, por decreto del 16 de mayo de 1956, declaró vigente la Constitución de 1934, dejándose sin efecto, en consecuencia, estas reformas de 1949.

- **Proyectos de Reforma después de 1983**

Al producirse el retorno a la Democracia a fines de 1983, en casi todas las Provincias se produjeron intentos para reformar las respectivas Constituciones, y ello también ocurrió en la Provincia de Buenos Aires.

El 9 de febrero de 1984, la Cámara de Diputados de la Provincia emitió una declaración en la que consideraba conveniente, oportuna y necesaria la reforma de la Constitución de la Provincia. Y el 15 de marzo del mismo año, el Senado emitió una declaración similar.

A su vez, el Poder Ejecutivo de la Provincia convocó a un importante Congreso Internacional, que se reunió en La Plata, en noviembre de ese año 1984, y donde también se propició la Reforma de la Constitución de la Provincia.

Se presentaron numerosos proyectos de reforma en ambas Cámaras de la Legislatura. El Poder Ejecutivo, a su vez, por decretos Nº 1.524/86 y 1.665/86, integró una Comisión de Estudio y Análisis de la Reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Se formaron, también, comisiones que compatibilizaron los distintos proyectos de reforma.

Sin embargo, no prosperó ninguno de tales intentos.

- **Ley Nº 10.859 del 5 de diciembre de 1989**

Recién en 1989 se dictó la ley Nº 10.859, en la que la Legislatura realizó la Reforma a numerosos artículos de la Constitución, y se sometió a plebiscito para su convalidación popular.

En cuanto a la política general de la Provincia, se determinaba que el Estado orientaría las actividades económicas.

En esta nueva Constitución se establecía que el trabajo es un derecho y un deber social; se introducían los derechos a la familia, de los discapacitados, a la vivienda, a la salud. También al medio ambiente, al patrimonio urbanístico, etc. Se amplió el Hábeas Corpus, y se introdujo el Amparo.

Inexplicablemente, se suprimían varias cláusulas de la Constitución vigente, que son, además, principios básicos del Constitu-

cionalismo, y que en Argentina y la Provincia tenían el prestigio de venir desde la Asamblea de 1813: así, en este proyecto de nueva Constitución, se eliminaban las cláusulas sobre libertad de vientres, de prohibición del tráfico de esclavos, de tormentos, de penas crueles, de mayorazgo y vinculaciones. Otro tanto se hacía con las disposiciones sobre prohibición de la prisión por deudas. Nunca se explicó por qué se suprimían principios y derechos tan importantes.

En cuanto al derecho de propiedad, se introducía el concepto de función social de la misma; se suprimía el carácter previo que debe tener la indemnización en caso de expropiación; se suprimía la prohibición de la confiscación de bienes. También se eliminaban la protección a los derechos de ejercer industria y comercio.

Se hablaba de iniciativa popular, pero en realidad no era tal, sino un simple derecho de petición, pues no se establecía la obligatoriedad de la Legislatura de tratar esos temas propuestos por el pueblo.

Se introducía, sí, la consulta popular o “referendum”.

Se reconocía el Derecho exclusivo de los Partidos Políticos para nominar candidatos a cargos electivos.

En cuanto al Gobierno, se establecía la ampliación del período de sesiones ordinarias, se ampliaba el número de legisladores, y se incorporaba la posibilidad de reelección inmediata del gobernador y vicegobernador.

También se determinaba que, para ciertas leyes, se requería una mayoría de dos tercios del total de los miembros de cada una de las Cámaras.

En el Régimen Municipal, se introducía la autonomía de los Municipios, y que éstos tendrían la facultad de establecer impuestos por sí mismos. También se los facultaba para establecer formas de Democracia Semidirecta.

Pero dicha reforma nunca tuvo vigencia, porque, puesta a consideración del pueblo, por medio del **plebiscito del 5 de agosto de 1990**, fue rechazada por éste.

- **Las Reformas Constitucionales de 1994**

El año 1994 marcó un hito de inflexión en el Constitucionalismo Argentino: el 22 del mes de agosto de ese año, se produjo la reforma de la Constitución **Nacional**; el 13 del mes de setiembre, la reforma de la Constitución de la Provincia de **Buenos Aires**, el 28 del mismo mes de setiembre hizo lo propio la Provincia de **Santa Cruz**; el 6 de octubre, la de **La Pampa**; el 11 de octubre, **Chubut**; y el 27 de octubre, el **Chaco**.

Posteriormente, el 1º de octubre de 1996, quedó sancionada la "Constitución" -o Estatuto- de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que introdujo también importantes novedades en nuestro Constitucionalismo.

Estas Constituciones Provinciales se caracterizan por la inclusión de Nuevos Derechos, la posibilidad de reelección inmediata del Poder Ejecutivo, la extensión del período de sesiones ordinarias en el Poder Legislativo, el intento de despolitizar al Poder Judicial

a través de institutos como los Consejos de la Magistratura, y la inclusión de nuevos órganos de control.

Las más importantes, en nuestra opinión, por la importancia y el influjo que tuvieron, fueron las dos primeras: la Nacional y la de la Provincia de Buenos Aires.

En estas dos Reformas, las respectivas Convenciones Constituyentes funcionaron, en gran parte de su tiempo, en forma simultánea: la nacional en las ciudades de Santa Fe y Paraná, y la de la Provincia de Buenos Aires, en su capital, La Plata. Ambas reformas entraron en vigencia contemporáneamente: la nueva Constitución Nacional, el 24 de agosto de 1994; y la de la Provincia de Buenos Aires, sólo unos días después: el 15 de setiembre de 1994 ([2]).

En una y otra Convención predominaron los mismos Partidos Políticos, pues la mayoría de los convencionales de ambas pertenecían a las dos fuerzas cuyos respectivos jefes, en 1993, habían firmado el Pacto de Olivos.

Consecuentemente, las negociaciones que se realizaban sobre una de esas reformas, influían directamente en la otra.

Todos estos factores -simultaneidad, mismos Partidos Políticos- llevan a deducir que ambas reformas tuvieron mucha relación entre sí, y que el resultado debe haber sido muy semejante.

En cierta medida, ello fue realmente así. Hubo muchos temas de los que se ocuparon particularmente ambas convenciones constituyentes: Derechos Nuevos, Derechos Políticos, Defensa del Or-

**2.** Sobre la reforma de la Constitución Nacional de 1994, ver nuestro recietne trabajo: **MAYÓN, Carlos Alberto**. *Introducción a la Constitución de la Nación Argentina*. Ediciones Haber. 2ª edición. La Plata, 2014.

den Constitucional, Partidos Políticos, Democracia Semidirecta, cláusulas anti-discriminatorias, Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data, Ecología y Medio Ambiente, Derechos de los Consumidores y Usuarios, Defensor del Pueblo, prolongación del período de sesiones ordinarias del Poder Legislativo, posibilidad de reelección del titular del Poder Ejecutivo, Consejo de la Magistratura, etc.

Esas reformas han producido distintas opiniones en el pueblo, en la clase política, y en la doctrina constitucional. Sin embargo, al margen de la opinión que a cada uno le puedan merecer estas reformas, resulta indiscutible que ambas fueron de la mayor trascendencia, pues han modificado, en forma sustancial, el contenido de las respectivas constituciones.

# II. LA REFORMA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES DE 1994

El 6 de diciembre de 1993, la Legislatura sancionó la ley Nº 11.488, que declaró necesaria la Reforma Parcial de la Constitución, y convocó a una Convención Reformadora para modificar: el Art.10: (Igualdad); Art.17: (Hábeas Corpus); Art.46: (Sufragio de la mujer); Art.53: (prohibición del Sufragio a los soldados); Art.56: (Número de Diputados); Art.62: (Número de Senadores); Art.71: (Período de Sesiones); Art.100 inc. 6º: (Plebiscito y Convocatoria a Convención Constituyente); Art.110: (Reelección del Gobernador y Vice); Art.113: (Gobernador Interino); Art.117: (Gobernador : permiso para ausentarse); Art.149 inc. 3º: (Causas Contensioso-Administrativas); Art.151: (Ejecutoriedad en el Contensioso-Administrativo) ; Art.154: (Organización de la Justicia); Art.165: (Nombramiento de los Jueces).

También establecía la ley varios Capítulos a Reformar: 1º) Sección 5ª Capítulo IV: Justicia de Paz; 2º) Sección 6ª Capítulo Unico: Régimen Municipal; 3º) Sección 7ª Capítulos I y II: Educación.

Se habilitaba a la Convención, asimismo, parar tratar los siguientes temas a incorporar: 1º) Garantías sobre No-Discriminación; 2º) Amparo; 3º) Nuevos Derechos; 4º) Protección del Medio Ambiente; 5º) Democracia Semidirecta; 6º) Defensa del Orden Constitucional; 7º) Mayorías Calificadas para las leyes que versen sobre: Régimen Electoral; Régimen Municipal; y número de jueces de la Suprema Corte.

En el año 1994 se reunió la Convención Constituyente que sancionó algunas de las reformas habilitadas por la ley, y que dió a la Constitución Provincial su actual redacción.

La Constitución válida en la Provincia es el Texto Ordenado que fue firmado por los Convencionales Constituyentes el 13 de se-

tiembre, que se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia, el día 14 de setiembre de 1994, y que, posteriormente, fue jurado por todas las autoridades provinciales.

Dicho texto se encuentra vigente desde el 15 de setiembre de 1994.

- **¿Constitución Reformada ó Nueva Constitución?**

La pregunta es si esta Constitución, con la redacción publicada en el Boletín Oficial, y que aquí se reproduce ¿es la Constitución Provincial de 1873, con las Reformas de 1889, de 1934 y 1994, o es una Nueva Constitución del año 1994, con un texto que reemplaza íntegramente al antes vigente ?

En la Constitución encontramos, en cuanto a este tema, cláusulas contradictorias: por un lado, algunas indican que se trata de una simple reforma. Por ejemplo: el art. 218, habla de "esta reforma".

En cambio, otras nos llevan a la conclusión de que se trata de una Nueva Constitución. Así, por ejemplo, el art. 220 que dice que este "Texto Ordenado" ... "reemplaza al hasta ahora vigente".

Esto último parece ser confirmado por otras pautas de la misma Constitución: hay secciones que no fueron reformadas en cuanto a su contenido. Incluso, su reforma no estaba habilitada por la ley 11.488. Sin embargo, en el Texto Ordenado aparecen diferencias de puntuación y redacción.

Ello parece sugerir que se trata de una nueva Constitución, a la que, si bien no se ha alterado en cuanto al contenido de dichos temas, sí se lo ha hecho en cuanto a la forma, la redacción de su texto.

La Comisión de Poderes, Interpretación, Reglamento, Redacción y Coordinación General, a su vez, también parece inclinarse por considerarla una Constitución Nueva. En efecto: en su informe final, en que acompaña el texto definitivo, dice que es el "texto ordenado que de hoy en adelante se conocerá como "La Constitución de 1994"."

Es decir, que se trata de una Nueva Constitución.

El tema es importante por varios motivos: en primer lugar, porque si es una reforma, habrá que seguir aplicando los criterios de interpretación de la Constitución anterior. En cambio, si se trata de una nueva Constitución, esos criterios interpretativos sólo tendrán significado como simples precedentes.

En segundo lugar, porque algunas instituciones se refieren sólo al futuro, excluyendo el pasado. Por ejemplo: al referirse a las Universidades, se dice que la educación universitaria "estará a cargo de las Universidades que se funden en adelante", con lo que se está negando reconocimiento a las anteriores.

- **Principales reformas introducidas en 1994**

En el texto de 1994 se introdujeron algunas novedades, que trataremos de resumir en sus aspectos más importantes:

- **Declaraciones, Derechos y Garantías**

La Constitución incluye una específica declaración de condena contra todo acto emanado de un poder no constituído, y contra los actos de corrupción. A este último efecto se crea el Tribunal Social de Responsabilidad Política.

- **Derechos Individuales**

En la Constitución vigente hasta setiembre de 1994 los Derechos Individuales tenían una amplia protección. La Reforma de 194 los ha ampliado, y extiende la protección también a los Derechos Sociales y a los Derechos Colectivos.

Entre los Derechos Individuales que han sido modificados podemos mencionar el Derecho a la Vida, que si bien ya estaba garantizado en el texto hasta ahora vigente, se lo ha ampliado, aclarándose que se lo reconoce desde la concepción hasta la muerte natural.

- **Derechos Sociales**

Los Derechos Sociales han sido introducidos en la Constitución, debiendo mencionarse los derechos individuales y colectivos de los trabajadores; los Derechos de la familia y de los discapacitados; el Derecho  a la seguridad social, etc.

- **Derechos Colectivos**

Los Derechos Colectivos también han sido incluídos en el nuevo texto: los Derechos de los consumidores y usuarios; el Derecho al medio ambiente.

- **Igualdad**

En 1994 se amplió significativamente el principio de Igualdad, incorporando en forma expresa las reformas introducidas unos días antes en la Constitución Nacional, en los Tratados celebrados y las Convenciones a las que ha adherido la Argentina. Así

es como, en el art. 11, según la redacción de 1994, se manifiesta el rechazo a todo tipo de discriminaciones fundadas en razones de sexo, raza, religión, nacionalidad, lengua, ideología, enfermedades, características físicas, etc.

- **Derechos Políticos**

En materia de Derechos Políticos, la Reforma de 1994 suprimió algunas limitaciones para ejercer el sufragio, respecto de la mujer (anterior art. 46); y las que negaban el Derecho de votar a los soldados, hasta sargento inclusive, a los agentes de policía, bomberos y guardiacárceles, todos ellos hasta pasar dos meses de haber cesado en el empleo (anterior art. 53).

Además, otra innovación importante es que la Constitución prevé el otorgamiento de mayores derechos políticos a los extranjeros.

En efecto: el art. 59, en su segundo párrafo, establece que "la atribución del sufragio popular es un derecho inherente a la condición de ciudadano argentino y del extranjero en las condiciones que determine la ley".

Y el art. 213 es más claro e imperativo: determina que esos derechos políticos de los extranjeros deberán hacerse efectivos a partir de un plazo que no podrá exceder el 13 de setiembre de 1996.

Además, se modificaron parcialmente los arts. 61 incs. 3 y 4, 63 inc. 2, 66 y 68, cambiándose la palabra "ciudadanos" por "electores", con lo que queda claro que esos derechos no serán sólo para los ciudadanos, sino para todos aquéllos a los que se reconozca la calidad de electores, incluyéndose así a los extranjeros.

- **Democracia Semidirecta**

En cuanto a las formas de Democracia Semidirecta, además del Plebiscito, que ya existía, en 1994 el Constituyente -siguiendo también en esto los lineamientos de la Reforma Nacional- ha incorporado otras formas: la Inicitiva Popular y la Consulta Popular.

La Constitución es imperativa sobre este tema, pues exige a la Legislatura que reglamente tales institutos en el ámbito Provincial a más tardar en 1995 (art.210), y que también se introduzca en el Régimen Municipal, a cuyo efecto deberá reformarse la respectiva ley orgánica (art. 211).

Además,se faculta a la Legislatura para introducir en el futuro otras formas semidirectas de Democracia (art. 67 inc.5).

- **Garantías**

En la Reforma de 1994, se amplió la garantía del Hábeas Corpus, y se introdujeron en el texto constitucional el Amparo, que hasta ese momento sólo estaba previsto en la ley, y el Hábeas Data, que no estaba ni en la Constitución ni en la legislación.

- **Gobierno**

En cuanto a la Organización del Gobierno, la Reforma de 1994 ha introducido algunas modificaciones, aunque no tienen carácter esencial: En el **Poder Legislativo**, se ha mantenido el sistema bicameral, con el mismo número de legisladores en ambas Cámaras.

El período de sesiones ordinarias, se amplió significativamente, pues pasaron de 4 meses a 9 meses (art.84).

Como dato curioso, podemos consignar que en la nueva Constitución se suprimieron las sesiones de prórroga, que estaban autorizadas en el art.71 de la anterior.

En cuanto al **Poder Ejecutivo**, la innovación más importante fue que el gobernador ahora puede ser reelegido por un período inmediato, y nuevamente después de un intervalo de un período (art. 123). Esta facultad, en virtud del art. 214 y del plebiscito del 2 de octubre de 1994, fue extensiva al gobernador y vicegobernador en ejercicio a la fecha de la Reforma.

El **Poder Judicial** presenta en la Reforma varias novedades.

Se establece un fuero especial para las causas contencioso-administrativas, que hasta ahora eran resueltas en instancia única por la Suprema Corte.

Otra innovación es que se creará un Cuerpo de Magistrados Suplentes (art. 166).

También se impone al legislador establecer un procedimiento expeditivo de queja por retardo de justicia; organizar la Policía Judicial; y lo faculta para establecer una instancia de revisión judicial especializada en materia de faltas municipales (art. 166).

Se organiza en esta Reforma de 1994 la Justicia de Paz Letrada -ya existía por vía legislativa- y se faculta a la Legislatura para crear otros órganos jurisdiccionales letrados para entender en cuestiones de menor cuantía, vecinales y en faltas provinciales (art.172).

**El Consejo de la Magistratura.** La innovación más importante que introdujo la Constitución de 1994 sobre el Poder Judicial es la creación del Consejo de la Magistratura, que tendrá participación en la designación de los jueces y miembros del Ministerio Público.

El criterio es semejante al expresado por el Constituyente Nacional, también en 1994, al establecer un Consejo con igual denominación (art. 114 de la Constitución Nacional) y similar integración.

El art. 175 establece que este Consejo estará integrado por representantes de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, jueces, abogados y personalidades académicas.

Además, el Constituyente manifiesta la intención de que se seleccione a los postulantes por medio de procedimientos que garanticen adecuada publicidad, y criterios objetivos predeterminados de evaluación, privilegiándose la solvencia moral y la idoneidad.

Este órgano tendrá, sin embargo, algunas limitaciones: en primer lugar, los jueces de la Suprema Corte, el Procurador y el Subprocurador seguirán siendo designados en forma exclusiva por los órganos políticos (Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado) . De todas maneras, también respecto de estos nombramientos algo se ha avanzado, pues se establece que la sesión del Senado deberá ser pública.

Y, en segundo lugar, en cuanto a los demás jueces, la participación de los órganos políticos siguió siendo muy importante.

- **Régimen Municipal**

En cuanto al Régimen Municipal, si bien era uno de los temas habilitados por la ley 11.488 para la Reforma, esta Sección, en cuanto a su contenido, no fue modificada.

Sin embargo, la Constitución prevé una futura reforma importante: el art. 211, entre las Disposiciones Transitorias, determina que la Ley Orgánica de las Municipalidades deberá contemplar que los municipios accedan a los institutos de Democracia Semidirecta.

- **Cultura y Educación**

Sobre Cultura y Educación, la Sección Octava de la Constitución fue ampliamente modificada en esta Reforma de 1994.

El nuevo texto reconoce a la familia como agente educador y socializador primario (art. 198).

Se ha mantenido el sistema de Gobierno y Administración de la Educación a través de la Dirección General de Cultura y Educación y el Consejo General de Cultura y Educación, aunque a este último se le han aumentado sus miembros a 10.

A nivel local, se mantienen los Consejos Escolares, elegidos popularmente, para la administración de los servicios educativos, excluyendo los aspectos técnicos pedagógicos. Sólo que se ha modificado el número de sus integrantes, que era de 6 consejeros, y pasaron de un mínimo de 4 a un máximo de 10 (art.203).

Además de la Educación Primaria, el texto anterior establecía normas sobre la Instrucción Secundaria y Superior. De las mismas, en

la Constitución de 1994 se ha conservado sólo lo relacionado con la educación universitaria, manteniéndose, en su esencia, el sistema anterior.

- **Reforma de la Constitución**

El procedimiento para la Reforma de la Constitución se ha mantenido el existente. Sin emgargo, hubiera sido conveniente que se lo aclarara, para evitar las distintas interpretaciones que se le dieron en 1989, y que llevaron al intento de Reforma de 1990 que, en nuestra opinión, era inconstitucional.

- **Algunas Observaciones sobre la Reforma Constitucional de 1994**

En nuestra opinión, la Constitución de la Provincia, tal como ha quedado en la Reforma de 1994, tiene algunos aspectos que la han mejorado en su redacción, y otros en que resulta contradictoria.

A manera de ejemplos: entre los temas contradictorios podemos mencionar el tratamiento de la Democracia Semidirecta, y la inadecuación de los números de los artículos de la Constitución Nacional.

En cuanto a las formas de Democracia Semidirecta, en el art. 67, al hacer referencia a la Iniciativa Popular, expresamente se excluye de la misma a la Reforma de la Constitución.

Pero ocurre que la Constitución puede ser reformada por la vía de otro instituto de Democracia Semidirecta: el Plebiscito (arts. 206 á 209).

Nos encontramos, así, con esta situación: el pueblo puede decidir en forma directa la Reforma de la Constitución, por medio del Plebiscito, pero no puede exigir a la Legislatura que trate el tema de la Reforma por medio de la Iniciativa Popular.

En otras palabras: puede lo más, pero no puede lo menos.

En cuanto a la inadecuación de los números de los artículos de la Constitución Nacional, a los que se remite la Constitución de la Provincia, no compartimos el criterio utilizado por la Convención de mantener el número del texto anterior de la Constitución Federal.

Lo cierto es que la Constitución Provincial se aprobó el martes 13 de setiembre de 1.994, mientras que la Reforma de la Constitución Nacional lo había sido el 22 de agosto anterior, se publicó el 23 de agosto, y entró en vigencia el 24 de agosto, es decir, casi un mes antes que la Provincial.

Sin embargo, no se tomó en cuenta la nueva numeración del texto ordenado de la Constitución Nacional, y la Constitución Provincial menciona numerosos artículos de la Constitución Federal con sus números anteriores, no los actuales. Además, se alude a artículos de la Constitución de la Nación que ya no están vigentes: tal el caso de lo que era el art. 67 inc. 24 de la Constitución Nacional, que ha quedado derogado por la Reforma Nacional de 1994.

Entendemos que el art. 5 de la ley 11.488 habilitaba a la Convención Provincial para realizar la compatibilización, reordenamiento, correlación y renumeración del articulado, y que así debió hacerse.

# III. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES VIGENTE

La Constitución de la Provincia tal como quedó redactada luego de la Reforma del 13 de setiembre de 1994, consta de un Preámbulo, Diez Secciones y 222 artículos.

Trataremos de hacer una breve síntesis de las principales disposiciones y características de la misma.

La Sección Primera es la Parte Dogmática de la Constitución Provincial: formula las Declaraciones fundamentales de la Provincia, enumera los Derechos reconocidos a sus habitantes, y las Garantías que les aseguran el cumplimiento efectivo de tales Derechos.

## I. LAS DECLARACIONES

En sus artículos 1 a 6, la Provincia de Buenos Aires manifiesta su carácter de parte integrante del Estado Federal Argentino; su adhesión al principio de la soberanía popular, y una específica manifestación contra los actos de corrupción, a cuyo efecto se crea el Tribunal Social de Responsabilidad Política; la nulidad de los actos emanados de poderes no constituídos, y las sanciones para quienes los ejecuten; los límites territoriales de la Provincia; su Capital. Y, en los arts. 42 á 44, se manifiesta la preocupación de la Provincia por la investigación científica y tecnológica, y por su Patrimonio Cultural.

## II. LAS LIBERTADES Y DERECHOS

Los arts. 7 a 35 aseguran las libertades de religión y de cultos; de expresión y prensa; de trabajo, industria y comercio; de enseñar y aprender.

Se reconocen los Derechos de todos los individuos, de los extranjeros, de los trabajadores, de los consumidores y usuarios, de los discapacitados. Los derechos a la vida desde la concepción hasta la muerte natural, a la intimidad, de reunión y de petición, a la propiedad, al medio ambiente, a la seguridad social.

## III. LOS DERECHOS POLÍTICOS

Estos Derechos están expresamente reconocidos, no sólo a los ciudadanos bonaerenses y argentinos, sino también a los extranjeros, en las condiciones que determine la ley (art.59), en un plazo que no podrá superar los 2 años (art. 213).

Se garantiza que el sufragio tendrá carácter universal, igual, secreto y obligatorio (art.59).

Por otra parte, la Constitución Provincial establece el principio de la Representación Proporcional en los cuerpos colegiados.

También en esta materia, en 1994 se introdujo el reconocimiento expreso de los Partidos Políticos, a su existencia y a las facultades que se les otorgan.

En cuanto a la Democracia, estuvo siempre reconocida en la Constitución Provincial. Y lo fue no sólo en cuanto a la Democracia representativa, como lo hacía la Nacional, sino también respecto de una forma de Democracia Semidirecta, como es el Plebiscito, admitido como uno de los procedimientos para reformar la Constitución.

En 1994, no sólo subsiste esa forma de Democracia Semidirecta, sino que además se han incorporado otras : la Inicitiva Popular y la Consulta Popular.

## IV. LAS GARANTÍAS

Las garantías han merecido una particular preocupación del Constituyente Provincial, tanto del originario, en 1873, como de los que realizaron las distintas reformas.

En el texto actual, se reglamentan exhaustivamente los procedimientos del Hábeas Corpus, el Amparo, y el Hábeas Data.

## V. LA SEGURIDAD JURÍDICA

La Constitución otorga a la  Seguridad Jurídica una muy particular atención: se asegura a todos los habitantes el acceso a la Justicia; la inviolabilidad de la defensa, del domicilio y la correspondencia; la celeridad procesal; la enumeración de los requisitos indispensables para detener a una persona, para realizar pesquisas o embargos; se aseguran la excarcelación y la eximición de prisión.

Se prohiben expresamente las comisiones especiales y la posibilidad de tomar juramento a los procesados.

Los principios del régimen carcelario de la Constitución Nacional están también refirmados en el art. 30 de la Constitución Provincial.

## VI. LOS POSTULADOS DEL CONSTITUCIONALISMO

Los Postulados básicos del Constitucionalismo Clásico siempre han estado ampliamente garantizados en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. A manera de ejemplo, el de Legalidad, tiene una amplia y clara protección en el art. 22, en términos similares al art. 19, 2ª parte, de la Constitución Nacional.

El Control de Constitucionalidad no sólo está garantizado con la Acción y el Recurso de Inconstitucionalidad ante la Suprema Corte, sino que también la Constitución garantiza contra leyes o decretos que puedan ser contrarios a la misma, previendo acciones civiles por indemnización.

La Igualdad es uno de los principios a los que la Constitución Provincial siempre otorgó una particular importancia.

En definitiva, los Derechos y Garantías no enumerados son asegurados en la Provincia en términos semejantes a los del art. 33 de la Constitución Argentina.

## VII. GOBIERNO DE LA PROVINCIA

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires cumple acabadamente con el precepto del art. 5º de la Constitución Nacional, que exige garantizar el régimen republicano.

El **Poder Legislativo** adopta la forma bicameral, siguiendo el modelo del Proyecto de 1833, que tanta influencia tuvo en las Constituciones Provinciales Argentinas.

El **Poder Ejecutivo** es unipersonal, y se encuentra en manos de un Gobernador, que es elegido por el pueblo en forma directa, y dura 4 años, pudiendo ser reelegido por un período inmediato, y nuevamente después de un intervalo de un período (art. 123).

El **Poder Judicial** está integrado por una Suprema Corte de Justicia, Cámaras de Apelación, Jueces y demás Tribunales que la ley establezca (art. 160).

La Suprema Corte conoce originariamente en la Acción de Inconstitucionalidad y en las causas de competencia entre los Poderes Públicos de la Provincia y en las que se susciten entre los Tribunales de Justicia con motivo de su jurisdicción respectiva.

En grado de apelación, entiende en los Recursos Extraordinarios de Inconstitucionalidad, de Inaplicabilidad de Ley, y de Nulidad.

Hasta la Reforma de 1994, también conocía en forma originaria en las causas contencioso-administrativas, pero ahora la Constitución establece un fuero especial para las mismas (art. 166).

En las causas de menor cuantía y vecinales, la ley deberá establecer un procedimiento predominantemente oral, que garantice la inmediatez, informalidad, celeridad, accesibilidad y economía procesal (art. 174).

En cuanto a la estabilidad y remoción de los jueces, la Constitución mantiene su anterior sistema de inamovilidad, y remoción cuando se haya incurrido en alguna de las causales establecidas, por medio del Juicio Político para los jueces de la Suprema Corte, el Procurador y Subprocurador General (arts. 73 inc. 2, 79 , 80 y 81); y un Jurado de Enjuiciamiento para los jueces de las Cá-

maras de Apelaciones, de Primera Instancia y de Paz, y los miembros del Ministerio Público.

## VIII. LOS LÍMITES DEL PODER

La Constitución establece numerosas normas destinadas a poner límites al Poder. A manera de ejemplo, el art. 45 prohibe a los Poderes Públicos cualquier forma de delegación de facultades, u otorgarles remuneraciones extraordiarias (art. 46); pone límites para contraer empréstitos (arts.47, 48, 49). También prohibe disponer del capital del Banco de la Provincia (art.50); reglamenta el destino y duración de los impuestos (art.51); también lo referido al nombramiento de empleados públicos (art. 52) y a su residencia (art.54); a la acumulación de empleos (art.53); etc.

## IX. EL CONTROL DEL GOBIERNO

La Constitución Provincial establece órganos y funcionarios destinados a controlar el Poder: el Fiscal de Estado (art. 155); el Contador de la Provincia (art. 156); el Tesorero de la Provincia (art.156); el Tribunal de Cuentas (art.159); y la figura incorporada en 1994 del Defensor del Pueblo (art. 55); además, obviamente, del Poder Judicial (Sección Sexta).

## X. EL RÉGIMEN MUNICIPAL

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece un sistema de municipios autárquicos, con un Departamento Ejecutivo unipersonal, a cargo del Intendente, y un Departamento Deliberativo colegiado, en manos del Consejo Deliberante, integrado por un número variable de consejales, desde un mínimo de 6 hasta un máximo de 24, todos los cuales durarán 4

años en sus funciones. La Convención Constituyente de 1994 estaba habilitada para introducir la autonomía municpal, pero ello no se concretó.

Debe destacarse que en la Administración Municipal tienen amplia participación los extranjeros, quienes pueden elegir a sus integrantes, siempre que cumplan las condiciones del art. 191 inc. 2.

Además, los extranjeros pueden ser elegidos consejales (art.191 inc.3°), aunque su número no puede exceder de la tercera parte de los miembros del Consejo Deliberante. (art. 191 inc.6°).

## XI. CULTURA Y EDUCACIÓN

La Sección Octava de la Constitución establece las pautas básicas sobre el tema.

Determina,entre los objetivos de la educación, la formación integral de la persona, el culto de las instituciones patrias y los principios de la moral cristiana, respetando la libertad de conciencia (art.199).

Establece el principio de la gratuidad de la educación pública de gestión oficial; la obligatoriedad del nivel básico; la facultad de sujetos privados y públicos no estatales para prestar el servicio educativo bajo control estatal (art.200).

El sistema de Gobierno y Administración de la Educación se realiza a través de la Dirección General de Cultura y Educación y el Consejo General de Cultura y Educación.

A nivel local, los Consejos Escolares, elegidos popularmente, se encargan de la administración de los servicios educativos, excluyendo los aspectos técnicos pedagógicos.

En materia económica, se determina la existencia de un Fondo Provincial de Educación (art. 204).

Además de la Educación Primaria, la Constitución de 1994 ha conservado lo relacionado con la educación universitaria, manteniéndose, en su esencia, el sistema anterior.

## XII. REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

La Reforma de la Constitución mantiene un doble procedimiento: o la enmienda realizada por la Legislatura y sometida después a un plebiscito (usado en la frustrada Reforma de 1989 / 1990), o la convocatoria a una Convención Reformadora (utilizado en la Reforma de 1994).

## b. **A 30 años de la reforma provincial, desde una perspectiva histórica, actual y hacia el futuro**

# De “administrados” a Ciudadanos: Contribución al fortalecimiento de la democracia en la República Argentina, el artículo 11 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de la República Argentina

Por
**Guillermo Horacio de la Torre[1] y Mónica Graciela Andrieu[2].**

---

**1.** Abogado egresado de la Universidad Nacional de La Plata, con formación en Derecho Procesal y Derecho Administrativo. Abogado Inspector en la Sala de Asuntos Constitucionales y Administrativos de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

**2.** Abogada. Docente en Derecho público provincial y municipal y en Derecho administrativo, materia esta última en la cual se especializa. Ha dirigido y coordinado eventos institucionales y participado de programas de Naciones Unidas; se dedicó a temas vinculados a aspectos destinados a los pueblos originarios, adultos mayores, ambientales, del derecho al agua, sustancias alimenticias y residuos domiciliarios, entre otros muchos. Fue Abogada apoderada del Fiscal de Estado, Abogada de la Suprema Corte de Justicia y actualmente de la Procuración General, todos de la Provincia de Buenos Aires.

## I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El tema presupone aclarar previamente la interpretación de los hechos en relación con la maduración del enfoque espiritual, ante las polémicas pasadas y actuales en función del origen del ordenamiento basal de nuestro Estado provincial, génesis que entraña y revela ***"la conquista de una raza por otra raza"***, subordinada a la orientación sociológica, tan útil como su cultura popular e historia primitiva, en relación con la evolución de las necesidades y de las instituciones para justificar el ejercicio limitado de la autoridad política en defensa de la libertad, inherente al individuo ante la experiencia de una realidad social posible.

Con ese modo se sugiere una propuesta libre de prejuicios -en lo sustancial- al legitimar constitucionalmente una nueva estructura interna en el contexto fiel de distribución de gestión y control, sujeto a las pautas constitucionales que se imponen y dominan a la comunidad a la cual se la distingue en la *participación,* en el modo de ordenar la sociedad en base a sus propios fines, desde el molde reciente, en pos de la defensa y protección de la dignidad integral del habitante en los asuntos públicos que hacen al bienestar común.

Se sostiene con acierto: "[…] afectan solo a una cierta medida de la participación en la vida del Estado […]" (Schmitt, 1934:195).

"[…] *una unidad de acción social colectiva es, pues, la unión en el sentido, es decir, en una dimensión esencialmente diferente de la conexión de vida impulsivo-vital* […] *la conexión social adquiere un grado de forma, seguridad y permanencia que la masa psicológica, vigente sólo para breves períodos de tiempo, desconoce por completo* [por] *la participación en las conexiones comunes*

*de significación y la elaboración de formas significativas relativamente constantes para contenidos de sentido relativamente permanentes" (Heller, 1942:102).*

Se recuerda: "[...] *lo que hace lo social es la continuidad* [...] *debido al cual lo conquistado se socializa* [...]" *(Maravall, 1947:109-110).*

Con la orientación citada, se intenta mediante la breve reconstrucción histórica trazar las ideas medulares desde su origen en su unidad ideal, desde un punto de vista panorámico para indagar la gestación de la Provincia de Buenos Aires, bajo las perspectivas que caracterizan los desequilibrios sociales cuya superación se aborda desde la visión de su desenlace, por un nuevo comportamiento: la lucha colectiva por ***la efectiva participación social*** de los habitantes en el progreso del campo del derecho público, que supone el empuje hacia la transformación de las **condiciones de vida de *las personas,*** al poner de relieve su variación a tono de los distintos intereses alcanzados por una inspiración de ética solidaria con el objeto de mejorar las instituciones, conquista que es un deber para el individuo y la sociedad.

En definitiva, dicha intervención individual o colectiva por el bien común verifica la verdad constante de la confrontación de valores del pensamiento jurídico-político.

En este sendero, la comprensión de la intensidad del progreso del propósito constitucional provincial conlleva la necesidad de relatar ligeramente los lineamientos de la evolución circundante a las ideas políticas que corresponden a la organización social provincial.

## II. VÍNCULOS HISTÓRICOS

### 2.1. La irrupción de España y el contrato social en la Provincia de Buenos Aires

En este sentido se advierten distintos estadios de configuración de la realidad continua al remontar el curso de la historia que es preciso considerar en sus limitaciones.

En su inicio, se suceden luego del descubrimiento del continente y posterior conquista, la colonización española de las naciones originarias.

Accionar que enderezó un aspecto de un fenómeno complejo con independencia de su contingencia por la convivencia de los primeros pobladores con los pueblos originarios, alineados bajo instituciones políticas similares a las que existían en la madre patria (Varela, 1910:21).

Así existieron el Virrey, el Consejo de Indias desde España, y las Audiencias, con un régimen de absolutismo político, económico en América hasta el año 1810.

A esa fecha, con el gobierno de la Primera Junta, en reemplazo del Virrey se gobierna mediante su reorganización sucesiva en nombre del Rey hasta el 9 de julio del año 1816.

Mientras en el año 1815, José Francisco de San Martín y Matorras como estadista desde el Cuyo se preparaba pensando en el continente, época en que *llama a pelear aún sin uniforme* ante la importancia de la libertad, mediante el acercamien-

to con los "indios", suceso que le permite atravesar territorios rumbo a Chile **(Pelliza, 1951:42).**

Cabe atender que para Las Casas negar la evangelización pacífica equivalía a no admitir el título justo de la presencia de España en las Indias, lo que era una actitud imperdonable aun cuando la realización del objetivo final lo era la dominación española en las Indias, cosa que prueba la carta de legado de la Historia General de las Indias escrita en noviembre de 1559 (Las Casas, 1958: 464).

Estrictamente con relación al territorio de nuestra provincia, describe Luis Vicente Varela: *"Destruido el peligro del indio salvaje, el desierto se ha revelado como el campo feraz, apto para todos los destinos que el hombre puede dar a la tierra* […]*",* aunque aclara a continuación que por cultivar valores ajenos "[…] *los convencionales de 1873* […] éramos víctimas de nuestros anhelos patrióticos / Esclavos del libro y la ciencia agena, admiradores de la teoría o de la práctica de instituciones que, en los pueblos de otras razas y otras costumbres, aparentaban resultados eximios […]".

Sentado lo anterior previamente señala que la Constitución de 1854 "[…] *fruto complejo de una época en que la revolución acababa de producirse, sólo se preocupó de consultar las necesidades del pueblo en el momento que se sancionaba* […] *no incorporó a sus disposiciones ninguna de las conquistas que la ciencia política había ya enseñado al mundo".*

También indica que el Código Político de 1873 se funda "[…] *sobre bases de verdadera democracia, de libertad y de instituciones* […] *imperativas, teorías que no habían tenido, hasta entonces, otros antecedentes que las propagandas de los pensadores y los anhelos de los más avanzados* […] *donde era menester destruir*

*al juez de paz, instrumento político de los poderosos metropolitanos, y al comandante militar, instrumento de terror y de venganzas locales en los partidos* […]*".*

A su vez precisa, la Constitución de 1889 "[…] *Apenas trató de aplicarse en la práctica, se conocieron sus defectos / A su amparo, se produjeron conflictos reiterados, y, más de una vez, fue menester que la intervención del gobierno federal fuese al territorio de la provincia de Buenos Aires, para restablecer la armonía entre los poderes públicos, que, respectivamente, se creían dentro de la esfera de su acción, cuando efectivamente habían invadido los límites de los otros poderes del gobierno* […]*".*

*Puntualiza: "[…] En ambas sobran instituciones,* ***porque falta preparación y educación cívica en el pueblo que debe practicar aquellas instituciones*** […]".

En modo aclaratorio advierte en el proyecto: "[…] *que la Constitución Nacional ha determinado los derechos y garantías de que gozan todos los habitantes del país* […]" y resalta: "[…] *todos los derechos y garantías individuales y colectivos que la Constitución Nacional establece, la Ley Suprema de La Nación, la Constitución local de la Provincia de Buenos Aires,* ***no necesita repetir esas garantías y derechos, desde que no tiene facultad para privar de ellas a sus habitantes, ni estos necesitan de su ratificación para gozar de aquellas inmunidades y privilegios***".

Asimismo, razona: "*Como se comprende, la supresión de las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución de la Provincia, no limita en lo mínimo las facultades de sus poderes públicos* ". Ello no empece a: "*Todos los derechos individuales y colectivos,*

*están sujetos a la reglamentación que les de la ley; y esa reglamentación la dan las cámaras legislativas de Buenos Aires* […]" (Varela, 1907).

En este orden reformador surge de los "*Debates de la H. Convención Constituyente de l934 el entonces proyecto presentado por el Partido Demócrata Nacional acompañado por los convencionales Señores* ***Edgardo J Míguez*** (Quien presentara su tesis doctoral en la UNLP, del tema: "*Jurisdicción Contencioso administrativa", 1905),* ***Manuel M. Elicabe*** *(abogado y periodista platense, que hiciera alusión a un episodio ocurrido en la convención de la República Española: la actitud que resolvió tomar el presidente de la comisión relatora del despacho que sirvió de base a los debates de la convención, recordando la presencia y aporte desde lo constitucional de Luis Jiménez de Asúa, jurista* que por *su protesta contra las vejaciones sufridas por Miguel de Unamuno por parte de la dictadura de Miguel Primo de Rivera, fue confinado en las islas Chafarinas en 1926. Renunció entonces a su cátedra en protesta por la intromisión de la dictadura en la universidad, luego exiliado en la Argentina, es largo su andar curricular, sin duda* es honor destacar que *continuó su carrera como docente en la Universidad Nacional de La Plata y en la Universidad Nacional del Litoral, además de dirigir el Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires hasta el golpe militar de 1966. Se detaca su obra "Tratado de Derecho Penal" que tuvimos el honor de estudiar al aprobar las asignaturas de derecho penal en la citada universidad de La Plata) e* ***Ismael Juan Agustín Erriest*** *(Presidente de ULPI -Universidad de La Plata Internado del Colegio Nacional-, dirigió la revista "Inter-Nos" editada por los alumnos del colegio, abogado de la UNLP, Presidente del Comité Universitario del Partido Conservador de la Provincia de Buenos Aires; Consejero Escolar en el Ministerio de Educación de la Pro-*

*vincia de Buenos Aires; participó en la Revolución del 6 de septiembre de 1930; Director General del Registro Civil de la Provincia de Buenos Aires; « Oficial Mayor de Gobierno » de la Provincia de Buenos Aires; Sub-Jefe de Policía de la Provincia de Buenos Aires y Senador, Diputado Provincial, mandato interrumpido por la Revolución del año 1955) -Hemos querido resaltar algunos de los perfiles e idoneidades de los señores convencionales y de personalidad-.*

*En dicho proyecto, en la reunión del 17 de octubre del año 1934 se expone*: […]*"*, concentra las declaraciones, derechos y garantías en el artículo 4º de la Sección Primera que estipula en lo principal: *"Todos los habitantes de la Provincia son, por su naturaleza libres e independientes y gozaran de los siguientes derechos y garantías* […]*". Se detalla luego en el apartado " f"*: *"De petición individual o colectiva a los poderes públicos y a las autoridades sin atribuirse la representación o los derechos del pueblo"*, y añade en cuanto a los derechos aquí previstos en el apartado *"s", segundo párrafo*: "[…] *solo podrán ser limitados por razones de moral, salubridad y orden público, o derecho legítimo de tercero" y por el tercer párrafo*: *"*[…] *se reputaran leyes de orden público las enunciadas en el artículo 31 de la Constitución Nacional, en lo pertinente y las que tiendan a hacer efectivas las declaraciones de derechos y garantías contenidas en esta Constitución, en cuanto concuerden con ellas." ("Debates", 1936:64-65).*

*En este sentido existe una pincelada referente al tratamiento del tema evidenciada en el confronte que surge dentro del marco de la Constitución del año 1854 que incluye en la sección octava, última, bajo el título de "Declaraciones Generales", las relativas a las declaraciones, derechos y garantías, integradas a la altura de los artículos 145 a 172.*

Donde la cuestión referida a la petición de los habitantes en forma individual o colectiva a todas las autoridades se proyecta en el artículo 149, que deja al legislador la reglamentación de la forma de estos actos.

A su tiempo la reforma introducida en la Constitución de 1873 modifica la sección VIII anterior, al sustituirle por la Sección Primera, *"Declaraciones. Derechos y Garantías",* comprendiendo los artículos 1 a 46, mientras aborda el artículo 12 y 45, la petición de todos los habitantes, individual o colectiva, ante todas y cada una de sus autoridades, más los derechos implícitos.

A la vez la Constitución del año 1889 mantiene el texto en la misma sección en los artículos 12 y 47 ("Debates…", 1950,351-358-398-438).

Paralelamente la Constitución del año 1934 conserva idéntico texto e igual sección, para referirse a las "*Declaraciones, Derechos y Garantías*" en los artículos 1º al 44, abordando lo propio del de peticionar y de los derechos implícitos en los artículos 12 y 43.

En relación a este aspecto, con la Constitución del año 1949 surge de su correlación con la Constitución de l934 que el artículo 12 modificado pasa a ser el 17 y el 43 de igual contenido pasa a ser el 28, para comprender el reconocimiento de los derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad, de la educación y la cultura ("Debates…", 1950:529).

En el año 1994, en razón de la Ley Nº 11488 (BOBue, 17/01/1994) durante la quinta sesión del día 27 de julio, en la Convención Constituyente que diera lugar a la actual redacción de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en el abordaje en lo principal del

artículo 10 de "*igualdad ante la ley*", se tratan nuevos derechos y afianzamiento del orden constitucional para emprender y sujetar la cuestión de la participación y dar luego lugar a la actual redacción del artículo 11.

Se tuvieron en cuenta entre otros antecedentes el proyecto de reforma constitucional de 1989; proceso que quedara cerrado con el categórico pronunciamiento popular en el referéndum del 5 de agosto de 1990 y, asimismo, los aportes igualmente importantes del Primer Congreso Bonaerense de Derecho Público "Juan Bautista Aberdl" realizados en la Legislatura de la provincia de Buenos Aíres del 19 al 21 de noviembre de 1984, en la cual se tuvo el honor de presentar ponencias, y desempeñar tareas por una de las aquí firmantes de  secretaria de la Comisión Nº 6, "*Sistema Económico Financiero*".

La norma diseñeda por el Constituyente de 1994, es sin duda una de trascendente importancia al hacer propios y reafirmar las bases de derechos y garantías del constituyente nacional así, del puntual tratamiento de los tratados en especial vinculados a la igualdad y a la no discriminación y, aún, frente a su innecesariedad antes declarada. A ello se incorpora la igualdad de oportunidades y se activa como proyección de dicho principio lo dispuesto en el artículo en su párrafo final: "[…] ***la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social***".

Se decía a la hora de la propuesta de los proyectos: "*Es deber de la provincia de Buenos Aires promover el pleno desarrollo de la persona humana, la igualdad de oportunidades y la efectiva participación de todos sus habitantes en la organización política, económica y social con arreglo a las leyes que se dicten***"**.

Y, se afirma: "*De modo que, si esa normatividad es asumida por el pueblo de la Provincia, transformándose en protagonista de la lucha por sus derechos, la norma contribuirá a la transformación de la estructura económico-social*" ("*Debates de la H. Convención Constituyente*", Provincia de Bs. As., Argentina, v. en lo principal, pp. 1994, 364, 414/415, 465/466, 489-491, 531/534, 563/566; 636/651; 658/660; 714; 726/727; 937/940; 984/985; 986/989;1027/1028; 1110; 1097,1115 y 1141-1142).

Sin lugar a dudas los textos constitucionales plasmaron un contenido superador para los derechos, los cuales sin embargo algunos esperan su eficaz reglamentación.

### 2.2. El federalismo republicano argentino

Con una mirada retrospectiva se observa que en los pueblos ultramarinos el germen descansa en una serie de revoluciones sociales gloriosas que se hicieran sentir en Europa y sus colonias en América: Inglaterra de 1215 "*Carta Magna*" y, 1689 "*Declaración de Derechos*"; Estados Unidos de Norteamérica de 1774 "*Reunión de Filadelfia*", la "*Nueva Inglaterra*", y de Francia de 1789 "*Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*" (Sandler, 2000:92).

Cuyos antecedentes inspiran entre otros a Domingo Faustino Sarmiento y a Juan Bautista Alberdi, quienes cultivan el modelo del norte con un espíritu republicano y representativo en búsqueda del Estado de Derecho Argentino, que aún continúa siendo objeto de permanente conflicto e interpretación.

En el prólogo de Clodomiro Donato Agapito Zavalía en *"Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina" de* Domingo Faustino Sarmiento (Domingo Valentín Sarmiento) expresa que

en este escenario: "*La autoridad delegada en la Constitución por el pueblo argentino ha sido confiada a dos gobiernos distintos: el nacional y el provincial* [...] *el gobierno provincial* [...] *penetra en todos los detalles de la sociedad, sus poderes son indefinidos y en gran número; se extienden a todos los objetos que siguen el curso ordinario de los negocios y afectan la vida, la libertad y la prosperidad de los ciudadanos* [...]" (Sarmiento, 1929:12).

*Para agregar*: "[...] *Todas las necesidades, pues, que provienen del progreso general, de las exigencias del bienestar colectivo deben ser atendidas por la entidad primaria local, por ser la que está en contacto más directo con el medio en que aquellas necesidades se producen* [...]" (Sarmiento, 1929:13).

Sarmiento precisa: "[...] *La declaración de derechos tiene, pues, no sólo por objeto poner coto a los desbordes de los poderes públicos, sino educar y edificar la conciencia individual, señalar límites a la voluntad, al ardor, a la abnegación y aún al odio de los partidos, mostrándoles lo que no se debe, ni puede, sin crimen desear, querer, pedir, o ejecutar* [...]" (Sarmiento, 1929:115).

Por su parte alerta Alberdi, con invocación de Bernardino de la Trinidad González de Rivadavia y Rodríguez de Rivadavia en su discurso del día 8 de febrero del año 1926 al "*recibirse de Presiente*": "*Fatal es la ilusión en que cae un legislador cuando pretende que su talento y voluntad pueden mudar la naturaleza de las cosas o suplir a ella sancionando y decretando creaciones* [...]" (Alberdi, 1920:101-102).

Alberdi destaca en pos de afrontar al régimen general de las provincias "[...] *solo la verdad es útil para siempre* [...]" (Alberdi, 1917:183).

Con la misma orientación adelanta *"[…] es el pueblo y no el Gobierno a quien está entregado por las condiciones de la sociedad sudamericana, la obra gradual de su progreso y civilización / Y la máquina favorita del pueblo para llevar a cabo esa elaboración es la libertad civil o social distribuida por igual entre sus individuos* […]" (Alberdi, 1920:162).

Por esta razón no se puede desde luego ignorar la existencia de un *vínculo histórico para* satisfacer las expectativas delineadas en la convocatoria y para apuntalar la plenitud del contenido que dimana del último párrafo del artículo 11 de la Carta Provincial.

Los alcances de las relaciones flexibles del Gobierno-Estado con los habitantes, donde los derechos individuales-colectivos tienen plena vigencia, y sus nuevas formas priman sobre los de la entidad pública estatal en las decisiones que les afectan requieren se visualicen como una promesa que discurre bajo un lineamiento evolutivo: la "descentralización política". Una fundada -como hoy se consagra- sustantivamente centrada en el honor, la dignidad de la persona humana, la libertad e igualdad, en el respeto y en la *garantía de los derechos inalienables* en pos de asegurar la amplitud política que estimule el horizonte de la intervención de la comunidad. *Para entender la vida no solo como un valor que debe ser respetado sino también impulsado* (Retortillo Baquer, 1991:30-42; Goldschmidt, 1983:291-293).

Sin dejar de tener en cuenta la identidad propia de las distintas dimensiones de la *cuestión social* que transforman las condiciones de existencia, solidificadas por la planificación cimental del objetivo auténtico, a esta altura en el régimen de convivencia *activa e integral* en el proceso de especificación de las decisiones

que abarcan la dinámica estructural de orden *cultural, económico, político y social*.

En suma, una soberanía que reside en la razón, se detecta en la inteligencia del nivel de vida, por las posibilidades del ejercicio pleno en el *desarrollo* general de los habitantes acompañada desde la función propulsora asumida en la evolución por el *Estado Social de Derecho*, cuya construcción deriva en la *Participación Social*, e institucionaliza la representación protagónica, con energía *efectiva*, de la identidad individual y de los grupos intermedios, indicativos del *poder social* como modo especial de procurar contribuir al progreso de la regulación vinculatoria bajo determinadas circunstancias, a fin de satisfacer necesidades propias del más alto grado de organización que recaen en el pueblo bonaerense, conforme artículos 1º, 2º, 10, 11, 12, 14, 25, 27, 28, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 44 y 56 de la Constitución Provincial (Alberdi, 1917:112; Vanni,1909:230; Stammler, 1941:146).

"[…] *era preciso encontrar una organización que garantizase hasta lo posible que el Estado no sobrepasaría los límites que le habían sido fijados y cumpliría las obligaciones que le habían sido impuestas* […] *No basta proteger al individuo contra la intervención legislativa del Estado, es preciso protegerle también contra la acción administrativa, contra el Estado-gerente de los servicios públicos que adopta decisiones individuales* […] (Duguit, 1924:208-293).

## III. FORTALECIMIENTO DE LA INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA

En atención a todo ello, en este marco de conceptualización el perfil básico debe ser un modelo que, si bien se encuentra *prima*

*facie* fuera de la organización administrativa, lo cierto es que se "agrega" a una función determinada.

Sin lugar a dudas debe mediar una actuación de índole especializada, ser un instrumento social más, con cometidos concluyentes, distintos y complementarios de los que pudiera corresponder por ejemplo a la intervención del Defensor del Pueblo.

En este orden el Defensor del Pueblo, el derecho de iniciativa, la consulta popular, constituyen una garantía que no puede ser la única perspectiva de actuación en el mecanismo de cobertura para velar por el cumplimiento de la dignidad participativa.

Se puede considerar un obstáculo el desarrollo de las garantías constitucionales frente al objetivo estatal, deviene lógico pensar prestar atención a su desarrollo al reivindicar la lucha socioeconómica por el rol protagonico del pueblo desde su carácter operativo, pues podría significar una dificultad objetiva para el Estado por la implicancia de un tratamiento autoritario de la función ejecutiva que desconozca la prioridad de la ciudadanía por transitar desde el Estado Social de Derecho al Estado de Participación Social.

Tal como se presenta en la Constitución debe formularse y orientarse su reglamentación apuntando a que su hacer contribuya a brindar el mayor bienestar posible.

Si bien la fórmula constitucional -en un principio- presenta un cierto grado de indeterminación sin embargo **la exigencia intensa que ella encierra** conllevará necesariamente a **una tarea de creación** que entre otros aspectos atienda, lo organizacional -aspiración, preparación, capacitación-, procedimental y sus efectos.

En esta parcela, derivada del ejercicio individual o colectivo de los derechos, el pueblo en su estado de alerta retiene la capacidad de colaborar en la integración de los actos de gobierno, interesarse en la cosa pública, resguardar mandatos y garantías constitucionales. Hacer certera su presencia permanente de poder social por el bien común, pergeñado razonablemente, orientado a fortalecer las finalidades constitucionales en pos de un desarrollo progresivo, y en dignidad de la persona humana ("*Participar*": Conforme a RAE: Del lat. participāre. 1º. intr. Dicho de una persona: Tomar parte en algo. Sin.: [en un asunto] intervenir, entrar, meterse, implicarse, terciar, [en una causa o negocio] colaborar, contribuir, cooperar, ayudar").

En este ámbito, el constituyente legitima un sistema de funcionamiento administrativo público, que puede no ser único, pero que sin duda exige a la Provincia el "deber" de "***la efectiva participación*** [...] *en la* ***organización política***, ***económica y social***".

*Así se ha dicho*: "[...] *que cada vez sea mayor el número de participantes con roles políticos activos en una serie también cada vez mayor de cuestiones que son objeto de decisiones por parte de quienes gobiernan* [...]" (Bidart Campos, 1984:73).

Al hilo de la precedente advertencia, la función se presenta estrechamente vinculada al progreso de los cometidos fundantes institucionales, en una ampliación que favorecerá la vigencia de la Constitución y la plenitud de los intereses sociales (Vanni, 1909:230; Peyrano 2013:35-36).

Así nos recuerda Vanni en los principios que enuncia en pos de la armonía del derecho, "[...] *hay progreso en la formación histórica del derecho, cada vez que se transforma de modo que corres-*

*ponda realmente á lo que exigen las condiciones de la vida en común*", para agregar: "[...] *una institución jurídica es tanto más adelantada, cuando mejor corresponde a las exigencias propias de un grado más alto del desarrollo humano y de una forma de organización social más elevada* [...]" (Vanni, 1909:230).

Al atender a las pautas filosóficas de la Constitución Argentina sobre la libertad no puede desconocerse su paridad con la cosmovisión de coexistencia del habitante, su perfil político, económico, y social, que en forma innata tiende a inmiscuirse, a comprometerse en busca de proteger en forma individual o colectiva sus derechos de acuerdo con los logros institucionalizados.

Es cierto que debemos partir por observar que el presente **exhibe un nivel menor** en cuanto su abordaje reflejado en la **insuficiencia del desarrollo normativo** acompañada de una actitud de los afectados o sus representantes, basada en la **ausencia de participación efectiva**.

Estas apreciaciones se robustecen ante las dificultades y limitaciones territoriales para su diligencia práctica.

En la actualidad el desafío se presenta irresuelto desde los componentes de naturaleza individual o colectiva, pública o privada, al propiciarse el goce efectivo de manera progresiva.

"[...] *la prohibición de regresividad agrega un nuevo criterio al control de razonabilidad de las leyes y reglamentos cuando se examina judicialmente la adopción de normas que reglamentan los derechos económicos, sociales y culturales* [...] *Evidentemente, un mismo derecho puede ser pasible de varias reglamentaciones razonables* [...]" (Courtis, 2006, 22).

Cuestión que se profundiza en un ajuste estructural que redefine al Estado en sus funciones básicas con transferencia al mercado para que este las resuelva en el marco de las leyes de la oferta y la demanda en el cual debe ingresar el impulso necesario hacia la efectividad de los derechos legitimados (Principios de Limburg, 1986).

## IV. LA VITALIDAD DE LA DEMOCRACIA EN EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, SU ÚLTIMO PÁRRAFO

A pesar de su obviedad, el modelo actual del régimen cimero implica la protección de los derechos a participar, y la práctica de su mengua configura el incumplimiento de su contenido.

Su utilidad real se esfuma como la espuma del jabón al problematizarse la enjundia preceptiva de la Constitución y su certidumbre técnica, sin satisfacerse la igualdad de la garantía declamada, abandonada al arbitrio administrativo.

Nos ilustra Ferrajoli: "*Junto a la participación política en las actividades de gobierno sobre cuestiones reservadas a las mayorías, se desarrollase una no menos importante y generalizada participación judicial de los ciudadanos en la tutela y la satisfacción de sus derechos como instrumento tanto de autodefensa cuanto de control en relación con los poderes públicos* [...]" (Ferrajoli, 2014.918). Lo cual por cierto es no sólo aplicable al ámbito judicial. En el marco del sistema interamericano es clara la vigencia de las reglas del debido proceso legal en los procedimientos administrativos vinculados a derechos sociales. En efecto, la norma rectora de la garantía destaca expresamente su aplicabilidad a cualquier proceso en el que se determinen derechos y obligacio-

nes de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole (Art. 8º.1º "*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*"; CADH, Corte I.D.H., *Caso Baena Ricardo y otros.* Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 127.La misma cita puede también encontrarse en el texto de la "Opinión Consultiva OC-18/03", pár. 129; *Eur. Court. H.R., Campbell and Fell judgment of 28 June 1984*, Series A No. 80, párrafo 68; *Eur. Court. H.R., Deweer, judgment of 27 February 1980*, Series A no. 35, párr. 49; y *Eur. Court. H.R., Engel and others judgment of 8 June 1976*, Series A No. 22, párr. 82", *Cfr*. *Caso Baena Ricardo y otros*, *cit*., párr. 130).

Derecho que clama por su actuación previo a tomarse una decisión que afecte sus intereses y que deberá darse a conocer o, de hacerse oir previa y debidamente en todo proyecto de contratatación de alcance social.

Correlativamente, sub actuada, por tener más grados de libertad la contextura del deber supremo, sujeto a la defensa del progreso y representado mediante menos mecanismos efectivos necesita en la actual estructura organizativa implementar por autoridad coexistente las garantías asignadas constitucionalmente para que los derechos sean respetados en sus intereses generales.

En este punto debe aflorar un régimen de previsiones para innovar y remediar un exceso por omisión que haga prevalecer el contenido material de la Constitución (Bidart Campos, 1985: 261-262; Haro, 2003:9).

En este entorno se introduce la diligencia de la red de los operadores autorizados para cubrir el vacío formado por múltiples falencias coetáneas en el ordenamiento administrativo. Hechos, acciones que sin duda van a influir favorablemente a la hora de efectivizarse en base a las propias reglas institucionales e integrar su propia existencia.

Se ha dicho: "*Una de las causas que concurren a la generalizada violación del sistema, y a la creación de un sistema paralelo de normas de conducta, es la común insatisfacción que en muchos países existe respecto de las normas establecidas en el sistema / Puesto que se las percibe como injustas o irreales, se considera automáticamente que se tiene el derecho y hasta el deber de desconocerlas* [...] *ningún sistema verdaderamente rige si no tiene el sustento participativo y activo de toda la comunidad*" (Nuestro humilde homenaje a Gordillo, 2012:III.1-2).

Como resultado en la estructura actual se encuentra la deficiencia en la consecución de los fines administrativos que influye negativamente en el ejercicio de los derechos, circunstancia que clarifica el contrasentido que es la justificación del perjuicio que yace en la repercusión del deterioro a futuro del derecho a la participación frente al deber imperativo de la función.

En este sentido los derechos vinculados a la existencia de las iniciativas no encuentran eco aún en la actividad administrativa cuando debieran ser conocidas y consentidas por los interesados mediante una actuación primaria o complementaria en razón de lo establecido en la tutela fundamental de la Sección Primera de la Constitución.

La participación está presente en nuestra historia, podemos asignar un valor singular de partida al Cabildo Abierto, para encontrar luego manifestaciones significativas en lo electoral, en el derecho a peticionar, en la educación a través principalmente de los consejos escolares, las cooperadoras y los otrora "Clubes de madres" y en un Consejo provincial de Educación y Cultura jerarquizado con la participación directa de la ciudadanía en su composición; en la participación plena y efectiva en la sociedad de las personas con capacidades diversas; en las representaciones sindicales, en las entidades intermedias, en las cooperativas, en las ya históricas asociaciones mutuales, culturales y de beneficiencia, en la incorporación de las formas de democracia semidirecta, en la iniciativa legislativa, en la consulta popular; en la defensa del patrimonio cultural; en el reconocimiento de las asociaciones de defensa de intereses colectivos; en el derecho del niño-niña a ser oídos; en el derecho al consentimiento informado; en el derecho al respeto integral, desarrollo pleno y participado de la persona mayor; en el imperativo surgido de la OIT, C. Nº 169 (1989) para los pueblos "*indígenas y tribales*": "la consulta", extensible a los seres humanos y, qué pensar en el compromiso general asumido en lo ambiental, verbigracia: en la participación social en todas las formas posibles y en todas las fases de la gestión integral de residuos sólidos urbanos y de la comunidad en los planes y programas, en concordancia con los Municipios, así de educación formal e informal para las diferentes etapas de la gestión ó la participación ciudadana en el control del cumplimiento del Plan Integral del Saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo, la participación en la elaboración, aprobación e implementación de proyectos hídricos, o en cuestiones de recarga y protección de acuíferos -aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro (1992), en el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en

Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, en el Acuerdo regional de Escazú (2018)- o, en el marco de la defensa al consumidor; en el hito que significara la colegiación profesional; en la acción de las comisiones o consejos vecinales en lo municipal; el insustituible horizonte para el trabajador de participar de la gestión de las empresas públicas, en la forma y límites establecidos por la ley, para procurar su elevación económica, social y cultural en armonía con las exigencias de la producción o, en la experiencia desarrollada en la provincia en el marco de la Ley Nº 6982, del año 1964 y del Decreto-ley Nº 9650/1980 y antes por la Ley Nº 5425 del año 1948.

Se incorporaron, por la primera, "artículo 2º apartado "c", para el Instituto Obra Médico Asistencial: "*Tres directores en representación de los afiliados obligatorios, nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta de los sectores correspondientes y en la forma que establezca la reglamentación | Ninguno de estos funcionarios podrán ser removidos de sus cargos sin justa causa*" y por la tercera, Instituto de Previsión Social, integrando el Directorio", entre ellos, artículo 4º apartado "c": "*Un Director Gremial, por cada una de las secciones, que designará el Poder Ejecutivo a propuesta en terna, de cada grupo gremial de afiliados /Durarán cuatro años en sus funciones, no pudiendo ser reelegidos sino después de transcurrido un período completo, por lo menos | Para ser Director Gremial es requisito indispensable tener una antigüedad no menor de dos años en la Administración pública provincial o municipal || El Directorio se renovará por mitades cada dos años, cesando en esa oportunidad dos directores gubernamentales y dos directores gremiales | En las primeras designaciones el Poder Ejecutivo indicará los directores que durarán dos años en su desempeño*". Ambas requieren una mirada superadora y progresiva en el mejoramiento de estos derechos

y representaciones reconocidos en pos de una efectividad controlada. Cabe destacar el artículo 40 de la Constitución de la Provincia en cuanto al sistema de seguridad social y la declaración de la necesaria participación "*de representantes de los afiliados*" (Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente, Provincia de Bs. As., Argentina, 1994, 273/275-370/375).

La enunciación sin pretender ser acaba, no puede dejar de mencionar la previsión constitucional de creación del "*Tribunal social de responsabilidad Política*" a la espera de su efectiva configuración y reglamentación (vrg. Iniciativas, Res., Ministerio de Justicia, Bs. As, Nº 247/2016 y proyecto de ley D-199/23-24) o la de reglamentar las formas de participación en los controles patrimoniales externos actualizando sus perfiles y mejorando sus expectativas.

De tal manera, se imponen instrumentos orientados a dar preferencia a la igualdad en la participación que permita la corrección en su intervención basal a través de los mecanismos específicos que refuercen el valor de los derechos, para intentar aminorar el desajuste de la relación entre la norma y el contexto externo y sin olvidar "*Todo poder público emana del pueblo; y así éste puede alterar o reformar la presente Constitución, siempre que el bien común lo exija y en la forma que por ella se establece*" (art. 2º, Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

## V. EPÍLOGO

La Constitución Provincial en el artículo 11 reconoce la existencia fundamental de un derecho que amerita para su goce del hacer estatal en cuanto lo contrario vendría a implicar el desconocimiento de la manda constitucional y de la vitalidad del precepto.

"[…] *Una unidad real solo existe entre aquellos que realmente participan de una misma actitud mental y en los momentos en que esta identidad efectivamente prevalece* […]" (Kelsen,1969:170, 220).*"Un Ejecutivo débil significa una ejecución débil del gobierno / Una ejecución débil no es sino otra manera de designar una ejecución mala; y un gobierno que ejecuta mal, sea lo que fuere en teoría, en la práctica tiene que resultar un mal gobierno* […] (*Publius*", "El Federalista…", 1788:240).

Por su parte, "[…] *el que se ve atacado en su derecho, debe resistir, este es un deber para consigo mismo* […]" (Ihering, 1921:31).

De los artículos 11, 36, 55 y 56 de la Constitución Provincial se desprende una búsqueda del control explicativo en la estructura estadual al procurar la corrección de los males sociales en la vía administrativa.

Podemos decir que hay una situación crítica en el estado actual del régimen, y derivado de ello la conclusión de someter a otras formas de intervenciones los planteos de la cuestión, utilizar otras herramientas útiles de cómo proceder para consagrar prácticamente **un nuevo derecho de participación**, superador de las figuradas existentes, "***al pueblo*** […] ***en el centro del desarrollo constitucional*** […]" (Ackerman,2011,104).

Desde otro ángulo podemos reflexionar, debemos enriquecer la democracia, no limitarla y para ello establecer alternativas que también puedan garantizar y asegurar el espíritu de la manda constitucional aplicable a una profunda complejidad de finalidades que reclaman soluciones a diario.

Grupos sociales que solamente hacen uso del derecho a votar aguardan cautivos al arbitrio de la gracia del "*Estado protector*" -sin dejar de observar la crisis en los partidos políticos, en la formación cívica-, mientras la Constitución reconoce el derecho de tener una participación activa y calificada en la administración del Estado (Zagrebelsky, 2010, 103).

En este escenario nos debemos exigir preguntar y responder: cómo salvar y remover los impedimentos del pueblo excluido de la participación inquebrantable y efectiva en la gestión, de su incidencia significativa en los procedimientos de formación de políticas públicas destinadas a determinar los bienes y servicios a producirse en la comunidad y elevar la dignidad del habitante como ser activo.

Luego es factible y necesario analizar la conveniencia y justicia de destinar recursos dentro del régimen actual para las diferentes clases de reclamos que apuntarían a la especialización en el abordaje para recomponer con ellos la serie indefinida de planteos que buscan un desenlace satisfactorio en cada experiencia y solución del tema hipotético, por cierto, incorporando una gestión sostenida. En una visión del desarrollo acorde con el concepto de desarrollo sostenible que es de desear, para bien de todos, impregne y dirija la dinámica social y económica en la Provincia de Buenos Aires y en especial mirada de las políticas de desarrollo local (Vázquez Barquero, 2005; Fernández Güell, 2006; Font-Rivero, 1999).

Las exigencias de nuestra razón dan cuenta de un terreno donde esa realidad acrece y determina la necesidad de detenerse en estudiar las propiedades que debe ostentar la nueva autoridad para intervenir mediante un mecanismo cuya dirección entrela-

ce la elevación de su utilidad al disolver la controversia y evitar el desconcierto individual o plural por el aplastamiento del ideario egregio.

En este estado los derechos fundamentales sujetos de tutela y protección a la participación se desarrollan en principio hasta el momento en un ámbito autárquico, alejado del mandato de atención efectiva: *"**participación de todos en la organización política, económica y social" -artículo 11 de la Constitución Provincial**-. El desarrollar esta garantía se impone en pos de atender a su plenitud significativa,* su espíritu, la proclamación, la institucionalización integral de la idea y, en definitiva, su realización práctica.

Por ello es lógico pensar que se preste atención al desarrollo de la garantía constitucional, en el camino de reivindicar la lucha política, social, económica del pueblo por su carácter operativo, pues de otra forma vendría a significar que el gobierno ve en ella un obstáculo objetivo.

En ese carril los mecanismos de cobertura de estas garantías deben procurar impedir que las funciones ejecutivas se transformen en un tratamiento autoritario que desconozca las prioridades ciudadanas en su faz pasiva y con esta mirada inseparable pase a desempeñar un perfil pedagógico al **ingresar dentro del Estado Social de Derecho al Estado de Participación Social.**

El desafío constitucional da cuenta de un itinerario evolutivo añade más legitimidad a la superior unidad decisoria del Estado en su función social en la búsqueda de renovar sus planteos y afianzar las relaciones de equilibrio gubernamental.

El reto constitucional para la Provincia de Buenos Aires justamente nos exige que prestemos atención a la hora de lograr la vitalidad de la institución que asegure una distribución uniforme de las oportunidades de participación en las decisiones políticas; que se encuentren los mecanismos para extender a la sociedad la confianza, la seguridad jurídica que comenzará desde la presencia de los propios ciudadanos en el proceso de participación. Cuestión que se profundiza en un ajuste estructural que redefine al Estado en sus funciones básicas.

El aporte constitucional es gravitante tanto en su nueva concepción y valor a la persona, como en la función del Estado que sustituye su misión abstencionista por una actitud participativa en el logro del bien común.

De la lectura jerárquica del preámbulo deviene el "[...] *constituir el mejor gobierno de todos y para todos* [...] *y asegurar los beneficios de la libertad para el pueblo* [...]" divisa la necesidad de crear y ajustar los instrumentos dentro de lo posible para su participación efectiva alejando la ausencia del que da cuenta la historia para acercarse a la norma basal y a la verdad, en su esencia, en pos de la realidad de un Estado participativo.

Al trazo acelerado de la evolución precitada corresponde mencionar que "[...] hallándose instalado desde el 24 de marzo en Tucumán el Congreso que habría de declarar la independencia, tiene lugar en Buenos Aires un interesante debate en la sala capitular respecto si debía oírse al pueblo en cabildo abierto o por medio de representantes.

La reunión se realizó el 20 de junio de l816, y aportó claras referencias al espíritu nacional *en favor del derecho a la participación en*

*el gobierno y el acceso a la función pública* [...]". "*Si comparamos el texto de la Declaración de la Independencia argentina con el de la independencia estadounidense, advertiremos que esta última, cuyo texto es más extenso, contiene la enunciación de algunos derechos humanos en el mismo documento / En efecto, la segunda parte del documento dice, en versión española libre: 'Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales; que a todos les confiere su Creador ciertos derechos inalienables entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad, que para garantizar esos derechos, los hombres instituyen gobiernos que derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno tiende a destruir esos fines, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla, a instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios y a organizar sus poderes en aquella forma que a su juicio garantice mejor su seguridad y felicidad* [...]" (Cocca, 1966:503-521).

Así también para definir la representación peculiar la formula que descubre la clave histórica "[...] *La imposibilidad del ejercicio del poder político por parte de la totalidad del pueblo y la absoluta necesidad de vincularlo a una minoría, restringe el principio del gobierno del pueblo, pero, por otra parte, la más elemental exigencia democrática, no permite que los órganos del Estado actúen, una vez constituidos, totalmente desvinculados de las exigencias populares / Estas exigencias confirman la necesidad de que el pueblo -ese pueblo real, estructurado en grupos de intereses- participe en el ejercicio del poder, pero, a su vez, dan pie para limitar esta participación a la posibilidad de manifestar y hacer valer sus opiniones sobre obligaciones que se le imponen* [...]" (Xifra Heras, 1962:25).

Conforme a los artículos 2* y 28 del Pacto de San José de Costa Rica, cumple el Estado de Buenos Aires con el mandato de incorporar a su derecho interno las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagradas por el mismo y aquellas que resultaren un avance en la progresividad de las así dispuestas.

Asimismo los derechos consagrados en la Constitución gozan de la protección jurisdiccional de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte, en el marco del Capítulo VII, artículos 34, 41, 44 y 46 y concordantes del Pacto de San José de Costa Rica.

Por su parte la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (aprobada, por Res. 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18/12/79 y suscripta por la República Argentina el 17/06/80, ratificada por Ley Nº 23179 de 1985) en su artículo 5º establece: "*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres*".

Por último tener presente: "*Desde lo constitucional: Tenemos la gran oportunidad de incorporar una norma constitucional que sea una herramienta apta para garantizar la igualdad ante la ley, más allá de toda declamación formal / Desde lo social: Tenemos la gran oportunidad de construir el muro de contención frente a todas las formas de discriminación, que todos sabemos que existen y conviven con nosotros / Desde lo personal: Tenemos la gran*

*oportunidad de trascender sobre las cuestiones políticas partidarias, para sancionar un artículo que nos comprenda a todos / No perdamos la oportunidad* [...]" ("Debates de la H. Convención Constituyente, Provincia de Bs. As., Argentina, 1994, II, 989).

**FUENTES**

**A.**

Agustín Gordillo, "*Tratado de derecho administrativo y obras selectas*", Tomo 6, *El método en derecho - La administración paralela*, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2012.

Aldo Armando Cocca, "Los derechos humanos en los Estatutos y Documentos políticos que precedieron a la Declaración de la Independencia", Separata del Cuarto Congreso Internacional de Historia de América, Estab. Grafico EGLH, Buenos Aires, 1966, tomo V.

Antonio Enrique Pérez Luño, "*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*", Edit. Tecnos, 5ta. Edición, Madrid, España,1995.

Antonio Vázquez Barquero, "*Las nuevas fuerzas del desarrollo*", Barcelona, Antoni Bosch editor, España, 2005.

**B.**

Bartolomé de Las Casas, "*Tratado de Indias y el doctor Sepúlveda*", Col. de Academia Nacional de Historia de Venezuela; Caracas, Venezuela, 1962.

Bartolomé de Las Casas, Fray, "*Entre los remedios*", BAE, Madrid, España, 1958.

Bartolomé de Las Casas, Fray, "*Tratado comprobatorio del imperio soberano y principado universal que los Reyes de Catilla y León tiene sobre las Indias*", Sebastián Trugillo, Sevilha, España, 1552.

Bartolomé de Las Casas,Fray, "*Brevísima relación de la destrucción de las Indias*", publicada en Sevilha, España, Sebastiã de Trugillo, 1552, Lebooks editora, 2017.

Bruce Ackerman, "*La Constitución viviente*", Marcial Pons, 2011.

**C.**

Carl Schmitt, *"Teoría de la Constitución"*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1934.

Carl Schmitt, "*Defensa de la Constitución*", Ediciones Sieghels, Buenos Aires, Argentina, 2016.

Carlos Santiago Fayt, "*Nuevas Fronteras del Derecho Constitucional*", Fondo Editorial de Derecho y Economía. La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1995.

Carlos Vaz Ferreyra, "*Lógica Viva*", Editorial Palestra, Lima, Perú, 2018.

Caspar Rudolf von Ihering, "*La Lucha por el Derecho*", Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, España, 1921.

Christian Courtis *"Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales"*, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, Argentina, 2006.

Comisión Internacional de Juristas, Maastricht, Países Bajos, 1986, "*Principios de Limburg*".

***D.***

*"Debates de la Asamblea Constituyente"*, Dirección de Impresiones Oficiales, La Plata, Argentina, 1950, pp. 351, 358, 398 y 438).

"*Debates de la H. Convención Constituyente de l934. Actas y despachos de la Comisión y Subcomisiones"*, Taller de Impresiones Oficiales, La Plata, Argentina,1936, TII.

Delia Teresa Echave, María Eugenia Urquijo, Ricardo A. Guibourg, "*Lógica, proposición y norma*", Editorial Astrea, Depalma, 4º reimpresión, Buenos Aires, Argentina,1995.

"*Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente, Provincia de Bs. As., Argentina*", 1994.

"*Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*", Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica nº 692, T. I, ed. Poder Judicial de la Federación. Consejo de la Judicatura Federal México, México, 2014, p. 326/328.

Domingo Faustino Sarmiento (Domingo Valentín Sarmiento) "*Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina"*, Talleres Gráficos Argentinos de I. J. Rosso, Buenos Aires, Argentina, 1929.

**E.**

Enrique Sanchez Goyanes, "*Constitución Española Comentada*", Madrid, España, Paraninfo S.A., 1983, art. 9.2, 54, 124.1, 162.1.

**F.**

Fritz Schreier, "*Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho*", Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, Argentina,1942.

**G.**

George Jellinek, "*Teoría General del Estado*", Librería General de Victoriano Suarez, Madrid, España, 1914.

German José Bidart Campos, **"***El Poder***"**, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1985.

Germán José Bidart Campos, "*Para vivir la Constitución*", EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1984.

Giuseppe Petrilli, "*El Estado Empresario*", Ediciones y Publicaciones Españolas, S.A., Madrid, España, 1972.

Gustavo Zagrebelsky, "*Contra la ética de la verdad*", ed. Trotta, Madrid, España, 2010.

**H.**

Hans Kelsen, "*¿Quién debe ser el defensor de la Constitución*?", Editorial Tecnos S.A, Madrid, España, 1995.

Hans Kelsen, *"Teoría General del Derecho y del Estado", Ed.* Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1969.

Héctor Eduardo Herraiz, "I*nstituciones del Derecho Público. Constitucional y Administrativo*", Abeledo Perrot SAE e I, Buenos Aires, Argentina,1988.

Héctor Raúl Sandler, "*Filosofía Jurídica, Problemas Sociales y Derecho Correcto*", Instituto de Capacitación Económica, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina, 2000.

Hemann Heller, *"Teoría del Estado",* Fondo de Cultura Económica, México, 1942.

Herbert Spencer, "*El individuo contra el Estado*", Ediciones Orbis, Madrid, España, 1984.

**I.**

Icilio Vanni, *"Lecciones de Filosofía del Derecho",* Lima, Perú, Librería Científica Francesa, Lima, Perú, 1909.

Inés Anunciada D´Argenio, "*La Justicia Administrativa en Argentina*", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Argentina, 2006.

**J.**

Javier Font y Cristina Rivero, "*Participación de la sociedad civil en el desarrollo estratégico urbano y territorial*" en Joan Subirats, *¿Existe sociedad civil en España*? Madrid: Fundación Encuentro, España, 1999.

Jesús Ignacio Martinez García, "*La Teoría de la Justicia en John Rawls*", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1985.

Jorge Antonio Aja Espil, "*Constitución y Poder*", Tipográfica Editora Argentina SA, 1ª. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1987.

Jorge Reinaldo A. Vanossi, "*El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*", Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina,1982.

Jorge Walter Peyrano, *"Nuevas Herramientas Procesales"*, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2013.

Jorge Xifra Heras, "*Curso de Derecho Constitucional*", Edit. Bosch, Barcelona, España, 1962.

José Antonio Maravall**, "***Los fundamentos del derecho y del Estado*", Editorial de Derecho Privado, Madrid, España, 1947.

José Bianco, "*Vida de las Instituciones Políticas*", Talleres Gráficos Argentinos de L. J. Rosso, Buenos Aires, Argentina, 1929.

José Miguel Fernández Güell, "*Planificación estratégica de ciudades*", Editorial Reverte, Barcelona, España, 2006.

Juan Bautista Alberdi, "*Derecho Público Provincial Argentino*", "La Cultura Argentina", Buenos Aires, Argentina, 1917, p. 183).

*Juan Bautista Alberdi, "Obras Selectas*", T IX, "*Escritos Jurídicos*", Librería "La Facultad", Buenos Aires, Argentina, 1920, p. 162.

Juan Bautista Alberdi, "*Obras Selectas*", T. X Bases y Comentarios de la Constitución Nacional", Librería "La Facultad", Buenos Aires, Argentina, 1920.

**L.**

León Duguit, "*Soberanía y Libertad*", Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, España, 1924.

Luigi Ferrajoli, "*Derecho y razón*", ed. Trotta SA, Madrid, España, 2014.

Luis Legaz y Lacambra, "*Filosofía del Derecho*", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, España, 1961, Segunda Edición.

Luis Miraglia, "*Filosofía del Derecho*", Editorial Impulso, 1ra. Edición argentina, Buenos Aires, Argentina, 1943.

Luis Sanchez Agesta, "*Sistema Político de la Constitución Española de l978*", Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, España, 1990.

Luis Vicente Varela, "*Historia Constitucional de la República Argentina",* Ed. Taller de Impresiones Oficiales, La Plata, Argentina,1910, Tomo I.

Luis Vicente Varela, **"***Plan de reformas a la Constitución de Buenos Aires",* Taller de impresiones oficiales, La Plata, Argentina, 1907, Vol. I, p. 9; 13-14; 25; 171-172; 218-221; 224 y 228 y Vol. II. pp. 559 y 561**.**

**M.**

Martin Kriele, "*Introducción a la Teoría del Estado*", Edit. Depalma, Buenos Argentina, 1980.

**N.**

Norberto Bobbio, "*Crisis de la Democracia*", Editorial Ariel, Barcelona, España, 1985.

**R.**

Rafael Bielsa, "*Derecho Constitucional*", Roque Depalma Editor, Buenos Aires, Argentina, 1959.

Ramón Tamanes, "*Introducción a la Constitución Española*", Editorial Alianza, Madrid, España, 1980.

Ricardo Haro, "*Juan Bautista Alberdi y las fuentes del Derecho Público Provincial.* Con motivo del 150° Aniversario de la primera edición de las "Bases" en Valparaíso en 1852. Número Especial del Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Argentina, ed. La Ley, 2003.

Rudolf Stammler, *"Doctrinas Modernas sobre el Derecho y el Estado"*, Compañía General Editora S.A., México, D. F.,1941.

**S.**

Segundo Víctor Linares Quintana, "*Reglas para la Interpretación Constitucional*", Edit. Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina,1988.

Sebastián Martin-Retortillo Baquer, "*Derecho Administrativo Económico*", Edit. La Ley, Madrid, España, 1991, T. I.

**T.**

Textos comparados de las Constituciones Provinciales de la Provincia de Buenos Aires Buenos Aires. Suprema Corte de Justicia, La Plata, Provincia de Buenos Aires, Argentina, 1994.

"*The Federalist*": a Collection of Essays, Written in Favour of the New Constitution, as Agreed upon by the Federal Convention September 17, 1787", vol. II, Alexander Hamilton, seudónimo, *"Publius*", núm, LXXX cc. LXX: "*The fame View continued in Relation to de Unity of the Executive, and with an Examination of the Project of an Executive Council*", New York, Estado Unidos de Norteamerica, Ed. J. y A. McLean, 1788, Library of Congress.

**W.**

Werner Goldschmidt, *"Introducción Filosófica al Derecho",* Edit. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 6ta. Edición, 1983.

# Núcleos ideologicos y aspectos políticos y educacionales en las reformas a la Constitucion de la provincia de Buenos Aires de 1990 y 1994

Por
**Fernando R. Klappenbach**[1]

**1.** Abogado recibido en la Universidad Nacional de La Plata (año 1972). Doctor en Historia, Universidad del Salvador. Ejerció la docencia secundaria y terciaria. Dictó cátedra en las asignaturas Historia Constitucional Argentina, Historia Política Argentina e Historia del Pensamiento Político argentino, en las Universidades Nacional y Católica de La Plata y en el Instituto de Enseñanza Superior Juan XXIII de Bahía Blanca. Publicó artículos en los diarios EL DIA y HOY de la ciudad de La Plata y LA NUEVA PROVINCIA de Bahía Blanca.

## EL NÚCLEO IDEOLÓGICO

En la cuestión educativa radicaba, a mi modo de ver, el núcleo ideológico en los procesos reformatorios a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1990 y 1994.[2]

La encíclica "DIVINI ILLIUS MAGISTRI" del Papa Pío XI, del 31 de diciembre de 1929, consagraba que la principalidad en la educación corresponde a la familia y la gestión del bien común al estado.

En versión más actualizada decía en la "Carta a la Familias" Juan Pablo II:

> Los padres son los primeros y principales educadores de sus propios hijos: son educadores por ser padres. Ellos comparten su misión educativa con otras personas e instituciones, como la Iglesia y el Estado. Esto debe hacerse siempre aplicando correctamente el principio de subsidiariedad que completa así el amor paterno y materno, ratificando su carácter fundamental. Cualquier otro colaborador en el proceso educativo debe actuar en nombre de los padres, con su consenso y en cierto modo, incluso por encargo suyo… El proceso educativo lleva así a la fase de la autoeducación, que se alcanza cuando, gracias a un adecuado nivel de madurez psicofísica, el hombre empieza a "educarse él sólo".

Leandro Alem, defendió un criterio similar al que venimos explicando. Dijo el fundador de la Unión Cívica Radical, el 17 de sep-

**2.** KLAPPENBACH, Fernando R.; *Bases ideológicas en los aspectos educativos de la Reforma Bonaerense*, *EL CONSTITUYENTE*" Nº 7, La Plata.

tiembre de 1877, en la Cámara de Diputados de la Nación:

> El primer deber del padre es instruir al hijo; pero, como correlativo, el primer derecho del padre es también educar al hijo, es decir, orientarlo, dirigir su espíritu, dirigir sus inclinaciones hacia aquellos objetos de ciencias o de artes en los cuales se encuentra más adaptado, más apropiado para encontrar su porvenir; el esfuerzo del padre es el que debe estar en primer lugar, y solamente las autoridades o el poder social o el poder oficial, puede venir en protección cuando el padre descuida absolutamente o se encuentra en condiciones que de ninguna manera pueda atenderla. En este orden ascendente.[3]

Como lo refirió el Arturo Sampay, la doctrina pontificia fue la fuente en la reforma de 1949: "La educación y la instrucción corresponden a las familias y a los establecimientos oficiales particulares que colaboren con ellas".4 Al informar el artículo referido, Sampay dijo:

> El proyecto de Constitución Justicialista comienza repulsando categóricamente el principio totalitario de que el niño pertenece al Estado, ya que no queremos para la democracia argentina la perversión catastrófica de esos sistemas educacionales que forman las generaciones para la esclavitud y la muerte; rechazamos, en consecuencia, la ponzoña jacobina del anonadamiento de la persona humana, tan acabadamente cumplido en la Alemania de Hitler y en la Rusia de Stalin, que es la raíz de la absorción del hombre por el Estado.

**3.** ALEM, Leandro; *Obra parlamentaria*; t. V pag.437.

**4.** CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA DE 1949, Capítulo III, art. 37, IV De la educación y la cultura.

> Afirmamos que la educación de los hijos es un derecho de los padres, con quienes el Estado colabora...Corresponde al Estado, como promotor máximo del bien común, vigilar para que esa enseñanza se cumpla de acuerdo con lo establecido en la Constitución.

Al fundar el proyecto de la ley 5650, sobre Educación en la Provincia de Buenos Aires, el gobernador Domingo Alfredo D. Mercante sostuvo:

> Como lo ha dicho el general Perón: La escuela no debe trabajar sólo en el sentido de instruir al niño, porque enseñarle a leer y a escribir es lo subsidiario, sino en el de educarlo, en el de conformarle el alma para ser buen hombre y buen argentino,[5] porque darle conocimientos a una persona implica darle armas para luchar en su vida, y hay que tener cuidado de no dar armas a una mala persona.[6]

Reeditaban Perón y Mercante la doctrina tradicional del justicialismo fundada por Arturo Sampay: "La solidaridad humana en un orden social justo sólo es posible con hombres justos, desde que lo social no es sino una urdimbre de actos humanos personales, y la justicia es una virtud que se afirma por la educación".[7]

Con motivo del debate de la ley de educación bonaerense referida, el 14 de agosto de 1951, el diputado y convencional provincial en 1949 y constituyente nacional en 1994, René S. Orsi, sostuvo:

---

**5.** El psiquiatra y profesor de Harvard, Robert Coles, que ganó el premio Pulitzer en 1973 por sus trabajos sobre la pedagogía infantil, en su libro *La vida espiritual de los niños,* del año 1990, analiza el desarrollo de la bondad en los menores. que fue el eje pedagógico peronista.FK.

**6.** MERCANTE, Domingo A.; *Las ideas Pedagógicas del General Perón*, La Plata, publicación de la Provincia de Buenos Aires, 1951, p. 5.

**7.** KLAPPENBACH, Fernando R.; *Las ideas pedagógicas de Perón*, diario *HOY*, La Plata, martes18 de febrero 1997, p.8.

> Reconocer a la familia el derecho de educar a sus hijos, va más allá , y ratifica democráticamente que, en virtud de ello, tiene -la familia- la libertad de elegir las personas o instituciones donde hayan de recibir sus hijos la educación primaria...proclama el derecho que tienen las personas jurídicas e incluso los particulares a crear institutos de educación para que por esta vía sea realmente efectiva la libertad declarada que tienen los padres de elegir los institutos o colegios donde sus hijos concurran a recibir la primera enseñanza.
>
> Lo que nos lleva a afirmar que este principio de la subsistencia familiar, como núcleo original, en el método educacional propuesto, lleva en el espíritu y en su letra, la negación de todo sistema totalitario.8

En la fallida reforma de 1990 no se establecía la principalidad de la familia en la educación.

> El ex rector de la Universidad Católica de La Plata, Cayetano Licciardo, en un trabajo titulado: *El tratamiento de la educación y la cultura en la reforma constitucional de la Provincia de Buenos Aires*, entre otros reparos a la misma señalaba:
>
> La reforma no reconoce algo que ha quedado como principio fundamental: los padres tendrá derechos preferencial a escoger el tipo de enseñanza que se deberá dar a sus hijos".
>
> Si se advierte que en transcurso del debate quedó dicho: "consagramos principios para que el Estado Provincia pueda organizar, sostener, dirigir, extender y controlar el siste-

**8.** ORSI, René S.; *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Legislatura de Buenos Aires*. 9° sesión ordinaria, agosto de 1951 pp. 973 y .974.

> ma educativo provincial en todos los niveles y modalidades", todo el cuadro organizativo, toda la dirección queda en manos del Estado, sin la participación de la familia en cuanto tal.
>
> La familia es "la madre nutriente" de la educación. Más importante que la escuela, es la sede natural. Es el lugar donde la persona es tenida en cuenta por sí misma: se la ama por respeto a su propio ser, independientemente de otras cualidades, aptitudes o talentos y en ese orden se la educa.

En la convención reformadora de la Provincia de Buenos Aires del año 1994, el sector del radicalismo denominado *CONVERGENCIA NACIONAL DE LA UNION CIVICA RADICAL* sostuvo el criterio de la Principalidad del Estado en Educación.

El proyecto presentado por los constituyentes Fonino, Curuchaga, Barrachia y Pinto prescribía: "El Estado debe promover, desarrollar, planificar, rescatar y difundir todas las manifestaciones culturales, individuales o colectivasl".

El *FRENTE GRANDE* adhirió al mismo principio estatal y, en los fundamentos del proyecto educativo, expresaba:

> El principio que ha fundamentado históricamente el papel principal del Estado en nuestro país es que la Educación es un derecho, un bien público y una tarea social... obliga al Estado a ejercer los deberes de proveer, intervenir, planificar, organizar y garantizar el ejercicio de ese derecho.

Finalmente, ambas fuerzas consensuaron un dictamen minoritario: "La educación en todos su niveles y modalidades es responsabilidad principal e indelegable del Estado Provincial".

Al fundar este proyecto el presidente de la Comisión de Educación, Jorge Barrachia, sostuvo desde el radicalismo: "La educación, en todos sus niveles y modalidades, es responsabilidad principal e indelegable del estado provincial, quien, asimismo, debe proveer todos los servicios necesarios".[9]

En el mismo debate dentro de la Convención Reformadora de 1994, el diputado convencional del *FRENTE GRANDE*, Daniel Cieza, dijo:

La educación es un proceso deliberado de instrucción de tipo sistemático, institucional, controlado por el Estado. Es un servicio público...No se puede confundir a la familia como único o principal agente educativo... Por otro lado si la familia no es el agente educativo primario, pienso que no tiene pertinencia; no es correcto, no es feliz hablar de los valores morales o religiosos en el marco del proceso educativo.[10]

Por su parte el gremio docente S.U.T.E.B.A. con la firmas de Hugo Yasky y Mary Sánchez, emitió una solicitada en la cual critica el despacho conjunto del Peronismo y el *MODIN* sobre la educación en la Constitución Provincial y apoyó el proyecto de *CONVERGENCIA NACIONAL* y *FRENTE GRANDE*: "La educación...cuyo acceso y ejercicio el estado de organizar, planificar y proveer, en forma principal indelegable".[11]

**9.** BARRACHIA, Jorge; *Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente*, 9º sesión, setiembre 1 de 1994, p.1452.

**10.** CIEZA, Daniel; *Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente*, 9º sesión, setiembre 1 de 1994, pp.1511 y1512.

**11.** S.U.T.E.B.A; SOLICITADA: A LOS CONSTITUYENTES DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES QUE LA OBEDIENCIA DEBIDA A UN ACUERDO DE CONVENIENENCIA NO HAGA RETROCEDER 100 AÑOS A LA EDUCACION PUBLICA BONAERENSE. Fotocopia en mi poder. FK.

Los proyectos *JUSTICIALISTAS* y del *MODIN,* con dictamen compartido, adhirieron al principio de la principalidad de la familia en el texto que hoy consagra la nueva constitución en su artículo 198: "La Provincia reconoce a la Familia como agente educador y socializador primario".[12]

## LA CONSTITUCIONALIDAD DE PROCEDIMIENTO REFORMADOR:

El artículo 192 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires legisla sobre los procedimientos para su reforma:

> El proyecto de reforma será tramitado en la forma establecida para la sanción de las leyes, debiendo contar con el voto afirmativo de los dos tercios del total de los miembros de ambas Cámaras para ser aprobado. La ley indicará si la reforma será total o parcial y, en este último caso, las partes o los artículos que serán reformados;
>
> La misma ley establecerá si ha de convocarse o no a una convención reformadora. En este último caso la ley contendrá la enmienda proyectada y ésta será sometida a plebiscito en la primera elección que se realice. El voto será expresado en pro o en contra de la enmienda.

El miembro informante por la mayoría en la Convención Constituyente de 1934, Rodolfo Moreno, explicaba los alcances del art. 192 diciendo:

**12.** KLAPPENBACH, Fernando R.; *La Principalidad educativa de la Familia en la Convención Constituyente Bonaerense* , diario *HOY*, La Plata, 13 de septiembre 1995, p. 10.

> Cuando haya que hacerse una reforma fundamental, cosa que no realiza sino de largo en largo tiempo, procederá la convocación a la convención constituyente. Cuando haya que hacerse un reforma parcial en un detalle que no tenga una importancia muy grande, podrá la legislatura suplir el inconveniente y proceder en la forma autorizada.[13]

Es decir, si la reforma fuere importante, se debía convocar a una Convención; si se tratara de un tema menor se podía hacer por enmienda plebiscitaria en la primera elección que se realizara.

## LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1990

El diario *El DÍA,* fue el medio periodístico que con mayor detenimiento siguió las alternativas de la frustrada reforma a la Constitución bonaerense de 1990. El día 29 de noviembre de 1989, señaló:

> Renunciante de la jefatura de la Nación siete meses antes de la finalización de su mandatado, el uno, y perdidoso en su interna partidaria el otro, Raúl Alfonsín y Antonio Cafiero se encontraron a solas allá por agosto. Líder del partido que tiene hasta dentro de una semana la mayoría en la Legislatura bonaerense el primero, y gobernador, el segundo, ambos anudaron allí un acuerdo primigenio: reformar la Constitución de la Provincia antes de que ese tablero se modificase.
>
> Sin que ello menoscabe las intenciones de modificar íntegramente el texto constitucional y adecuarlo a los tiempos, es conocido el objetivo central de ambos: Cafiero aspira-

**13.** MORENO, Rodolfo; *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1934*; 4ta. Reunión, noviembre 5 de 1934, p.303.

ba a modificar la cláusula que dice que el gobernador no puede ser reelegido por dos períodos consecutivos. Alfonsín, a fortalecer política y financieramente a los municipios, convencido de que desde las 59 comunas bonaerenses que hay en manos de intendentes radicales, recomenzará el camino de la recuperación de poder esa fuerza.

Por eso hubo pautas inamovibles: que no se convocara a Asamblea Constituyente, que la reforma se hiciese por vía legislativa, donde ambas fuerzas "mandan" y que ello ocurriese antes del 10 de diciembre, cuando llegarán los menemistas al bloque peronista, con criterios impredecibles sobre la cuestión.

Septiembre y Octubre se consumieron en reuniones semanales de una comisión radical-peronista–no más de una decenas de hombres- elaboró la iniciativa y redactó los 80 nuevos artículos.

Septiembre y octubre se consumieron en reuniones semanales de una comisión radial-cafierista que, fundamentalmente, fijó el marco político de la reforma.

En noviembre se decidió acelerar los trámites. Esa misma comisión – no más de una decena de hombres- elaboró la iniciativa y redactó los 80 nuevos artículos. Salvo excepciones, los 138 legisladores que tendrán la responsabilidad de aprobar rechazar la nueva Constitución conocieron eses proyecto el viernes 17, en las mismas horas en que ambas Cámaras eran convocadas para su tratamiento.

> En el balance del proceso no puede dejar de incluirse la falta de consulta y participación activa a través de sus opiniones y proyectos de las entidades que representan a la comunidad en sus diversos intereses, pasando por los restantes poderes y los partidos políticos que no sean radicales o peronistas e incluyendo a los constitucionalistas respetados con que cuenta el país.[14]

El poquísimo tiempo que tuvieron los legisladores en conocer los textos de las enmiendas conspiraron con la excelencia de los debates y fundamentaciones. En este sentido por la falta de discursos y la prontitud de darlo por terminado, el trámite parlamentario sigue la tradición unitaria que le hiciera decir a Manuel Dorrego, refriéndose a la sanción de la Constitución de 1826, que parecía "un entierro de pobres: rápido y sin discursos".[15]

El diario *La Nación*, en su editorial del domingo 13 de mayo de 1990, señalaba:

> Se pone al pueblo ante la disyuntiva –imposible de resolver en la práctica- de decir "Sí" o "No" en términos absolutos a las novedades introducidas en alrededor de un centenar de artículos...Probablemente la población entenderá que ha sido convocada a decir "sí" o "no" a la posibilidad de reelección del gobernador actual. El resultado del plebiscito no tendrá validez auténtica.

El artículo 192 también fue alterado en su preceptiva de que "la enmienda será sometida a la primera elección que se realice". Es

**14.** *EL DIA*, La Plata, miércoles 29 de noviembre de 1989, "El Trámite previo a una medida histórica".

**15.** SIERRA, Vicente; *Historia de las ideas políticas en Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Nuestra Causa, 1950, p.459.

decir que se debió esperar la próxima elección general, evitándose los costos.

En un trabajo para esclarecer a los justicialistas bonaerenses sostuve: "La reforma, íntimamente, es la expresión jurídica de un proyecto político

"alfonsinista-cafierista" a fin de que el "Primer Estado Argentino" se constituya en un obstáculo para los objetivos del presidente Carlos Menem".[16]

El 13 de marzo de 1994, un artículo de Roberto Luzardi en el diario HOY de La Plata sobre el resultado de las elecciones constituyentes del pasado 10 de abril, rememoraba:

> El 5 de agosto de 1990, el pueblo bonaerense, le dio su rotundo "NO" al plebiscito reformista convocado por el entonces gobernador Cafiero. setenta por ciento por la negativa contra treinta por el "Si". Un bochorno para el acuerdo radical-justicialista que intentaba reformar más artículos que los propuestos en esta oportunidad.[17]

## LA CONVENCION REFORMADORA DE 1994

La mayor incidencia que tuvo el fracaso del plebiscito del 5 agosto de 1990 sobre la reforma constitucional de 1994 fue, en mi criterio, el desistimiento a implementarla a través del sistema de enmienda. Se hizo convocando a una Convención Reformadora.

**16.** KLAPPENBACH, Fernando R.; *Una crítica militante a la reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires,* La Plata, s/ed., 1990, p.8.Yo ejercía la vicepresidencia del Consejo de Distrito del Partido Justicialista de La Plata en 1990. Pedí licencia e hice campaña por el NO a la enmienda plebiscitaria.

**17.** LUZARDI, Roberto; Diario *HOY*, La Plata, 13 de marzo de 1994 p. 7. El número exacto es por el NO 3.965.880 (67,19%) ; SI 1.936.605 (32,81 %. Periódico *BUENOS DIAS PROVINCIA;* Año I Nº4 agosto de 1990.

A fin de comprender la ley 11.488 de 1989, que determinó la necesidad de reforma a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en los aspectos que hacen a la cláusula reelectiva para el Poder Ejecutivo, voy a transcribir, las expresiones más elocuentes vertidas por los legisladores que la abordaron.

El diputado peronista Carlos González fue de los primeros y dijo:

> Es indispensable permitirle al pueblo que prolongue el mandato de los funcionarios cuando encuentre motivos para aprobar su proceder, con el objeto que sus talentos y virtudes sigan siendo útiles y asegure al gobierno la continuidad que caracteriza a un buen sistema administrativo. [18]

Seguidamente el diputado radical Roberto López Fagúndez opinó: "No se trata de cambiar por cambiar, sino de poder mejorar. De lo contrario estaríamos haciendo un ejercicio de alquimia o, facilitándole nada más que la reelección al gobernador de turno" [19]

Su compañero de bancada, Horacio Aispuru, a continuación afirmó: A mí la reelección no me preocupa. Estoy de acuerdo, porque también lo estuve antes…Si hay alguien que se ha ganado el beneplácito de la sociedad, que le den esa posibilidad.[20]

El diputado Eduardo Florio, del mismo partido que el anterior, dijo en clara referencia a las reformas de Córdoba, Río Negro, Jujuy, San Juan, etc que admiten la reelección inmediata del ejecutivo

---

**18.** GONZÁLEZ; Carlos, en KLAPPENBACH, Fernando, *Consenso y desencuentros en la Reforma Constitucional Bonaerense*, Diario, *El DIA*, La Plata, martes 28 de junio de 1994, p. 6 .

**19.** LÓPEZ FAGUNDEZ, Roberto O.; *Ibidem.*

**20.** AISPURO, Horacio; *Ibidem.*

"Es necesario poner en debate el tema de la reelección. Las reformas de las constituciones provinciales nos está marcando una línea".[21]

A su vez el diputado Itoiz sostuvo:

> Se han encontrado los caminos del diálogo político que han inspirado al Presidente Menem y al presidente de la Unión Cívica Radical -partido que me enorgullezco de pertenecer- doctor Alfonsín para esta reforma, sin que - como a él le gusta decir- corramos riegos de llegar a un punto de colisión que perjudique a la sociedad argentina.[22]

A su turno dijo el radical Carlos M. Valerga:

> Esta reforma ha sido propiciada por un reencuentro que la clase política argentina expresara en el Pacto de Olivos, entre Menem y Alfonsín. Con toda autoridad podemos referenciarnos en aquel momento histórico de Perón y Balbín para entender que desde ese encuentro la clase política argentina, los argentinos y los bonaerenses en particular empezamos a recuperar el tiempo perdido.

Y agregaba Valerga:

> La reforma del 90 fue rechazada por las formas no tanto por los contenidos. No se crea que con esto hemos dado la reelección a Duhalde. Para este bloque, eso es accesorio. Para que Duhalde sea reelecto debe ser el pueblo quien lo tiene que votar. De manera que nos parece absolutamente ana-

**21.** FLORIO, Eduardo R.; *Ibidem.*
**22.** ITOIZ, David; *Ibidem.*

> crónico mantener un criterio de no reelección cuando nos inhibe avanzar en otros contenidos.[23]

En el Senado, el justicialista Miguel Ángel García explicó:

> Nuestra Provincia se encuentra inmersa en un pronunciado y evidente período de trasformación, producto en parte del proceso nacional que conduce Menem, y por la decidida acción del gobierno bonaerense. La reelección tiene nombre y apellido: Eduardo Duhalde. Estamos convencidos que interpretamos a la inmensa mayoría del pueblo de la Provincia cuando posibilitamos la continuidad del mejor Gobernador que ha tenido nuestra Provincia.[24]

El Senador radical Balbini Zubiri, fue el más elocuente;

> Porque hemos tenido discrepancias claras y evidentes, yo diría que este mismo motivo es el que nos permite que nos escuchen con confianza en la escena oficial. No siempre coinciden, pero nos escuchan. Estos son los marcos que deben presidir cualquier consenso. Lo podían haber hecho solos. Podían haber recurrido al art. 100 de la Constitución aunque opinable, y sancionar la necesidad de la reforma con simple mayoría de la Asamblea Legislativa. Podían haberlo hecho después del 10 de diciembre con los dos tercios de cada cámara. No necesitaban de nosotros. Debo reconocer esta actitud leal del oficialismo en la búsqueda del consenso. No precisaban nuestra opinión y la fueron a buscar, porque todos hemos aprendido que no se puede construir en el desencuentro. El oficialismo de Buenos Aires ha tenido una

**23.** VALERGA, Carlos M.; *Ibidem.*

**24.** GARCIA, Miguel Ángel; *Ibidem.*

> actitud inteligente y ha ido a buscar el consenso, no como un negocio, no como un acuerdo de trastienda, no como un pacto trasnochado.
>
> Yo crucé, la calle, con el senador Bertoncello, cuando salimos de la gobernación nos dirigimos a la sala de periodistas para decirles que habíamos tratado la posibilidad de votar la necesidad de la reforma de la Constitución de la Provincia Y agregaba Zubiri:
>
> Nadie puede discutir la seriedad y la independencia de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Se podrá decir que hay cosas que están bien o que están mal. Nadie puede discutir que los organismos de control como Fiscalía de Estado o como Tesorería General de la Provincia no están en manos del oficialismo. No sería leal decir que no existe un marco de garantías jurídicas en la provincia de Buenos Aires, aunque sigamos discrepando duramente.[25]

Del debate de la ley 11.488 se entendió:

1º) Que el acuerdo legislativo fue una reedición bonaerense del consenso entre las dos fuerzas mayoritarias que signaron el pacto de Olivos.

2º) Que para el oficialismo era esencial la reelección inmediata de Menem y Duhalde a los fines de la continuación del modelo de trasformaciones.

3º) Que desde el radicalismo se dio por sobreentendido que la reelección incluía al actual gobernador.

**25.** ZUBIRI, Balbini; *Ibidem*.

4º) Que el fracaso de la reforma del 90 fue vista por el radicalismo como un problema de métodos (el de la enmienda plebiscitaria) no de contenidos (reelección inmediata).

El Gobernador Eduardo Duhalde, cometió un error político al acordar con el *MODESO*, sector minoritario de la U.C.R. bonaerense, liderado por Leopoldo Moreau y algunos diputados y senadores provinciales radicales, como Andrés Anner, la sanción de la necesidad de reforma parcial, sin considerar la posición de la dirigencia mayoritaria radical concentrada en *CONVERGENCIA,* liderada por Federico Storani y Juan Manuel Casella, adverso al pacto de Olivos y a Alfonsín.

El 19 de febrero de 1994, en Mar del Plata, se reunió la Convención Provincial del radicalismo bonaerense. *CONVERGENCIA*, produce allí, un cambio abrupto en la línea de entendimientos que enmarcaron la ley 11.488, excluyendo la reelección inmediata de Duhalde en la plataforma partidaria.

En la misma Convención la *U.C.R.* bonaerense propugnó en materia educacional una educación humanitaria-científica, que reduce al hombre a términos científicos y le quita la posibilidad de su dimensión religiosa, poética, sentimental y de sus tradiciones[26].

El 19 de mayo de 1994, los senadores radicales Héctor Bertoncello, Mile Pelly, Marcelo Gear, Carlos Bilbao y Oreste Beltrachini afirmaron que Leopoldo Moreau: "Por mendacidad o ignorancia, sostiene engañosamente que, en oportunidad de elaborar el proyecto de ley la necesidad de reforma de la Constitución de la provincia,

**26.** H.CONVENCION PROVINCIAL. Mar del Plata 19/2/94, Osvaldo F. Pozzio Presidente de la H. Convención y Roberto López Fagúndez, Presidente Comisión Reforma.

se habría convenido la posibilidad de reelección inmediata de Eduardo Duhalde". [27] [28]

El diputado del *MODESO,* Oscar Roco, el 28 de julio de 1994, destacó que el convencional Andrés Anner fue:

> El único diputado de la corriente de Opinión Nacional, ex Coordinadora, que quiso cumplir con un pacto que existió entre Duhalde y los dirigentes de la Convergencia. Él quiso cumplir con esto desde que entró en la Convención y fue autor de la ley de convocatoria que fue mal interpretada a través de un reglamento realizado por el diputado López Fagúndez y otros. El convencional radical Pablo Pinto afirmó:
>
> Que algunos convencionales del MODESO como "Silvano Lanzieri, Oscar Roco, José Tenenbaum y Jorge Uriquiza carecen de entidad y nivel político para referirse al diputado nacional Federico Storani con acusaciones mendaces, propias de quienes desdeñan a la ética y la verdad para ocultar sus claudicaciones ideológicas. Storani es y será oposición junto al pueblo, a este modelo neoconservador y excluyente.

También dijo Pinto:

> El abandono del recinto de los convencionales alfonsinista. "fue el claro presagio del acuerdo que está dispuesto a prestarle ese sector al peronismo para permitir la posibilidad de la relección inmediata de Eduardo Duhalde. El hecho constituye un alzamiento del propio bloque y que no es algo aislado, sino que deja en claro la disposición del MODESO de

**27.** Diario *HOY*, La Plata, jueves 19 de mayo de 1994, p. 6.

**28.** PINTO, Pablo; *EL CONSTITUYENTE, "seminario de la Reforma Bonaerense",* La Plata, 5 de septiembre de 1994 Año 1 nº 20 p.27.

> acompañar  al peronismo en sus objetivos políticos, evidenciando su apego al a la utilización de prácticas típicamente menemista para blanquear su postura claudicante.

Desde el mismo comienzo de las actividades en la Convención estos convencionales del MODESO pretenden cambiar el mandato partidario y preparan el terreno para justificar un futuro pacto con el justicialismo provincial para apoyar la cláusula que posibilita la reelección de Duhalde".

Melchor Cruchaga, presidente del bloque de la U.C.R., expresó que se resistió a creer que "Raúl Alfonsín haya ordenado llevar adelante esa actitud, a pesar que ellos dicen actuar en su nombre".

López Fagúndez aseveró que dicha actitud: "quiebra los antecedentes en materia partidaria en las filas de la UCR, cubriendo con un manto de dudas el fin perseguido, con actitudes inéditas en nuestro partido".

**LA ELECCION DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE**

En principio del año 1994 Duhalde había instruido a los intendentes peronista de la provincia, que debía integrar las listas de constituyentes, tanto nacionales como provinciales, a fin de fortalecerlas electoralmente. .

El intendente de La Plata, Julio Alak, no quiso encabezar, en la sección Capital, la lista de diputados convencionales; entendía que, por la condición de ciudad universitaria, la lista a diputados convencionales la debían integrar juristas.

Por esos días Duhalde, adicto a las encuestas, advertía con preocupación que radicales bonaerenses no digerían el Pacto de Olivos de Alfonsín para la reelección del presidente Carlos Menem, tampoco aceptaban la de Duhalde. Sus votos emigraban hacia el Frente Grande, partido novedoso, que crecía exponencialmente. Consideró que había que desactivar la campaña. Por lo cual la deserción de Alak de integrar la lista de La Plata, ya no le preocupaba al Gobernador. Duhalde aceptó, de buen modo, que el Daniel Soria y yo encabezáramos la lista y pidió que lo incluyeran a José Luis Lazzarini, veterano dirigente del *Partido Conservador Popular*, cosa que alegró al Intendente platense.

Otro error de Duhalde, pues le restó los votos para tener la mayoría absoluta en la Convención de La Plata, fue desactivar la campaña electoral del justicialismo.

Todos los candidatos de la Provincia de Buenos Aires a las Reformas constitucionales nacional como provincial fuimos convocados a la quinta de Olivos para una larga tarde de sesiones fotográficas, a cargo de Víctor Bó, con el presidente Menen y Duhalde. Ningunas se publicitaron.

En La Plata, no hubo afiches, actos ni divulgación de los contenidos de la Reforma por parte del Consejo de Distrito del Partido Justicialista.

El Diario *EL DÍA*, el domingo 10 de abril de 1994, caratuló en primera página, con gráfica descada: HISTORICA ELECCION DE CONSTITUYENTES

Los comicios se realizaron el 10 de abril de 1994. El PJ, que había alcanzado el 48 % en las elecciones de 1993, cayó al 42 % obteniendo 65 de los 138 convencionales. La UCR con el 20 % del electorado consiguió 30, el Frente Grande logró el 16,50% de los votos bonaerenses e incorporó a la Convención 23 miembros y el MODIN con el 13% de los votos introdujo 20 diputados convencionales.

El martes 19 de abril, la conducción del radicalismo platense, liderada por la ex *CORDINADORA RADICAL*, expresó que la derrota en La Plata se debió al Pacto entre Alfonsín y Menem y acordaron pedir la renuncia del Comité Nacional y la realización de elecciones internas abiertas y anticipadas.

## LA ASAMBLEA REFORMADORA CONSTITUCIONAL

El 16 de mayo de 1994, en la Cámara de la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, se efectuó el comienzo de la Convención Reformadora de la Constitución provincial.

El diario *EL DIA* publicó, en primera plana:

SE INICIA LA HISTORICA ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN LA PROVINCIA". El subtítulo el presagiaba de un proceso institucional complicado: "Hoy a las 10 se realiza la sesión inaugural. No hay acuerdo sobre cuál será la mayoría para tomar cada decisión. Mientras tanto, se mantiene una rígida oposición de la UCR, el Frente Grande y el M dín a permitir la reelección de Duhalde".[29]

Osvaldo Mércuri, que controlaba la cámara de diputados por ser su presidente, la llenó, desde horas temprana, de barras traídas del gran Buenos Aires., con bombos y pancartas, redoblantes y

**29.** *EL DÍA*, La Plata, lunes 16 de mayo de 1994, p. 1.

entonando cánticos diversos las barras tomaron ubicación en los palcos del recinto de la Cámara de Diputados y en los pasillos del palacio legislativo.

Desde el tercer plano de palcos, voló una silla que cayó en pleno recinto y golpeó a un camarógrafo de ATC. Los incidentes que se sucedieron ventilaron inclusive alguna que otra "interna" del justicialismo.

El griterío, los bombos, el cotillón que se desparramaba en el recinto hizo imposible la entrada de los convencionales.

Duhalde y Alfonsín trataron de destrabar la situación sin éxito. Pasadas las 19 horas, cuando se ordenó desalojar a los manifestantes, la oposición decidió iniciar las deliberaciones y elegir una conducción provisoria, que recayó en el radical alfonsinista Silvano Lanzieri. De inmediato, y ante la evidencia de que oposición hacía pesar su quórum de 73 miembros, los peronistas, encabezado por Mercuri, luego de una consulta con Duhalde, bajamos raudamente al recinto y comenzó la jura de rigor con el compromiso, previo de resolver la comisión de reglamento y el inmediato pase a un nuevo cuarto intermedio hasta el 24 de mayo.[30]

El juramento de los diputados convencionales tuvo adiciones a las formas tradicionales. En muchos casos que lo hicieron sobre la memoria de los desaparecidos en la última dictadura militar, la lucha de la Madres de Plaza de Mayo, Perón y Evita, etc.

Algunos integrantes del *MODIN* revindicaron el *Operativo Dignidad* que, a juicio de algunos convencionales radicales: "tenía como propósito desestabilizar el sistema democrático en 1987".

**30.** *CLARIN* Buenos Aires martes 17 de mayo de 1994, p.3.

Los radicales Miguel Mastrogiácomo, Luis Jorge y Juan Itoiz solicitaron, sin éxito, a los mismos que "rectifiquen su juramento, eliminando del diario de sesiones de la Asamblea la invocación aludida, evitando un nuevo agravio a la vida democrática"[31].

Con "letra catástrofe", el matutino platense tituló al día siguiente del inicio de la Convención, con una foto de media página donde puede verse mucho cotillón y carteles en los palcos y en las bancas: "ESCANDOLOSO INICIO DE LA CONSTITUYENTE". En un apartado señalaba el matutino platense: "El día que llovieron sillas desde los palcos".

El diario porteño *La Nación* publicó una foto a primera página del día 17 de mayo, el cotillón desparramado durante la sesión de iniciación de la Convención con un título: SERIOS INCIDENTES EN LA CONVENCIÓN BONAERENSE.

Señalando que: "la llamada alianza instrumental, que reúne a los tres bloques de la oposición, logró imponer las autoridades provisionales de la Convención Constituyente bonaerense".

En la página 5 *La Nación* tituló: PRESIDE UN RADICAL LA ASAMBLEA

CONSTITUYENTE DE BUENOS AIRES, con una foto grande de Silvano

Lanzieri.

El diario capitalino *Clarín*, en primera página y letra aumentada, expresó:

**31.** *HOY*, La Plata, jueves 19 de mayo de 1994, p.6.

> COMPLICADO COMIENZO DE LA CONVENCIÓN BONAERENSE". Luego de catorce horas de negociaciones la Constituyente comenzó a sesionar u rápidamente pasó a un cuarto intermedio hasta el próximo 24. La oposición, conformada por la UCR, el Frente Grande y el MODIN, no aceptó el criterio del PJ respecto de cómo se conforma la mayoría de la Convención y resolvió iniciar las deliberaciones y nombrar autoridades, sin las presencia del justicialismo en el recinto. [32]

El miércoles 18 de mayo, el diario *El Día* publicaba que partes oficiales indicaron que "hubo que trasladar a cinco personas para ser atendidas en hospitales, a raíz de cortaduras provocadas por trompadas".

Se estimó que unas cincuenta personas que pasaron por Sanidad de la propia casa legislativa: golpes de puño, principios de asfixia y baja de presión fueron los tres motivos principales.

## LOS INICIOS DE LA CONVENCIÓN REFORMADORA

### LAS INTERNAS PARTIDARIAS

La UCR tenía dos líneas internas. La mayoritaria, de 20 convencionales, pertenecía a la *CONVERGENCIA*, que según Juan Manuel Casella, fue creada para: "frenar la "huida" de militantes jóvenes hacia el *FRENTE GRANDE*, por estar éstos hartos del internismo".[33] Eran críticos del "Pacto de Olivos".

**32.** *CLARIN,* Buenos Aires, martes 17 de mayo de 1994, pp.1 y 2.
**33.** *HOY,* La Plata lunes 23 de mayo de 1994, p.7.

El otro sector radical era el *MODESO*, conducido por Leopoldo Moreau que, como dije antes, apoyaba a Raúl Alfonsín en su acuerdo con Menem.

Las diferencias entre ambas casi llevaron a la ruptura del Bloque, que hubiera sido la primera vez que ocurriera, en la centenaria vida del partido de Alem.

En el *MODIN* se perfilaron dos líneas internas de 10 convencionales cada una. La liderado por el jefe del bloque, Julio Carretto, alineada en forma incondicional a las directivas de Aldo Rico y la de Hérnán Benedetti y Pedro Noel**,** que respetaban a rajatabla los principios doctrinarios del *MODIN* y se opusieron, no obstante el acuerdo llegado entre Rico y Duhalde, a votar la reelección de éste último pues contrariaban la plataforma partidaria.

Del Frente Grande no puedo precisar sus tendencias, pero siempre mantuvo coherencia bajo la conducción inteligente de Rodolfo Rodil.

El Peronismo tenía dos líneas internas: El *LIPEBO*, línea cafierista conducida por Osvaldo Mércuri y la *LIGA FEDERAL*, liderada por Duhalde, y motorizada, en seno de la Asamblea, a través, fundamentalmente del intendente de Almirante Brown, Jorge Villaverde y el de Quilmes Aníbal Domingo Fernández.

La circunstancia que el PJ no tuviera mayoría absoluta propia, y la negativa de los demás bloques a completar los votos para la reelección del gobernador, ilusionaba al sector del *LIPEBO* en el sentido que, si Duhalde no podía ser reelegido, suponían que el candidato del peronismo con mayores posibilidades de reemplazarlo en un nuevo período era Osvaldo Mércuri.

El día del inicio de la Asamblea recuerdo que tuvimos una reunión de varios constituyentes, en el despacho del intendente Julio Alak. Aníbal Fernández propuso no darle la presidencia y la conducción de la Asamblea a Osvaldo Mércuri sino a Villaverde, pues desconfiaban del *LIPEBO.*

Villaverde, que no estuvo en esa oportunidad, se negó a aceptar la propuesta pues, de acuerdo con Duhalde, consideraban que la mejor forma de tener controlado al sector de Mércuri era dándole la estructura burocrática de la Convención, es decir la presidencia y la jefatura del Bloque para el Dr. Carlos Miguel Díaz.

Dentro del peronismo existía una diferencia ideológica con referencia a la Cultura y Educación. Impulsada por la directora de escuela, Graciela Giannattasio, y motorizada, dentro de la Asamblea, por Aníbal Domingo Fernández. Para este sector la Educación no debía ser considerada como un derecho de la Familia sino como un "servicio público".[34]

Al sustraerle a la Familia la principalidad de la Educación y otorgándosela al Estado, con la figura del "servicio público", este sector minoritario peronista, estuvo en tratativas de consensuar con el *FRENTE GRANDE* y *CONVERGENCIA* un dictamen común. El Pacto Duhalde-Rico, fue el obstáculo fatal para que el mismo prosperara.

**34.** El *servicio público,* ateniéndonos a una concepción objetiva que se basa en la naturaleza materia de la actividad, se circunscribe, a una parte de la actividad administrativa del Estado quien puede, a su vez, encomendar, conceder o atribuir el ejercicio de los correspondientes cometidos a los particulares, ya fuera de la figura de la concesión o por otros medios jurídicos como la gestión concertada, el permiso, etcétera.
Esas actividades, cuando son prestadas por los particulares, se encuentran regidos por un régimen que es el común de la función administrativa instituido para asegurar la continuidad, igualdad, regularidad y obligatoriedad de las prestaciones que satisfacen primordiales necesidades públicas. El particular es un colaborador de la Administración Pública que se halla sujeto a las potestades de ésta y, especialmente, a la fiscalización o control de la actividad que presta. FK.

## LA CUESTION REGLAMENTARIA DE LA CONVENCION REFORMADORA

La Ley 11.488 que declaraba la necesidad de la reforma parcial de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establecía en su artículo 16:

> La Convención Reformadora sesionará válidamente con la presencia de la mayoría absoluta del total de sus miembros.
>
> Aprobará las reformas al texto constitucional con el voto de la mayoría, con excepción de aquellas que se refieran a los artículos 149 inciso 3), 151,154 y 165 y a la Sección Sexta Capítulo único de la Constitución, y al punto 7) del artículo de la presente ley, que lo serán por las 2/3 parte de la totalidad de sus miembros.

Cumplía de esta forma lo prescroipto por el art 193 de la Constitución bonaerense, que exigía la determinación legal del funcionamiento de la Convención reformadora.

Art. 149 inicio 3) otorgaba a la Suprema Corte de Justicia, en única instancia las causas contencioso administrativas. Los artículos 151y 154 complementaban ese inciso. EL artículo 165 refería que los jueces letrados y el procurador de la Suprema Corte de Justicia eran nombrados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado.

La Sección Sexta Capítulo único de la Constitución de 1934, legislaba el régimen municipal.

El punto 7) de la ley 11.488 exigía mayoría calificadas para la sanción de las leyes que versen sobre: Régimen Electoral, Régimen

Municipal y modificación del número de jueces de la Suprema Corte de Justicia.

El artículo 18 de la ley en consideración, establecía la nulidad absoluta de todas las reformas, derogaciones, adecuaciones y agregados que realizare la Convención Reformadora apartándose de las disposiciones de la ley de convocatoria.

El artículo 14 de la ley 11.488 determinaba que la constitución de la Convención reformadora se iba a regir por el reglamento de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, hasta que sancione el propio.

En la sesión preparatoria de la H. Convención Reformadora, con la oposición de 65 convencionales, aprobó el Reglamento Interno que modificó el art. 16 de la ley 11.488. En el artículo 119 establecía que todas las decisiones de la asamblea se debían decidir por la mitad más uno de los votos del total de los convencionales, siendo que son 138 equivale a 70 votos. Es decir que se necesitaría 70 manos alzadas que autorice a Duhalde volver a ser candidato a gobernador y el justicialismo solo tenía 65.[35]

El sector justicialista, ateniéndose a la ley de convocatoria, entendía que los temas deben ser aprobados con la simple mayoría, la mitad más uno de los convencionales presentes en el momento de considerar cada asunto.[36] **Puntos en desacuerdo:**

Mayorías

PJ: Mitad más uno de los presentes.

**35.** *EL DIA*, La Plata, sábado 1º de mayo de 1994, p. 11

**36.** *EL DIA*, La Plata, lunes 30 de mayo de 1994.

Oposición: la mitad más uno de la totalidad del cuerpo.

En caso de empate:

PJ: el voto del presidente valía doble.

Oposición: el voto del presidente no valía el doble.

Despacho de comisión:

PJ: el destino de los despachos de comisión era facultad del Presidente.

Oposición: era facultad de la comisión de labor parlamentaria.

Puntos con acuerdos:

Votación por signo

(no nominal), para temas no vinculados con la Constitución. Ejs. Cuartos intermedios.

En caso de que el Presidente no llame a sesión, lo podía hacer la comisión de labor parlamentaria y redactar el orden del día.

Miembros de las comisiones

Labor parlamentaria: 25; Educación y Cultura 25, Asuntos Municipales 25; Comisión redactora 21.

El resto de las comisiones se conformarían con 15 miembros.

En todos los casos se mantenía, proporcionalmente, la relación obtenida por cada fuerza política en las últimas elecciones.

***Presupuesto:*** El Presidente ejecutaba y la comisión respectiva lo elaboraba y controlaba.[37]

## LA TRAMA JUDICIAL

Con la firma de Juan Carlos Correa, Gilberto Alegre, José Luis Lazzarini, Dardo Ottonello, Sonia Herrera y Omar Basail, en sus condiciones de diputados convencionales, interpusieron una acción de amparo ante el juez criminal de primera instancia de La Plata, Claudio Bernard, para que el fuero regular declarara la nulidad del art. 119 del Reglamento interno de la Convención, sancionado sin el consenso de la primera minoría, por no adaptarse a lo prescripto en la ley 11.488.

Autopercibidos como representantes de la Convención Constituyente[37] de la Provincia de Buenos Aires se presentaron los convencionales Máximo Heriberto Garcí[38]a, Ricardo Roca y Luis Spinosa recusando al Juez Bernard por no tener jurisdicción en el caso.

Bernard rechaza el pedido y, con fecha 22 de junio de1994, declara el artículo 119 del Reglamento de la Convención no se ajustaba a la ley que la convocó. Lo mismo hace la Sala IV de la Cámara III de La Plata, con fecha 30 de junio de 1994,[39] que confirma en todas sus partes la sentencia de primera instancia, con la firma de los señores jueces: Eduardo R. Delbes, Carlos Alberto Ocampo y Sara B. Rodríguez de González.

---

**37.** *HOY*, La Plata, domingo 31 de mayo de 1994, p.7.

**38.** El Juez Claudio Bernard amonestó la presentación diciendo que era errónea la representación pues la Convención era Reformadora y no Constituyente. No obstante lo consideró no esencial y aceptó la personería y los consideró apoderados del Vicepresidente Primero de la H .Convención. FK.

**39.** Sentencia registrada bajo el N° 239.

Los autodenominados representantes de la Convención Reformadora[40] se presentaron a la Suprema Corte Provincial afirmando que la acción de amparo no era la vía apta para resolver el caso. Plantearon también la existencia de conflicto de poderes entre el Juez de primera Instancia interviniente y la Convención Reformadora, que a tenor del artículo 149 inciso 2 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte era la competente para resolver.

El Procurador General, Francisco E. Pena, dictaminó que la decisión Judicial del Juez Bernard "colisiona con el ámbito de competencia exclusiva y excluyente de la Honorable Convención Constituyente Provincial, invadiendo indebidamente la órbita de la acción de ésta última".[41]

La mayoría de la Corte, siguió el voto de Ernesto Víctor Ghione y anuló, con fecha 7 de julio de 1994, los fallos de primera instancia y de la Cámara III, pues

"invadieron ilegítimamente la competencia de la Honorable Convención Reformadora Constituyente[42] de la Provincia de Buenos Aires" y declaró que había un conflicto de poderes en los términos del art. 149 inciso 2º de la Constitución Provincial.

Señaló en su voto el ministro Ghione:

> No puede dudarse que la expresión "poderes públicos del artículo 149 inc. 2º de la Constitución de la Provincia incluye a los poderes Constituyente y Judicial.

**40.** En la presentación en la Corte redujeron su representación de la Convención Constituyente a Reformadora.
**41.** El Procurador incurre en el error de denominar a la Convención Constituyente a la Reformadora.
**42.** La mayoría de la Suprema Corte volvió a considerar a la Convención de Constituyente.

> Aunque la Honorable Convención Reformadora no sea el llamado el "poder constituyente" –denominación que ha de reservarse al "fundacional" como forma originaria de producción de normas fundamentales, no sometida a traba alguna de derecho positivo- lo cierto es que dicha Honorable Convención Reformadora, aunque de con existencia derivada, es el poder titular de una competencia específica derivada de la propia Constitución que le da origen".[43]

En disidencia votaron los ministros Alberto Pisano y Héctor Negri:

> El H. Convención Reformadora, por su propia función, está sometida a la ley que la regula y al derecho que debe ajustarse. No existe inhibición alguna para que jueces dela Provincia, con arreglo a normas vigentes y el debido resguardo de la defensa en juicio, hayan decido sobre este punto.

No existe conflicto alguno de poderes entre la jurisdicción Judicial de la Provincia de Buenos Aires y la H. Convención Reformadora.

En el voto en disconformidad aludido los ministros Pisano y Negri, al admitir la legalidad de las sentencias de primera instancia y Cámara aclararon que eran esos órganos los que juzgaban la viabilidad del recurso de amparo y no la Suprema Corte que no tenía jurisdicción sobre el asunto.

Resultaba evidente la confusión de Máximo Heriberto García, Ricardo Roca y Luis Spinosa, del Procurador General de la Provincia de Buenos Aires, Francisco E. Pena, y de los ministros de la ma-

**43.** Los señores ministros de la Suprema Corte de Justicia adhieren al dictamen del Dr. Ernesto Ghione: Miguel A. Mercader, Emilio Rodríguez Villar, Elías H. Laborde, Guillermo D. San Martín. Sentencia registra bajo el Nº 527.

yoría de la Suprema Corte en considerar a la Convención como "constituyente" y no como "reformadora".

Si hubiera sido "constituyente" o, como dice Ghione, "fundacional", podría tratarse de un conflicto de poderes a dirimirse en el más alto Tribunal bonaerense, pero al ser "reformadora" debe sujetarse a la ley que dio vida y son competentes los jueces ordinarios para juzgar la violación a misma. Como insólitamente dice Ghione: "podría figurarse una eventual infracción de la ley

11.488" (sic). De eso se trataba querido maestro y amigo.

El pronunciamiento del más alto tribunal bonaerense obstaculizó el funcionamiento de la Asamblea Reformadora, obligó al oficialismo a concertar el acuerdo con el *MODIN* para alcanzar la mayoría necesaria para permitir la reelección del gobernador Eduardo Duhalde y la convocatoria a un costoso plebiscito para ratificar la misma.

Pocas veces, en la historia de nuestra Provincia, una sentencia hizo tanto daño político e institucional como la referida.

**LA PRESIDENCIA DE LA COMISION DE CULTURA Y EDUCACION**

El sector de *CONVERGENCIA* había llegado a un acuerdo con el bloque del *FRENTE GRANDE*, la tercera minoría, por el cual los votos de ambos se unían para conseguir para la *UCR* las autoridades de la Convención y para el *FRENTE GRANDE* las presidencias de las comisiones.

El *FRENTE GRANDE* tenía varios diputados convencionales que tenían especial interés en la Comisión de Cultura y Educación pues eran gremialistas docentes. Otros, con clara orientación socialista, les atraía esa Comisión ideologizados por el pensamiento del pensador marxista, Antonio Gramsci.[44]

Votadas las autoridades de la Constituyente se pasó a formar las comisiones de trabajo. Nuestra sección Capital pidió la presidencia de la Comisión de Cultura y Educación. Pero no se pudo lograr pues el acuerdo entre los bloques minoritarios le otorgaron al Frente Grande la presidencia de esa Comisión, considerada la más importante desde el punto de vista ideológico.

Según la crónica del diario *HOY* bajo el título: "HABRÍA AUTOCRÍTICA

EN EL RADICALISMO" se expresaba:

> Fuentes del radicalismo altamente confiables aseguraron que los nueve integrantes del MODESO que se retiraron del recinto el último jueves (16 sí junio), estaría planteando una autocrítica junto con sus pares: "Porque se ha cometido errores múltiples debido a la falta de debate en el bloque".
>
> El MODESO reivindicó presidir la comisión de Educación y Cultura, titularidad disputada con el Frente Grande, actitud que fue "desautorizada" por el presidente del bloque Melchor Cruchaga".

**44.** SÁENZ, Alfredo: ciclo de conferencias "Contracultura, Posmodernidad y Poder Político". Instituto Universitario Libre Brigadier López, ciudad de Rosario, septiembre 2010: Para Gramsci no hay que ir a la estructura, como sugería Carlos Marx, hay que trabajar en la superestructura, hay que trabajar en el nivel intelectual, lo que enseña a pensar y ganarlo, hay que tomar la cultura. Lo último será el cambio.

> Ese hecho puntual motivó que los convencionales del MODESO, se retiraron "para no contestar ni discutir en el recinto".
>
> En tal sentido los voceros manifestaron que en la próxima reunión del bloque radical posiblemente pueda llegarse a un acuerdo en torno a la comisión citada "ya que los dirigentes de la fuerza mayoritaria dentro del bloque (Federico Storani y Juan Manuel Casella) verían con desagrado que la estructura quedara en manos de una tercera fuerza política", en alusión al Frente Grande.[45]

El diario *Clarín*, el 23 de junio, señalaba que:

> Otro tema pendiente es el funcionamiento de las catorce comisiones. EL PJ insiste en reclamar Educación si el radicalismo no la acepta. Los 20 convencionales de Federico Storani y Casella no decidieron sobre la propuesta. El alfonsinismo dio el OK. El Frente

Grande también la reclama. EL MODIN no entró en la disputa.[46]

Se pudo destrabar y reiniciar las deliberaciones de la Convención, con la designación como presidente de la Comisión de Cultura y Educación al diputado convencional Jorge Barrachia, del sector *CONVERGENCIA*. Lo cual fue sólo una formalidad dado que, en la práctica, se desempeñó como si fuera un miembro del *FRENTE GRANDE*, cuyo pensamiento ideológico en los aspectos educativos, se asemejaba.

**45.** *HOY*, La Plata sábado 18 de junio de 1994, p. 7
**46.** *CLARIN,* Buenos Aires, jueves 23 de junio de 1994, p.11

Yo fui elegido por el Bloque del Partido Justicialista como vicepresidente de la Comisión de Cultura y Educación. En la práctica era el representante de la primera minoría.

Conté con el asesoramiento de la Universidad Católica de La Plata, donde ejercí la docencia por 35 años. Debo destacar las decisivas opiniones en materia de educación y cultura del entonces rector de la Universidad Católica, Cayetano Licciardo y la del decano de la Facultad de Derecho de esa entidad, Jorge Oscar Perrino como, asimismo, la del rector del Instituto Superior Juan XXIII de Bahía Blanca, padre Juan José Del Col.

La propuesta justicialista fue que la *UCR* se quede con las comisiones de Educación, Formas de Democracia Semidirectas, y Poder Judicial; el Frente Grande las de Poder Legislativo y Defensa del Orden Constitucional; y el *MODIN* las de presupuesto y Declaraciones, Derechos y Garantías. El PJ presidió las de Labor Parlamentaria, Ecología y Medio Ambiente, Régimen Electoral, Gobierno Municipal, Redacción y Coordinación General y Poder Ejecutivo.[47]

## EL PACTO DUHALDE RICO

*Los adversarios solamente pactan cuando hacen un buen "NEGOCIO"* [48]

La circunstancia de una retribución en los pactos políticos es una constante en la historia política argentina. Ello aconteció con muchos e importantes acuerdos como el *Pacto del Pilar*, del 22 de

**47.** *HOY*, La Plata, lunes 20 de junio de 1994, p.4.

**48.** Consigna del MODIN, lista 37, inscripto en un volante de propaganda para los comicios del 10 de abril de 1994 en la provincia de Buenos Aires, de 22 cm por 13 cm, fondo blanco letras en negro. Volante original en mi poder. FK.

febrero de 1820[49]; el *Pacto de Benegas*, 24 de noviembre de 1820[50] y el de *Perón-Frondizi*, febrero de 1958.[51]

La Convención reformadora provincial sesionaba en La Plata paralelamente a la nacional en Santa Fe.

En la nacional eran constituyentes Eduardo Duhalde, el presidente de la cámara de Diputados de la Nación Alberto Pierri y Aldo Rico.

Duhalde le encarga a Pierri que converse con Rico sobre la posibilidad de un entendimiento a fin que los convencionales bonaerenses del *MODIN* le dieran los votos que le faltaba para conseguir aprobar la cláusula reelectiva.

La propuesta de Pierri sedujo a Rico, quien nombró negociadores con la instrucción de la realización de plebiscito obligatorio donde el gobernador debía alcanzar el 50%. Se comprometía el *MODÍN* aprobar la inclusión en la constitución de una norma que permitiese la privatización de los casinos, que Duhalde deseaba con obstinación.

El denominado "Acuerdo por los bonaerenses" comprendía entre otros puntos, una expresa condena al aborto; posibilidad de implantar la enseñanza religiosa en las escuelas públicas y eliminación de los proyectos electorales como la Ley de Lemas: Fue anunciado oficialmente por Rico y Duhalde, el 9 de agosto de 1994, durante una conferencia de prensa en la Universidad del Litoral, en Santa Fe.

**49.** ROSA, José M., *Historia Argentina*, Oriente, Bs. Aires, 1972, t. 3, p. 266.

**50.** PEREZ, Joaquín, *Los primeros gobernadores de la Provincia de Buenos Aires, el año XX desde el punto de vista político-social,* Archivo Histórico de la Pcia de Bs. Aires, La Plata, Digital Gráfica SRL, 2002, pp. 207/208.

**51.** OFRE, Juan B.; *Puerta de Hierro*, los documentos inéditos y los encuentros secretos der Perón en el Exilio, Buenos Aires, Sudamericana2015, pp.110 y 123.

Yo había conocido al General Juan Enrique Guglialmelli y a su hijo Carlos. Con este último mantenía una relación amical. Carlos con su madre, María Nelly Vilas, atendía un local de antigüedades de la cultura precolombina peruana- boliviana, en la calle Guido de Buenos Aires, Las vitrinas atesoraban joyas de platería de gran valor. El local estaba resguardado con rejas, alarmas y cámaras. Carlos era asesor del *MODIN* en la Convención Reformadora. Cuando llegaron las noticias de un supuesto pacto entre Aldo Rico y Eduardo Duhalde, por el mes de agosto de 1994, fui a verlo a su negocio por si tenía alguna precisión sobre el tema. La madre me atendió y me dijo que Carlos había ido al banco, que lo esperara pues volvía. Mientras estaba aguardando la llegada, el teléfono sonaba con amigos de la señora y ella les precisaba que en la noche del día anterior y la madrugada de ese día, se había concluido en su local el pacto entre representantes de Rico y de Duhalde. En su relato, repetido en varias comunicaciones, hacía hincapié que no era la reelección del gobernador lo importante, sino que el acuerdo era más profundo en sus contenidos pues abarcaba un ambicioso proyecto de gobierno, con la participación del *MODIN,* en el supuesto que Duhalde fuera reelecto. Como Carlos no volvía y yo ya tenía por su madre la información que buscaba, me retiré luego de unas dos horas de espera.

Tiempo después, comenzaron los rumores de que, dentro del entendimiento, se había establecido "contraprestaciones económicas" de Duhalde a Rico[52]. Conjuré que, si hubo algún anticipo de dinero, el local de los Guglialmelli era un lugar ideal por la seguridad que tenía. Pensé también que Carlos pudo haber había ido al banco, según me dijo su madre, en la mañana que fui a verlo, para ponerlo a mejor recaudo.

**52.** CRUCHAGA, Melchor R.; *El Constituyente "seminario de la Reforma Bonaerense"*; La Plata, 5 de septiembre 1994, Año 1 Nº 20, p.2.

## LA CULTURA Y EDUCACION EN LA CONSTITUCIÓN BONAERENSE DE 1994

Ya me he referido a la consagración de la principalidad de la familia en la educación, en la reforma bonaerense de 1994.

El artículo 198 de la nueva Constitución bonaerense considera a: "La Cultura y Educación como derechos humanos fundamentales".

El artículo 199 de la nueva Carta Magna expresó:

La Educación tendrá por objeto la formación integral de la persona con dimensión trascendente y respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, formando el carácter de los niños en el culto de las instituciones patrias, en el respecto a los símbolos nacionales y en los principios de la moral cristiana, respetando la libertad de conciencia.

La Convención Constituyente introdujo el concepto de la educación con dimensión trascendente. La cláusula acogía la tradición justicialista y radical y la doctrina del Congreso Pedagógico Nacional de 1986.

El gobernador Domingo Mercante, en los fundamentos de la ley de educación provincial 5650, afirmaba:

> La visión total de la realidad que se le transmitirá al niño, es la concepción teocéntrica cristiana del mundo y de la vida... tiene por objeto infundir en el niño la moral contenida en el Decálogo de la ley de Dios y en el Sermón de Cristo sobre

> la Montaña, ya que sus principios son el **ethos** que anima nuestra civilización.[53]

Al inaugurar el Congreso Pedagógico Nacional, el 4 de abril de 1986, el presidente Raúl Alfonsín sostuvo:

> El Congreso pedagógico quiere manifestar la convergencia de los argentinos hacia la formación integral, armónica y permanente de a persona humana en la totalidad de sus dimensiones constitutivas…la trascendencia hacia los valores y definidamente hacia Dios, razón y fin supremo de la existencia.

El Congreso Pedagógico Nacional, por dictamen unánime, había establecido que la Educación debe cumplir:

> La tarea humanizadora, orientando al hombre al desarrollo pleno de su ser en sus dimensiones biológicas, síquica, social, cultural, espiritual y trascendente, entendiendo esta dimensión como trascendencia en lo cultural, lo social, lo histórico, lo religioso, según sus propias opciones.

En cuanto a la formación del carácter de los niños en el culto a las instituciones patrias, cuyo texto de la Constitución de 1934 se respetó, debe entenderse en el sentido que el Diccionario de la Real Academia Española confiere a la palabra culto en su acepción 7º: Por extensión, admiración afectuosa de que son objeto algunas cosas. Rendir culto a la belleza.

La admiración del mundo creado es una consecuencia de la bondad de la vida misma. Y en este caso de lo conformación ins-

**53.** MERCANTE, Domingo A; *op. cit.*, pp5 y 6.

titucional de nuestra vida democrática desde los cabildos que abrieron la emancipación americana a los actuales poderes de la república representativa.

Le agregamos: "El respeto a los símbolos nacionales expresión genuina de nuestra identidad nacional". [54]

En el artículo 200 inc. 3º quedó establecido que la Educación garantiza una calidad educativa equitativa que enfatice en el acervo cultural reafirmando la identidad bonaerense.

El mismo artículo en su inciso 4º determinó que: El servicio educativo podrá ser prestado por otros sujetos, privados o públicos no estatales, dentro del sistema educativo provincial y bajo control estatal.

De este modo la educación privada adquirió jerarquía constitucional que no la tenía. La norma retoma la doctrina de las constituciones Nacional y Provincial de 1949.[55]

El artículo 204 prescribió que el gobierno y la Administración del sistema cultural y educativo provincia, estarán a cargo de una Dirección General de Cultura y Educación autárquica, con rango de ministro.

El Director General de Cultura y Educación, contará con el asesoramiento de un Consejo General de Cultura y Educación, presidido por el Director General, e integrado por diez miembros designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara de

**54.** KLAPPENBACH, Fernando R.; *DIARIO DE SESIONES DE LA HONORABLE CONVENCIÓN CONSTITUYENTE,* 9º Sesión, 1 de setiembre de 1994, pp, 1487/1488.

**55.** CONSTITUCION NACIONAL DE 1949, art. 37 apartado IV. CONSTITUCION DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES DE 1949; capítulo V art.36.

Diputados: seis de ellos por propia iniciativa y los otros cuatro a propuesta de los docentes.

Este artículo modificó sustancialmente la estructura administrativa del Consejo General de Educación, que en la Constitución de 1934, le era confiada a un Consejo General de Educación y a un director general de escuelas. Es decir que el órgano rector era del Consejo, no el Director General.

En la actual redacción el Consejo pasó a ser un órgano no directivo sino de asesoramiento. Esta modificación, fue impuesta por la Directora General de Escuela cuando deliberaba la Convención, Graciela Giannattasio, a través de convencionales liderados por Aníbal D. Fernández, por ese entonces intendente de la ciudad de Quilmes, con lo cual ganó mucho más poder dentro de la Dirección General de Cultura y Educación. Yo estaba en desacuerdo pero en minoría, pues el sector de los convencionales duhaldistas apoyaron la modificación.

## LA ENSEÑANZA RELIGIOSA EN LAS ESCUELAS

Yo había adelantado mi intensión de propugnar en la Convención Reformadora:

> Una cláusula, como existen en las constituciones modernas, en el sentido que si los padres lo quieren, el Estado provea, fuera de horario y como materia no promocional, la educación religiosa-moral.
>
> El Estado tiene que ser laico pero no hacer laicidad. Es decir no creer que la religión es un enemigo Si los padres lo piden, el Estado debe permitir que el educando reciba las dos lec-

ciones: la temporal y la espiritual.[56]

Muchos convencionales tenían la misma idea tradicional del peronismo.

*El MODIN* tenía el igual propósito de incluir el precepto constitucional de la enseñanza religiosa en las escuelas.[57]

El atentado contra la AMIA, ocurrido el 18 de julio de 1994, con un saldo de 85 personas y 300 heridos, ocurrió mientras sesionaba la Reformadora bonaerense. El presidente de esa Institución, Rubén Beraja, se apersonó en la Convención y nos relató lo traumático que fue para la comunidad judía la experiencia de la educación religiosa durante las primeras presidencias justicialistas. Si bien entendió que en nuestro proyecto, la educación religiosa era para todas las religiones aceptadas por el Estado argentino y no obligatoria, pensaba que era inconveniente.

La Delegación de Asociación Israelita Argentina (DAIA) filial La Plata expresó su rechazo a nuestro proyecto educativo que mantenía la formación de los niños de acuerdo a la moral cristiana.[58]

Muy sensibilizada por los atentados recientes, la oposición judía en estos aspectos educativos fue, en mi opinión, la razón más importante para desistir la inclusión de la enseñanza religiosa, atento que no había consenso suficiente en nuestro bloque consustanciado con el dolor de esa comunidad.

**56.** KLAPPENBACH, Fernando R.; diario *HOY*, lunes 4 de abril de 1994, p.8.
**57.** Diario *EL DIA*, La Plata, viernes 5 de agosto de 1994, p. 1.

## EPÍLOGO

El intento de reformar la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1990 adolecía dos aspectos principales que determinaron su fracaso. El primero político, la ciudanía no quería la reelección del gobernador Antonio Cafiero; el segundo la instrumentación a través de la enmienda, sin llenar los requisitos que la Constitución exigía para ese excepcional atajo.

Desde el punto de vista ideológico se legislaba la principalidad educativa del Estado.

Todo ello determinó, para regocijo de los viejos conservadores, la legitimación de la fraudulenta constitución de 1934.

La Convención Reformadora de 1994 fue exitosa, entre otros aspectos, porque la Constitución sancionada tenía, al decir de Arturo Sampay, "el espíritu" de la Constitución Justicialista de 1949, especialmente en Cultura y Educación y porque los bonaerenses querían la reelección de Eduardo Duhalde.

Los conflictos que se suscitaron en el seno de la Convención se debieron a los errores políticos del Gobernador en concertar la convocatoria con un sector minoritario de la U.C.R. y la desactivación de la campaña electoral, que restó representación al justicialismo en la Asamblea Reformadora. También se debieron a las corrientes *MODESO* y *CONVERGENCIA* de la U.C.R. bonaerense al trasladar sus internas partidarias al seno de la Convención.

La desacertada intervención de la Suprema Corte Provincial, complicó también el normal desenvolvimiento reformador. Diputado Convencional (M.C.) Dr. Fernando R. Klappenbach

# El procedimiento de selección y designación de los jueces en la provincia de Buenos Aires

Por
**Esteban Federico Taglianetti**[1]

1. Abogado (UNLP), Especialista en Derecho Constitucional (UNLP), Especialista en Derecho Administrativo (UCALP), Exconsejero titular del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires. Profesor de Derecho Público Provincial y Municipal (UNLP).

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto describir el procedimiento de designación de los jueces previsto en nuestra Constitución Provincial, a partir de la reforma introducida por la Convención Constituyente de 1994.

A tal fin, nos referiremos a la actuación de los sujetos involucrados en este mecanismo complejo, esto es, al Consejo de la Magistratura y los poderes Ejecutivo, Legislativo -Senado- y Judicial, procurando en cada estadio del proceso identificar las acciones principales, los requisitos o extremos requeridos por el marco normativo e individualizando las dificultades que se presentan en la práctica, con la finalidad de alcanzar una mirada holística del proceso.

## II. IMPORTANCIA DE LA TEMÁTICA

### II.1. El Poder Judicial debe ser independiente e imparcial como condición para la efectiva vigencia del Estado de Derecho.

En ese contexto, la justicia debe ser impartida por personas que revistan ciertas cualidades sin las cuales no sería posible cumplir acabadamente con esta finalidad, es decir, es necesario que los jueces sean personas idóneas, íntegras e independientes de las interferencias políticas y económicas; y que, a su vez, la magistratura en su conjunto refleje en su composición la diversidad cultural de la comunidad o población en la cual ejercen sus funciones y procedencias sociales diversas.

Pero estas circunstancias no son suficientes, se requiere que, además, desde lo funcional, el número de jueces sea suficiente

para satisfacer adecuadamente el servicio de justicia -en tiempo y calidad-, aspecto este último que debe ser ponderado, entre otros, con relación a la población, el territorio, el índice de litigiosidad y del perfil de las causas.

Ambas cuestiones, se vinculan con el procedimiento que a continuación describiremos.

## III. REFORMA CONSTITUCIONAL. CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

El artículo 175 de la Constitución Provincial, incorporado en 1994[2], establece el Consejo de la Magistratura como un *organismo constitucional* en tanto aparece creado y estructurado, en su composición y funciones básicas, por el propio texto fundamental. No forma parte del Poder Judicial, pese a su ubicación en el texto fundamental[3] y, consecuentemente, no está subordinado a la Suprema Corte, tampoco al Ejecutivo o Legislativo, aunque se integra con miembros de estos.

Se trata de un órgano que reconoce antecedentes en nuestra organización jurisdiccional local. Por caso, mencionaremos la propuesta efectuada por el Gobernador Viamonte en el año 1829[4], la regulación de la materia efectuada por la Constitución de 1854[5] y,

---

**2.** El artículo 175 reza: "Los jueces de la Suprema Corte de Justicia, el procurador y el subprocurador general, serán designados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, otorgado en sesión pública por mayoría absoluta de sus miembros.
Los demás jueces e integrantes del Ministerio Público serán designados por el Poder Ejecutivo, de una terna vinculante propuesta por el Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado otorgado en sesión pública.
Será función indelegable del Consejo de la Magistratura seleccionar los postulantes mediante procedimientos que garanticen adecuada publicidad y criterios objetivos predeterminados de evaluación. Se privilegiará la solvencia moral, la idoneidad y el respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos.
El Consejo de la Magistratura se compondrá, equilibradamente, con representantes de los poderes Ejecutivo y Legislativo, de los jueces de las distintas instancias y de la institución que regula la matrícula de los abogados en la Provincia. El Consejo de la Magistratura se conformará con un mínimo de quince miembros. Con carácter consultivo, y por departamento judicial, lo integrarán jueces y abogados; así como personalidades académicas especializadas.
La ley determinará sus demás atribuciones, regulará su funcionamiento y la periodicidad de los mandatos".

**3.** Se ubica en la sección VI denominada "Poder Judicial", capítulo IV referido a la "Elección duración y responsabilidad de los miembros del Poder Judicial".

**4.** La propuesta propiciaba que los cargos a cubrir en el Poder Judicial debían ser asignados previo concurso público. En palabras de Viamonte: "...con aquel sistema procuraba dar a la administración de justicia la importancia que requería un buen orden judicial. Y si bien parece que con él me despojo de una de mis atribuciones, he querido sobreponerme a este sentimiento antes que dejar abandonada a la voluntad del poder la elección de los jueces". En: Sagüés, Néstor, *Reforma Judicial*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1978, p. 131.

**5.** La Constitución de 1854, en momentos en que la Provincia se había separado de la Confederación, dispuso en el artículo 121 que, para la designación de los jueces inferiores, la elección del candidato por parte del Gobernador debía recaer sobre una terna ela-

más cerca en el tiempo, el Decreto Nº 4528/88[6] y la Ley Nº 10.859[7]. Sin embargo, consideramos que la influencia más importante en nuestros convencionales constituyentes provino de la Constitución Española de 1978 y de la normativa dictada en su consecuencia que, a su vez, se inspiró en la Constitución de la República de Italia y, en menor medida, en la versión francesa.

A diferencia de lo establecido en la órbita federal en el artículo 114 de la Constitución Nacional[8], nuestro Consejo únicamente tiene asignada la función indelegable de seleccionar los candidatos (terna) para cargos judiciales[9], a excepción los jueces de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador y el Subprocurador general, que son designados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, otorgado en sesión pública por mayoría absoluta de sus miembros, es decir, por el sistema clásico de corte norteamericano[10].

De esta manera, el convencional constituyente, por un lado, limitó el campo de actuación del Ejecutivo al establecer el universo sobre el cual escoge al candidato y, por el otro, estableció un mecanismo de selección (concurso público) para que los interesados acrediten los conocimientos necesarios e indispensables para el

borada al efecto por el Tribunal Superior. Es más, en los debates suscitados en la Convención Constituyente, el Diputado Anchorena planteó la posibilidad de que los jueces, al igual que los miembros del legislativo y el ejecutivo, duraran un período determinado en el ejercicio de la magistratura.

**6.** El Gobernador Cafiero dictó el Decreto Nº 4529/88, mediante el cual proponía un mecanismo por el cual se limitaba a sí mismo en la designación de los jueces. En los fundamentos que precedieron la medida se puede observar su justificación, a saber: "*el Poder Ejecutivo, sin resignar funciones puede y debe requerir asesoramiento para que, a través de procedimientos transparentes y públicamente controlables, se garantice la idoneidad de los postulantes de entre los cuales surgirán aquellos para los que se pida acuerdo al Senado*". Todo ello "*hasta tanto se produzca una reforma constitucional que permita adoptar nuevas formas de organización, perfeccionamiento y selección de los magistrados, resulta conveniente acudir al consejo de las instituciones y sectores comprometidos con el común objetivo de optimizar el servicio de Justicia en beneficio de todo el pueblo bonaerense*".

**7.** Finalmente, debemos mencionar que al momento de tratarse la reforma constitucional de 1989-1990, requerida por la Ley Nº 10.859 -promulgada el 3 de enero de 1990, en el Boletín Oficial Nº 21.638-, y posteriormente rechazada por referéndum del 5 de agosto de 1990, la incorporación de un órgano encargado de llevar adelante las designaciones de los jueces tuvo una débil o nula cabida. Sólo uno de los cinco proyectos de reforma presentados contemplaba la creación de un Consejo de la Magistratura.

**8.** El organismo nacional, además de funciones de seleccionar a los magistrados en concursos públicos, tiene atribuciones administrativas del Poder Judicial y de remoción de los jueces -artículo 114, inciso 5- que, junto al artículo 115 definen las tareas de acusación y de enjuiciamiento de los magistrados.

**9.** La Constitución prevé la figura del Jurado de Enjuiciamiento al cual le compete investigar la conducta de los jueces de las instancias inferiores y de los miembros del Ministerio Público (artículos 182 y siguientes de la Constitución Provincial).

**10.** Además de la mencionada, la Ley Nº 11.868 dispuso complementariamente que el Organismo tuviera competencia para: 1) dictar su reglamento general; 2) aprobar los títulos de los consejeros; 3) Designar al Vicepresidente del Consejo; 4) Convocar a los Consejeros académicos; 5) Dividirse en Salas para la conformación de los jurados; 6) Designar al Secretario del Consejo, Prosecretario y Auxiliares; 7) Convocar a concurso público de idoneidad, antecedentes y oposición; 8) Confeccionar y elevar las ternas al Poder Ejecutivo con carácter vinculante; 9) Preparar y ejecutar su presupuesto; 10) Crear, organizar y dirigir la Escuela Judicial, entre otras.

ejercicio de la magistratura. Aspecto, este último, que entendió era reclamado por la sociedad y con la finalidad de dotar al poder judicial de mayor independencia[11].

En cuanto a su integración, la Constitución indica que se compone, equilibradamente, con representantes de los poderes Ejecutivo y Legislativo, de los jueces de las distintas instancias y de la institución que regula la matrícula de los abogados en la Provincia y en un mínimo de quince miembros. Además, con carácter consultivo, y por Departamento Judicial, lo integrarán jueces y abogados; así como personalidades académicas especializadas.

De acuerdo con la normativa reglamentaria, Ley Nº 11.868, el Consejo está formado por cuatro estamentos, a saber: cuatro (4) consejeros titulares del Poder Ejecutivo; cuatro (4) consejeros de los Colegios de la Abogacía provincial, seis (6) miembros de la Legislatura y, finalmente, cuatro (4) miembros del Poder Judicial, entre los que forma parte y preside al organismo, el miembro de la Suprema Corte[12]. Es decir, por dieciocho (18) miembros.

La designación como Consejero permanente o con funciones consultivas, debe recaer en personas que reúnan los requisitos de los artículos 177 y 181 de la Constitución Provincial para ser juez de la Suprema Corte, con excepción de los representantes de las

**11.** En la 15º sesión de la Honorable Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires, tuvo lugar el tratamiento a los proyectos despachados por la Comisión de Poder Judicial. El miembro informante del Despacho mayoritario de la Comisión del Poder Judicial fue el Diputado Convencional Constituyente Roberto López Fagúndez, quien respecto del nuevo organismo a crearse, sostuvo: *"Resulta vital llevar la justicia a los ciudadanos, dotar al Poder Judicial de mayor independencia, que no solo debe ser declamativa sino efectiva, a través de un sistema de selección de magistrados y funcionarios judiciales sean seleccionados privilegiándose su solvencia moral, idoneidad y respeto a las instituciones democráticas y derechos humanos, en un proceso público con pautas de valoración legalmente predeterminadas, a cargo de un órgano extra-poder que termine definitivamente con los amiguismos, el nepotismo y el clientelismo político. Estas normas que no son novedosas y, que en esta dimensión no las vamos a encontrar en las constituciones de otras provincias argentinas, han sido consideradas un hallazgo por hombre de cátedra que han emitido opinión acerca de nuestros pre-despachos"* (López Fagúndez, Actas, p. 1976). Así, se lograría avanzar *"en el rumbo del afianzamiento de la justicia al que alude nuestro Preámbulo"* (Soria, Actas, p. 1998).

**12.** En relación al miembro del Ministerio Público debemos decir que, sin perjuicio de lo pertinente de su representación en un órgano que escoja fiscales y defensores, el legislador se excedió al prever su inclusión como miembro del Consejo de la Magistratura. El texto constitucional sólo hace referencia a los jueces de las distintas instancias, obviando cualquier mención a los miembros de ese organismo. Nótese que la cláusula no dice "Poder Judicial", lo que hubiera permitido una vinculación institucional, atento que éste forma parte de dicho poder (artículos 175, 182, 189 y concordantes), sino que únicamente refiere a los jueces.

Cámaras Legislativas quienes deberán reunir los requisitos previstos en el artículo 182 de la Constitución Provincial –artículo 2 de la Ley Nº 11.868-.[13]

Los consejeros titulares y sus suplentes perduran cuatro (4) años en sus cargos, con renovación cada bienio, mientras dure su buena conducta, y siempre que conserven la condición que tenían al ser elegidos o designados como integrantes del órgano, colegio o estamento del cual provengan; pueden ser reelectos por un nuevo período, a cuyos efectos se computa el mandato que hayan ejercido por cualquier órgano, colegio o estamento. Si han sido reelectos no podrán ser elegidos nuevamente, sino con intervalo de un período[14].

La Ley Nº 11.868 sienta el principio que, previa constatación del quórum, las decisiones del Consejo de la Magistratura se adoptan por el voto de la mayoría de sus miembros presentes, es decir, por la mitad más uno de los miembros presentes en la sesión legalmente convocada[15].

Será necesario el voto de la mayoría absoluta, para resolver sobre el carácter privado o secreto de las reuniones, designar a los consejeros académicos, aprobar la lista de los jurados, designar al Secretario y Prosecretario del Consejo y en los demás casos que mencione específicamente la ley orgánica.

---

**13.** Los representantes del Poder Ejecutivo son designados por el Gobernador. El Ministro de la Suprema Corte que integra el Consejo de la Magistratura es elegido por sus pares en Acuerdo y por el período de dos (2) años, de conformidad a lo normado en el artículo 11 de la Ley Nº 11.868. Por su parte, los representantes de los jueces de primera o única instancia y camaristas son escogidos por sufragio (artículos 2, 10 y 11 de la Ley Nº 11.868 y Resolución SC Nº 2997/22). De igual modo el miembro de la Procuración (artículos 1, 2, y 20 primera parte, de la Ley Nº 14.442 y 11 de la Ley Nº 11.868 y Resolución del Procurador General Nº 81/09). Los representantes de los Colegios de la Abogacía son elegidos por sus propios pares también por acto eleccionario.
Finalmente, para ser consejero académico las personas deben ser reconocidas en el ámbito académico (artículo 16 de la Ley Nº 11.868) y cumplir con los requisitos previstos en "Las pautas para la designación de Académicos", aprobada por Acta Nº 894 del 19 de junio de 2018.

**14.** La labor de los Consejeros es *ad honorem*, pero la ley prevé la posibilidad de reconocer adecuadamente las compensaciones por viáticos, traslados o gastos. Este punto debe ser nuevamente analizado, para poder contar con personal que se dedique exclusivamente a tan importantes funciones.

**15.** Artículo 19, primer párrafo, de la Ley Nº 11.868.

Ahora bien, para los actos de mayor relevancia, esto es, el dictamen de la terna vinculante, aprobación y reforma del reglamento interno, y la remoción de algún miembro, será necesario el voto de las dos terceras partes de los Consejeros titulares presentes[16].

El Reglamento General del Consejo señala que el Presidente tiene las siguientes funciones: a. Representar oficialmente al Consejo de la Magistratura y presidir el acto de juramento de sus integrantes. b. Presidir las sesiones del Consejo. c. Ejecutar las decisiones del Consejo. d. Firmar las actas, resoluciones y convenios. e. Dictar las providencias de mero trámite. f. Confeccionar la memoria anual. g. Cuando el Presidente o el Vicepresidente no se encontraren presentes en la sesión, los asistentes a la misma designarán un integrante para cumplir sus funciones y firmar el acta[17].

El ejercicio de la Vicepresidencia es rotativo cada dos años entre cada uno de los cuatro estamentos, debiendo ser elegido el Vicepresidente por el Consejo del estamento que en cada caso corresponda[18].

A su vez, el artículo 28 del Reglamento General del Consejo señala que la Mesa de Coordinación y Control se integrará con el Presidente del Cuerpo o quien él designe de su propio sector y tres consejeros pertenecientes a los estamentos restantes elegidos por su propio estamento, pudiendo suplirse en dichas funciones por otro representante del mismo[19].

---

**16.** Artículo 19, tercer y cuarto párrafo de la Ley Nº 11.868.

**17.** Artículo 27 del Reglamento General del Consejo de la Magistratura.

**18.** El orden de rotación de los estamentos es el siguiente: Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Legislativo y Colegio de Abogados.

**19.** Las funciones de la referenciada Mesa resultan ser: a. Convocar las sesiones de conformidad a lo establecido en el artículo 26. b. Elaborar el orden del día de las sesiones, indicando si los temas a tratar requerirán mayorías especiales. c. Coordinar la atención del despacho del Consejo. d. Supervisar el funcionamiento integral de organismo en su aspecto técnico administrativo. e. Proponer al Consejo la designación del personal. f. Elevar al Consejo el proyecto del presupuesto anual y la cuenta de inversiones y gastos. g. Autorizar las licencias del personal administrativo y técnico. h. Tomar conocimiento de los pedidos de licencia de los miembros del Consejo y habilitar el reemplazo *ad referendum* del Consejo. i. Ejecutar las tareas que el Consejo le encomiende; artículo 29 del Reglamento General del Consejo de la Magistratura.

Finalmente, diremos que, además, integran la estructura del Consejo las siguientes áreas: Secretaría, Prosecretaría, Subsecretaría, Contable, Evaluación y Vacantes, Informática, Gestión Administrativa y Recursos Humanos, y, finalmente, Asesor y consultor técnico jurídico.

## IV. REQUISITOS PARA SER JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA, DE CÁMARA Y DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Preliminarmente debemos mencionar que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece una serie de requisitos según el nivel de la magistratura. Así, para ser juez de la Suprema Corte de Justicia, Procurador y Subprocurador General, se requiere haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero, título o diploma que acredite suficiencia en la ciencia del derecho reconocido por autoridad competente en la forma que determine la ley; treinta años y menos de setenta, así como al menos diez de ejercicio en la profesión de abogado o en el desempeño de alguna magistratura. Para ser magistrado de las Cámaras de Apelación, el plazo se reduce a seis años –conforme artículo 177–[20].

Por su parte, para ser juez de primera instancia se exige: tres años de práctica en la profesión de abogado, seis años de ciudadanía en ejercicio y veinticinco años de edad -artículo 178-. En referencia a la edad requerida, debemos decir que la Constitución distingue entre los jueces de primera instancia y el resto, al requerirle

**20.** En cuanto al alcance de la fraseología "practica en la profesión de abogado", el Consejo de la Magistratura, en el Acta nº 11/97, entendió que dicho extremo se cumple al "tomar como válido a ese efecto el tiempo transcurrido: a) para los abogados que ejercen libremente la profesión, desde la fecha de matriculación en el Colegio departamental respectivo, y b) para los funcionarios del Poder Judicial que se desempeñen en cargos para los cuales era requisito indispensable el título de abogado, desde que asumiera el mismo".
Posteriormente, mediante Acta Nº 38/97 amplió el alcance bajo la siguiente fórmula: "con el objeto de evaluar la antigüedad del ejercicio de la profesión requerido constitucionalmente, se decide tomar como válido a ese efecto el tiempo transcurrido (...) respecto de los abogados empleados en el Poder Judicial que no requieran el título de abogado para desempeñar el cargo, desde que se inscriben en la matrícula respectiva".
A más de lo dicho, el concursante podrá acreditar dicho recaudo si demuestra haber ejercido la docencia -nivel universitario- o la investigación.

una edad de 30 años para los casos de jueces de Cámara y Superior Tribunal.

Finalmente, en todos los casos, los artículos 54 y 181 de la Constitución provincial señalan que para ingresar al Poder Judicial se debe tener domicilio real en el partido donde se va a ejercer las funciones y dos años de residencia inmediata en la Provincia. Respecto a los jueces letrados de paz, el primer requisito, se acentúa, pues se les requiere una residencia inmediata previa de dos años en el lugar en que deben cumplir sus funciones –artículo 173–[21].

## V. DISEÑO CONSTITUCIONAL

Para la designación de los magistrados, la Constitución Provincial de 1934, siguió el diseño institucional previsto en la Constitución Nacional -la cual, a su vez, tomó el modelo de su par norteamericana-. Tanto los miembros de la Suprema Corte de Justicia como los integrantes de los tribunales inferiores eran nombrados por el Gobernador con acuerdo del Senado (artículos 165 y 69 de la Constitución bonaerense de 1934).

En el caso particular de los jueces de Paz, el texto fundamental establecía que los magistrados eran nombrados por el Gobernador de una terna elaborada por los Municipios -conforme artículo 162 de la Constitución Provincial de 1934- . En esta clase de designaciones, la discreción del Ejecutivo se limitaba sensiblemente al

**21.** Este requisito constitucional limita de sobremanera la oferta de concursantes en los procedimientos de selección. Pareciera que el constituyente antepuso la "vecindad" por sobre la idoneidad. Señala Scotti, que: "La necesidad de modificaciones en la sección que nos ocupa devenía imprescindible, incluso, a partir de las propias innovaciones introducidas. En efecto, la designación de los jueces de paz, y de los nuevos magistrados de menor cuantía o vecinales se efectuará ahora (conforme al art. 173) por el poder ejecutivo en base a ternas vinculantes propuestas por el consejo de la Magistratura con acuerdo del Senado. Sin embargo continúa vigente el anterior artículo 182 (hoy 192) que atribuye a los municipios proponer al poder Ejecutivo, en la época que corresponda, las ternas para el nombramiento de los jueces de paz y suplentes" Scotti, Edgardo, *Comentarios a la Reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Editorial Libros Jurídicos, 1995, p. 107.

quedar reducida su elección a los candidatos que cada Municipio elevaba para su consideración.

En consecuencia, antes de la reforma de 1994, en caso de producirse una vacante en la Suprema Corte, una Cámara o Juzgado provincial, se debían respetar los siguientes pasos: 1) El Gobernador de la Provincia, previa verificación que el candidato reunía los extremos requeridos constitucionalmente para ejercer el cargo, postulaba a una persona para desempeñarse como juez y enviaba esa propuesta al Senado de la Provincia; 2) El Senado podía aprobar o rechazar la proposición. Si se rechazaba el pliego el candidato no podía acceder –en esa oportunidad- al cargo, culminado así el proceso de selección; 3) Para ser aprobado el pliego debía contar, al menos, con el voto favorable de la mayoría absoluta de los senadores presentes; 4) Posteriormente, previa comunicación del acuerdo alcanzado por parte del Senado, el Gobernador dictaba el decreto de designación, el cual era notificado al interesado y a la Suprema Corte de Justicia, y publicado en el Boletín Oficial; 5) Finalmente, ya en el ámbito judicial, la persona nombrada prestaba juramento y tomaba posesión del cargo.

A partir de la mentada reforma de 1994, con la inclusión en el escenario institucional del Consejo de la Magistratura, el procedimiento para la selección de los jueces se modificó sustancialmente, salvo en lo referido al nombramiento de los jueces de la Suprema Corte, que quedaron fuera del nuevo mecanismo.

En la actualidad, el procedimiento de designación de jueces en la Provincia de Buenos Aires exhibe los siguientes estadios:

1ª etapa: Selección de los postulantes mediante un concurso público convocado por el Consejo de la Magistratura (terna vinculante);

2ª etapa: Elección de uno de los integrantes de la terna por parte del Poder Ejecutivo y remisión del pliego a la Cámara de Senadores;

3ª etapa: Acuerdo del Senado, previa intervención de la Comisión de Asuntos constitucionales;

4ª etapa: Designación mediante decreto del Poder Ejecutivo;

Posteriormente: Juramento ante la Corte Suprema o la autoridad competente y toma de posesión del cargo.

Ello de conformidad con los artículos 82, 175, 179 y concordantes de la Constitución Provincial; 19, 22 inc. 8, 28, 29 y concordantes de la Ley Nº 11.868, con sus reformas; 2, inciso 9, y 28, inciso 5, Ley Nº 15.477 -actual Ley de Ministerios, atribuciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-; artículo 193 y concordantes del Reglamento de la Cámara de Senadores.

En lo que respecta a los magistrados inferiores en la provincia, si bien la reforma dejó en favor del Ejecutivo la responsabilidad de la designación, el constituyente previó la intervención de un órgano de naturaleza constitucional –Consejo de la Magistratura- a quien le atribuyó la responsabilidad de organizar y llevar a cabo el concurso de oposición y antecedentes entre los aspirantes inscriptos.

El nombramiento de los magistrados, en el esquema referenciado, se compone de distintos momentos que, si bien se encuentran vinculados en función del objetivo último, esta situación no les hace perder su individualidad y oportunidad (momento) de actuación dentro del engranaje. Cada uno de los sujetos inter-

vinientes se debe expresar institucionalmente para producir los efectos previstos, de acuerdo con el marco normativo, sin los cuales no es posible avanzar.

## VI. PAUTAS INTERNACIONALES PARA LA SELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS

Con el objeto de preservar la independencia e imparcialidad del Poder Judicial, las normas internacionales hacen especial hincapié en la formación jurídica y en la integridad de las personas. Refieren que estos elementos deben ser evaluados con criterios objetivos, excluyendo pautas de selección abiertas, imprecisas o discriminatorias.

Así, el principio 10 de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura establece que "(l)as personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las cualificaciones jurídicas apropiadas. Todo método utilizado para la selección de personal judicial garantizará que éste no sea nombrado por motivos indebidos. En la selección de los jueces, no se hará discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición; el requisito de que los postulantes a cargos judiciales sean nacionales del país que se trate no se considerará discriminatorio"[22].

Por su parte, la Carta Europea sobre el estatuto de los jueces excluye expresamente los criterios inadecuados, a saber: "2.1. Las normas del Estatuto relativas a la selección y contratación de los

**22.** Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. Disponible en la página oficial de Naciones Unidas: https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary (Consultado el 7/11/23).

jueces basarán la elección de los candidatos, mediante un organismo o un jurado independiente, en su capacidad para apreciar libremente y de manera imparcial las situaciones judiciales que les serán presentadas, y para aplicarles el derecho respetando la dignidad de las personas. Excluyen que un candidato pueda ser eliminado por una consideración determinante relativa a su sexo, su origen étnico o social, así como a sus opiniones filosóficas y políticas y a sus convicciones religiosas"[23].

En la misma línea, debemos mencionar al Estatuto Universal del Juez en cuyo texto se indica: "El ingreso en la carrera y cada uno de los nombramientos del juez deben hacerse según criterios objetivos y transparentes fundados en su capacidad profesional"[24].

Finalmente, el Estatuto del Juez Iberoamericano en su artículo 11 indica: "Los procesos de selección y nombramiento deben realizarse por medio de órganos predeterminados por la ley, que apliquen procedimientos también predeterminados y públicos, que valoren objetivamente los conocimientos y méritos profesionales de los aspirantes"[25].

**23.** Texto disponible: https://rm.coe.int/1680747c00#:~:text=La%20Carta%20Europea%20sobre%20el%20estatuto%20de%20los%20jueces%20indica,-de%20acuerdo%20con%20dicha%20indicaci%C3%B3n. (Consultado el 7/11/23).

**24.** Artículo 9 del mencionado Estatuto. Texto disponible en el siguiente link del CEJAS: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3834/anexo_estandares.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Consultado el 7/11/23).

**25.** Texto disponible en la página oficial del CEJAS: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1981/estatuto-juez-iberoamericano.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Consultado el 7/11/23).

## VII. PROCEDIMIENTO DE DESIGNACIÓN DE LOS JUECES EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

### VII.1. Consejo de la Magistratura

A continuación, describiremos sucintamente las distintas instancias que tienen lugar en el concurso público, a saber[26]: a. Inscripción de los aspirantes en el PODA (Portal Digital de Aspirantes)[27] y RIA (Registro Integral de Antecedentes)[28]; b. Convocatoria; c. Postulación del aspirante a la convocatoria; d. Examen de oposición; e. Entrevista individual; f. Análisis de los antecedentes académicos y profesionales de los concursantes; g. Orden de mérito provisorio y definitivo; h. Selección por parte de los miembros del Consejo de la Magistratura de la terna; i. Remisión de la terna al Ejecutivo.

#### VII.1.1. Inicio del procedimiento. Llamado a concurso. Publicidad

El mecanismo de designación se inicia al registrarse una vacante en el Poder Judicial –por cese o creación del cargo-. Una vez que tiene lugar este presupuesto material,[29] el Consejo de la Magistratura, previo análisis interno (preparación)[30], plantea la necesi-

**26.** Como señala el maestro Marienhoff: "El "concurso" se vincula más a lo intelectual, científico o artístico, a la alta técnica, mientras que la "licitación" se aviene mejor con lo material, comercial o industrial". Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Tomo III-A, 2011, p. 233.

**27.** PODA es el Portal Digital de Aspirantes, donde deben inscribirse los aspirantes a concursar para cargos de la Magistratura y Ministerio Público.

**28.** RIA es el Registro Integral de Antecedentes en el cual toda persona inscripta hubiere obtenido el analítico o título de finalización de estudios emitido por la Escuela Judicial y/o se le hubieren dado por cumplidos la totalidad de los contenidos obligatorios -Res. 2664/21-.
A partir del registro de antecedentes, es posible diferenciar distintos estados de la persona en función de lo regulado, de este modo se distinguen los siguientes perfiles: *Persona inscripta*: se llama así a toda persona cuya inscripción en el PODA hubiere sido aceptada; *Persona matriculada*: es la persona inscripta cuya matriculación en la Escuela Judicial hubiere sido aceptada; *Aspirante*: se denomina así a toda persona cuya inscripción en el RIA hubiere sido aceptada; *Postulante*: es todo aspirante inscripto en alguna convocatoria a examen de oposición.

**29.** La cuestión queda regida por la Ley Nº 11.868 y modificatorias, y los Reglamentos General y Complementario del Consejo de la Magistratura.

**30.** En etapa cobra especial relevancia la prioridad que, respecto de las vacantes, efectúe el propio Poder Judicial. A los datos conocidos como densidad poblacional, índice de litigiosidad, cantidad de órganos judiciales, extensión territorial del departamento judicial, características locales de los fueros, entre otros, se deberá adunar las vacancias existentes en el mismo fuero, cantidad de subrogancias, ceses programados (jubilaciones o renuncias por motivos particular), indisponibilidades temporarias (enfermedades de larga data sin alcanzar la incapacidad), y las próximas puestas en funcionamiento de organismos; ello, para lograr el mejor

dad de la convocatoria y, de reunirse las condiciones, aprueba el llamado a concurso[31], y dispone la debida publicación de la apertura del concurso público[32] [33]. Esta última fase se caracteriza por ser una invitación dirigida a los profesionales del Derecho a presentarse a concursar ante el Consejo de la Magistratura, la cual -tratándose de una competencia pública- se direcciona a todas aquellas personas que reúnan las condiciones requeridas por la Constitución para ser magistrados y se encuentren inscriptos en los registros referenciados[34].

Luego, el Consejo debe designar a los integrantes de la Sala Examinadora que intervendrá en el procedimiento, mediante un sorteo realizado entre sus miembros. Se seleccionará a un consejero, por cada uno de los estamentos que lo integran[35].

Clausurada esta etapa, se publica la nómina de inscriptos en el Boletín Oficial y en los medios de comunicación masivos, con el objeto de que cualquier interesado pueda formular las impugnaciones que estime oportunas[36]. Si no se logra reunir el mínimo de postulantes susceptibles de ser ternados, el objetivo de las actuaciones se habrá frustrado, por lo que se deberá dejar sin efecto el llamado[37].

---

resultado posible, teniendo en cuenta el tiempo que insume un nombramiento.

**31.** Conf. artículo 1 del Reglamento Complementario del Consejo. En esta oportunidad el Consejo precisará los plazos de inscripción, procedimiento, alcance territorial y demás particularidades.

**32.** El artículo 25 de la Ley Nº 11.868, indica que esta labor deberá tener lugar –al menos- dos (2) veces por año calendario; sin embargo, por Ley Nº 15.316 –prorrogada por Nº 15.478–, este requisito se encuentra suspendido.
La Ley Nº 15.478 lo dispuso en los siguientes términos: "*Prorrógase por el término de dos (2) años la Ley Nº 15.316, que suspende por dos (2) años la exigencia del examen oral y la doble convocatoria anual a examen de oposición para cubrir vacantes –contenidas en los artículos 25 y 26 de la Ley Nº 11.868 - Consejo de la Magistratura– a partir de su vencimiento*" (artículo 1º).

**33.** El incumplimiento o la publicación incompleta, confusa, deficiente o imprecisa pueden provocar la nulidad de los actos preparatorios, por vicio de forma, y del concurso propiamente dicho si la cuestión reviste una gravedad suficiente. En cada caso, se deberá analizar la entidad del defecto y determinar su nulidad absoluta o relativa.

**34.** La correcta implementación del reclutamiento del personal es imprescindible para asegurar el correcto desarrollo del concurso. Este determina el universo y calidad de profesionales sobre los que recaerá la futura elección (terna). Fomentar la inscripción de calidad condiciona favorablemente a los resultados de la selección. Ver en mismo sentido: Alcaide, M.; González, M.; Flórez, I., *Mercado de trabajo, reclutamiento y formación en España*, Madrid, Pirámide, 1996; Haller, B., *Tratado de psicología empresarial*, Barcelona, Ediciones Martínez Roca, Tomo II. Relaciones humanas, 1976.

**35.** Conforme al artículo 27, Ley Nº 11.868 y modificatoria; y artículo 15 del Reg. General. Las funciones de la Sala Examinadora se encuentran previstas en los artículos 19 y 22 del Reg. General y artículo 3 del Reg. Complementario.

**36.** Conforme al artículo 23, Ley Nº 11.868 y modificatoria.

**37.** En iguales términos ver: Resolución del Consejo de la Magistratura Nº 3433 del 8 de agosto de 2023.

#### VII.1.1.1. Fecha de examen

Desde el aspecto procedimental, una vez vencido el plazo referenciado, el Consejo determina la fecha en la cual se tomará el examen escrito. El Reglamento indica que a tal fin, el pleno de los consejeros debe evaluar los recursos materiales y humanos con los que cuenta, la cantidad de postulantes inscriptos y el contexto de las convocatorias efectuadas[38].

En la resolución administrativa se debe consignar –en forma clara y precisa– la fecha, el horario y el lugar en los que se va a tomar la evaluación para el cargo previsto en la convocatoria, junto con un listado con los nombres de los integrantes de la Sala Examinadora y de los Académicos a cargo de la corrección.

Posteriormente, se debe publicitar los detalles vinculados a las evaluaciones en el sitio oficial del organismo (de alcance general) y notificar a cada uno de los postulantes inscriptos a través de un mensaje al correo electrónico constituido (alcance particular). Además, se debe señalar la cantidad de vacantes que serán cubiertas en cada convocatoria pública antes del inicio de las entrevistas personales de los postulantes, dictando a tal fin y si correspondiere, resolución fundada sobre dicho alcance o fijación de vacantes, respetando el criterio territorial del llamado.[39]

El proceso de selección para la conformación de las ternas de postulantes que se presentarán al Poder Ejecutivo para cubrir las vacantes que se produzcan en el Poder Judicial está integrado por la Escuela Judicial y el desempeño del postulante en los cur-

**38.** Conf. artículo 2 del Reglamento Complementario. En ese punto, es importante destacar que, en la mayoría de los casos de jueces de primera instancia, el número de inscripto es elevado. Ello condiciona la logística e infraestructura necesaria para llevarlo adelante, pero -sobre todo- dificulta la corrección en tiempo y forma.

**39.** Artículo 2 del Reglamento Complementario.

sos dictados por ella, las evaluaciones escrita y oral, la ponderación de los antecedentes, la actividad profesional cumplida, las entrevistas personales, y las evaluaciones psiquiátricas y/o psicológicas[40].

### VII.1.1.2. Oposición

La prueba de oposición consiste en un examen escrito y otro oral. La selección de los temas a evaluar debe permitir a los concursantes demostrar sus aptitudes para el cargo al que aspiran y, además, tener una estrecha vinculación con el mismo[41]. Sobre este punto, nos parece pertinente señalar que la normativa no prevé un examen de "cultura jurídica", aspecto que consideramos de indudable valor porque el Derecho, más allá de su distinción en ramas, es *uno* y deben conocerse sus aspectos generales.

Los exámenes escritos consistirán en el planteo de uno o más casos, reales o hipotéticos, para que cada postulante proyecte las correspondientes sentencias, resoluciones, requerimientos, dictámenes, decisiones u otras piezas procesales, como debería hacerlo si se encontrara en ejercicio del respectivo cargo.

La preparación del caso planteado en la instancia evaluativa queda en manos de los Consultores Académicos, quienes deben promover un examen lo suficientemente claro para evitar confusiones o malos entendidos. Debido a que los redactores de las pruebas no son, en definitiva, los encargados de corregirlas, han surgido dificultades en la práctica, pues la deficiente confección del *dossier* generó la necesidad de invalidarlo y volver a sortear el examen. Este tipo de situaciones deben ser toleradas en pos de

**40.** Artículo 17 del Reglamento General.

**41.** Los aspectos estructurales están previstos en la Constitución (art. 175), en la Ley N° 11.868 (arts. 26 y 28) y en los Reglamentos (art. 5 del Complementario).

la preservación de la confidencialidad del examen. Es un mecanismo que tiene por propósito que los correctores no sepan qué se va a evaluar y viceversa.

Respecto del aspecto procedimental, en el artículo 2 del Reglamento Complementario se indica que, de existir más de una sede, el examen debe ser tomado en simultáneo y que los examinados cuentan con un plazo de cinco horas como máximo para culminarlo[42].

Las pautas de corrección del examen escrito son las siguientes: a. Análisis de los hechos y argumentación empleada (claridad, precisión, consistencia y profundidad de los argumentos que fundamentan la solución propuesta) y b. Aplicación del derecho (sustento constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinario). Dentro de las pautas mencionadas, se tiene en cuenta para calificar el examen el lenguaje utilizado, el cumplimiento adecuado de las formalidades y la coherencia de la solución propuesta (consistencia lógica y sistemática entre la base argumental empleada y la conclusión)[43].

La resolución del expediente adjudicará al postulante un puntaje de entre cero (0) y cien (100) puntos. Se dividirá entre cero (0) y cincuenta (50) puntos para el análisis de los hechos y la argumentación empleada, y entre cero (0) y cincuenta (50) puntos para la aplicación del derecho. Para la aprobación del examen escrito se requerirá como mínimo alcanzar un puntaje total de sesenta (60) puntos; un puntaje mínimo de veinticinco (25) puntos en el análisis de los hechos y la argumentación empleada, y

**42.** Se podrá modificar el plazo de duración cuando existan motivos fundados como, por ejemplo, la interrupción del suministro eléctrico.

**43.** Artículo 19 del Reglamento General.

de veinticinco (25) puntos en la aplicación del derecho[44]. Aquellos postulantes que hayan alcanzado la puntuación mínima requerida para aprobar el examen escrito, se encontrarán habilitados para rendir el examen oral[45].

Los postulantes que alcancen la puntuación mínima de sesenta (60) puntos para aprobar el examen escrito están habilitados a rendir el examen oral[46]. Caso contrario, quienes se encuentren por debajo de esa línea de calificación quedan afuera del concurso público. Este es, en consecuencia, el primer corte que deben sortear los concursantes.

Por su parte, el examen oral consistirá en diversas preguntas vinculadas a las unidades temáticas que integran el programa, que serán formuladas por los Académicos y por los Consejeros que integren la Sala Examinadora[47]. Cabe destacar que los programas son aprobados por el Pleno del Consejo, previa intervención de la Escuela Judicial quien emite su opinión de manera previa, mediante la emisión de un dictamen.

Las unidades temáticas que serán evaluadas son puestas en conocimiento de los postulantes al momento de comunicárseles la fecha, el lugar y la hora en que tendrá lugar el examen. Cada postulante será interrogado al respecto, según el sorteo que se lleve adelante. Como garantía de imparcialidad los exámenes

**44.** Artículo 19 del Reglamento General.

**45.** La calificación –acto administrativo- es susceptible de impugnación -artículo 4 del Reglamento Complementario-. En cuanto a las causales que los participantes pueden invocar para acceder al recurso que permitiría la impugnación de la corrección, se encuentran sólo los errores materiales de corrección, es decir, cuando en la calificación mediare una sumatoria errónea. Sin perjuicio de ello, apreciamos que, de mediar una acción irrazonable o arbitraria por parte de los académicos, se podría habilitar el tratamiento de este recurso. Cuestiones de justicia intrínseca justifican tal parecer.
Finalmente, el Reglamento General prevé, en su artículo 19, el plazo de cinco (5) días hábiles para la interposición del mencionado recurso y, por su parte, el Consejo cuenta con el plazo de diez días (10) para su resolución.

**46.** Conforme artículo 19 del Reglamento General que en su parte pertinente reza: "Para la aprobación del examen escrito se requerirá como mínimo alcanzar un puntaje total de sesenta (60) puntos, y un puntaje mínimo de veinticinco (25) puntos en el análisis de los hechos y la argumentación empleada, y de veinticinco (25) puntos en la aplicación del derecho".

**47.** Actualmente, el número de programas asciende a diez (10), a saber: Defensoría y Subdefensoría General, Derecho Penal Juvenil, Contencioso Administrativo, Civil y Comercial, Derecho Penal y Procesal Penal, Responsabilidad Penal Juvenil, Derecho de Trabajo y Derecho Procesal del Trabajo, Familia, de Paz Letrado y Notarial.

orales son registrados –video filmado-. Esta circunstancia es de reciente aplicación y fue prevista por el legislador, con especial cuidado, en la Ley Nº 11.868.[48] Sólo restaría que esos videos se encuentren disponibles en la página oficial del Organismo para darle mayor transparencia al procedimiento y, a la vez, permitan a los concursantes controlar el procedimiento.

El examen oral tiene una duración máxima de una (1) hora por postulante, con la posibilidad de ser ampliarlo si mediaren circunstancias que así lo aconsejaran[49].

Esta evaluación adjudicará al postulante un puntaje de entre cero (0) y cien (100) puntos. Para su aprobación se requerirá, como mínimo, alcanzar un puntaje total de sesenta (60). Sin perjuicio de la facultad de los Consejeros para formular preguntas a los postulantes –que en la práctica no ocurre-, y de la posterior evaluación a cargo de la Sala Examinadora, la calificación de esta instancia estará a cargo de los Académicos.[50]

La Sala Examinadora procede a evaluar las pruebas, informando quienes, a su criterio, resultaron aprobados. El Consejo en pleno decidirá sobre el resultado de la evaluación.[51] Al igual que en el caso del examen escrito, la calificación obtenida puede ser impugnada.

#### VII.1.1.3. Evaluación psicológica y/o psiquiátrica

La evaluación psicológica y/o psiquiátrica sólo tendrá lugar para quienes hayan obtenido el puntaje mínimo en ambas instancias

**48.** Modificación introducida por la Ley Nº 15.058 al texto del artículo 28 de la Ley Nº 11.868.

**49.** Artículo 19 del Reglamento General.

**50.** Respecto de este punto, nótese el diferente tratamiento entre la calificación del examen escrito y el oral. En efecto, mientras que en la evaluación escrita los Consejeros tiene la posibilidad de establecer la nota, en el examen oral dicha circunstancia está vedada.

**51.** Artículo 19 del Reglamento General.

evaluativas. Los aspirantes que no reúnan las condiciones mínimas exigidas en función de los perfiles definidos por el propio Consejo de la Magistratura, no podrán aspirar al cargo correspondiente. El Reglamento indica que la situación será resuelta al momento de la entrevista personal[52] [53].

### VII.1.1.4. Entrevista

El Consejo realiza una entrevista individual a los postulantes que hayan aprobado los exámenes de oposición y opten por una vacante. La finalidad de ésta es apreciar diferentes aspectos del concursante, entre otros, su solvencia técnica y moral; su equilibrio y madurez; es decir, su idoneidad para el cargo[54].

A los efectos de realizar la entrevista, los miembros del Consejo podrán constituirse en salas, en cuya integración se respetará la representación de los estamentos que lo componen. Las audiencias deben ser grabadas o video filmadas, aspecto introducido por el propio legislador.

A esta etapa, se le asigna una calificación de cero (0) a cien (100) puntos, siendo cuarenta (40) la calificación mínima requerida para considerar aprobada la entrevista. Esta valoración, recordemos, es inferior a la necesaria para la aprobación de los exámenes oral y escrito, donde el requerimiento es sesenta (60) puntos[55].

---

**52.** Los dictámenes de salud no son recurribles por tratarse de actos preparatorios del organismo, pero dicha circunstancia obliga al Consejo a dictar de una resolución que, con fundamento en los elementos psicológicos y médicos aportados por los profesionales intervinientes, excluya al concursante. En consecuencia, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del acto y la ausencia de un mecanismo impugnatorio expreso, resultan aplicables las reglas y prescripciones del Decreto Ley N° 7647/70, es decir, de los recursos administrativos previstos en la mencionada norma.

**53.** Los informes psicológicos y/o psiquiátricos efectuados en convocatorias anteriores conservan su vigencia siempre que, desde la fecha de su realización hasta el momento en que se produzca la inscripción a la nueva convocatoria, no haya transcurrido un plazo mayor a los tres (3) años. Sin embargo, al momento de aprobar la/s convocatoria/s, el Consejo puede reducir el plazo aludido o requerir nuevas evaluaciones, si estima que las circunstancias lo ameritan (artículo 17 del Reglamento General).

**54.** También se observará su coherencia, creatividad, independencia de criterio, imparcialidad, equidad, apego al trabajo, capacidad de liderazgo, vocación de servicio, compromiso con los intereses de la comunidad y respeto por las instituciones democráticas y los Derechos Humanos (conforme al artículo 21 del Reglamento General).

**55.** La entrevista tendrá validez por el término de dos años para concursos de cargos de igual función. Dicho término no deberá

El artículo 28 de la Ley N° 11.868 señala que, una vez finalizadas las entrevistas, el Consejo de la Magistratura, sin determinar la mayoría necesaria para hacerlo, podrá disponer diligencias excepcionales que no hubieran podido disponer o concretar con anterioridad. Se determina un plazo de cinco (5) días para su realización[56].

Sería conveniente que los consejeros fueran asistidos en las entrevistas por psicólogos o licenciados en recursos humanos en la preparación, ejecución y evaluación de las entrevistas, puesto que su correcta implementación requiere de habilidades y conocimientos para hacer de esta etapa una fase de corte profesional equiparable a los exámenes oral y escrito[57]. Además, sería conveniente que el Consejo dicte un protocolo de actuación, con participación y asesoramiento de los profesionales mencionados, para darle mayor rigor técnico a esta etapa.

En ese orden, los consejeros deben explicitar los fundamentos de sus calificaciones como consecuencia de la naturaleza de estas y para que los concursantes puedan ejercer su derecho de defensa.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que la puntuación asignada –cien puntos- y su incidencia en la nota final –veinticinco por ciento- nos parece excesiva. Desde nuestra perspectiva, debería ser reducida a su mínima expresión –por ej., en cinco o diez por ciento de la calificación final-. Ello así porque el cono-

haber sido superado a la fecha del llamado a una nueva entrevista por el cargo. No obstante, cabe señalar que el Consejo podrá, cuando lo estimare conveniente, entrevistar a todos los postulantes de un determinado concurso, incluso no habiéndose vencido el plazo de vigencia de una entrevista anterior por igual tipo de cargo (artículo 21 del Reglamento General).

**56.** Esta atribución deberá respetar el principio de igualdad, evitando que, por este medio, se logre aventajar o perjudicar a un concursante.

**57.** Sobre el punto ver: Pisco, María Atalaya, *Nuevos enfoques en la selección de personal*, Revista de Investigación en Psicología, Vol.4 No.2, diciembre 2001; Ting Ding, Jyh-Ming y Déniz Déniz, María de la Cruz, *La selección del personal como un proceso ético y eficiente: el caso de la entrevista personal* en la obra colectiva *Conocimiento, innovación y emprendedores: camino al futuro,* coordinada por Juan Carlos Ayala Calvo, España, Universidad de La Rioja, 2007, p. 3555 a 3571; Cohen, Blanco, *Cómo Seleccionar Nuestro Personal*, México, Edit. Limusa, 1981. En el mismo sentido: Johnson, Andrew y Roberto, Katherine J., *Elections and selection: The role of political ideology in selection decisions,* En: *Human Resource Management Review,* Vol. 29, Issue 1, 2019; entre muchos otros.

cimiento que nos puede brindar la entrevista, reiteramos, en la forma en que está estructurada, no aporta mayor información a la existente y porque, en comparación con los otros tres aspectos a ponderar, es la que menor objetividad presenta.

#### VII.1.1.5. Registro Integral de Antecedentes (RIA)

Según el Anexo I del Reglamento del RIA, para la calificación de los antecedentes se ponderan los siguientes puntajes: sesenta (60) puntos para "Antecedentes profesionales", veintidós (22) para "Antecedentes académicos y publicaciones" y dieciocho (18) para "Formación profesional y/o académica".

#### VII.1.1.6. Orden de Mérito Provisorio y Definitivo

La Sala Examinadora, conformada de acuerdo al artículo 27 de la Ley N° 11.868 y respetando los principios de objetividad, igualdad de oportunidades y transparencia, debe resolver el orden de mérito provisorio, con un máximo de cuatrocientos (400) puntos, conforme a las siguientes pautas: 1. La calificación obtenida en el examen escrito, con un puntaje máximo de cien (100) puntos; 2. La calificación obtenida en el examen oral, con un puntaje máximo de cien (100) puntos; 3. La calificación de la entrevista, con un puntaje máximo de cien (100) puntos; 4. La calificación de los antecedentes profesionales y académicos, con un puntaje máximo de cien (100) puntos.

Los concursantes podrán impugnar las calificaciones que el pleno del Consejo de la Magistratura les haya consignado en las entrevistas y en la evaluación de antecedentes, dentro del plazo de

cinco (5) días contados desde la fecha de notificación[58].

Transcurrido el plazo de quince (15) días sin que mediaren impugnaciones –o resueltos los recursos– quedará conformado el orden de mérito definitivo, a cuyo efecto deberán también respetarse los principios de objetividad, igualdad de oportunidades y transparencia (artículo 24 del Reglamento General).

El denominado "Orden de mérito" se aprueba en sesión del Consejo. En su cuerpo se listan las calificaciones obtenidas en cada instancia del procedimiento por los concursantes. En los considerandos de la medida, se deja habitualmente constancia de que "se ha notificado en tiempo y forma el Orden de Mérito Provisorio que elaborara la Sala Examinadora (art. 22 del Reglamento) y aprobara el plenario, encontrándose vencido el plazo de impugnación y no habiendo recibido por parte de la y de los profesionales que participan del concurso objeción al respecto".[59]

El orden de mérito así configurado no es más que la lista de los concursantes ubicados según la nota obtenida. Sin embargo, como se verá a continuación, la calificación no resulta ser el criterio que *necesariamente* determina la confección de las ternas, sino el consenso que el candidato haya logrado en los consejeros, quienes a los fines de la elaboración podrán apartarse del orden establecido[60].

---

**58.** Se hace expresa referencia que aquellos postulantes que incurran en conductas o actitudes contrarias a la buena fe y a la ética que deben regir en esta clase de procedimientos, además de la eventual denuncia ante las autoridades correspondientes, quedan excluidos de todos los concursos en los que estén inscriptos y no podrán participar en nuevos concursos (artículo 23 del Reglamento General).

**59.** A modo de ejemplo citaremos las siguientes Resoluciones: 2810/22 y 2812/22.

**60.** Si bien no es posible impugnar un orden de mérito definitivo, ante errores materiales e incluso errores graves, manifiestos y de imposible o muy dificultosa reparación posterior, que produzcan una injusticia –como puede ser una suma inexacta de los puntos de evaluación (aritméticos) o la omisión de alguno de los ítems de valoración–, consideramos que es posible presentar un recurso de revocatoria –en los términos del artículo 89 del Decreto Ley Nº 7647/70–, para hacer saber al Consejo que ha mediado una contingencia.
Ahora bien, la posibilidad de plantear esta impugnación no altera el sistema previsto en la normativa procurando una reedición de los puntos oportunamente impugnados. Es decir, no es una segunda oportunidad para expresar los agravios que el decisorio causa en el postulante, por más profunda que sea su disidencia. Su ámbito de actuación es acotado y de interpretación restrictiva, sólo podría tener lugar para evitar una inequidad que surja de forma palmaria.

### VII.1.1.7.

Debemos destacar, en este punto, que el Consejo de la Magistratura goza de las atribuciones para: a. rectificar errores materiales o de hecho y los aritméticos (artículo 115, Decreto Ley Nº 7647/70); b. anular de oficio sus actos por razones de legitimidad o revocarlos por circunstancias de oportunidad basadas en el interés público, antes de su notificación a los concursantes (artículos 113, 114 y 117 del mencionado Decreto Ley); c. extinguir en su propia sede, al cabo de un procedimiento impugnativo promovido por la parte interesada, de conformidad al artículo 23 y concordantes del Reglamento General; y, eventualmente, d. hacer uso de las atribuciones en materia de anulatorias, de acuerdo a lo normado en el artículo 117 del Decreto Ley citado -en este caso, se deberá tener presente el plazo de prescripción de dos años-.

### VII.1.1.8. Conformación de la terna

A los fines de la conformación de cada terna vinculante, el Consejo deberá elegir, cumpliendo el requisito de los dos tercios de los votos de los Consejeros presentes, a los tres candidatos ternados dentro de los doce (12) primeros puestos -vacante única-[61]. A esos efectos, la terna quedará confeccionada por orden alfabético de los postulantes (artículo 5 del Reglamento Complementario)[62].

Por otro lado, el reglamento señala que los miembros del Consejo contarán con treinta (30) días para decidir acerca de la integra-

**61.** En el supuesto que se trate de cubrir simultáneamente dos o más vacantes para el mismo cargo y especialidad -en ámbito de los Departamentos Judiciales, en las regiones definidas en la Ley Nº 13.837 o en la totalidad de la Provincia- y el Consejo hubiera formulado un orden de mérito definitivo común a todas esas vacantes, se elevará al Poder Ejecutivo una lista conjunta de tres (3) candidatos por cada cargo, en orden alfabético, para que el Poder Ejecutivo pueda designar indistintamente a cualquiera de ellos en los cargos vacantes comprendidos -artículo 6 del Reglamento Complementario-.

**62.** Sobre este último punto, consideramos que el triunvirato no debe ser ordenado de acuerdo al método previsto (alfabético), sino por la puntuación obtenida en el concurso público.

ción de las correspondientes ternas, y la remitirá dentro del plazo de cinco (5) días al Poder Ejecutivo, junto con los antecedentes respectivos, de conformidad a lo normado por el artículo 29 de la Ley Nº 11.868. Dichos plazos podrán ser prorrogados por el Plenario del Consejo[63].

### VII.1.1.9. Remisión de la terna

Cumplido este proceso, el Consejo de la Magistratura tiene un plazo de cinco (5) días para elevar al Poder Ejecutivo la terna de candidatos a cubrir el cargo en concurso.[64] Al respecto, el propio Consejo ha dicho que la expresión «terna» no genera problemas interpretativos, conforme a la primera acepción prevista en el Diccionario de la lengua española significa un "*conjunto de tres personas propuestas para que se designe de entre ellas la que haya de desempeñar un cargo o empleo*". Como se ve, la comprensión del término es diáfana[65].

### VII.1.2. Obligación de motivar

El Consejo de la Magistratura, como hemos mencionado, no puede elegir libremente a los integrantes de la terna que debe remitir al Poder Ejecutivo, sino que debe llevar adelante un procedimiento previsto constitucionalmente tendiente a seleccionar a las personas con mayor idoneidad técnica y moral y que, además, sean respetuosas de las instituciones democráticas y de los derechos humanos.

---

**63.** Si bien reconocemos la importancia que el Consejo se haya limitado en el plazo para escoger a los miembros de la terna, lo cual implica un salto de calidad en relación a la anterior regulación que no preveía este extremo, estimamos que, atento a la redacción dada a la cláusula, es posible prorrogar en más de una oportunidad el término establecido. Lo que desvirtúa en la práctica, el fin perseguido (celeridad). Asimismo, no se establece una consecuencia jurídica en caso de que se expire el plazo sin lograr conformar la terna. Lo ideal sería que, ante dicho evento, la norma previera la elección directa de los tres concursantes mejor calificados en el concurso.

**64.** Conforme al artículo 29 de la Ley N° 11.868 y modificatoria. Por el artículo 30, de la misma norma, se aplica un criterio similar para la selección de los jueces de paz.

**65.** Resolución del Consejo de la Magistratura N° 3433 del 8 de agosto de 2023. Es que la literalidad de una cláusula constitucional surge, en principio, del significado más obvio que tiene según el entendimiento común en la sociedad que ha de regir, no debiendo suponerse que las palabras han sido inútilmente usadas o agregadas, ni que son superfluas o carentes de sentido (Fallos: 95:327; 248:111; 328:1652, voto concurrente de los jueces Petracchi, Zaffaroni y Lorenzetti -considerando 10-, 344:2339, entre muchos).

En función de ello, la propia Suprema Corte, al tratar el tema, sostuvo que el Consejo está obligado a motivar la decisión (terna); esto es, debe fundamentar las razones, con las particularidades del caso[66], como requisito para la legítima emisión del acto administrativo y su posterior comunicación al Poder Ejecutivo. Este criterio surge de los fallos "Zarlenga"[67], "Rodríguez"[68] y "Marcó"[69], entre otros, oportunidad en que el Tribunal sentó la doctrina hoy vigente.

Compartimos el criterio por las siguientes razones: 1. el Consejo es un organismo constitucional, es decir, un órgano público; 2. ejerce funciones administrativas; 3. Actúa en el marco de un procedimiento administrativo especial (concurso público); 4. La conformación de las ternas implica la expresión de su voluntad; 5. La decisión plasmada en forma escrita en un acta, más allá de su denominación –dictamen en los términos del plexo normativo-, es un acto administrativo; 6. En función de lo establecido en el artículo 166 de la Constitución provincial, dicha actividad es justiciable ante los tribunales contencioso administrativos; 7. Sin perjuicio de lo dicho en el punto anterior, el alcance del control no alcanza al núcleo de la decisión, pero si a los elementos reglados, entre ellos, la motivación.

En el ámbito de las facultades discrecionales de la Administración es donde la motivación del acto administrativo se hace más necesaria.

**66.** Como ha señalado la Corte Suprema, el recaudo de motivación debe adecuarse, en cuanto a su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo (CSJN, "Lema, Gustavo Atilio c/ Estado Nacional -Ministerio de Justicia de la Nación- s/ juicios de conocimiento en general", Fallos: 324:1860). En doctrina ver: Mairal, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, Buenos Aires, Ed. La Ley, p. 729.

**67.** Causa B 62.241, "Zarlenga", sentencia del 27-XII-2002.

**68.** Causa B 64.685, "Rodríguez", sentencia del 22-VIII-2012.

**69.** Causa Q 72.700, "Marcó", sentencia del 6-VIII-2013.

## VII.2. Primera intervención del Poder Ejecutivo

### VII.2.1.1. Elección del postulante

Como hemos señalado con anterioridad, el artículo 175 de la Constitución provincial, para el caso de los jueces inferiores, indica que el Poder Ejecutivo debe escoger al postulante de la terna vinculante propuesta por el Consejo de la Magistratura[70] y remitir el *pliego* al Senado para la intervención de su competencia[71].

La mentada terna establece un límite o coto al accionar del Poder Ejecutivo, quien, de esta manera, se encuentra compelido a escoger dentro de ese recuadro a la persona que pretende designar. Vedada la posibilidad de promover a un "no ternado", la elección de uno de los tres se erige en condición de validez de la propuesta y en condición necesaria y suficiente para el actuar del Senado[72].

---

**70.** En la práctica, el Consejo de la magistratura remite la comunicación de los ternados al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, quienes pasan a formar un expediente, incorporando como primera pieza administrativa la nota remitida por el Consejo, acto seguido, la Subsecretaría de Justicia incorpora una nueva, dirigida al titular del Poder Ejecutivo, comunicando la terna remitida.

**71.** Para la designación de los miembros de la Suprema Corte de Justicia el texto constitucional no ha previsto la intervención del Consejo ni la realización de un concurso público, sino que se ha preservado a la decisión política del Ejecutivo.
En el caso de la designación de Jueces de la Suprema Corte de Justicia, el Poder Ejecutivo ha dictado el Decreto Nº 735/04, por el cual se establece un procedimiento a los fines de una escueta participación de la ciudadanía y dar publicidad a los antecedentes del candidato.
El artículo primero del mencionado decreto, señala que el mecanismo se aplica para la designación de los jueces de la Suprema Corte de Justicia, del Procurador y del Subprocurador General.
Posteriormente, se refiere que producida una vacante en la Suprema Corte de Justicia o los cargos de Procurador y Subprocurador, se publicará en el Boletín Oficial, en tres diarios de amplia circulación nacional como de igual número pero de la provincia de Buenos Aires, durante tres días, junto con la difusión en la página oficial de la red informática del actual Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el nombre y los antecedentes de la persona que se encuentra en consideración para la cobertura de las respectivas vacantes -conforme artículo 2-.
Las personas postuladas e incluidas en la publicación deben presentar una declaración jurada con la nómina de todos sus bienes (propios), los de su cónyuge y/o los del conviviente, los que integren el patrimonio de la sociedad conyugal y los de sus hijos menores; como así también la nómina de las asociaciones civiles y sociedades comerciales que integren o hayan integrado en los últimos cinco (5) años, los estudios jurídicos a los que pertenezcan o hayan pertenecido, la nómina de clientes o contratistas durante igual lapso, en el marco de lo permitido por las normas de ética profesional vigentes y, en general, cualquier información que permita evaluar objetivamente la existencia o no de incompatibilidad o conflicto de intereses con la función para la que son propuestas –artículo 3-.
Los ciudadanos en general, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones profesionales, las entidades académicas y de derechos humanos, podrán, en el plazo de quince (15) días a contar desde la última publicación en el Boletín Oficial, presentar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, por escrito debidamente fundado y documentado, las observaciones y/o impugnaciones que estimen a las nominaciones efectuadas, y que pudieran obstar o deberían ser tenidas en consideración al momento de la selección de los nominados. En paralelo, la mencionada Cartera de Estado podrá requerir opinión fundada a organizaciones en el ámbito profesional, judicial, académico, social, político y de derechos humanos a los fines de su ponderación -artículo 5-.
En un plazo no superior a los quince días, contados a partir del vencimiento para la presentación de observaciones y/o impugnaciones, haciendo mérito de las razones que abonaron la decisión tomada, el Poder Ejecutivo dispone sobre la elevación o no de la propuesta respectiva -artículo 6-.
Como vemos, el procedimiento es semejante al previsto, en la esfera federal para los jueces de la Corte Suprema, por el Decreto Nº 222/03.

**72.** Ver: voto del Juez Soria en la causa SCBA B 62.241, "Zarlenga", sentencia del 27-XII-2002.

Cuando el Ejecutivo escoge un candidato, nos encontramos ante el ejercicio de una facultad discrecional, en tanto el ordenamiento le permite elegir entre las distintas personas propuestas. Esta es también la postura de la Suprema Corte provincial quien, en la causa "Zarlenga", sostuvo que: "existe una habilitación normativa que le permite escoger a cualquiera de los tres aspirantes que han acreditado iguales méritos, según la valoración del Consejo".

#### VII.2.1.2. Motivación de la elección

Sentado ello, debemos abordar una cuestión peliaguda como es la exteriorización de la motivación que llevó a la elección del postulante promovido. Al respecto, a grandes rasgos, podríamos decir que existen dos posturas, por un lado, quienes consideran que el Poder Ejecutivo debe expresar los fundamentos de la elección y, por otro lado, quienes consideran que no está obligado.

En esta última pareciera ubicarse, entre otros, Sesín para quien "si la Administración tiene la facultad discrecional de designar a uno de los tres primeros ganadores de un concurso, la posterior elección de alguno de ellos no se basa en la valoración de los más oportuno, sino una mera apreciación subjetiva efectuada por el órgano competente para el realizar el nombramiento. Tengamos presente que de la puja concursal surge la conveniencia de los tres; lo demás queda sujeto a la voluntariedad de la Administración. Otro tanto sucede cuando se designa el personal sin efectuarse una selección previa"[73].

Nos enrolamos en la primera posición, puesto que, si bien reconocemos que estamos frente al ejercicio de una facultad discrecional, ello no implica –en modo alguno- acción desprovista de

**73.** Sesín, Domingo Juan, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 111.

fundamentación[74]. El Ejecutivo puede escoger al que, desde su perspectiva, considere más idóneo para el cargo, incluso apartándose de la calificación que les dio el Consejo, pero si no elige al que mayor puntuación alcanzó en el concurso público, cuya motivación surgiría de ese solo hecho, debería explicitar las razones que lo llevaron a optar por otro[75].

Sin perjuicio de lo dicho, la práctica institucional muestra que, ni el Consejo de la Magistratura ordena a los ternados en función de las calificaciones obtenidas, sino que lo hace por orden alfabético[76], ni el Ejecutivo provincial, desde la implementación del nuevo sistema, ha fundamentado la elección del candidato que decide someter a consideración del Senado.

#### VII.2.1.3. Acto de trascendencia institucional

Dicho esto, debemos remarcar que la remisión del pliego por parte del Ejecutivo implica la aceptación de una obligación (compromiso). Estamos frente a un acto de trascendencia institucional en el cual el constituyente puso especial cuidado. De allí que su revisión, en principio, no es posible, salvo que medien circunstancias extraordinarias que justifiquen la declinación[77].

#### VII.2.1.4. Remisión del pliego

Retomando el *iter* del procedimiento, una vez seleccionado el candidato, el Ejecutivo remite al Senado una petición solicitando su intervención y acuerdo que, en la práctica, se realiza en los

**74.** En una posición más radical, podemos mencionar que no le es posible elegir otro candidato que no sea al que mejor calificación obtuvo de la terna porque si así lo hiciere, vulneraría el artículo 16 de la Constitución Nacional.

**75.** Ver en sentido coincidente, entre otros, Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2013, Tomo II, pp. 390-391.

**76.** Artículos 5 y 6 del Reglamento Complementario.

**77.** Ver voto del Juez Soria en el fallo "Decastelli Héctor Hugo contra Provincia de Buenos Aires. Pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", causa A. 70.444, sent. de 1-IV-2015.

siguientes términos: "El Poder Ejecutivo tiene el honor de dirigirse a Vuestra Honorabilidad a los efectos de solicitar el acuerdo correspondiente para efectuar la siguiente designación".

La misiva, firmada por el Ejecutivo provincial y por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, incluye los datos personales del postulante elegido: nombre y apellido, fecha nacimiento, nacionalidad, documento de identidad, domicilio, teléfono, correo electrónico, título de grado y posgrado –de corresponder-, matrícula del Colegio de Abogados y antecedentes laborales. Asimismo, se adjunta copias del legajo de antecedentes. El pedido de acuerdo así redactado es remitido, en la actualidad, con nota suscripta por el titular de la Secretaría General de la Gobernación a la Presidencia del Senado[78].

En sintonía con lo dicho por la Suprema Corte de Justicia en el caso "Decastelli", la elección de un candidato y el posterior envío del pliego no es un acto institucional menor. Por el contrario, reviste una importancia mayúscula y, salvo la existencia de un hecho gravísimo, el Poder Ejecutivo no podrá válidamente retirar el pedido de acuerdo del candidato. Estaríamos, con ese acto que se materializa con la presentación formal del pliego, clausurando la posibilidad de volver sobre esta etapa.

Sentado ello, diremos que de esta forma concluye la primera intervención del Gobernador en el procedimiento.

### VII.2.1.5. Observaciones

Previo a continuar con el procedimiento nos parece pertinente efectuar algunas aclaraciones respecto de esta etapa.

**78.** Conforme artículos 17 y 35 de la Ley N° 15.477.

**a.** En primer lugar, mencionaremos que el artículo 175 de la Constitución de la Provincia señala que el Consejo de la Magistratura propone una terna vinculante. A partir de esta previsión, surgen dos aspectos a considerar. Por un lado, el Gobernador de la Provincia está inhabilitado de escoger a una persona ajena a esa terna, la condición de "vinculante" limita a esos candidatos y no a otros. Por otro lado, surge la duda si es posible que el Poder Ejecutivo, previo análisis, rechace a los candidatos en su totalidad. Desde nuestro parecer, esto no es viable porque el término de "vinculante" dado en el texto constitucional lo obliga a escoger uno de los propuestos. Se desnaturalizaría la intención del constituyente de limitar la atribución constitucional de designar a los jueces por parte del Ejecutivo y, en simultáneo, se afectaría la existencia misma del Consejo porque el Gobernador podría rechazar las distintas ternas hasta que le eleven una en donde se encuentre la persona que éste quiere designar[79].

**b.** En segundo término, corresponde señalar una práctica institucional del Consejo. En ciertas oportunidades, debido a la falta de consenso para definir a los integrantes de la terna, el Consejo ha postulado a un número mayor de postulantes. Para obrar de ese modo, el Organismo considera que la falta de entendimiento no puede paralizar el procedimiento.

Sin perjuicio de lo conducente que puede resultar esta postura, lo cierto es que, una vez más, de los propios términos del artículo 175 de la Constitución provincial, no resulta constitucional una terna confeccionada de ese modo. Ante esto, el Ejecutivo podría válidamente rechazarla y requerirle al Consejo que readecúe su actuación.

**79.** En el ámbito nacional encontramos la opinión de Badeni quien sostuviera que, a partir de la redacción dada a la Constitución Nacional, nadie puede obligar al Ejecutivo a que elija a uno de los candidatos que integran la terna. Ver: Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2010, T. III, p. 859.

**c.** Vinculado a esto último, debemos mencionar que en ciertos concursos no se llega a formar la terna porque solo uno o dos candidatos han logrado sortear satisfactoriamente el procedimiento -es habitual en los concursos de Juez de Paz Letrado-. En estos supuestos, el Ejecutivo se encuentra en el dilema de aceptar o no la "terna", con el consiguiente efecto en el servicio de justicia que, independientemente de los resultados del procedimiento de selección, requiere que se cubra la vacante.

Consideramos que podría rechazarlo porque no estamos frente a una "terna" propiamente dicha -máxime si solo existe una persona propuesta porque, bajo ese escenario, si se lo obliga a designarlo implicaría un cercenamiento de sus atribuciones constitucionales-[80].

**d**. En cuarto lugar, cabe destacar que la Constitución provincial no ha establecido un plazo dentro del cual el Poder Ejecutivo se vea compelido a escoger a un candidato de la terna. Solo se limitó a indicar que le corresponde valorar a los ternados[81].

Se podría interpretar que el plazo genérico previsto en el artículo 146 de la Constitución provincial podría ser de aplicación e inferir, a partir de ello, que toda designación debe ser practicada en un plazo razonable.[82] Sin embargo, la experiencia muestra que el Ejecutivo insume más tiempo que el referenciado[83].

---

**80.** El Consejo de la Magistratura en la Resolución N° 3433 sostuvo que: "el diseño del sistema no abre paso a la ambigüedad. Con arreglo a los preceptos constitucionales, la lista de preseleccionados debe ser de tres postulantes por plaza a cubrir que hayan aprobado las evaluaciones previstas en el concurso tramitado ante el Consejo; del mismo modo que el pliego que luego el Poder Ejecutivo vaya a remitir al Senado recaerá sobre uno de los aspirantes que integraron esa terna. Por consiguiente, así como la confección de una dupla es ajena a la regla constitucional, la propuesta ceñida a un solo postulante, sin dudas, mayor inconsistencia habrá de causar".

**81.** En igual sentido, ver: Fucito, Felipe, *El concurso de jueces ante el Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación*, LL, 2001-D-1281.

**82.** El artículo 146 de la Constitución local reza: "Estando las Cámaras reunidas, la propuesta de funcionarios que requieren para su nombramiento el acuerdo del Senado o de la Cámara de Diputados, se hará dentro de los quince días de ocurrida la vacante, no pudiendo el Poder Ejecutivo insistir sobre un candidato rechazado por el Senado o la Cámara de Diputados en su caso, durante ese año. En el receso, la propuesta se hará dentro del mismo término, convocándose extraordinariamente, al efecto, a la Cámara respectiva. Ninguno de los funcionarios para cuyo nombramiento se requiere el acuerdo o propuesta por terna de alguna de las Cámaras, podrá ser removido sin el mismo requisito. Exceptúanse los funcionarios para cuya remoción esta Constitución establece un procedimiento especial".

**83.** Taglianetti, Esteban F., *Análisis de las designaciones (con juramento y posesión efectiva del cargo) de jueces en la Provincia de Buenos Aires en el bienio 2021-2022, en prensa.*

Por su parte, para el ámbito federal, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que, "el constituyente ha conferido máxima discrecionalidad en lo concerniente al plazo dentro del cual cada uno de los diferentes órganos que participan en el proceso debe realizar su tarea"[84]. Es decir, siguiendo lo dicho, el Ejecutivo nacional podrá actuar cuando mejor lo considere.

En virtud de lo expuesto, resulta recomendable que en el ámbito local el Ejecutivo actúe con la mayor celeridad, a fin de no ralentizar o paralizar el procedimiento.

#### VII.2.1.6. Autolimitación por parte del Poder Ejecutivo

Ahora bien, sin necesidad de reformar el texto constitucional, es posible que el Gobernador se limite a sí mismo e indique que, en cada terna, se escogerá a quien haya obtenido la mejor calificación. A este resultado se podría llegar si el titular dicta un decreto autónomo en los términos del artículo 144, primer párrafo, restringiendo su atribución.

### VII.3. Intervención del Senado

#### VII.3.1. Procedimiento

La competencia de la Cámara de Senadores en el procedimiento de designación de jueces se encuentra prevista en el artículo 82 de la Constitución bonaerense cuando indica que "Presta su acuerdo a los nombramientos que debe hacer el Poder Ejecutivo con este requisito"[85] y en el artículo 175, cuando requiere, para

**84.** "Rosza, Carlos Alberto s/ Recurso de Casación" (2007), Fallos: 330:2361. Considerando 3º, segundo párrafo.

**85.** Además de los jueces, cabe mencionar también a los Directores del Banco de la Provincia de Buenos Aires, miembros del Tribunal de Cuentas, Fiscal de Estado, Director General de Cultura y Educación.

cualquiera de las modalidades, que el Senado preste su acuerdo en sesión pública[86].

Señala Bidart Campos que el Senado, al negar o prestar acuerdo, lo que hace es controlar, en primer término, si el candidato reúne los requisitos constitucionales al efecto y, en segundo lugar, dispone del arbitrio de todo órgano que, al nombrar un candidato, valora la conveniencia y oportunidad de su nombramiento[87]. Nos interesa resaltar el último aspecto: el Senado pondera políticamente.

El trámite para que el Senado preste su conformidad a la designación será resuelto en el recinto previa intervención de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Acuerdos. Se estipula que la intervención tiene un plazo de ciento veinte (120) días corridos, contados desde el ingreso de la solicitud de prestación de acuerdos, conforme el juego armónico de los artículos 193 y 131 del Reglamento del Senado.[88] Transcurrido el plazo referenciado, si no se lograr dictaminar, el Presidente de la Comisión notifica al Presidente de la Cámara que no se ha tratado el pliego; éste a su vez, remite al Poder Ejecutivo la solicitud de prestación de acuerdo no tratada, haciendo expresa referencia del vencimiento acaecido[89].

---

**86.** El Senado, a partir de lo resuelto por el convencional constituyente, adecuó su Reglamento disponiendo el carácter público de las sesiones en que se tratare la aprobación de los mismos. De esta manera, el 13 de julio de 1995, fecha en que entró en vigencia la modificación, se abandonó la práctica de las sesiones secretas. Aspecto que se complementó al modificarse el artículo 193 del cuerpo normativo citado que estableció el plazo de ciento veinte días para tratar los pliegos.

**87.** Bidart Campos, Germán, *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1975, p. 660.

**88.** El artículo 193 del Reglamento del Senado señala en sus dos primeros párrafos que: "La prestación de acuerdos que constitucional o legalmente compete al Senado, será resuelta previo dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Acuerdos, la que contará a tal efecto, con un plazo máximo de ciento veinte (120) días corridos, contados a partir del ingreso oficial de la solicitud de prestación de acuerdos, conforme lo establece el artículo 131. Vencido dicho plazo, el Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Acuerdos, informará al Presidente de la Cámara dicha circunstancia, quien a su vez remitirá la solicitud de prestación de acuerdo no tratada al Poder Ejecutivo, haciendo referencia al vencimiento del plazo establecido en este artículo".
Por su parte, el artículo 131 del Reglamento del Senado reza: "Los proyectos deberán ser entregados en Secretaría con la antelación que al efecto se fije, para permitir su registro, clasificación y ordenamiento, por parte de mesa de entradas. Desde el momento en que el Cuerpo en sesión toma conocimiento de los proyectos, quedará fijada la entrada oficial de los mismos. Una vez producida esta circunstancia los proyectos no podrán ser retirados sin autorización expresa de la Cámara. La Presidencia, cuando lo considere oportuno, podrá disponer el giro directo a comisión y ordenar la publicidad de los proyectos que se presenten, debiendo simultáneamente dar cuenta de ello a los distintos bloques políticos, observándose también las prescripciones determinadas en el párrafo anterior".

**89.** Es habitual que, si un candidato no reúne el consenso necesario para su designación, en lugar de votar negativamente en la

Ahora bien, en caso de ser tratado, el candidato deberá acreditar los siguientes requisitos ante la mencionada Comisión: 1) inscripción en la matrícula de abogados y la fecha de la misma; 2) fecha de otorgamiento del título de abogado; 3) nacionalidad de origen, edad, cumplimiento de los deberes cívicos y residencia en la Provincia; 4) inexistencia de inhibición y/o embargo. Dichos extremos se agregan a las actuaciones administrativas para que los miembros las puedan estudiar y analizar[90].

Posteriormente, con el objeto de complementar la información respecto al candidato, el cuerpo requiere información complementaria: 1) expediente, legajo o documentación producida por el Poder Ejecutivo, fundamentando la nominación; 2) certificación expedida por el Registro Nacional de Reincidencia; 3) informe sobre sanciones del Tribunal disciplinario del Colegio de Abogados Departamental al que perteneciera el nominado; 4) Declaración Jurada del postulante respecto de la información general relacionada con el mismo, conforme al modelo que a tal efecto apruebe la Comisión de Asuntos Constitucionales y Acuerdos. En caso de que se trate de magistrados o funcionarios en ejercicio, se peticionarán informes sobre su desempeño y si tiene faltas u omisiones y/o sanciones en el desarrollo de sus funciones[91].

Luego, el postulante es entrevistado por los legisladores en reunión especial convocada al efecto, con el objeto de tomar conocimiento directo y requerirle las aclaraciones y explicaciones que estimen pertinentes, para constatar la idoneidad en el cargo (o función) en el que ha sido propuesto.

---

Cámara, se devuelva al Ejecutivo una vez vencido el plazo de ciento veinte (120) días. Esta práctica senatorial se acerca más a una acción de cortesía que a un mecanismo pulido desde lo técnico, pero que –sin embargo- encontramos apropiado.

**90.** Conforme Artículo 193 del Reglamento de la Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires.

**91.** Artículo 193 del Reglamento de la Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires.

Es pertinente mencionar en este punto del procedimiento que, de acuerdo a los reglamentos que guían la actuación del Consejo de la Magistratura y del Senado, el candidato debe sortear dos entrevistas formales.

Retomando el *iter*, cabe puntualizar que los dictámenes por unanimidad emitidos por la Comisión ingresan directamente al Orden del Día de la sesión en la cual la Cámara tome conocimiento del mismo, en concordancia con lo prescripto por el artículo 38, inciso d) del Reglamento citado[92]. Una vez en el recinto, el Acuerdo debe ser aprobado por mayoría absoluta en sesión pública. En caso de alcanzar el número de votos positivos necesarios se notifica al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos[93].

Por último, es importante señalar que, como ha dicho la Suprema Corte "con el acuerdo se suma un componente de validación política, en tanto los senadores, bien sabido es, integran un espacio institucional plural y representativo de la voluntad popular (arts. 1, 2, 59, 60, 61, 68, 69, 75, 78 y concordantes, Const. prov.), que enriquece la nominación del Ejecutivo, pero no constituye por ello "la designación"[94].

### VII.3.2. Rechazo del Senado

A continuación, abordaremos la cuestión referida a las consecuencias del rechazo por parte del Senado.

---

**92.** Ver artículo 193 del Reglamento de la Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires.
El artículo 38, en su inciso d), señala: "El Orden del Día estará formado con: … d) Con los dictámenes por unanimidad producidos por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Acuerdos, referidos a prestación de acuerdos, que hubieran tenido entrada en la misma sesión".

**93.** Se comunica en los siguientes términos: "*Tengo el agrado de dirigirme al Sr/Sra. Gobernador con el objeto de comunicar a ese Poder Ejecutivo, que el Honorable Senado en sesión del día [FECHA], ha prestado acuerdo que prescribe el artículo 175 de la Constitución Provincial, para efectuar la siguiente designación: Departamento Judicial [ESPECIFICAR DTO.], Juzgado de Primera Instancia [ESPECIFICAR JUZGADO] y [NOMBRE DEL POSTULANTE]*". Desde lo formal, se indica el número de expediente del Senado y suscriben el documento el Presidente de la Cámara de Senadores y el Secretario Legislativo.

**94.** SCBA, causa A. 70.444, "Decastelli, Héctor Hugo contra Provincia de Buenos Aires. Pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", sent. del 1-IV-15.

En primer lugar, se discute si el Senado debe o no expresar los fundamentos o motivos por los cuales rechaza a un candidato propuesto por el Ejecutivo. Consideramos que siempre se deben expresar las razones por las cuales se impugna porque dicho comportamiento viene impuesto por la forma republicana de gobierno adoptada. Sin embargo, en la práctica institucional cuando se niega el acuerdo no se expresan los motivos en forma escrita; en ciertos casos, podrá la persona involucrada valerse de las discusiones que precedieron la votación –en versión taquigráfica-.

A partir de lo dicho, es posible preguntarse si la persona rechazada puede cuestionar la decisión adoptada y, en caso de responder afirmativamente, ante quién debe incoarse la pretensión. Para una vertiente el acuerdo senatorial no es un acto preparatorio, por lo que puede ser revisado por el Poder Judicial en caso de que se violen los elementos reglados de la decisión o que haya un ejercicio irrazonable de la discrecionalidad[95].

Por nuestra parte, consideramos que el acuerdo forma parte de los aspectos políticos del procedimiento, por tal motivo, la decisión de no prestar consenso es –en principio- una cuestión exenta de control judicial. Sin embargo, se podrá recurrir a la justicia cuando se haya cometido un grosero error en el procedimiento (error en la persona; votación mal computada como desaprobada), pero no se podrá tratar en los tribunales el núcleo de la decisión.

En segundo término, en caso de que el Senado haya rechazado el acuerdo se plantea cuál es el camino a seguir: presentación

**95.** Comadira, Julio, *El control judicial de las decisiones del Consejo de la Magistratura*, en AA.VV., Control de la Administración pública, p. 37.

de otro candidato de la terna o la convocatoria automática a un nuevo concurso para cubrir esa vacante. Al respecto, consideramos que es el Poder Ejecutivo el que debe decidir al respecto, si considera que el rechazado era el único candidato posible solicitará al Consejo de la Magistratura provincial que, en virtud de la falta de acuerdo, se lleve adelante un nuevo concurso al respecto. Por el contrario, si estima que es posible recurrir a otro candidato de la terna, podrá presentar su pliego. Entendemos que así se logra un equilibrio entre la terna vinculante del Consejo, la elección del Ejecutivo y las atribuciones del Senado[96].

Si el Senado pudiera rechazar y enviar automáticamente al Consejo para que realice una nueva convocatoria, las atribuciones del Senado serían de tal magnitud que todo dependería de su voluntad y, por el otro, reduciría la potestad del Ejecutivo a su mínima expresión.

En Nación, la ley del Consejo de la Magistratura tiene previsto la solución específica para tales supuestos. En efecto, el artículo 13 señala que "el rechazo por el Senado del pliego del candidato propuesto por el Poder Ejecutivo importará la convocatoria automática a un nuevo concurso para cubrir la vacante de que se trate".

### VII.3.3. Derecho público comparado

En la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires el artículo 118[97] establece que, si dentro del plazo de sesenta días no se expide

**96.** Debemos remarcar una diferencia respecto a lo dicho en la etapa anterior. En este caso, el Ejecutivo podría requerir que se realice un nuevo concurso, pero no porque no quiere designar a ninguno de ellos –lo cual, como dijimos estaría vedado-, sino porque el Senado le vetó formalmente prestarle acuerdo al candidato elegido. Esa nota justificaría la posibilidad de requerir un nuevo concurso.

**97.** El artículo 118 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires reza: "Los jueces y juezas son designados por el voto de la mayoría absoluta de la Legislatura, a propuesta del Consejo de la Magistratura. En caso de que la Legislatura rechace al candidato propuesto, el Consejo propone a otro aspirante. La Legislatura no puede rechazar más de un candidato por cada vacante a cubrir. Debe pronunciarse dentro de los sesenta días hábiles, excluido el receso legislativo. Si vencido dicho plazo no se hubiere pronunciado, se considera aprobada la propuesta".

la Legislatura -unicameral- se considera aprobada la propuesta. Por su parte, la Constitución de Chubut en su artículo 166[98], indica que la designación de los jueces inferiores está a cargo del Consejo de la Magistratura con acuerdo de la Legislatura. Éste se presta en sesión pública que se celebra dentro de los treinta días corridos del ingreso del pliego respectivo. Se considera aprobado si transcurrido dicho plazo no hay decisión afirmativa de la Legislatura o si no es rechazado mediante el voto fundado de los dos tercios del total de sus miembros.

### VII.3.4. Supuesto del candidato escogido que declina su voluntad de ser designado

Una cuestión particular se podría presentar si estando el pliego en el Senado el candidato manifiesta su intención de no ser designado. En este supuesto, priorizando la necesidad que tiene el Estado de designar a una persona en el cargo de juez, consideramos que el Ejecutivo podría, si así lo considera, promover a otro de los candidatos ternados.

El Reglamento Complementario del Consejo señala que "En todas las ternas se deberá agregar una lista complementaria compuesta por un número de cinco (5) postulantes, que serán elegidos/as siguiendo el orden de prelación de cada orden de mérito definitivo. En caso de listas conjuntas este listado estará conformado por cinco (5) postulantes por cada vacante a cubrir y hasta un máximo de quince (15) persona"[99]. Al respecto, cabe puntualizar que el Ejecutivo deberá incorporar a los pos-

**98.** El artículo 166 de la Constitución de Chubut señala: "Los Ministros del Superior Tribunal de Justicia, el Procurador General y el Defensor General son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura, prestado con el voto de los dos tercios del total de sus miembros. Los Jueces Letrados, Fiscales y Defensores, son designados por el Consejo de la Magistratura con acuerdo de la Legislatura. Este se presta en sesión pública que se celebra dentro de los treinta días corridos del ingreso del pliego respectivo. Se considera aprobado si transcurrido dicho plazo no hay decisión afirmativa de la Legislatura o si no es rechazado mediante el voto fundado de los dos tercios del total de sus miembros".

**99.** Artículo 7 del Reglamento Complementario.

tulantes siguiendo estrictamente el orden de prelación establecido en ella.

### VII.3.5. ¿Es posible dejar sin efecto un acuerdo del Senado? El fallo "Decastelli"

En la causa "Decastelli"[100] la Suprema Corte de Justicia tuvo oportunidad de analizar el supuesto referido a la posibilidad de "resignar" una designación. Esto es, si el Ejecutivo puede remitir un nuevo pliego al Senado habiendo éste prestado previamente su conformidad a un candidato, o retirar el que se encuentra pendiente de tratamiento.

En primer término, el fallo afirma que una interpretación sistémica no permite aducir que, brindado el consentimiento senatorial, el retiro o modificación de la propuesta sean prohibidos, ni que el Gobernador esté compelido a perfeccionarla mediante el nombramiento, bajo cualquier circunstancia, como única e imperativa solución. Se señala que un automatismo que no dejara el menor resquicio institucional para disponer algún cambio o discontinuidad ante el eventual acaecimiento de circunstancias graves o sobrevinientes sería contraproducente[101].

A ello, agrega que si bien el consentimiento del Senado resulta un acto de notable importancia institucional, sin embargo no define la situación subjetiva del nominado, ni consolida en él otro derecho que el de exigir -en su caso- al Poder Ejecutivo la decisión oportuna y expresa sobre la cobertura de la vacante judicial a la que aspira acceder[102]. Gráficamente la Suprema Corte pronuncia

**100.** SCBA, causa A. 70.444, "Decastelli, Héctor Hugo contra Provincia de Buenos Aires. Pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley".

**101.** Punto III, 1, d) último párrafo del voto del Dr. Soria.

**102.** Igualmente reconocemos que el candidato que se encuentre en dicha circunstancia difícilmente le reclame al Poder Ejecutivo, encargado de decidir la designación, una definición.

que el acuerdo senatorial marca uno de los últimos tramos de un camino que refleja ese angostamiento progresivo del arbitrio del Ejecutivo.

Ahora bien, lo afirmado no implica que se pueda interpretar que "resignar" un nombramiento sea el reverso de "nombrar". Para que ello pueda realizarse legítimamente, deben mediar circunstancias objetivas que, ponderadas en función del interés público comprometido, conviertan en irrazonable la designación.

Con esta base, el fallo se adentra a definir el aspecto central de la causa, esto es, si es posible que el Ejecutivo, sin cortapisa alguna, pueda dejar sin efecto la postulación que realizó y el Senado aprobó. La respuesta, por principio, es negativa, salvo que medie una situación extraordinaria o excepcional que así lo justifique.

Así, la posibilidad de remitir otro pliego habiéndose aprobado uno previamente -una suerte, de pliego deroga pliego- sólo es posible ante la presencia de causas graves debidamente acreditadas. En opinión de la Suprema Corte, esto es viable en casos de cambio normativo que incida en el cargo judicial a llenar -por ejemplo, si, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 166, párrafo tercero, de la Constitución, el legislador suprime o introduce modificaciones fundamentales en la organización del fuero correspondiente-; o en algún suceso que involucrase especialmente a la persona propuesta para ocuparlo -comisión de un delito, grave enfermedad, hechos sobrevinientes que mellan la compatibilidad del juicio de idoneidad originario con el interés público implicado-[103].

Consecuentemente, sin perjuicio de los hechos que envolvieron al caso "Decastelli" y que son harto conocidos, la Suprema Corte

**103.** Punto III, 3, a)-b) del voto del Dr. Soria.

entendió que es compatible con la Constitución un comportamiento como el practicado en la medida que se presenten estas circunstancias excepcionales o graves que permitan alterar el orden natural del proceso.

La cuestión radica en determinar qué se entiende por causa excepcional o grave y su debida acreditación.

### VII.3.6. El novedoso caso planteado por el Decreto Nº 773/20. Pedido de devolución de los pliegos al Senado

En este precedente, el Poder Ejecutivo Provincial le solicitó a la Cámara de Senadores la remisión de los diferentes pliegos que, a la fecha del requerimiento, no contaban con el acuerdo del Senado. Vale destacar que entre los meses de junio y agosto de 2019, la exgobernadora Vidal remitió una serie de propuestas a la mencionada Cámara; posteriormente, en los meses de agosto (PASO) y octubre (elección general) se dieron las elecciones que dieron como ganador al candidato de la oposición. Por prudencia política, la Legislatura decidió no tratar los pliegos hasta que no hubieran tomado posesión de sus cargos los legisladores electos.

En ese marco, el Gobernador electo le requirió al Senado en septiembre de 2020, la devolución de los mismos a fin de que, en el plazo perentorio de sesenta (60) días corridos contados a partir de la devolución efectiva de los pliegos, proceder a un estudio de las ternas propuestas oportunamente por el Consejo de la Magistratura[104]. Es decir, le requirió al órgano legislativo los pliegos

**104.** No debe olvidarse que el inicio de la pandemia del Covid-19 tuvo lugar en el mes de marzo de 2020, lo que implicó un cambio radical en el orden de prioridades gubernamentales.

para poder, previo análisis, ratificar o rectificar la elección de los candidatos a magistrados[105].

Otra cuestión a destacar es que la alianza electoral Cambiemos contaba con mayoría en el Senado con veintiséis (26) miembros contra veinte (20) de la alianza Frente de Todos. Este dato es preciso ponderarlo porque de no haberse dado esta mayoría, seguramente el resultado hubiere sido otro.

El Poder Ejecutivo sostuvo dos líneas argumentales en el Decreto para justificar la novedosa actuación, por un lado, indicó que hasta la fecha del dictado del acto administrativo (7/9/2020) los pliegos no contaban con tratamiento por parte del Senado, lo cual –desde esta postura- generaba una oportunidad para requerirlos. Es decir, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo "Decastelli" en cuanto a que a medida que se avanza se estrecha las posibilidades, el Ejecutivo consideró que podía reclamarlos porque no se le estaba exigiendo al Senado que deje sin efecto su actuación, sino que se los devolviera antes de actuar. Implícitamente, el Ejecutivo reconocía que los pliegos estaban fuera de su campo de actuación material, atento que se encontraban en el ámbito de acción del Senado.

Por el otro, que la valoración efectuada, y su ordenación al interés público, deba revalidarse al tiempo del nombramiento -momento en que se expresa la voluntad del Poder Ejecutivo de forma vinculante-, por ser de carácter subjetivo, frente a lo cual resultaba -en opinión del Gobierno- razonable, y una medida

**105.** El Poder Ejecutivo solicitó, en concreto, la devolución de los pliegos oportunamente remitidos al Honorable Senado de la Provincia, mediante los Mensajes N° 3867, 3876, 3877, 3878, 3879, 3880, 3881, 3882, 3883, 3884, 3885, 3886, 3887, 3888, 3889, 3890, 3891, 3892, 3893, 3894, 3895, 3896, 3897, 3898, 3899, 3900, 3901, 3902, 3903, 3904, 3905, 3906, 3907, 3908, 3909, 3910, 3911, 3912, 3913, 3914, 3915 y 3916.

prudente, solicitar la inmediata devolución de los pliegos para su revisión.

En base a los hechos y fundamentos explicitados el Ejecutivo dictó el mencionado decreto. Como contestación a ello, el Senado, lejos de compartir la opinión, trató y aprobó la totalidad de los pliegos que estaban en su esfera en forma casi inmediata.

Finalmente, luego de varios meses, debemos decir que la mayoría de los candidatos fueron designados por el Ejecutivo.

En nuestra opinión, dado que, en orden a asignar legitimidad al acto de nombramiento, la valoración subjetiva efectuada debe orientarse a la concreción del interés público comprometido, por lo que devino legítimo admitir una revisión de la selección con base en una mutación del concepto de interés público (cambio de autoridades por el voto popular). Los partidos políticos, en definitiva, resultan de la expresión de distintas visiones sobre el interés público[106].

### VII.4. Segunda intervención del Poder Ejecutivo

#### VII.4.1. Designación por decreto

Una vez que el Senado prestó su conformidad, el Poder Ejecutivo se encuentra habilitado a dictar el decreto por el cual se designa a la persona como juez. Este consiste en la manifestación de voluntad por la cual se corona el procedimiento. Su importancia es mayúscula, porque a partir de su notificación y publicación

**106.** Igual situación, pero con un resultado diferente, aconteció en el orden federal al asumir el actual Presidente de la Nación quien, a través de su Ministro de Justicia, y sin dictado de decreto alguno, le requirió al Senado Nacional la devolución de los pliegos existentes en su poder para una revisión. El órgano colegiado aceptó y renovó la posibilidad de analizar y, fundamentalmente, de poder elegir al candidato de la terna vinculante.

en el Boletín Oficial, la persona adquiere la condición jurídica de "magistrado nombrado", con todos los efectos jurídicos que esto implica[107].

La práctica institucional muestra que, desde la implementación del Consejo de la Magistratura hasta nuestros días, los distintos gobernadores no han motivado las designaciones, lo que representa un aspecto sustantivo. Los decretos de nombramiento se limitan a individualizar el nombre y apellido, documento nacional de identidad y el cargo para el cual han sido designados[108].

## VII.5. Intervención de la Suprema Corte

### VII.5.1. Juramento y posesión del cargo

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 179 de la Constitución Provincial, los Jueces de la Suprema Corte juran, ante su presidente, desempeñar fielmente el cargo y, a su vez, el Presidente jura, al mismo efecto, ante el resto de los miembros de la Suprema Corte. Los restantes harán lo propio ante quien determine el Máximo Órgano judicial. Asimismo, el artículo 32, inciso g), de la Ley Nº 5827 señala que es atribución del Tribunal: "g) Recibir juramento de Magistrados y funcionarios".

Por Acordada Nº 2159 del 26 de agosto de 1986 y modificatorias, se dispuso el mecanismo para hacer efectivo la manda constitucional. Así, prestan juramento ante la Suprema Corte los jue-

**107.** Los pasos procedimentales resultan ser los siguientes: apertura del expediente por parte de la Subsecretaría de Justicia con la comunicación del Consejo de la Magistratura de la terna; nota suscripta por el titular del Ministerio de Justicia al área legal del Gobernador con su recomendación; análisis y control jurídico de la documentación; confección del proyecto de acto administrativo; suscripción del mismo por el Gobernador y refrenda del decreto por parte de los Ministros de Justicia y Derechos Humanos y Gobierno; registro del acto administrativo; comunicación a la Suprema Corte de Justicia; la notificación al postulante seleccionado y, finalmente, la publicación en el Boletín Oficial.

**108.** Desde el punto de vista formal, sería conveniente, además de la motivación aludida, que los decretos de designación consignen la siguiente información indispensable para un debido control por parte de la ciudadanía, a saber: número de concurso, terna de profesionales elevada indicándose los nombres y apellidos, número de mensaje del Poder Ejecutivo (acuerdo), fecha de intervención de la Comisión y de aprobación por parte del Senado.

ces de ese tribunal (artículo 1), mientras hacen lo propio ante la Cámara de Apelación departamental del fuero respectivo: a) los Jueces de Cámara y b) los Jueces de Primera Instancia con sede en el partido cabecera departamental (artículo 3, incisos a y b).

A su vez, los jueces de primera instancia con asiento en partidos que no sean cabecera departamental, tienen que prestar juramento en la ciudad en que desempeñarán sus funciones y ante el magistrado que determine la Cámara de Apelación de la cual jurisdiccionalmente dependan (artículo 5).

Por su parte, los Jueces de Paz Letrados que se encuentren en igual situación a la prevista en el párrafo anterior, deben jurar también en la ciudad asiento del Juzgado para el que han sido designados y ante el magistrado que determine la Cámara de Apelación en ejercicio de la superintendencia departamental.[109]

A su turno, prestan juramento ante el Presidente de la Suprema Corte de Justicia o ante el Ministro del Tribunal o Presidente de la Cámara de Apelación que aquél designe, los Jueces de los Tribunales del Trabajo, siempre que se trate de organismos que se constituyan. Posteriormente, lo harán ante sus respectivos Presidentes (artículo 7).

Finalmente, el artículo 10 de la mencionada Acordada establece que los juramentos de los magistrados y funcionarios judiciales deben ajustarse a las formulas allí consignadas[110].

---

**109.** Finalmente, el artículo 9 de la Acordada reza: "En el Departamento Judicial de La Plata prestarán juramento: I. Ante la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial respectiva, sus Jueces...II. Ante la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial los años impares y ante la Cámara Segunda los años pares. a) Los Jueces de Primera Instancia en lo Civil y Comercial...c) El Juez Notarial de la Provincia".

**110.** A saber: a) "Juro ante dios, por la patria y sobre estos santos evangelios desempeñar lealmente el cargo de ... (nombrar el cargo), observando la constitución y leyes de la nación como de la provincia. Si no lo hiciere, dios y la patria me lo demanden". b) "Juro ante dios, por la patria desempeñar lealmente el cargo de ... (nombrar el cargo), observando la constitución y leyes de la nación como de la provincia. Si no lo hiciere, dios y la patria me lo demanden". c) "Juro por la patria desempeñar lealmente el cargo de ... (nombrar el cargo), observando la constitución y leyes de la nación como de la provincia. Si no lo hiciere, la patria me lo demande".

### VII.5.2. Definición

Los seres humanos, a lo largo del tiempo, han recurrido a diversas formas para comprometerse solemnemente en el ámbito público, siendo el juramento el mecanismo predilecto que sirve de garantía de la palabra empeñada, ya sea como compromiso de una acción futura o como testimonio de lo percibido por sus sentidos. Algunos autores entienden que cualquier modo de comprometerse a través de fórmulas solemnes, como el juramento o la promesa, tiene cierta connotación o evocación religiosa o mística[111].

Según la definición de Grossi, el juramento resulta ser "el compromiso, asumido en forma expresa y solemne mediante la apelación a valores éticos profusamente difundidos y compartidos en la comunidad, según un rito y una fórmula prefijados, de seguir en el futuro un comportamiento inspirado en la fidelidad y lealtad respecto a los deberes de orden general o particular".[112]

En los considerandos de la Acordada Nº 2159 se dice: "Que el juramento que deben prestar los magistrados y funcionarios judiciales al ser puestos en posesión de sus cargos constituye un compromiso moral, públicamente asumido, de ejercerlos con lealtad y observando la Constitución y Leyes, así de la Nación como de la Provincia. Que tal circunstancia, de significación esencialmente republicana, señala la necesidad de que se facilite la concurrencia al acto de juramento de los integrantes de la comunidad en

**111.** Sunstein, Cass, *Unity and Plurality: The case of Compulsory Oaths*, en Yale Journal of Law & The humanities; Symposium: language, law and compulsion, 1990, Vol 2: 101. El autor mencionado concluye que: "*In any case, the existence of a unitary and worthy tradition, connecting previous as well as existing members of acommunity, is the issue to which oaths of attachments are an attempted response. The conventional… Compulsory oaths of attachment have a bad name among many of us, and for quite good reasons; but it would not be easy to live in a world without them, or at least without surrogates doing some of the social work that they do*".

**112.** Grossi, Pierfrancesco, Giuramento (Diritto Constituzionale), en *Enciclopedia del Diritto, XIX*, Milán, Giuffré, 1970, p. 144. Por su parte, la Real Academia española define al concepto de "juramento constitucional" como el "compromiso de respetar y guardar la Constitución, que es requisito para desempeñar cargos públicos.". Ver: Diccionario panhispánico del español jurídico, disponible en: https://dpej.rae.es/lema/juramento-contitucional (Consultado el 1/3/24).

que los magistrados y funcionarios desempeñarán sus funciones".[113]

### VII.5.3. Función

Emplazado entre la elección y el ejercicio de la magistratura, el juramento en el Derecho se identifica con el acto o tiempo de la aceptación del oficio; desde esta visión, esta acción previa en su uso y ejercicio asume una singular centralidad desde la perspectiva de la concesión de la jurisdicción, al punto que -en el pasado- hasta la concreción material de este rito se tenía al nombrado sólo *in habitu* por fuerza de su elección o título y, por ello, su falta hacía que el recibido sin él se tuviera por usurpador del oficio, y que todo lo que obrara fuera nulo por defecto de jurisdicción[114].

El acto de jurar y la intervención en éste de las personas encargadas de llevarlo adelante, lo que hoy denominamos funcionarios públicos, implicaba también dotar a la envestidura del necesario *rito público* para que la persona sea considerada como tal frente a la comunidad. El juramento implicaba la entrega simbólica del *bien* concedido.

En la actualidad, determina el momento a partir del cual el nombrado puede válidamente ejercer su magistratura, esto es, *decir*

---

**113.** La Constitución de los Estados Unidos prevé, en el artículo VI, un mandato genérico de juramento o promesa de sostener la Constitución para Senadores, Representantes, miembros de las Asambleas Legislativas de los diversos estados, así como todos los funcionarios ejecutivos y judiciales. El Presidente también está obligado a hacerlo. En todos los casos, se especifica que no se podrá exigir *"requisito religioso alguno para desempeñar ningún cargo o empleo, retribuido o de confianza, bajo la autoridad de los Estados Unidos"*.
Los jueces de la Suprema Corte deben prestar el juramento regulado en el Título 28, Capítulo I, Parte 453 del Código de los Estados Unidos: "*Yo, [NOMBRE], juro (o prometo) solemnemente que administraré justicia sin importarme a quién, tratando por igual a ricos y pobres, y que cumpliré y ejecutaré fiel e imparcialmente las obligaciones que me correspondan como [TÍTULO] de conformidad con la Constitución y las leyes de los Estados Unidos. Con la ayuda de Dios*". Por su parte, los jueces federales lo hacen bajo la siguiente fórmula: "*Juro (o prometo) solemnemente que administraré justicia sin importarme a quién, tratando por igual a ricos y pobres, y que cumpliré y ejecutaré fiel e imparcialmente las obligaciones que me correspondan, conforme a mis mejores habilidades y entendimiento, de acuerdo con la Constitución y las leyes de los Estados Unidos. Con la ayuda de Dios*".
Igual tratamiento, se observa en Francia (artículo 6 de la Ordenanza 58-1270 del 22 de diciembre de 1958) y Alemania (artículo 28 de la Ley Alemana del Poder Judicial).

**114.** Barrientos Grandon, Javier, *El oficio y su juramento en una cultura jurisdiccional,* Revista Estudios Históricos-Jurídicos, 2020, N° 42 [citado 2024-03-15], pp.783-809.

*el derecho* y, como correlato, el tiempo a partir del cual sus acciones pueden generar responsabilidad[115].

### VII.5.4. Juramento como ocasión para el control de la designación

#### VII.5.4.1.

A partir del plexo normativo referenciado y de las consecuencias que acarrea, cabe preguntarse si el juramento se trata de una mera formalidad que los designados deben cumplir en acto público para que se tenga una fecha cierta a partir de la cual pueden ejercer su oficio; o si, por el contrario, además, se trata de una instancia sustancial en la cual la Suprema Corte verifica la regularidad de la incorporación de la persona nombrada –edad, tiempo de ejercicio de la profesión, etc.-.

La Suprema Corte se ha posicionado en esta segunda vertiente desde sus albores (1887). Así, en ocasión de intervenir en el caso Varela sostuvo: "…la admisión de un Vocal nombrado con las expresadas circunstancias del decreto citado, afectaría la organización misma del Tribunal de constitucionalidad, viciando sus procedimientos ulteriores. Que esto se comprende fácilmente, si se tiene presente que la Constitución prohíbe el juzgamiento por comisiones o tribunales especiales, en cuya categoría se convertiría la Corte con la admisión de miembros que careciesen de las condiciones requeridas, o hubiesen sido nombrados con infracción del procedimiento constitucional. Que pudiendo comprometerse la existencia constitucional del Tribunal, según lo expuesto, la Suprema Corte está en el deber de defenderla y tiene

**115.** En el mismo sentido ver: Barrientos Grandon, Javier, *La cultura jurídica en la Nueva España*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1993, pp. 102-120;

la facultad de resolver el conflicto, porque es la única autoridad encargada de interpretar la Constitución y de dirimir todo desacuerdo entre los poderes del Estado, aún con la Corte misma. Que estando prescripto por la Constitución que los miembros de este Tribunal deben prestar juramento de desempeñar fielmente su cargo, la Corte al señalar la audiencia para dar cumplimiento a esta formalidad debe examinar si el nombrado reúne las condiciones y requisitos exigidos por la Constitución"[116].

Más cerca en el tiempo, la Suprema Corte ha suspendido la jura de jueces designados por distintos motivos, a saber: carencia en el ejercicio de la abogacía (Resolución SC Nº 890/69); magistrados imputados o procesados penalmente (Resoluciones SC Nº 3389/15, Nº 63/16, Nº 403/16[117] y Nº 814/19[118]), entre otros.

A partir de los antecedentes referenciados, podemos afirmar que el Máximo Tribunal local entiende que: 1) actúa como consecuencia de ser la máxima autoridad del Poder Judicial de la Provincia; 2) el juramento no es una formalidad sino la ocasión para ejercer el control de la designación; 3) este control se da en ejercicio de función administrativa -superintendencia-; 4) no resulta necesario la existencia de un *caso*; 5) tiene la atribución de suspender temporalmente o impedir la jura y tome posesión del cargo si entiende que el candidato no cumple con los requisitos constitucionales; 6) se encuentra habilitado para declarar la inconstitucionalidad de oficio del acto de designación.

**116.** Acuerdos y Sentencias, T. II, serie 3a, p. 52 y siguientes. En esa oportunidad la Suprema Corte referenció que la atribución constitucional que habilitaba su actuación (control de los requisitos) reposaba en la competencia para dictarse su propio reglamento y establecer medidas disciplinarias.

**117.** En este caso, la Corte declaró la inconstitucionalidad del Decreto Nº 63/16, al entender que "al momento de dictarse el decreto nº 63/16, el trámite del proceso de designación se encontraba en la esfera de esta Suprema Corte, órgano competente para arbitrar lo conducente para la toma de posesión del cargo de los magistrados designados (art. 179 Const. Prov.) incluido el análisis de los requisitos constitucionales que deben cumplirse, como también de las circunstancias excepcionalísimas que podrían justificar la postergación o interdicción de tales actos".

**118.** En este caso, referenció en los fundamentos de la medida que "es deber del Tribunal obrar con suma prudencia en la puesta en funciones de los magistrados". Consecuentemente, no se trata de una instancia instrumental sino del ejercicio de sus atribuciones constitucionales.

### VII.5.4.2.

Como consecuencia de lo dicho debemos puntualizar que, en opinión de la Suprema Corte, la actuación del Consejo de la Magistratura y de los restantes poderes es –en principio- modificable. En efecto, al considerar que el juramento es la oportunidad procedimental que tiene el Poder Judicial de controlar el regular ingreso del juez, esta afirmación conlleva la *obligatoriedad* de advertir ante el incumplimiento de alguno de los recaudos[119].

### VII.5.4.3. Control en el ámbito Federal

Preliminarmente, debemos decir que en la órbita federal el texto constitucional no prevé el juramento, sino que dicha obligación surge del artículo 7 del Decreto Ley Nº 1285/58, cuyo texto prevé que los magistrados antes de asumir su cargo deben jurar de desempeñar sus obligaciones administrando justicia bien y legalmente, y de conformidad con lo que prescribe la Constitución Nacional.

Sentado ello, debemos indicar que la Corte Suprema de Justicia ha tenido una interpretación un tanto zigzagueante. En los primeros fallos sobre el control de las designaciones indicó que no correspondía a la jurisdicción originaria del Tribunal la declaración de ser ilegal el nombramiento de un juez federal (causa "Coronado") [120].

---

**119.** Ahora bien, en los casos en que está en juego no es la falta del requisito, sino la interpretación que sobre el punto tiene la Corte, la situación es más compleja. Ello así, porque la Constitución ha previsto expresamente que el órgano encargado de seleccionar a los magistrados sea el Consejo de la Magistratura.
En consecuencia, ante estas circunstancias se podría entender que: i. la Suprema Corte debe ser deferente con la interpretación dada por el órgano constitucional -en cuyo caso, los límites estarán dados por el desapego sin fundamento del texto legal o por la irrazonabilidad de la interpretación dada; al respecto, ver: Mairal, *ob. cit.*, pp. 43 y 658/667; en especial la mención a los fallos *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 US 134 (1944), *Bowles v. Seminole Rock & San Co*, 325 US 410 (1945) y *Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 467 US 837 (1984)-. Sobre el punto debemos recordar que el Consejo se encuentra presidido por un Ministro, el cual institucionalmente ha tomado intervención en el proceso; ii. o si, por el contrario, la Corte puede interpretar sin ataduras ni límites, en cuyo caso, entendemos debería fundamentar acabadamente el punto y promover el diálogo institucional.

**120.** "Coronado, Juan", Fallos: 48:462 (1892).

En ese mismo sentido, unos años más tarde, en el fallo "Becker" la Corte repitió el concepto: "Que recibido el juramento por la Cámara Federal y producida con él la incorporación de un nuevo miembro está fuera de las atribuciones de esta Corte examinar los títulos de las atribuciones de esta Corte examinar los títulos de este último en oportunidad de las integraciones...Esta (Corte Suprema) ha declarado, por lo demás, que no le asiste la facultad de decidir si los magistrados incorporados a la justicia federal reúnen o no las condiciones necesarias para su nombramiento"[121]. Criterio reiterado en "Rodríguez de Di Domenico, A"[122].

Se llegó a consignar que, como principio, los actos en que la Corte Suprema o su Presidente toman juramento, no importan decisión sobre la validez de la investidura ostentada por quien la presta, dado que lo contrario implicaría, por prejuzgamiento, decidir por fuera de la oportunidad prevista en los artículos 100 y 101 de la Constitución Nacional, con olvido de que al tomar juramento integra un proceso necesario para el ejercicio de las funciones de quien lo presta, pero sin conferirle título ni pronunciarse sobre la legitimidad o ilegitimidad de éste[123].

Sin perjuicio de lo expuesto, en otras oportunidades, la misma Corte ha sostenido su competencia para controlar las designaciones. Así, en la causa "Aramayo"[124] afirmó que le compete la producción de aquellos actos de gobierno que, como cabeza de poder y órgano supremo de la organización Judicial argentina, fuesen necesarios para garantizar la investidura de los jueces nacionales, incluido el juicio sobre la existencia de dicha investidura, en la medida en que ella ineludiblemente lo requiera. Criterio que

**121.** "Becker, Juan Sigfrido y otros", Fallos: 208:37 (1947).
**122.** "Rodríguez de Di Domenico, A.", Fallos: 253:405 (1962).
**123.** "Gutiérrez, Rodolfo", Fallos: 252:288 (1962). Voto del Dr. Boffi Boggero.
**124.** "Aramayo, Domingo Raúl. Dufourq, Félix E.", Fallos: 306:72 (1984)

reiteró en causas "Cámara Nacional"[125] y "Luraschi"[126], entre otros.

Asimismo, debemos referenciar que también ha practicado el control en ejercicio de función administrativa. En las Resoluciones Nº 10 y 14 de marzo de 1903, en las cuales la Corte Suprema no le tomó juramento a un juez letrado nombrado en comisión por el Presidente Provisional del Senado, sin que éste último hubiera prestado juramento exigido por el antiguo artículo 80 de la Constitución Nacional[127]. De la fundamentación de los actos podemos extraer las siguientes palabras: "La Suprema Corte no es un poder automático. Tiene el deber, en este caso, de examinar y discernir si el acto motivo del cual se le llama al cumplimiento de una función propia, reviste o no la validez necesaria para expedir el acto de que se trata, mayormente, cuando la Corte haya debido intervenir para el ejercicio de sus funciones. Si la Suprema Corte hubiera dejado de observar que el Dr. Uriburu no ha cumplido ese requisito, que es el juramento que debido prestar ante ella y aceptar el nombramiento de juez que ha hecho para el Territorio de Santa Cruz, recibiéndole el juramento de ley, con razón merecería este tribunal el cargo de poco celo en el cumplimiento de sus atribuciones, desde que permitiría el desconocimiento de estas, y lo que es peor, se haría cómplice con el presidente provisorio del Senado, de violación de la ley, aceptando como legítima la que este ha hecho de ella al entrar a desempeñar el Poder Ejecutivo nacional".

Como podemos observar de la descripción efectuada, la Corte Suprema de la Nación ha intervenido, de modo previo, en el control de los requisitos de las personas llamadas a desempeñarse

**125.** "Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional s/ necesidad de pronunciamiento con relación a situación del Juez Dr. Julián del Castillo", Fallos: 313:330 (1990).

**126.** "Luraschi s/Cámara comunica expte. 14695 (no tomar juramento)", Fallos: 313:1038 (1990).

**127.** Revista La Ley, T° 130, pp. 24 y siguientes.

como magistrados de la Nación. Es decir, también ha considerado necesario y obligatorio efectuar una supervisión de los recaudos, impidiendo o dilatando, de ser necesario, que una persona asuma si no reúne los requisitos.

## VIII. A MODO DE CIERRE

### VIII.1.

La reforma constitucional de 1994 tuvo un objetivo bifronte con la creación del Consejo de la Magistratura, por un lado, dotar de mayor independencia al Poder Judicial y, por el otro, limitar las competencias del Poder Ejecutivo en la materia[128].

### VIII.2.

El diseño constitucional pergeñado ubicó al Consejo de la Magistratura, atento su previsión en el propio texto fundamental, con el ropaje de *organismo constitucional* con todas las garantías funcionales que ello implica, dando satisfacción a los estándares de imparcialidad, objetividad y autonomía requeridos para esta clase de entidades. Es decir, dentro del escenario institucional local, se le otorgó la forma más adecuada conforme las funciones a desempeñar y a la jerarquía con la que se pretendió dotarlo.

Además, el mentado artículo 175 de la Constitución estableció los lineamientos para la concreción del concurso público. Así, indicó que en éste se debe privilegiar la idoneidad, solvencia moral y el respeto a las instituciones democráticas y derechos humanos, en un proceso público con pautas de valoración legalmente prede-

**128.** Ver: Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente 15° sesión del 10 de septiembre de 1994, 15° Sección, 17ma reunión, p. 1977.

terminadas en el cual, todas las personas que reúnan los requisitos puedan presentarse.

De esta manera se cumplió con los estándares propios de esta clase de organismos, esto es, que los candidatos tengan que demostrar, en el ámbito de una competencia pública, convocada con la debida antelación y publicidad, ser personas formadas en Derecho, pero que a la par sean íntegras; debiendo ser evaluadas bajo mecanismos y pautas objetivas, proscribiendo cualquier tipo de trato discriminatorio.

### VIII.3.

En ese marco, el Consejo de la Magistratura tiene asignado un rol destacado en el procedimiento de selección y designación de los magistrados en la Provincia de Buenos Aires, atento que -como hemos visto- tiene a su cargo el concurso público en el que se selecciona a los candidatos que conformarán la terna vinculante.

El Poder Ejecutivo, por su parte, no ha perdido la centralidad en la temática, atento que retuvo la designación de la totalidad de los jueces -Suprema Corte e inferiores- y, además, participa, a través de sus representantes, en el organismo especializado.

El Senado a su turno, siguiendo la fórmula norteamericana, tiene la tarea de prestar conformidad o no a la propuesta, ejerciendo un tipo de control político valorando la conveniencia y oportunidad del nombramiento.

Finalmente, el Poder Judicial también cumple un papel trascendente, no solo porque forma parte del Consejo y lo preside, sino porque tiene el deber, en cada caso, de examinar que lo actuado

se ajuste al plexo normativa, contando con los elementos suficientes para poder retrotraer lo hecho en caso de detectar alguna irregularidad.

### VIII.4.

Por último, no podemos dejar de mencionar que el mecanismo referenciado debe dar satisfacción, en tiempo y forma, a las necesidades del Poder Judicial. Es decir, el procedimiento debe concluirse dentro de un plazo razonable y con un número de designaciones suficientes para que la Justicia pueda prestar el servicio de manera regular y con los estándares de calidad requeridos.

# LA REFORMA DEL PROCESO ADMINISTRATIVO 1994 – 2003 LO HECHO, LO FRUSTRADO Y LO QUE RESTA POR HACER

Por
**Carlos A. Botassi**[1]

1. Profesor Emérito de la Universidad Nacional de La Plata. Director de la Carrera de Postgrado de Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de dicha Universidad.

## I. INTRODUCCIÓN

Para comprender el verdadero alcance y trascendencia del sistema procesal administrativo establecido por la reforma constitucional bonaerense de 1994, consolidado con la sanción del Código Procesal en 1997 y puesto efectivamente en marcha en diciembre de 2003, es necesario detenerse en sus antecedentes. Para medir hasta dónde se ha llegado es menester recordar el punto de partida.

En la década de 1990, con anclaje en los artículos 18 y 43 de la Constitución Nacional, y en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 22.11.69, ratificada en Argentina por Ley 23.054 de 1984), la garantía de "debido proceso" hacía mucho tiempo que se había consolidado como un derecho humano fundamental, habiendo sido invocada en numerosos fallos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para anular actos administrativos que se pretendían irrevisables judicialmente y para dejar sin efecto sentencias de tribunales inferiores dictadas sin la adecuada intervención del particular afectado. La idea-fuerza de que la conducta estatal, especialmente sus decisiones formales, debían ser susceptibles de control judicial "suficiente", colocando bajo revisión a los hechos que se tuvieron por probados y al derecho invocado por la Administración, a finales del Siglo XX ya constituía un dogma que marcaba un hito en la evolución del Estado en juicio y en materia de limitaciones a los abusos del Poder[2].

**2.** La Corte Suprema de Justicia de la Nación, tres décadas antes había decidido que en todos los casos el pronunciamiento de los órganos administrativos debía quedar sujeto a un "control judicial suficiente", a fin de impedir que aquellos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior; aclarando que control judicial suficiente significa el reconocimiento a los interesados del derecho a interponer acciones o recursos ante el Poder Judicial al igual que la negación a los órganos administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos; de manera que si las reglas que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial, existe agravio constitucional originado en privación de justicia (causa *Fernández Arias, Elena c/ Poggio, José,* 19.9.1960, Fallos 247:646 y La Ley 100-58).

Actualmente cualquier persona física o jurídica puede hacer que los jueces revisen la legalidad y razonabilidad del proceder oficial y de las resoluciones administrativas nacionales, provinciales, municipales o provenientes de cualquier sujeto público o privado que ejerza funciones administrativas. Pero no siempre fue así.

Como es de suponer la consagración de tales garantías constitucionales no ha sido sencilla y el caso de la Provincia de Buenos Aires resulta un ejemplo paradigmático de lucha -todavía inconclusa- en favor del Estado de Derecho hasta superar en gran medida (aunque no absolutamente) las barreras legal y jurisprudencialmente opuestas al acceso al proceso contencioso administrativo. De todos modos, aporta esperanza reconocer que, aunque algunos obstáculos que enumeramos hace casi cuatro décadas[3] siguen presentes, es extenso el camino recorrido y la reforma de 1994-2003 significó un impulso muy significativo.

Cabe reparar en que a principios del Siglo XIX en el ámbito nacional imperaba el dogma de la indemandabilidad del Estado, mientras en la Provincia de Buenos Aires, aunque con restricciones que hoy serían intolerables, podían someterse a juicio las decisiones materialmente administrativas controlando su legitimidad y anulándolas cuando violaran en orden jurídico.

La resistencia al cambio alcanza a legisladores y jueces que, salvo excepciones, no se esfuerzan por mejorar el control judicial de la conducta de los administradores. Bien se sabe que el "presidencialismo" extremo amortigua la independencia de los restantes Poderes. Existe una natural resistencia al cambio prohijada por el estamento gubernativo que se beneficia con las limitaciones opuestas al control judicial de sus decisiones. Ello permite llevar

**3.** Botassi, Carlos Alfredo, *Legalidad y control judicial de la Administración Pública en la Provincia de Buenos Aires*, La Ley 1987-B-1118.

a cabo abusos y desaguisados de variada índole, denunciados incansablemente por la doctrina[4] pero con escasos -casi nulos- efectos prácticos. Ensayamos en otra oportunidad una síntesis que podía considerarse pesimista pero que el paso del tiempo confirma constantemente: *"Si el Estado es la más compleja de las creaciones del género humano, el pleno sometimiento de quienes detentan el Poder al orden jurídico es la más ambiciosa de sus fantasías"*[5].

## II. LAS CONSTITUCIONES ANTERIORES A 1994

La primera Constitución del entonces Estado Soberano de Buenos Aires fue sancionada el 11 de abril de 1854, rigió en tal carácter hasta 1860 cuando la "*hermana mayor*" de las Provincias rioplatenses se reintegró a la Confederación Argentina, aunque mantuvo su vigencia como Carta provincial hasta 1873. Reconoció que *"la soberanía reside originariamente en el pueblo, y su ejercicio se delega en los tres Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial"* (art. 15); señalando expresamente la independencia del Poder Judicial y colocando a su cabeza al "*Tribunal Superior de Justicia*", cuyos miembros eran designados por el Gobernador a propuesta en terna del Senado (arts. 118, 120 y 121). Previó la futura creación de un fuero especializado en materia contencioso administrativa al disponer que *"las causas contenciosas de hacienda y las que nacen de contratos entre particulares y el Gobierno, serán juzgados por un tribunal especial, cuyas formas y atribuciones las determinará la ley de la materia"* (art. 129).

**4.** Entre muchos otros pueden citarse las siguientes obras: Fernández, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración,* Civitas, Madrid, 1994; García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración,* Civitas, Madrid, 1995; García Hamilton, José Ignacio, *El autoritarismo hispanoamericano y la improductividad,* Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1998; D'Argenio, Inés, *La Justicia Administrativa en Argentina. Situación actual. Necesidad de su adaptación a nuestro sistema institucional* (con prólogo de Agustín Gordillo), FDA, Buenos Aires, 2003; García de Enterría, Eduardo, *Democracia, Ley e inmunidades del poder,* Palestra, Lima, 2004; Nino, Carlos, *Un país al margen de la ley* (Cap. II *La anomia en la vida institucional de la Argentina),* Ariel, Buenos Aires, 2005 (reedición); Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo (La defensa del usuario y del administrado),* FDA, Buenos Aires, t. 2, 2006; D' Argenio, Inés, *La Administración Pública. Crisis del sistema autoritario,* Editora Platense, La Plata, 2012; Mairal, Héctor, *Control judicial de la Administración Pública,* La Ley, Buenos Aires, 2021.

**5.** Botassi, Carlos Alfredo, *Estado formal y real en Argentina,* en Farlei Martins Riccio de Oliveira (Coordinador), *Direito Administrativo Brasil-Argentina. Estudos em homenagem a Agustín Gordillo;* Del Rey Editora, Belo Horizonte, 2007, p. 366.

Luego de la reforma de la Constitución Nacional en 1860, reincorporada Buenos Aires al Estado Federal, se hizo necesario adaptar la Constitución local de 1854 a la realidad política que encontraba a la Provincia como un nuevo Estado miembro de la Federación. Se dictó entonces la Constitución de 1873 que reemplazó la denominación de "*Tribunal Superior de Justicia*" por "*Suprema Corte de Justicia*" (arts. 155 y 217 inc. 1º) y estableció que la misma *"decide las causas contencioso administrativas, en única instancia y en juicio pleno, previa denegación de la autoridad administrativa competente al reconocimiento de los derechos que se gestionen por parte interesada. La ley determinará el plazo dentro del cual podrá deducirse la acción ante la Corte y los demás procedimientos de este juicio"* (art. 156 inc. 3º). Asimismo, dispuso que *"en las* causas *contencioso administrativas la acción debe deducirse ante la Suprema Corte en el perentorio término de un mes, contado desde la fecha en que la autoridad administrativa hizo saber su resolución a la parte interesada"* (art. 218). De esta manera la Constitución de 1873 fue la primera Carta provincial que se refirió al proceso contencioso administrativo erigiéndose en un primigenio antecedente para las restantes constituciones provinciales argentinas.

La siguiente Constitución fue sancionada en 1889 y las modificaciones con relación a su predecesora fueron mínimas. Como dato de interés cabe recordar que declaró que *"la Capital de la Provincia de Buenos Aires es la ciudad de La Plata"* (art. 4) y elevó de tres a cuatro años la duración del mandato del Gobernador y Vicegobernador (art. 118).

Poco tiempo después del dictado de la Constitución de 1889 comenzaron a oírse voces reclamando su reforma[6] pero esta

**6.** Una exposición de las vicisitudes sufridas por los intentos de reforma de la Carta de 1889 puede verse en Cueli, Hugo Oscar: *Cons-*

se concretaría recién en el año 1934. Su principal innovación en nuestra materia fue establecer que *"en las causas contencioso administrativas, la Suprema Corte de Justicia tendrá facultad de mandar cumplir directamente sus sentencias por las oficinas o empleados respectivos si la autoridad administrativa no lo hiciere dentro de los sesenta días de notificada la sentencia. Los empleados a que alude este artículo serán responsables por la falta de cumplimiento de las disposiciones de la Suprema Corte de Justicia"* (art. 151). Esta regla fundamental, que coloca al cumplimiento de las sentencias de condena contra el Fisco en su justo sitio de condición esencial del Estado de Derecho, ha sido mantenida en el texto constitucional actualmente vigente (art. 163).

La reforma de la Constitución Nacional en el año 1949 motivó una medida similar en la Provincia de Buenos Aires. La nueva Carta local tuvo una vida tan breve como la que soportó su inspiradora ya que fue derogada en 1956, retornando la vigencia del texto de 1934.

## III. EL CÓDIGO DE VARELA

El denominado Código de Varela[7] que rigió entre 1906 y 2003, la Constitución de 1934, y sobre todo la interpretación restrictiva de sus disposiciones por parte de la Suprema Corte de Justicia, limitaron la citación a juicio de la Provincia y de sus municipalidades por cuestiones de derecho público y restringieron extraordinariamente el alcance del examen de la conducta oficial. La materia contencioso administrativa quedó acotada a la revisión de la legalidad de actos administrativos definitivos, imponiendo la nece-

*titución de la Provincia de Buenos Aires Anotada y Comentada,* La Ley, Buenos Aires, 1996, págs. 40 y sigs.

**7.** Así llamado en alusión a su autor, Luis Vicente Varela (1840-1911), quien fue sucesivamente magistrado de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Varela redactó un cuerpo legal de avanzada para su época, aunque, lógicamente, se tornó anacrónico un siglo más tarde

sidad del reclamo previo al juicio y el agotamiento recursivo de la vía administrativa. Se establecieron plazos breves de caducidad de la acción y se consagró la regla inexorable del *solve et repete* en materia tributaria.

La llamada "habilitación de la instancia" judicial se transformó en un "antejuicio" o examen previo de presupuestos procesales, en cuyos alambicados vericuetos sucumbieron numerosos derechos sustanciales.

Para colmo la legitimación activa, hasta 1996, estuvo limitada a los titulares de derechos subjetivos, dejando sin acceso al sistema judicial a quienes invocaran intereses legítimos, difusos o colectivos.

La consecuencia es imaginable: el enseñoramiento del abuso de poder y la sobrevivencia de infinitos actos administrativos ilegítimos.

## IV. EL CAMBIO IMPUESTO A PARTIR DE 1994

Como es natural el principal cambio del proceso administrativo fue producto de la reforma constitucional de 1994[8]. Y, aunque -como veremos más adelante- son muchos los estigmas del antiguo régimen que perduran- la situación ha mejorado ya que el

**8.** Al mismo tiempo que en Santa Fe sesionaba la Convención Constituyente Federal, en la ciudad de La Plata se discutía la enmienda de la Carta local, la cual se concretó en septiembre de 1994. Las principales reformas en materia de Derecho Público que, de una u otra manera, se vinculan con el contencioso administrativo, son las siguientes:
1) Consagró a nivel constitucional los procesos de habeas corpus, habeas data y amparo (art. 20).
2) Estableció que la Provincia *"ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio, incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada"* (art. 28).
3) Reconoció como derechos sociales la protección de la familia, de la niñez, de la juventud, de la mujer, de los discapacitados, de los ancianos, de los indígenas y de los veteranos de guerra. También colocó a cargo del Estado promover el acceso a la vivienda y a la salud (art. 36) y la defensa de los consumidores y usuarios (art. 38).
4) Declaró que la Provincia se reserva el monopolio de los juegos de azar (art. 37).
5) Reconoció y garantizó el derecho de las entidades intermedias de variada gama, incluyendo colegios y consejos profesionales (art. 40).
6) Prohibió la delegación de facultades de un Poder a otro (art. 45).
7) Creó la figura del Defensor del Pueblo (art. 55).
8) Contempló el funcionamiento del Consejo de la Magistratura (art. 175).

juicio contencioso administrativo ha encontrado su basamento constitucional no solo en el artículo 166, sino fundamentalmente del artículo 15: *"La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial".*

En correlato con el imperativo del artículo 5 de la Constitución Nacional de 1853[9], el Preámbulo de la Carta provincial informa la intención del Poder Constituyente de *"afianzar la justicia"*. En esa dirección la Sección Sexta (artículos 160 a 189) de la Constitución reformada organiza y regula el *"Poder Judicial"*, el cual *será desempeñado por una Suprema Corte de Justicia, Cámaras de Apelación, Jueces y demás Tribunales que la ley establezca"* (art. 160).

La competencia *ratione materiae* junto a las características medulares del proceso contencioso administrativo, fueron definidas en el párrafo final del artículo 166: *"Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa".*

Transcurridos tres años desde la reforma constitucional se sancionó la Ley 12.008 (B.O. 3.11.1997) que aprobó el Código Procesal

**9.** CN, art. 5: *"Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo estas condiciones, el Gobierno Federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones".*

Administrativo, posteriormente modificado por las leyes 12.310, 13.101, 13.325 y 14.437.

Debido a que la Suprema Corte entendió que la nueva regulación debía entrar en vigencia una vez puestos en funcionamiento los juzgados de primera instancia encargados de aplicarla y, fundamentalmente, en razón del poco interés de las autoridades en hacer efectivo un régimen que acentuaría el control de su conducta, la reforma recién se hizo efectiva en diciembre de 2003. Tres meses antes, el 19 de septiembre de 2003, se publicó la Ley 13.101, causante de un retroceso legislativo que muestra a las claras las acechanzas y dificultades que aparecen en el camino hacia el pleno Estado de Derecho. La contrarreforma fue producto de un proyecto del Poder Ejecutivo y dio por tierra con varias mejoras al sistema de defensa del ciudadano contra los abusos del poder que había consagrado la Ley 12.008[10].

Aspectos claves del nuevo régimen, como la pretensión prestacional, el acceso a la jurisdicción, las medidas cautelares y el enjuiciamiento directo de las ordenanzas municipales, recibieron cambios evidentemente destinados a agravar la posición del particular dentro del proceso y enderezados a revivir los privilegios de los gobernantes (disfrazados desde antaño como justas y necesarias "prerrogativas" del Estado) que la reforma había morigerado.

Más allá del paso atrás que significó la sanción de la Ley 13.101, la eliminación de la competencia originaria de la Suprema Corte, la sanción del nuevo Código Procesal Administrativo y la orga-

**10.** La nota de fundamentación de la Ley 13.101, en una paradoja no exenta de hipocresía, comienza por reconocer que el Código aprobado por la Ley 12.008 establecía *"un sistema contencioso administrativo que ponía a nuestra Provincia en sintonía con las legislaciones más avanzadas del derecho comparado en esta materia"*. Sin embargo, alejando una vez más las palabras de la realidad, el texto expreso del proyecto luego convertido en ley se dedica puntualmente a desbaratar –precisamente- aquellos aspectos del nuevo Código que lo colocaban entre las legislaciones más desarrolladas del Planeta.

nización judicial del nuevo sistema mediante la Ley 12.074, significaron un cambio sustancial en el régimen de juzgamiento de los casos vinculados con la función administrativa del Estado y de otras personas que actúan por delegación de potestades públicas. Desde entonces, cuando se analice el desarrollo del sistema de defensa del ciudadano resultará insoslayable recordar tres momentos esenciales: la entrada en vigencia en el año 1906 del Código redactado por Luis V. Varela un año antes, la reforma constitucional de 1994 (arts. 15 y 166) y la puesta en marcha del nuevo régimen en diciembre de 2003 a través de la Ley 12.008 y sus reformas.

El contencioso limitado a la revisión de la legalidad de actos administrativos preexistentes había sido impuesto por la Constitución de 1934, aceptado de buen grado por la Suprema Corte que gestó una jurisprudencia todavía más restrictiva, haciendo que durante casi un siglo este proceso (erróneamente calificado de "especial"[11]) estuviera lejos de significar una herramienta eficaz para garantizar el derecho fundamental de defensa en juicio que emanaba del artículo 18 de la Constitución Nacional y su doctrina.

En el sistema anterior a 1994 la competencia única y originaria de la Suprema Corte quedó limitada al conocimiento de aquellos pleitos en los cuales un particular[12], invocando la titularidad de un derecho subjetivo[13], pretendía la anulación de un acto administrativo, expreso o tácito[14], dictado en ejercicio de facultades

**11.** En rigor, así como el Derecho Administrativo debe considerarse el "derecho común" de la Administración Pública, el proceso administrativo es tan "común" al juzgamiento de la conducta estatal como el proceso civil y comercial es "común" para los vecinos y comerciantes y el proceso laboral es "común" para empleadores y dependientes. Claro está que si se prefiere destacar las notas diferenciadoras todos esos procesos pueden considerarse "especiales" en razón de las diferentes materias reguladas, sin que nada se agregue desde el punto de vista sustancial. El problema surge cuando el carácter "especial" se invoca para coartar el acceso a la jurisdicción (plazos breves de caducidad, legitimación reducida), imponer recaudos superfluos (reclamo previo, agotamiento recursivo) y consagrar privilegios procesales para el Fisco (estricto carácter revisor de actos reglados preexistentes, amplia requisitoria del *solve et repete*, etc.).

**12.** Excepto el caso excepcional de la demanda del Fiscal de Estado contra la Provincia (art. 9 C.P.A.)

**13.** Recién en 1995, al sentenciar el caso *Rusconi,* la Suprema Corte legitimó expresamente a quienes detentan intereses legítimos.

**14.** La necesidad de "acto" generó la ficción de que el silencio (es decir una omisión formal que, precisamente, por ser silencio nada dice) era en realidad un acto tácito denegatorio de la pretensión del particular.

regladas[15], por funcionarios pertenecientes a la Administración Pública provincial o municipal[16]. Por esta razón, aunque pueda parecer una obviedad, resulta de una importancia capital lo afirmado por el Alto Tribunal en el séptimo considerando de la sentencia dictada en *Consorcio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca c/ Pentamar S.A*[17]: la reforma constitucional de 1994, al derogar el art. 149 inc. 3° de la Carta de 1934, introdujo una nueva cláusula general de la materia contencioso administrativa, haciendo *"que la atribución de la competencia contencioso administrativa debe responder al mandato constitucional enunciado en el art. 166, in fine".*

Toda la doctrina que analizó la nueva normativa constitucional destacó su trascendencia y celebró la clausura de un sistema contencioso administrativo restringido[18]. Se corrigió de esa manera un atraso inconmensurable ya que, mientras otras provincias que originariamente habían tomado como fuente aquel Código de 1906 lo modificaban sustancialmente, el "Primer Estado Argentino" quedó congelado en el último puesto hasta el año crucial de 1994, cuando se reemplazó la añeja cláusula del contencioso administrativo revisor por la establecida en la parte final del art. 166 antes transcripta.

## V. LA DÉCADA PERDIDA

La nueva norma constitucional no fue acatada por el Congreso, que estaba obligado a reglamentarla, hasta el año 1997 cuando

**15.** Los componentes discrecionales de la decisión atacada quedaron exentos de revisión judicial (arts. 28 inc. 2° y 29 inc. 1° del Código de 1906).

**16.** Durante demasiado tiempo, a contramano de la evolución de la teoría objetiva que reconocía que determinadas decisiones del P.L. y del P.J. eran claros y concretos actos administrativos, la Suprema Corte negó su justiciabilidad haciendo una interpretación estricta de las palabras del art. 1 del Cód. de Varela que no incluía otros ámbitos estatales como no fueran la Administración propiamente dicha.

**17.** Sent. del 23.10.2002, J.A. 2002-IV-62.

**18.** Ver, en este sentido y entre muchos otros, Cassagne, Juan Carlos, *Lineamientos generales del Código contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires en el marco de la tutela judicial efectiva*, en la obra colectiva *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires,* Platense, 2ª edición, 2004, pág. 23.

se sancionó la Ley 12.008. Tampoco mereció la atención del Poder Ejecutivo, excepto para tratar de demorar su entrada en vigencia y, de paso, propiciar la reducción de sus mejoras mediante el proyecto que se transformó en la nefasta Ley 13.101. Una vez más se puso en evidencia que quienes tenían a su cargo la legislación y la administración de la Provincia preferían que rigiera un sistema de control judicial diseñado para el siglo XIX por la legislación española de 1888, inspiradora del Código de Varela.

El Poder Ejecutivo de entonces, a cargo del Gobernador Carlos Ruckauf, demoró extraordinariamente la implementación del Nuevo Fuero[19], que recién vería la luz en diciembre de 2003, frente a la pasividad de la Suprema Corte de Justicia que, siete años después de la reforma constitucional, debió sentenciar la demanda de amparo deducida el día 7 de julio de 2001 por el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires ante el Tribunal de Casación Penal, denunciando la ilegalidad en que se incurría al no hacer lo debido para acatar la manda del constituyente. Recién un año más tarde, el 4 de julio de 2002, dicho Tribunal se declaró incompetente. El Colegio de Abogados recurrió entonces ante la Suprema Corte de Justicia Bonaerense la cual, por mayoría, dictó sentencia el 19 de marzo de 2003 haciendo lugar parcialmente a la demanda.

Con la firma de los Dres. Juan Carlos Hitters, Hilda Kogan, Daniel Fernando Soria, Eduardo Julio Pettigiani, Héctor Negri, Francisco Héctor Roncoroni, Eduardo Néstor de Lázzari y Juan Manuel Salas, la Suprema Corte declaró *"manifiestamente arbitraria la demora de la Provincia de Buenos Aires en la puesta en funciones del fuero contencioso administrativo previsto por la Constitución de*

**19.** La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a pesar de haber sancionado su Código en fecha posterior al de nuestra Provincia lo puso antes en funcionamiento al no padecer la resistencia del sector político.

*la Provincia (arts. 20 inc. 2º, 166 párrafo final, 175, 215, 217, en concordancia con el art. 15, todos de dicha Constitución...)"*[20].

Comentando aquella trascendental sentencia junto a Augusto Mario Morello, señalamos que son numerosos los pasajes del fallo en los cuales la Suprema Corte destaca el "*visible interés público e institucional"* o "*el carácter eminentemente institucional que encierra la materia en debate*" (voto del Dr. Soria, consideración de la primera cuestión). Por ese sendero el decisorio expresamente deslinda las responsabilidades de cara a la manda constitucional incumplida, ya que el Poder Ejecutivo, a pesar de haber dictado sendos decretos determinando cuáles serían los tribunales que comenzarían a funcionar, cayó luego en un estado de inactividad, que el fallo califica como "*antijuridicidad por omisión",* resaltando que los otros dos Poderes cumplieron con sus obligaciones, toda vez que la Legislatura dictó las leyes pertinentes (Ley 12.074 de organización del Fuero y Ley 12.008 que aprobó el Código de la materia) y la Suprema Corte asumió la competencia transitoria para evitar la privación de justicia derivada de la mora oficial (voto del Dr. Hitters, segunda cuestión, numeral II, apartados 2 y 3).

No resulta extraño que tratándose de disputas regladas por el Derecho Público los enfrentamientos políticos salgan a la luz, aunque no es menos cierto que, en tales coyunturas, los jueces se muestran poco dispuestos a decidir el fondo del asunto y eluden el compromiso cobijándose bajo el manto de la falta de legitimación activa[21]. Por ello cabe celebrar que el cimero Tribunal Provincial no haya rehuido el desafío.

---

**20.** SCBA, "*Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires s/ Amparo",* sent. del 19.3.2003, publicada en J.A. 2003-II-152, con nota de Carlos A. Botassi y Augusto Mario Morello, *"Amparo por omisión política: la puesta en marcha del fuero contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires"*, J.A., 2003-II-172.

**21.** Ver, en este sentido, las agudas reflexiones de Bidart Campos, Germán J., *La legitimación procesal activa de los legisladores,* La Ley 1997-E-564, y *Desde Tierra del Fuego se nos da una buena lección sobre la legitimación de los miembros de los órganos legislativos,* La Ley 1998-F-77.

Sin llegar a configurar, al menos en sentido técnico-jurídico, un conflicto de poderes resulta innegable que la sentencia constituye un severo llamado de atención al Poder Ejecutivo y ello explica la ausencia de rúbrica del Dr. Luis Esteban Genoud que antes de asumir en la Suprema Corte se había desempeñado como Ministro de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Existen por lo demás pasajes marcadamente admonitorios dirigidos al Gobierno Provincial. Así, luego de recordar que a fines del año 2000 el Poder Ejecutivo informó a la Suprema Corte que "*en un breve plazo el fuero se encontrará en condiciones de funcionar",* la sentencia resaltó que, hasta la fecha de su dictado, ni siquiera se habían remitido al Senado la totalidad de los pliegos de nombramiento de los postulantes a jueces que fueron seleccionados por el Consejo de la Magistratura[22]. La modorra oficial no se sacudió a pesar de haberse incluido la partida del caso en la Ley de Presupuesto del año 2001, y aun cuando, "*en ejercicio de funciones de gobierno",* la Suprema Corte solicitó al Gobernador la necesidad de incorporar al Presupuesto del año 2003 la partida necesaria para la inauguración del Fuero.

En definitiva, tal como lo recuerda el voto del Dr. Soria (numerales II.5.f y II.5.g.), el artículo 40 de la Ley 12.310, al reformar el art. 27 de la Ley 12.074, había removido todo plazo fatal para implementar el nuevo fuero[23]. Sin embargo, existiendo un mandato concreto del constituyente no resultaba posible tolerar su perpetuo incumplimiento, interpretándose que en la especie se habían excedido las pautas de orden temporal consideradas razonables, calificando

**22.** Este episodio confirma una obviedad: las autoridades administrativas no desean ver mejorado el sistema judicial de control de sus actos y, además, demuestra que no solo se considera lícita la rutina de engañar a los ciudadanos, sino que, bajo determinadas circunstancias, no existe empacho por parte del Ejecutivo a la hora de embaucar también a los otros Poderes del Estado.

**23.** Debido a esa reforma el párrafo segundo del art. 27 de la Ley 12.074 dispuso que los Tribunales Contencioso serían puestos en funcionamiento "*gradualmente por el Poder ejecutivo*" eliminándose toda referencia a una fecha concreta.

negativamente la omisión del Poder Ejecutivo que no ha actuado dentro de un lapso mínimamente prudencial.

En su capítulo resolutivo, el Fallo condenó a la Provincia de Buenos a poner en funcionamiento el Fuero Contencioso Administrativo antes del 1º de septiembre de 2003, realizando las acciones que resulten necesarias a tal fin, incluyendo su financiamiento. Al mismo tiempo impuso al Poder Ejecutivo el deber de seleccionar las ternas que le elevara el Consejo de la Magistratura, remitiendo al Senado los pliegos concernientes a los jueces de las Cámaras de La Plata y San Martín dentro del plazo de 30 días hábiles; agregando que, una vez que aquel Cuerpo Legislativo prestara los pertinentes acuerdos, el Poder Ejecutivo debería pronunciarse sobre las respectivas designaciones en el plazo de 15 días hábiles.

Sin embargo, la cuestión no terminó allí. Decidida a postergar todo lo posible la eficacia de la reforma de 1994, la Fiscalía de Estado -el 7 de abril de 2003- interpuso el recurso extraordinario federal de la Ley 48. Y, al denegarse su concesión, recurrió en queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que el 30 de septiembre de 2003, admitió el recurso de hecho y dispuso *"la suspensión del curso del proceso, sin que esto signifique pronunciamiento sobre el fondo del recurso".*

La paralización del trámite, obtenida *in extremis* por el Poder Ejecutivo, aportó tiempo y habilitó una ronda de negociaciones entre el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, miembros de la Cámara de Senadores y del Ministerio de Justicia, con el objeto de revisar el contenido de las leyes 12.008 y 12.074 que aprobaron el Código Procesal Administrativo y organizaron el nuevo fuero.

Cuando la contrarreforma comenzó a vislumbrarse al conocerse el proyecto del Poder Ejecutivo, cuya redacción se atribuyó a la Fiscalía de Estado y que más tarde sería sancionado como Ley 13.101 (B.O. 19.9.2003), el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires emitió un comunicado aclarando *"que si bien participó, a instancias de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Acuerdos* (del Senado Provincial) *... para lograr consenso acerca del texto definitivo, con el propósito de acelerar la implantación del referido fuero en todo el territorio bonaerense; algunas cuestiones como las dilucidadas en la etapa final del trámite no fueron motivo de análisis ni de debate, y ni siquiera insinuadas, en esa fase definitoria".*

De esa manera la "mesa de diálogo" que se había formado para destrabar la puesta en marcha del moderno sistema judicial que tendría a su cargo el control de legalidad de la Administración (y por eso mismo generaba la resistencia del Gobierno), prescindió de los representantes de la colegiación y, con la complicidad de los senadores que la integraban, dio por tierra con los cambios que más favorecían el acceso de los ciudadanos a la Justicia Administrativa y el ensanche de la materia justiciable.

Entre otras, el Colegio de Abogados denunció las siguientes modificaciones reaccionarias contra el texto del Código aprobado por la Ley 12.008, todas ellas concretadas más tarde por la Ley 13.101:

a).- Eliminación de la pretensión prestacional de los artículos 12 inc. 6° y 17, destinada a obligar al Fisco el cumplimiento del ordenamiento cuando coloque a su cargo un deber específico de actuar.

b).- Generalización del agotamiento de la vía administrativa, cuando el artículo 14 del Código, de consuno con el artículo 166 último párrafo de la Constitución local, lo establecía como excepción.

c).- Exigencia del planteo previo en sede administrativa del pedido cautelar de suspensión de la ejecutoriedad de un acto administrativo.

El acatamiento de la Constitución Provincial, forzado por la actividad del Colegio de Abogados, recién se hizo efectivo en diciembre de 2003[24].

La mora oficial mereció la crítica de la doctrina[25], y no faltaron quienes entendieron con razón que el Estado Provincial debía indemnizar los perjuicios causados a los jueces designados e impedidos de asumir por la desobediencia del mandato constitucional[26].

## VI. EL NUEVO RÉGIMEN

La reforma del régimen contencioso administrativo provincial fue muy significativa, aunque en la práctica -como veremos *infra*- el Poder Judicial sigue en deuda con la ciudadanía.

Ampliada la materia justiciable (arts. 1 a 4 del CPA), el objeto litigioso ya no es únicamente la anulación de un acto administrativo (reglado, preexistente y generador de derechos subjetivos)

**24.** El extraño congelamiento de una ley sancionada, promulgada y publicada, junto a la suspensión *sine die* del juramento de los jueces administrativos elegidos por el Consejo de la Magistratura y nombrados por el P.E., FUE decidido por la SCBA al decidir la causa B-57.380, *La Jirafa Azul S.A.*, 25.11.97, La Ley 1998-B-506, con nota de Claudia Milanta, *Vigencia diferida del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (Ley 12.008).*

**25.** Gordillo, Agustín, *Privación sistemática de justicia en la Provincia de Buenos Aires,* La Ley 1995-D-299.

**26.** Cabral, Pablo O. y Maljar, Daniel E., *Responsabilidad del Estado por no poner en marcha la nueva Justicia Administrativa bonaerense,* J.A. 2000-IV-1285

como lo era en el Código de 1906, sino cualquier causa, pleito o diferendo jurídico, originado por el ejercicio de la función administrativa de cualquiera de los tres Poderes del Estado (y aún de personas públicas no estatales).

Como lo ha señalado Inés D'Argenio, a partir de la reforma constitucional, *"la competencia judicial en materia administrativa adquiere su verdadera significación de juzgamiento de una contienda específica, sin las limitaciones provenientes del carácter revisor que hasta ahora le fue atribuido"*[27].

Junto a aquella relevante mejora en cuanto a la materia justiciable, cabe inventariar las siguientes características del nuevo modelo de contencioso administrativo:

**1.** Ensanche de la legitimación

Limitar la legitimación a los titulares de derechos subjetivos fue una de las herramientas más visibles de la impunidad del Poder. *"La posibilidad de instar el control pude restringirse, fundamentalmente, de dos formas distintas: estableciéndose plazos breves de caducidad y mediante la reducción del universo de sujetos que pueden impugnar el acto. Esto hace posible, es claro, que un mayor número de actos ilegítimos resulte irrevisable. Sólo porque, de algún modo, y sin que quepa indagar el por qué, el acto quedó firme, ilegal pero irrevisable"*[28]

**27.** D'Argenio, Inés A., *La materia determinante de la competencia en el proceso administrativo provincial*, J.A. 2000-III-1095, quien recuerda la opinión coincidente con el sentido de la reforma de Grau, Armando E., *Habilitación de la instancia contencioso administrativa,* Platense, 1971, pág. 50. Ver de la misma autora *La justicia administrativa argentina. Situación actual. Necesidad de su adaptación a nuestro sistema institucional,* con prólogo de Agustín Gordillo, F.D.A., 2003, especialmente págs. 33 a 35, 37, 46, 53, 110 sigs. y concs.

**28.** Prieto, Hugo, *la acción popular en el proceso administrativo,* en Cassagne, Juan Carlos (Director), *Derecho Procesal Administrativo. Obra en homenaje a Jesús González Pérez,* Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 661.

A la posibilidad reconocida en *Rusconi* (1995) en favor de los titulares de intereses legítimos, toda vez que el art. 2 inc. 7º del nuevo Código incluye a las controversias promovidas por cualquier ente estatal, se suma la legitimación como parte actora de personas públicas debido a lo cual, nada impide sustanciar *acciones de lesividad* donde el propio Estado solicite la anulación de sus decisiones regulares, anulables, con vicios ocultos o defectos leves (según la semántica que se prefiera en este resbaladizo tema). Deberá entonces variarse la tradicional jurisprudencia cimera que, apoyándose en la inexistencia de acción de lesividad, reconoce a la Administración facultades revocatorias amplísimas, dejando a su merced los derechos adquiridos de los particulares.

El artículo 13 del Código aprobado por Ley 12.008 dispone: *"Legitimación activa: Está legitimada para deducir las pretensiones previstas en el presente Código, toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico"*. De manera que pueden actuar como parte demandante no solo los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos, sino también quienes invoquen intereses simples y derechos de incidencia colectiva ya que, claramente, se encuentran tutelados por los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional[29].

## **2.** Amplitud de pretensiones

Los *casos* a considerar no siempre estarán referidos al cuestionamiento de la legitimidad de actos administrativos.

**29.** Ampliar en Botassi, Carlos, *Las legitimaciones activa y pasiva en el nuevo contencioso administrativo,* en la obra colectiva *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires,* Platense, 2ª edición, 2004, pág. 263.

En el ejercicio de su *función administrativa* el Estado provincial o municipal puede incurrir en omisiones materiales, incurrir en vías de hecho y provocar daños de variada índole. Ha muerto el *juicio al acto* y, aunque demorado, fue alumbrado un nuevo proceso cuya materia es la dilucidación, mediante el dictado de una sentencia final, de *casos* o conflictos vinculados con la función administrativa del Estado.

**3.** Mejora del sistema cautelar

Otro aspecto relevante del cambio consiste en el giro copernicano producido en materia de medidas cautelares, antes - debido a una interpretación restrictiva del art. 22 del Código de Varela- limitadas a un único remedio: la suspensión de la ejecutoriedad del acto administrativo judicialmente impugnado y ahora extendidas a toda clase de formas de tutela anticipadas a la sentencia final en los artículos 22 a 25 del Código sancionado por Ley 12.008, incluyendo aquellas que el juez, por su propia iniciativa, considere pertinente para asegurar el objeto del proceso, evitar perjuicios al interesado o el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho.

El nuevo régimen no solo autoriza la adopción de medidas de contenido positivo o cautelares innovativas (art. 22 inc. 3º) sino que permite que el litigante las solicite de manera anticipada al juicio de conocimiento que promoverá en un tiempo posterior (art. 23).

Queda entonces abierto un riquísimo bagaje de remedios tutelares injustificadamente ausente hasta la entrada en vigencia del nuevo Código[30].

**30.** Ampliar en Logar, Ana Cristina, *Las medidas cautelares en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de*

## **4.** Limitación del principio del pago previo

El artículo 30 del Código de Varela imponía la condición del *solve et repete*[31] cuando se demandare contra una resolución administrativa que *"ordenase el pago de alguna suma de dinero, proveniente de liquidación de cuentas o de impuestos"* (art. 30).

La amplitud de la norma provocaba incertidumbre ya que permitía la exigencia del pago previo a créditos fiscales provenientes de conceptos ajenos a la materia tributaria limitando indebidamente el acceso a la justicia. El texto actual, en cambio, aclara que *"será obligatorio el pago previo a la interposición de la demanda cuando se promueva una pretensión contra un acto administrativo que imponga una obligación tributaria de dar sumas de dinero"* (art. 19 inc. 1º).

La específica proscripción legal del *solve* en materia de sanciones pecuniarias y cualquier otro tipo de *liquidación de cuentas* constituye un avance muy significativo en la lucha contra los abusos del poder y la efectiva revisión judicial de las decisiones administrativas. Además, la nueva norma deja en claro que el pago previo no procede si en lugar de deducirse una pretensión impugnatoria (*contra un acto administrativo*) que determina un impuesto, tasa o contribución se promueve un juicio meramente declarativo[32].

---

*Buenos Aires,* en la obra colectiva *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires,* Platense, 2ª edición, 2004, pág. 437.

**31.** Los antecedentes de este instituto en la Provincia de Buenos Aires pueden consultarse en Marafuschi, Miguel Ángel, *Principio solve et repete*, en la obra colectiva *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires,* Platense, 2ª edición, 2004, pág. 391.

**32.** Soria, Daniel F., *Aspectos básicos de las pretensiones en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, en la obra colectiva *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires,* Platense, 2ª edición, 2004, pág. 180.

## VII. CONTRARREFORMA DE LA LEY 13.101

La expresión "contrarreforma" fue empleada por Gordillo a fines de 2001 para calificar la inusitada demora en que venía incurriendo el Gobierno bonaerense en poner en marcha el nuevo fuero contencioso administrativo como lo había ordenado la modificación constitucional de 1994[33]. Más tarde con motivo de la recién recordada sentencia de la Suprema Corte de Justicia que hizo lugar al amparo interpuesto por el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, se dijo: *"Pero no todas son buenas noticias y junto a las rosas vienen las espinas. La sentencia en comentario ha sacudido la modorra oficial en dos sentidos, uno positivo y el restante sumamente retrógrado. Por un lado, la Subsecretaría de Administración y Contrataciones de la propia Suprema Corte de Justicia ha publicado avisos solicitando inmuebles en locación destinados al funcionamiento del Fuero Contencioso Administrativo y ha llamado a licitación pública para adquirir el equipamiento informático del caso. Por el otro el Poder Ejecutivo, evidenciando que no está dispuesto a arriar sus banderas sin oponer batalla, ha elevado al Congreso un proyecto de ley de reformas al nuevo Código Procesal Administrativo que aspira a limitar el alcance del control judicial de la actividad administrativa, generalizando nuevamente el requisito del reclamo administrativo anterior a la demanda y siempre inútil, ensanchando el presupuesto del pago previo en materia tributaria que literalmente impide demandar y eliminando las pretensiones prestacionales como si el obrar estatal fuera facultativo en toda circunstancia. De esta manera el Gobierno, impelido a poner en marcha el sistema de Justicia Administrativa propio de los tiempos que corren, busca mantener cierto margen de im-*

**33.** Gordillo, Agustín, *La Justicia Administrativa en la Provincia de Buenos Aires (Una contrarreforma inconstitucional)* E.D. Adm. del 30.11.01, pág. 1.

*punidad sin advertir que el propio Tribunal Cimero con los numerosos fallos que se citan en el voto del Dr. Soria (numeral II, 5) ya no está dispuesto a mantenerse congelado en el Siglo XIX y a ignorar los efectos de la reforma constitucional de 1994. La reforma proyectada, según se explica en el mensaje de fundamentación remitido al Parlamento,* 'posibilitará a nuestros ciudadanos una justicia contenciosa seguramente no tan pretenciosa (sic) como la que propusieran juristas y legisladores en otro contexto histórico, pero sí posible, realizable y de *ejecución* inmediata'. *Parece mentira que en apenas media docena de años cambie el 'contexto histórico' de tal forma que imponga la enmienda de un Código que jamás entró en vigencia* (¡!). De todos modos, con la –tal vez utópica- *esperanza de que el Congreso rechace el intento reaccionario de reforma, a la vista del fallo comentado, de significativa trascendencia jurídica e institucional, no cabe más que celebrar el activismo judicial de la Suprema Corte que ha evitado renunciar a sus facultades y no ha tenido empacho en amonestar a un Poder Ejecutivo reticente".*

Pues bien, el Congreso disciplinadamente aceptó sin reservas el proyecto del Ejecutivo y sancionó la ley que recibió el nº 13.101, alterando la letra y el espíritu de un Código que por entonces todavía no estaba vigente.

Fueron muy numerosas las disposiciones del Código aprobado por la Ley 12.008 que resultaron modificadas por la ley de 2003. No es casualidad que se diera marcha atrás precisamente en los cambios sustanciales del nuevo régimen que habían merecido los mayores elogios. Ninguno de ellos fue olvidado por la contrarreforma. Así aspectos claves como la pretensión prestacional, el acceso a la jurisdicción, las medidas cautelares y el enjuiciamiento directo de las ordenanzas municipales, recibieron cam-

bios todos ellos destinados a agravar la posición del ciudadano dentro del proceso y enderezados a revivir los privilegios de los gobernantes (disfrazados desde antaño como justas prerrogativas del Estado) que la reforma había morigerado en su justa medida[34].

La nota de fundamentación de la Ley 13.101, en una paradoja no exenta de hipocresía, comienza por reconocer que el Código aprobado por la Ley 12.008 establecía *"un sistema contencioso administrativo que ponía a nuestra Provincia en sintonía con las legislaciones más avanzadas del derecho comparado en esta materia".* Sin embargo, alejando las palabras de la realidad, el texto expreso del proyecto luego convertido en ley se dedica puntualmente a desbaratar –precisamente- las mejores reglas del nuevo Código. Cómo único fundamento del retroceso, con notoria imprecisión, la nota de elevación invoca "*la realidad social, política y económica que se desató en la República Argentina en los años posteriores a dicha encomiable labor legislativa"*. Como era de esperar el mensaje no aclara cómo y de qué manera la contrarreforma mejoraría *"la realidad social, política y económica"* que viene degradándose sin prisa y sin pausa desde hace casi un siglo; entre otras razones, por el abuso de poder en que incurren los gobernantes.

**34.** Como creemos haberlo demostrado en Botassi, Carlos: *La defensa del Estado en el nuevo Código Procesal Administrativo* (E.D. Administrativo, Suplemento del 29.4.02, pág. 1), la reforma de 1994/1997 no afecta en manera alguna el sistema de defensa judicial del Fisco ni lo coloca en desventaja respecto de los particulares. Por el contrario, sus prerrogativas lógicas han sido puntillosamente conservadas. Con total acierto, comentando el texto originario del Código Ley 12.008, se explicó que *"la Constitución local de 1994 y sus normas reglamentarias no han venido a empeñar la situación de la Provincia y Municipios; es, más bien al contrario, consagran en relación a la Administración de Justicia garantías y modificaciones que fortalecen el estado de derecho y de este modo las instituciones locales y su juridicidad. La nueva Constitución y el Código Procesal Administrativo dictado en consecuencia no ponen en riesgo la defensa de la Administración"* (Milanta, Claudia: *"Seminario: La defensa de la administración en el nuevo contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires",* E.D. Administrativo del 30.11.01, pág. 1).

Las criticables enmiendas al código de 1997 son las siguientes:

**1. Eliminación de la pretensión prestacional**

El texto originario de la Ley 12.008, en su artículo 12 inc. 6° preveía que el proceso pudiera articularse con el objeto de obtener *"la realización de una determinada prestación"* por parte de algún ente oficial.

Por obra y gracia del art. 1° de la Ley 13.101 los nueve incisos del art. 12 del Código según Ley 12.008 ya no incluyen a la pretensión prestacional. Sin explicación alguna su enunciación expresa ha desaparecido.

De cualquier modo, el intento resulta infructuoso. La eliminación de la pretensión prestacional en el listado no alcanza para evitar que se ensaye exitosamente con base en el artículo 166 de la Constitución Provincial y en el artículo 1° del propio Código ya que ambos incluyen en la competencia material del nuevo Fuero a las pretensiones que se deduzcan en los casos originados "*por la actuación u omisión" de los órganos estatales.*

Toda vez que la competencia es irrenunciable, existe siempre un deber de actuar en búsqueda del bien común. El principio de legalidad impone, por lo demás, hacerlo en tiempo útil y forma adecuada. Aunque no aparezca enunciada expresamente en el catálogo del artículo 12 reformado, considerando que la enumeración de pretensiones no es taxativa, la demanda puede apuntar a que se condene al Fisco a hacer aquello que se ha omitido ilegalmente.

Desde luego que la esterilidad del intento no borra su malicia. El Poder Ejecutivo autor del proyecto que derivó en la Ley 13.101 y los legisladores (en su mayoría alineados disciplinadamente sin interrogarse sobre si lo que es bueno para las autoridades lo es para la sociedad) dejaron en claro su deseo de que los ciudadanos no estén en condiciones de peticionar ante los jueces el dictado de una orden de cumplimiento de aquello a lo que están por ley obligados. Volveremos sobre esta cuestión al comentar el artículo 12 del CPA.

## 2. Generalización de la necesidad de agotamiento de la vía administrativa

En su redacción original el art. 14 del CPA establecía la obligación de agotar la vía administrativa en una serie de situaciones vinculadas exclusivamente a la pretensión anulatoria de actos administrativos ya que indicaba: "*será necesario agotar la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal, en los siguientes supuestos*: …". El reclamo y la presentación de recursos del procedimiento no estaban previstos más que en los casos específicos allí puntualizados.

El artículo 9 de la Ley 13.101 realizó un giro copernicano al establecer: *"…será necesario agotar la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión en todos los casos"*, excepto en determinadas situaciones que allí se especifican.

El previo tránsito de la vía administrativa para arribar a la instancia judicial, cuando es impuesto en lugar de quedar librado a la voluntad del interesado, constituye un ritualismo inútil, un privilegio de la Administración solamente empleado para perder tiempo y frustrar el acceso irrestricto, efectivo y oportuno al sistema

judicial (razón por la cual mereció el repudio de la doctrina que se ocupó del asunto[35]), en clara contradicción con lo prevenido en el artículo 15 de la Constitución Provincial. El agotamiento de la vía administrativa mediante reclamo o recurso en condición de regla general se explicaba (aunque no se justificaba por su frustrante falta de utilidad) en el régimen procesal anterior a 1994, que funcionaba exclusivamente como sistema revisor de actos administrativos. Actualmente, en el moderno proceso administrativo donde se juzga no solo la legalidad de decisiones formales sino la conducta activa u omisiva del Estado, su exigencia carece de sentido.

La intención también aparece fallida en términos constitucionales. La contrarreforma del art. 14 colisiona con la letra y el espíritu del propio artículo 166 de la Carta local en tanto reza que la ley *"establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa".*

La intención del constituyente, quedó plasmada en el debate de la Convención cuando el Diputado Siniego Berri explicó que *"frente a lo ocurrido desde 1934 a la fecha, deberíamos excluir la etapa administrativa previa, ya que no se conoce casi ningún caso en el que la Administración Pública haya revocado sus propias decisiones, tornando por ende tortuosos, tediosos, largos y sin sentido, los trámites a que se ve obligado el ciudadano a realizar, tan solo como previos -pero conociendo su resultado final- para poder recién adentrarse en la etapa judicial, ello sin mengua de correr el serio riesgo de perder su derecho, en algún escritorio de la larga y barroca tramitación administrativa"*[36].

**35.** Así por ejemplo Perrino, Pablo E.: *El régimen del agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense,* E.D. Administrativo del 28.9.99, Capítulo III y nota 21; D'Argenio, Inés: *"La Justicia Administrativa en Argentina,* F.D.A., 2003, págs. 37 y sigs.

**36.** Honorable Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires, Diario de Sesiones, Asuntos entrados hasta el 14.7.1994, t. 3 pág. 171.

Interpretada esta disposición específica de consuno con la regla general del artículo 15 de la Constitución Provincial, que *"asegura la tutela judicial continua y efectiva* (y) *el acceso irrestricto a la justicia",* cabe concluir que la generalización del presupuesto del agotamiento de la vía administrativa, por atentar contra dichos valores, deviene inconstitucional. El legislador debió puntualizar "*los supuestos*" que, por su especial naturaleza ameritaban recorrer el camino de la Administración para recién después comparecer ante el Poder Judicial y nunca invertir los términos y pasar a describir los casos de excepción en los cuales aquel agotamiento no resulta necesario.

### 3. Eliminación del efecto interruptivo del plazo de caducidad de la demanda de amparo

La Ley 12.008, si bien amplió significativamente el plazo, mantuvo el injustificado régimen de caducidad de la acción anulatoria[37]. El inciso f) de su artículo 18, al establecer desde cuándo comienza a correr el plazo de caducidad que extingue el derecho sustancial, dispuso que si se pretendiere la anulación de un acto administrativo que fuera objeto de impugnación mediante una acción de amparo tramitada ante un tribunal contencioso administrativo, el mismo se contaría *"desde que hubiere finalizado la instancia ordinaria en dicho proceso".* De esta manera, resultando innegable la voluntad contestataria del particular afectado por la decisión formal de la Administración, aunque hubiera errado en la elección de la acción, conservaba el derecho de fondo. Rechazada la demanda de amparo recién entonces comenzaba a correr el plazo de caducidad para incoar la acción contencioso administrativa.

**37.** El Código de 1906 establecía un plazo de 30 días (art. 13) y la nueva reglamentación lo estiró a 90 (art. 18).

La contrarreforma lisa y llanamente eliminó el inciso f) del art. 18, aunque, como veremos, no logró su objetivo.

Bajo el prisma del recordado artículo 15, cabe señalar que la circunstancia de demandar equivocadamente por la vía de amparo cuando el camino procesalmente correcto era la demanda contencioso administrativa debe tener por efecto la interrupción del curso del plazo de caducidad, aunque no se lo diga expresamente. En primer lugar, debido a que todo sistema extintivo de derechos debe interpretarse restrictivamente. En segundo término, porque no es posible tener por consentido por el transcurso del tiempo un acto administrativo que fue expresamente impugnado por el amparista[38]. Finalmente, porque ha sido intención del legislador preservar con vida la acción al establecer que es deber del juez ordenar al actor subsanar los defectos de proposición de su demanda (art. 31 inc. 3º del C.P.A.). En este punto cabe recordar que la Suprema Corte de Justicia, ejerciendo en forma transitoria la competencia contencioso administrativa por efecto del art. 215 de la Carta reformada, dispuso en numerosas oportunidades la subsanación del defecto de postulación.

## 4. Reclamo administrativo previo al pedido judicial de suspensión de la ejecutoriedad de actos administrativos

La ejecutoriedad de las decisiones oficiales constituye una de las prerrogativas estatales más necesitadas de moderación. Su ejercicio abusivo puede ocasionar perjuicios graves e irreparables. La indemnización posterior al daño causado por el acto ilegal ya ejecutado llega tarde, mal y nunca. No faltan autores que pro-

**38.** La firmeza que adquiere el acto administrativo por efecto del transcurso del plazo de caducidad se apoya en la presunción de que el afectado lo ha consentido conformándose a lo resuelto y dejando vencer el término legal de impugnación. Una eventualmente errada demanda de amparo, más allá de su improcedencia formal, deja demostrada la voluntad cuestionadora de la legalidad y constitucionalidad de la decisión y –frente a esa realidad incontestable- torna írrita a la presunción contraria.

pician la lisa y llana eliminación de este pregonado "carácter" del acto administrativo o, al menos, su limitación a casos muy concretos donde la legalidad de la decisión surja evidente y su ejecución inmediata satisfaga una concreta y urgente necesidad pública.

Uno de los avances más significativos del nuevo Código fue implementar un régimen de medidas de tutela preventiva autónomo que –a diferencia del sistema del Código de 1906- separara el pleito sobre la cuestión de fondo del juicio cautelar. Frente al acto lesivo el particular podía, sin ningún tipo de actuación administrativa previa, solicitar al juez la suspensión de su ejecutoriedad.

En su redacción originaria, el art. 25 inciso 2º estableció que *"para decretar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo no será necesario el planteo previo de esa medida en sede administrativa".* La Ley 13.101 dispuso todo lo contrario: *"Para decretar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo será necesario el planteo previo de esa medida en sede administrativa y que su resolución hubiera sido adversa para el peticionante".*

Si bien la parte final de la nueva norma deja expedita la vía judicial si la Administración no se expide dentro de los cinco días hábiles, no es menos cierto que bajo determinadas circunstancias apremiantes dentro de ese plazo (que se estira a siete días corridos, sin contabilizar el caso de las ferias judiciales de julio y enero) el particular puede sufrir un perjuicio irreparable. Así por ejemplo si se ordena la clausura de un comercio o una industria, si se manda demoler una construcción o si se decomisa mercadería perecedera.

Una vez más la inconstitucionalidad de la contrarreforma tiene que ver con el agravio a la tutela judicial efectiva, ya que el reclamo suspensivo previo al pedido judicial impone una demora que puede ser fatal y que desnaturaliza la tutela cautelar que, por definición, resulta siempre de extrema urgencia. Afortunadamente así lo ha entendido la jurisprudencia considerándolo contrario a la propia naturaleza de las medidas cautelares y soslayando su exigencia[39].

## 5. Eliminación de la pretensión anulatoria contra ordenanzas municipales

Durante la vigencia del Código de 1906 las ordenanzas sancionadas por los concejos deliberantes municipales eran consideradas actos administrativos de alcance general o reglamentos municipales. Para acceder a su cuestionamiento en sede judicial era necesaria la impugnación administrativa previa[40] que se concretaba en la forma establecida en el artículo 95 de la Ordenanza General de Procedimiento Administrativo nº 267/80.

Por efecto del intenso *lobby* desplegado en el ámbito legislativo por los representantes de los municipios bonaerenses, el régimen de impugnación del Código de 1997 fue blanco de un intento de modificación que, como veremos enseguida, resultó frustrado por el apuro y la mala técnica legislativa.

Lo cierto es que la ley 13.101 también introdujo su larga y dañina mano en este crucial asunto, introduciendo sorpresivamente reformas en el Código Ley 12.008 y en la L.O.M. Y decimos sorpresiva-

**39.** Las resoluciones en ese sentido de las Cámaras de Apelación de La Plata y San Martín fueron acompañadas de la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (v. gr. causas B-65.900, *Buceto,* 31.3.2004; B-65.739, *Burtín,* 13.10.2004).

**40.** El art. 1º del Código de Varela reputaba causas contencioso administrativas a las que se iniciaran *"reclamando contra una resolución definitiva, dictada por... las municipalidades"* y la Suprema Corte exigía, para considerar presente la definitividad de la resolución que se hubiera articulado, al menos, un recurso administrativo (doctrina del caso *Lesieux*).

mente debido a que el mensaje de fundamentación del proyecto de ley que luego llevaría el número 13.101 (Expediente A-2-03/04 del Senado bonaerense), no contiene una sola palabra vinculada con este aspecto de la reforma, ni señala la intención de impedir que las ordenanzas municipales puedan impugnarse en el proceso contencioso administrativo.

De manera que, sin aviso previo -para satisfacer los cabildeos de los intendentes-, la contrarreforma eliminó la expresión "*ordenanzas municipales*" de los artículos 2 (casos incluidos en la materia contencioso administrativa), 25 (suspensión de la ejecución de un acto administrativo), 50 (sentencia que hace lugar a la pretensión) y 67 (caracterización del proceso sumario de ilegitimidad).

Al mismo tiempo, con la aspiración de perfeccionar la maniobra reaccionaria, incorporó al artículo 77 de la Ley Orgánica de las Municipalidades el siguiente párrafo: *"Las ordenanzas serán consideradas ley en sentido formal y material",* sin advertir que la naturaleza de las instituciones jurídicas, como bien lo ha señalado Marienhoff[41], no depende la calificación que le otorgue el legislador.

En realidad, si se analiza la cuestión desde una perspectiva política y constitucional, la condición que se reconozca a las ordenanzas municipales dependerá del criterio que adoptemos en punto a su autonomía, ya que si concluimos que estas constituyen entes autárquicos, carentes de potestades propias y originarias, toda su actividad jurídica –incluyendo los actos normativos emitidos por los concejos deliberantes- será producto de su función administrativa y, por añadidura, todas sus decisiones (incluyendo

**41.** *La supuesta autonomía municipal,* La Ley 1990-B-1012.

las ordenanzas) serán actos administrativos[42]. Si nos inclinamos por la postura autonomista -conforme la manda del art. 123 de la Constitución Nacional- reconociendo a las comunas poderes originarios, los concejos deliberantes en ejercicio de potestades propias, producirán normas idénticas a las leyes del Poder Legislativo Provincial, más allá de su inferior rango consecuencia del art. 31 de la Constitución Nacional.

En una primera lectura de la regresiva reforma de septiembre de 2003 parecería que ha sido eliminada la posibilidad de que las ordenanzas municipales, antes consideradas actos administrativos y ahora asimiladas en plenitud (formal y materialmente) a las leyes, puedan ser objeto de una demanda contencioso administrativa. Sin embargo, corresponde recordar que, en el plano político, la Provincia de Buenos Aires aún no ha consagrado la autonomía municipal en su Constitución[43], como lo demuestra la propia vigencia del Dec. Ley 6769/58 (Ley Orgánica de las Municipalidades). En ese marco que, lamentablemente, mantiene a las comunas en el *status* de entidades autárquicas territoriales, la Ley 13.101 no pudo válidamente dotar a los concejos deliberantes de un poder legislativo autónomo ausente en la Carta Magna local. La pretendida exclusión de las ordenanzas municipales como objeto de la acción anulatoria, resulta así en pugna con la Constitución Provincial.

Pero, además, debido a la premura con que se llevó a cabo la modificación, no se advirtió que el artículo 33 inc. 2º de la ley 12.008 (que no mereciera variantes), dispone que la demanda deberá notificarse *"al Presidente del Concejo Deliberante...si se tratare de*

**42.** Comadira, Julio R.: *Acto administrativo municipal,* Depalma, 1992, págs. 8/9. Este ha sido el criterio tradicional de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que, actuando como tribunal de lo contencioso administrativo, habilitó la instancia cuestionadora de ordenanzas municipales considerándolas actos administrativos.

**43.** Aunque en clara contradicción con el artículo 123 de la Constitución Nacional, los artículos 190 a 197 de la Carta Provincial consagran un régimen municipal autárquico que en manera alguna autoriza a considerar a las ordenanzas leyes en sentido formal equiparando los concejos deliberantes a la Legislatura Provincial, propia de un Estado autónomo.

*una impugnación contra una ordenanza municipal".* Queda demostrado, de esta manera, que las ordenanzas municipales pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, más allá del criterio teórico que se prefiera a la hora de calificar su naturaleza jurídica.

Asimismo, no debe olvidarse que la parte final del art. 2 del nuevo Código (texto según ley 13.101), luego de puntualizar casos concretos en los cuales existe "materia administrativa" de competencia de los nuevos juzgados, aclara que *"la enunciación anterior es meramente ejemplificativa. No implica la exclusión del conocimiento por los Tribunales Contencioso Administrativos de otros casos regidos por el Derecho Administrativo".*

Cabe todavía señalar que las ordenanzas quedan incluidas en el art. 95 de la Ordenanza General 267 de Procedimiento Administrativo municipal, en tanto permite impugnar en sede administrativa y ante el mismo órgano de la que proviene toda *"medida de carácter general"*. Si ese cuestionamiento primario no arriba a un resultado positivo para el afectado, la vía contencioso administrativa quedará expedita, sin perjuicio de la posibilidad de que el particular decida optar por demandar la declaración directa de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia en el marco de los artículos 683 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial[44].

El control amplio, relativo a los hechos y al derecho, propio del proceso contencioso administrativo no debe considerarse ajeno a las ordenanzas por el hecho de provenir de los cuerpos deliberativos municipales. De cara a la tendencia universal de ma-

**44.** Art. 683 del CPCC: *"Objeto del juicio: De acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la Provincia, se podrá demandar la declaración de inconstitucionalidad de la ley, decreto, ordenanza o reglamento que estatuya sobre materia regida por aquella…".*

yor control del poder y mejor defensa del ciudadano (cabe aquí nuevamente la cita del art. 15 de la Constitución Provincial), frente a los antes recordados artículos 2 parte final y 33 inc. 2º del CPA, no existe razón para confinar la impugnación de las ordenanzas municipales al régimen restringido de la acción declarativa de inconstitucionalidad.

## VIII. PROPUESTAS DE MEJORA DEL PROCESO ADMINISTRATIVO

Como dijimos inicialmente, si se compara el antiguo régimen con el actual, el progreso es muy significativo. Lamentablemente el éxito de la reforma se ha visto opacado por el legislador y por la praxis. La modificación del Código mediante la Ley 13.101 merece las críticas ya señaladas y la multiplicación de causas en la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, al prolongar por años la duración de los juicios, ha convertido en letra muerta el carácter "efectivo" de la tutela judicial, reclamado en el tantas veces citado art. 15 de la Constitución Provincial.

### 1. Debe corregirse el desvío provocado por la contrarreforma

Si se desea mejorar el servicio de justicia contencioso administrativa desde el mirador de los derechos individuales (pretensión que no parece estar en los planes inmediatos ni del Parlamento ni de la Suprema Corte provincial) debería darse marcha atrás en los aspectos reaccionarios de la Ley 13.101, implementando las siguientes medidas legislativas acompañadas por una interpretación *pro homine* del Alto Tribunal, Cámaras de Apelación y Jueces de Primera Instancia:

1º).- Restablecer la pretensión prestacional.

2º).- Disponer que el agotamiento de la vía administrativa será un recaudo de excepción, limitado a aquellos casos legalmente establecidos, a tono con el art. 166 de la Constitución Provincial.

3º).- Restituir el efecto interruptivo e la prescripción de la demanda de amparo, aun cuando no fuera admitida.

4º).- Eliminar la exigencia del reclamo previo a la solicitud de una medida procesal de tutela urgente.

5º).- Incluir expresamente a las ordenanzas municipales entre las decisiones justiciables por la vía del proceso contencioso administrativo .

**2. Debe dotarse a la Cámara de Apelación con asiento en La Plata de los recursos humanos y materiales imprescindibles para superar el colapso que la paraliza**

Una circunstancia que echó por tierra la gran expectativa que generó la reforma del régimen contencioso administrativo fue el cuello de botella que se formó en la Cámara de Apelación con asiento en La Plata[45], extendiendo el dictado de las sentencias de alzada por más de tres años, incluyendo asuntos de empleo público, previsionales y vinculados con honorarios de abogados y peritos. Es decir, cuestiones de carácter alimentario cuya definición no debería soportar demoras semejantes.

El "Centro para la implementación de Derechos Constitucionales" llevó a cabo un concienzudo y detallado estudio evaluando

**45.** Se trata del Tribunal que más causas recibe debido a la competencia en razón del territorio asignada a las Cámaras regionales que hace que el Tribunal radicado en La Plata reciba la casi totalidad de las apelaciones en juicios contra la Provincia de Buenos Aires y sus entidades autárquicas, al igual que contra las Municipalidades de los Partidos ubicados en los Departamentos Judiciales de La Plata, Lomas de Zamora, Avellaneda-Lanús y Quilmes.

el desempeño de la Cámara[46]. El resultado es desalentador, sin perder de vista que el lapso considerado fue 2015 – 2020 y la experiencia demuestra que la parálisis se ha agravado a partir de entonces.

El citado informe, al analizar la cantidad de causas ingresadas y resoluciones dictadas por año, señala que, *"de los datos detallados puede advertirse que el problema central del órgano en este punto es que, mientras que la cantidad de ingresos de casos aumentó exponencialmente a partir del año 2020, la cantidad de resoluciones dictadas por año se mantiene dentro de los promedios de la última década, en donde la cantidad de ingresos era sustancialmente inferior … La Cámara dicta alrededor de 2.000 resoluciones por año, en promedio, número que disminuyó excepcionalmente en el año 2020, debido a las restricciones sanitarias de la pandemia del Cóvid-19 y al criterio de trabajo adoptado por el Dr. De Santis quien, en ejercicio de la presidencia del tribunal durante se año, decidió que sólo se tramitarían las causas urgentes y solo en soporte digital, quedando paralizadas en su trámite todas las restantes … Ante la imposibilidad de hacer frente al cúmulo de casos que ingresan al tribunal, los asuntos pendientes se trasladan al año siguiente y ello genera una demora significativa en el tiempo de duración de los procesos, que ha motivado a los miembros del tribunal a elevar numerosas comunicaciones solicitando prórrogas en los plazos de resolución a la SCBA, nombramiento de personal y auditoría, tal como se detalla en los informes de gestión elaborados por la Secretaría de Planificación del Máximo Tribunal en los años 2019 y 2021".*

**46.** "¿Qué y cómo resuelve la Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata? *Zoom al período 2015-2020".* Disponible en www.cidc.org/nuevosaires

El análisis de la situación, según el informe de la Subsecretaría de Control de Gestión de la SCBA, del 28 de septiembre de 2021, contabiliza ocho pedidos de prórroga efectuados por la Cámara y destaca que el colapso tiene al menos dos razones coadyuvantes: un inusitado y extraordinario incremento de causas (entre enero de 2020 y junio de 2021 ingresaron a la Cámara 5.541 expedientes) y el criterio de trabajo adoptado durante la pandemia por el entonces Presidente Dr. De Santis, disponiendo que solo se tramiten las causas "urgentes" en soporte digital, *"quedando paralizadas en su trámite todas las restantes"*, ratificando el estudio del CIDC antes transcripto.

Respecto del estado de situación -siempre a septiembre de 2021- el estudio de la Subsecretaría de Control de Gestión aclara que, en cuanto al dictado de sentencias, la crisis tiende a estabilizarse, otorgándose prioridad a los amparos y demás casos urgentes. Sin embargo, en cuanto atañe al estado de trámites en despacho, señala que "*ha empeorado, con graves consecuencias para la administración de Justicia, por la enorme cantidad de causas que continúan ingresando sin cesar".*

En cuanto al desarrollo de los trámites ante la Cámara de La Plata, cuando un litigante urge el dictado de la sentencia recibe como respuesta un proveído-formulario que le hace saber la situación del Tribunal, *"en virtud del ingreso de más de 10.00 expedientes en el período comprendido entre los años 2021-2022 y los más de 2.200 ingresos en el año en curso".* Como documento adjunto se lee la presentación efectuada por la Cámara a la Suprema Corte de Justicia el 9.3.2023, "*a fin de poner en su conocimiento la reiterada solicitud de auditoría urgente, sin respuesta, formuladas a la Subsecretaría de*

*Control de Gestión en fechas 26/9/2022 y 5/10/22 … en atención al agravamiento que supone un incremento de ingresos que para el período 2021-2022 registra un ingreso superior a los 10.000 expedientes y para el período 01-02-2023 al 09-03-2023 la cantidad de 734 expedientes, con el consiguiente impacto negativo en la prestación del servicio de justicia, que es progresivo, persistente, de público y notorio".*

La gravedad del caso impone soluciones de fondo y urgentes.

El 22 de diciembre de 2022 se publicó en el Boletín Oficial la Ley 15.400, que incorporó un artículo 4 bis a la Ley 12.074 de Creación del Fuero Contencioso Administrativo, disponiendo que la Cámara de Apelaciones con asiento en La Plata, pasará a conformarse con dos Salas de tres miembros cada una; aclarando que la segunda Sala, cuya creación se ordena, podrá ser integrada transitoriamente por la Suprema Corte (art. 5), supuestamente para dotar de celeridad al trámite y no sujetarlo a los plazos siempre extensos de los concursos destinados a cubrir vacantes en el Poder Judicial.

Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido, la nueva Sala brilla por su ausencia y no existen indicios de una inminente puesta en funcionamiento. Mientras tanto, el deber de los Tribunales de dictar sentencia en los plazos establecidos al efecto por las leyes procesales, establecido en el art. 168 de la Constitución Provincial, se ha transformado en letra muerta.

Igual suerte corrió la magnífica garantía de tutela judicial efectiva del art. 15, ya que las causas nunca se resuelven en un tiempo razonable, condición indispensable para hacer realidad el "proceso justo" tantas veces reclamado por Morello con sólidos fun-

damentos, siempre vinculados al derecho humano a la defensa en sede judicial[47].

### 3. Debe reducirse el índice de litigiosidad

La puesta en marcha de una segunda Sala en la Cámara con asiento en La Plata (y, seguramente, impulsar la formación de una tercera), mejorará sin duda la atención de los justiciables. Sin embargo, no será suficiente mientras el número de conflictos siga incrementándose exponencialmente. Debido a ello nos permitimos sugerir algunos cambios de paradigmas tendientes a disminuir la conflictividad en el Estado provincial y municipal.

Una primera medida, tan elemental como ignorada por la Administración provincial y municipal, consiste en respetar la legalidad[48]. Para ello resulta imprescindible educar a los administradores. No siempre la desobediencia a las normas es producto de la tendencia al abuso de poder de las autoridades. Aunque el porcentaje de ilegalidad dolosa es alarmante, en muchas ocasiones los encargados de aplicarla violan la ley sencillamente porque no la conocen. Un régimen meritocrático debería reemplazar al actual sistema clientelista. Los nombramientos de empleados y funcionarios deben dejar de obedecer a razones de afinidad política, parentesco o amistad.

El camino correcto a seguir no es otro que la implementación de una carrera administrativa que apunte a formar un equipo buro-

**47.** Morello, Augusto M., *Justicia continua y efectiva para la Provincia de Buenos Aires (El art. 15 de la Constitución reformada en 1994),* E.D. t. 171 p. 932

**48.** Si los funcionarios asumieran que la salud pública es el bien más preciado a proteger por el Estado y respetaran el principio *pro homine* no se hubieran deducido 2607 demandas contra el IOMA entre 2004 y 2023, según informa el "Centro para la Implementación de Derechos Constitucionales" en "*IOMA. Análisis del relevamiento de causas. Período 2015-2020"*, p. 1 nota 4, en materia de medidas cautelares, en el lapso 2015-2020 en el 88% de los casos la Cámara de La Plata hizo lugar a la tutela urgente pedida por el particular. "*La contundencia de estas tendencias da fuertes razones para pensar en la necesidad de promover reformas institucionales que logren resolver el conflicto jurídico en instancias anteriores y mejoren la eficiencia de la actuación del Estado en su totalidad"* (Informe citado, p. 5). La demora en dictar sentencia definitiva, en promedio, se acerca a los tres años (p. 7).

crático idóneo. Cabe recordar en este sentido que el artículo 16 de la Constitución Nacional establece que todos los habitantes son "*admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad".* De resulte imprescindible poner en marcha escuelas o institutos de Administración, imitando la experiencia de los países más desarrollados. Estados eficientes, como el francés, nutren los despachos oficiales con egresados de instituciones dedicadas a la capacitación de futuros funcionarios[49]. En Argentina la afiliación a un partido político y/o la buena relación con sus líderes garantiza el acceso a la función pública, aunque se carezca de la más mínima preparación. Ya no basta con tener educación de nivel secundario para conducir en aguas turbulentas el barco de la Administración estatal y sus enormes desafíos en materia de seguridad, salud colectiva, servicios esenciales y educación.

La garantía de idoneidad de los responsables de mejorar la calidad de vida de la gente se alcanza a través de los concursos. Sin embargo, *"hace años que no se hacen concursos ni para ingresar ni para ascender, con lo cual se está atentando contra el derecho de la sociedad civil a contar con una Administración manejada por los agentes públicos mejor preparados y dispuestos a brindarle en legal tiempo y forma los servicios que aquella les demanda"*[50].

Aunque los artículos 7, 50 y 80 del Dec. Ley 7647/70 de Procedimiento Administrativo provincial (y su equivalente Ord. Gral. 267/80 en el ámbito municipal), consagran el principio de celeridad y responsabilizan a los empleados y funcionarios por incumplimiento de los plazos, se cuentan por miles los amparos

**49.** El caso más conocido es el de la *Ecole Nationale D'Administration (ENA)*, fundada por De Gaulle en 1945 y reemplazada desde el 1º de enero de 2022 por el *Institut National du Service Public.* Entre otros altos funcionarios, se graduaron en la *ENA* los Presidentes Valery Giscard d' Estaing, Jacques Chirac, Francois Hollande y Emmanuel Macron.

**50.** Hutchinson, Tomás, en Lamoglia, Marcelo y Rodríguez García, Nicolás, *Administración Pública y corrupción,* Scotti-Zavalía, 2017, p. 249.

por mora que no existirían con solo cumplir con el deber de responder mediante acto formal a los reclamos de los particulares. Sin embargo, no solo se demora la definición de los trámites, sino que en muchísimas oportunidades el administrado no recibe respuesta alguna.

Surge entonces necesario eliminar, o al menos mitigar, la impunidad de los despachos oficiales, haciendo responsables personalmente (con sus patrimonios) a los agentes que ocasionan daños al propio Estado y a los ciudadanos. Aunque en nuestro ordenamiento ello es perfectamente posible, la práctica muestra que nunca o casi nunca los reclamos se enderezan contra los administradores. Desde hace tiempo se ha denunciado que *"la inexistencia de responsabilidad civil de los funcionarios públicos significa en la práctica otorgarles impunidad para seguir cometiendo los mismos daños … La importancia de que el funcionario sufra también las consecuencias pecuniarias de su hecho dañoso es decisiva pues esto constituye un elemento fundamental para fijar límites concretos a la negligencia y arbitrariedad eventuales de las autoridades públicas"*[51].

Además de administrar mejor para evitar conflictos justiciables, el Fisco debe reparar en que la legalidad no se agota en el ordenamiento, sino que se complementa con la jurisprudencia que, finalmente, constituye fuente importantísima del Derecho.

Un motivo esencial de extensión inusitada de los procesos administrativos es el planteo dilatorio de todo tipo de excepciones, incidentes y apelaciones sobre asuntos definitivamente resueltos por la jurisprudencia, tanto de las Cámaras regionales como

**51.** Gordillo, Agustín, *Teoría General del Derecho Administrativo,* IEAL, Madrid, 1984, págs. 777 y 805.

de la Suprema Corte de Justicia Provincial. Es moneda corriente que la representación fiscal niegue el reconocimiento de los derechos individuales o defienda la validez de actos administrativos manifiestamente viciados, a pesar de existir numerosos pronunciamientos contrarios a la posición oficial. Aquel proceder resulta inaceptable en el Estado, ya que se trata de una "persona ética por excelencia" según lo ha expresado la Corte Nacional en reiteradas oportunidades.

El Congreso ha ignorado la manda del art. 166 cuarto párrafo de la Constitución provincial que le ordena dictar una ley que "*establecerá un procedimiento expeditivo de queja por retardo de justicia*" y, al cobijo del principio de que las sentencias solo aplican para el caso concreto, la Administración desconoce intereses y derechos sobre cuya procedencia nadie duda, mientras la Fiscalía de Estado, al igual que las Municipalidades, resiste durante años procesos idénticos a los ya sentenciados de manera reiterada y pacífica.

La demora infinita comienza con el trámite de agotamiento de la vía administrativa antesala del juicio y en muchos casos se produce la prescripción extintiva de la acción, rigurosamente opuesta por el Fisco[52].

En materia de salud pública los amparos se cuentan por miles. En muchos casos los pacientes-padecientes[53] mueren antes de que se agoten todas las instancias judiciales a las que acude la representación fiscal. Otro tanto ocurre en materia previsional. Los

**52.** Cuando el crédito del particular resulta innegable, el Estado, al oponer la prescripción transformando su deber jurídico en una obligación natural cuyo cumplimiento omite y niega, comete una inmoralidad. La doctrina que se ha ocupado del asunto ha criticado la postura oficial y comienza a avizorarse una tendencia jurisprudencial en igual sentido. Así, por ejemplo, el Supremo Tribunal de Córdoba decretó la dispensa de prescripción opuesta por la Municipalidad de Cosquín en una demanda por daños y perjuicios promovida por la víctima de un accidente de tránsito que quedó en estado vegetativo (TSCordoba, Sala Civil y Com., "*O., D.J. c. Municipalidad de Cosquín y otro*", sent. del 19.2.2009, publicado en: LLC 2009-mayo-, 359-RCyS 2009-VI, 45-DJ 16/09/2009).

**53.** Recomendamos la lectura de la obra de Auyero, Javier, *Pacientes del Estado,* Eudeba, 2013.

diferendos se discuten hasta agotar las instancias locales ordinarias y extraordinarias y en no pocas oportunidades se interponen recursos extraordinarios federales llevando el juicio a la Corte Nacional. Son numerosos los casos de salud y previsionales en los cuales el paso del tiempo termina con la vida de los actores, estirando la exigibilidad de los créditos hasta la finalización de los procesos sucesorios.

El alongamiento indefinido de los juicios -sin que los jueces, salvo honrosas excepciones-, impongan sanciones pecuniarias o amonesten la mala fe procesal- resulta un negocio financiero para el Fisco, ya que la tasa de interés judicial siempre se ubica por debajo de los índices inflacionarios.

Otra causal de morosidad intolerable en el desarrollo de los procesos, es la saturación que sufren los juzgados departamentales de primera instancia y las cámaras de apelación regionales, debido a la proliferación de juicios de apremio. El 16,30% de las causas ingresadas en la Cámara de Apelaciones de La Plata, en el lapso 2015-2020, fueron apremios, mientras los juicios con pretensiones impugnatorias y de reconocimiento de derechos alcanzaron el 27%; de tal suerte que los apremios superan la mitad de los casos de conflictos por excelencia pertenecientes a todo Fuero Contencioso Administrativo[54].

A pesar de que la Ley 13.435 (B.O.19.1.2006)[55] estableció el Fuero

**54.** Centro para la Implementación de Derechos Constitucionales, ¿Qué y cómo resuelve la Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata? *Zoom al período 2015-2020,* p. 18.

**55.** Las principales normas de la Ley 13.435 son: Art. 1º: *Créase en el Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires, el "Fuero de Ejecuciones Tributarias", con competencia en las ejecuciones de los créditos fiscales por tributos, sus accesorios y sus multas de la Provincia o Municipalidades contra sus deudores, en las medidas cautelares autónomas que se soliciten anticipadamente en su resguardo y en el proceso de conocimiento posterior.* Art. 2º: *Créanse en el ámbito del Poder Judicial de la Provincia y en el Fuero de Ejecuciones Tributarias, los Juzgados de Primera Instancia de Ejecuciones Tributarias.* Art. 3: *En la ciudad cabecera de cada departamento judicial, tendrá asiento un Juzgado de Primera Instancia de Ejecuciones Tributarias, salvo el correspondiente al Departamento Judicial La Plata en cuya cabecera tendrán asiento dos (2) Juzgados de Primera Instancia de Ejecuciones Tributarias.* Art. 4: *Los Juzgados de Primera Instancia de Ejecuciones Tributarias funcionarán con dos (2) Secretarías. En función del índice de litigiosidad que se presenten en éstos, la Suprema Corte de Justicia podrá disponer la creación de otras Secretarías.* Art. 5: *Las Cámaras en lo Contencioso Administrativo tendrán competencia como tribunal de alzada contra las sentencias que dicten los Juzgados de Primera Instancia de Ejecuciones Tributarias.*

de Ejecución Tributaria, con el doble objetivo de asignar una materia específica y compleja a magistrados especializados y descongestionar los juzgados contencioso administrativos, la misma nunca se puso en práctica. Parafraseando a Carlos Nino, otro ejemplo para sumar al extenso catálogo de anomalías propio de un país al margen de la ley.

**4. Debe priorizarse el "impacto financiero" al ciudadano antes que cuidar el presupuesto oficial**

A fines del año 2022, exactamente en el Boletín Oficial del 29 de diciembre, disimulados en la Ley de Presupuesto para el año 2023, la Ley 15.394 sumó dos artículos demostrativos -una vez más- del desprecio del legislador por los derechos individuales y el poco acatamiento de la letra y del espíritu del art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

En cuanto aquí interesa, es decir transcribiendo solo las partes pertinentes, tales disposiciones rezan:

Art. 70: "*En los juicios contra el Estado Provincial, Municipal o entes descentralizados, el plazo para el cumplimiento de las sentencias de condena que se dicten en su contra, será de sesenta (60) días, por extensión del artículo 163 de la Constitución Provincial, quedando sujeto dicho plazo a las siguientes reglas*:

*1) Regirá para toda sentencia de condena cualquiera sea el fuero de actuación o la materia involucrada, salvedad hecha de los casos relativos a la tutela urgente de derechos fundamentales en especie.*

...

*6) Sin perjuicio de lo expuesto, en el caso de sentencias que puedan tener magnitud económica como para comprometer la estabilidad presupuestaria, se admitirá la posibilidad de apertura de un incidente de evaluación de impacto financiero, con efecto suspensivo de la ejecutoria, con la finalidad de ponderar las consecuencias económicas del fallo y en su caso graduar, atenuar o diferir sus efectos, mediante un plan de cumplimiento, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de derechos fundamentales.*

*En todos los casos deberán tomarse en cuenta las diligencias útiles implementadas y las posibilidades materiales de cumplimiento, sea a los fines de conceder una prórroga, de justificar una demora y/o de eximir de responsabilidades".*

Art. 71: "*Quedan derogadas todas las leyes y demás disposiciones que se opongan a lo dispuesto en el artículo precedente".*

La duración exasperante de los procesos antes descripta, se complementa ahora con el *"incidente de evaluación de impacto financiero, con efecto suspensivo de la ejecutoria";* de tal suerte que, una vez agotadas todas las instancias (transitando, con suerte, media docena de años y siempre que el Fisco perdidoso no acuda a los recursos extraordinarios ante la SCBA, en cuyo caso el plazo puede sumar un lustro o más) el juez encargado de hacer efectiva su sentencia tendrá que evaluar la contradicción y prueba del compromiso de la "*estabilidad presupuestaria*" invocada por la Provincia demandada o reconvenida.

La carga de la prueba incumbe al incidentista. Cabe entonces preguntarse: ¿cómo acreditará la Provincia el desequilibrio del

presupuesto en caso de intento de ejecución de la sentencia de condena a pagar una suma de dinero? Pareciera que habrá que solicitar informes a despachos y organismos oficiales, sumando seguramente una pericia contable. En semejante escenario (imaginario, pero no fantasioso), la actora gananciosa deberá armarse de paciencia y resignarse a que su crédito pierda poder adquisitivo debido a la alta inflación y a las tasas de intereses negativas que la persiguen y nunca la alcanzan.

Otro interrogante esencial: ¿Cuáles son "*los casos relativos a la tutela urgente de derechos fundamentales en especie*" que justificarán la excepción a la regla? Si se trata de cumplir una sentencia "en especie" es decir no dineraria, el derecho fundamental a tutelar será la salud. Esto es la entrega de medicamentos por la obra social estatal. ¿Y si se tratara del desalojo de un inmueble arrendado por el Estado, el derecho de propiedad del locador se asumirá como "derecho fundamental" como lo ha reconocido en varias oportunidades la Corte Interamericana de Derecho Humanos?

No existen precedentes. Una cosa es segura, estos y otros interrogantes que callamos en homenaje a la brevedad, obligarán a discutir -tal vez durante años- la posibilidad de cobrar el crédito reconocido por sentencia firme. No parece ser este un mecanismo que honre la tutela judicial "efectiva" del tantas veces citado artículo 15 de la Carta Provincial.

Una vez más corresponde transcribir la inmejorable reflexión de González Pérez: "*Desde que se inventó eso que se ha llamado Estado de Derecho, la doctrina, de buena fe, con una ingenuidad sorprendente, ha venido ideando y perfeccionando fórmulas para garantizar la ejecución de las sentencias, en la convicción*

*de que es el momento de la verdad en el control jurisdiccional de la Administración, pues solo en ese momento puede verificarse si los tribunales sirven para algo más que para hacer declaraciones platónicas.* ***Pero mucho más hábiles que los buenos doctrinantes para buscar fórmulas de garantías son los legisladores para matizarlas y los encargados de aplicarlas para eludirlas. Los procedimientos utilizados son infinitos. Los administradores muestran una habilidad extraordinaria para conseguir sus fines y lograr que prevalezca su criterio. Se ha llegado a decir que la Administración, a la que, por otra parte, se le reprocha falta de imaginación, hace gala en este aspecto de una notable ingeniosidad"***[56]***.***

Cabe esperar la urgente declaración de inconstitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley de Presupuesto para el año 2023.

## IX. CONSIDERACIONES FINALES

El salto de calidad, producido a partir de la reforma constitucional bonaerense de 1994, fue muy importante en materia de acceso al servicio de justicia y tutela efectiva de los derechos e intereses de los ciudadanos afectados por errores y excesos de poder de las autoridades. Sin embargo, la realidad de estas dos décadas pasadas ha dejado un amargo sabor a poco y no hay indicios de que se avecinen tiempos mejores, sumiendo a los estudiosos del tema en la desesperanza. No somos pocos quienes pensamos que el panorama se ensombrece cada vez más[57].

Es mucho lo que se ha avanzado en beneficio del debido pro-

**56.** González Pérez, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano,* Temis, Bogotá, 1985, pág. 387, el destacado ausente en el original.

**57.** Para un completo y fundado inventario de los vicios y defectos que empañan la reforma, ver: Oroz, Miguel H. E., *A casi veinte años del Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Provincia de Buenos Aires,* Revista Jurídica Digital "Palabras del Derecho", https://palabrasdelderecho.com.ar, 7.5.2023 primera parte, 5.7.2023 segunda parte.

ceso contencioso administrativo, pero, como bien se sabe, a lo ideal se contrapone la realidad. Desgraciadamente la Provincia de Buenos Aires registra claras falencias en materia de calidad institucional, servicios públicos y eficacia en las funciones del Estado. La Administración, la actividad legislativa y la función judicial se muestran alejados de los niveles de eficacia deseables. De todos modos, conviene reiterarlo, el sistema instaurado entre 1994 y 2003 resulta claramente superador del antiguo régimen decimonónico del Código de Varela.

El aniversario n.º 30 de la reforma de la Constitución de la Nación Argentina y de la Provincia de Buenos Aires, nos convocó a realizar un recorrido histórico y un análisis actual de su impacto transversal en nuestro ordenamiento jurídico.

Es dable destacar, que este proceso fue caracterizado por su gran legitimidad, toda vez que fue el resultado de la participación democrática de la ciudadanía junto con diversas fuerzas políticas, quienes a partir del consenso lograron este evento histórico.

El Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires es consciente de la necesidad de conocer la historia, así como también de la importancia de interpretar el presente y proyectar el futuro a largo plazo a partir de ella. Es por ello, que en esta obra colectiva nos encontramos con las palabras de distinguidos autores e incluso de Convencionales Constituyentes, quienes a través de sus destacados trabajos reflexionaron sobre todo el proceso, desde los debates y antecedentes, recorriendo los avances logrados pero también ilustrando los puntos sobre los que resta realizar un trabajo más profundo a fin de consolidarlos.