

ABELEDOPERROT



Revista Jurídica de Buenos Aires - año 44 - número 99 - 2019-II

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

A veinticinco años de la Reforma Constitucional

Alberto R. Dalla Via

Coordinador

Revista Jurídica de Buenos Aires - año 44 - número 99 - 2019-II

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

A veinticinco años de la Reforma Constitucional

Alberto R. Dalla Via

Coordinador



ABELEDOPERROT

© Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho - UBA, 2020
© AbeledoPerrot S.A., 2020
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada: 210 ejemplares

ISSN 0326-7431

REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO, UBA

Directores:

Roberto Guillermo Moncayo

Pedro Aberastury

Marta Rosa Vigevano

Secretaría de Redacción:

Emiliano Buis

MIEMBROS DEL CONSEJO EDITORIAL

Marcelo Alegre (UBA)

Laurence Boisson de Chazournes (Université de Genève)

Griselda Capaldo (UBA/CONICET)

José Casas (UBA)

Alberto Dalla Via (UBA)

Diana Maffía (UBA)

M. Susana Najurieta (UBA)

Pedro Nikken (Universidad Central de Venezuela)

Mónica Pinto (UBA)

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (UBA)

Edmundo Vargas Carreño (Universidad Nacional de Chile)

María Elsa Uzal (UBA)

Daniel Vítolo (UBA)

COMITÉ EVALUADOR

Javier Barnes (Universidad de Huelva, España)

Daniel Bonilla (Universidad de los Andes, Colombia)

Olivier De Frouville (París II, Francia)

Edgardo Donna (UBA)

Diego Fernández Arroyo (Sciences-Po, Paris, Francia)

Ricardo García Macho (Universidad Jaume I, Castellón, España)

Andrea Gastrón (UBA)

Silvina González Napolitano (UBA)

Carla Huerta (UNAM, México)

Patricia Llerena (UBA)

Ricardo Perlingeiro (Universidade Federal Fluminense, Brasil)

Alberto Puppo (ITAM, México)

Fabián Salvioli (Universidad Nacional de La Plata)

Karl-Peter Sommermann (Universidad de Ciencias Administrativas, Speyer, Alemania)

Sébastien Touzé (Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg, Francia)

Colaboradores del Consejo Editorial

Natalia Luterstein

Revisión de títulos, resúmenes y palabras claves en Inglés

Marcos Kotlik

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Decano: Alberto J. Bueres

Vicedecano: Marcelo Gebhardt

CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO

CLAUSTRO DE PROFESORES

Consejeros Titulares: Oscar Ameal / Ernesto Alberto Marcer / Leila Devia / Germán Gonzalo Alvarez / Luis Mariano Genovesi / Luis Fernando Niño / Daniel Roque Vítolo / Alfredo Mauricio Vítolo

Consejeros Suplentes: Marcelo Gebhardt / Mary Beloff / Raúl Gustavo Ferreyra / Juan Pablo Mugnolo / Carlos Mario Clerc / Silvina Sandra González Napolitano / Graciela Medina/ Alejandro Norberto Argento

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros Titulares: Leandro Abel Martínez / Silvia Lorelay Bianco / Pablo Andrés Yannibelli / Fernando José Muriel

Consejeros Suplentes: Elisa Graciela Romano / Gisela María Candarle / Aldo Claudio Gallotti / Lisandro Mariano Teszkiewicz

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros Titulares: Joaquín Rodrigo Santos / Catalina Cancela Echegaray / Víctor Francisco Dekker / Juan Alfonsín

Consejeros Suplentes: Facundo Corrado / Silvia Alejandra Bordón / Eliana Malena Gramajo / Juan Francisco Petrillo

SECRETARIOS

Secretaria Académica: Silvia C. Nonna

Secretario de Administración: Carlos A. Bedini

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: Oscar M. Zoppi

Secretario de Investigación: Daniel Pastor

Secretario de Coordinación y Relaciones Institucionales: Marcelo Haissiner

SUBSECRETARIOS

Subsecretario Académico: Lucas G. Bettendorff

Subsecretario de Administración: Rodrigo Masini

Subsecretario de Investigación: Emiliano J. Buis

Subsecretario Técnico en Administración: Daniel Díaz

Subsecretaria de Planeamiento Educativo: Noemí Goldsztern de Rempel

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff

Subdirector: Luis R. J. Sáenz

Secretario: Jonathan M. Brodsky

ÍNDICE
REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES
AÑO 44, NÚMERO 99, 2019-II, BUENOS AIRES

PRESENTACIÓN

ALBERTO RICARDO DALLA VIA	3
---------------------------------	---

DOCTRINA

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

EDUARDO MENEM: Una reforma legítima, democrática y eficiente	9
ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ: A 25 años de la reforma constitucional de 1994...	31
ALBERTO MANUEL GARCÍA LEMA: Desafíos institucionales a 25 años de la reforma de 1994. Necesaria continuidad de los consensos constitucionales para afrontar las grietas políticas, económicas, sociales y culturales del siglo XXI	69

TRABAJOS DE TEORÍA CONSTITUCIONAL

FRANCISCO JAVIER GARCÍA ROCA: Los riesgos de una buena Constitución vieja: tiempos de reformas y democracia de consenso	109
ALBERTO RICARDO DALLA VIA: La influencia del constitucionalismo español en la reforma constitucional argentina de 1994	125
SERGIO DÍAZ RICCI: La reforma constitucional de 1994 como reparación del poder constituyente y de la continuidad constitucional	153
RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS: La Corte Suprema y el tema de la sujeción a los principios de derecho público constitucional de los tratados a partir de la reforma de 1994	169
MARCELO ALBERTO LÓPEZ ALFONSÍN: El valor del consenso constitucional en el balance de la reforma de 1994.....	183

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

MENECA DJEDEDJIAN: Santiago, Alfonso y Bellocchio, Lucía, <i>Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978-2018)</i> , Buenos Aires, La Ley, 2018.....	199
PAULA SOLEDAD SUÁREZ: Hernández, Antonio María, <i>Estudios de federalismo comparado. Argentina, Estados Unidos y México</i> , Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2018, 349 ps.....	201
INÉS E. FAMÁ: Albanese, Susana, <i>Incumplimiento de sentencias internacionales. Sistema interamericano de derechos humanos</i> , Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar, 2018	205
Apéndice. Pautas para la presentación de originales	209

INDEX
REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES
YEAR 44, NUMBER 99, 2019-II, BUENOS AIRES

PRESENTATION

ALBERTO RICARDO DALLA VIA	3
---------------------------------	---

DOCTRINE

THE 1994 CONSTITUCIONAL REFORM

EDUARDO MENEM: A legitimate, democratic and efficient reform	9
ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ: Twenty-five years after the 1994 constitutional reform	31
ALBERTO MANUEL GARCÍA LEMA: Institutional challenges 25 years after the 1994 reform. The necessary continuity of the constitutional consensus to face the political, economic, social and cultural cracks of the 21st century	69

SECTION II

CONSTITUTIONAL THEORY ARTICLES

FRANCISCO JAVIER GARCÍA ROCA: The risks of an old, good constitution: times of reform and democracy of consensus.....	109
ALBERTO RICARDO DALLA VIA: The influence of the spanish constitutionalism in the Argentine Constitutional Reform of 1994.....	125
SERGIO DÍAZ RICCI: The 1994 constitutional reform as a repair of constituent power and constitutional continuity.....	153
RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS: The Supreme Court and the subject to the constitutional public law principles of the treaties from the 1994 reform.....	169
MARCELO ALBERTO LÓPEZ ALFONSÍN: The value of constitutional consensus in the balance of the 1994 reform	183

BOOK REVIEWS

Santiago, Alfonso y Bellocchio, Lucía, <i>Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978-2018)</i> , Buenos Aires, La Ley, 2018, comment of MENECA DJEDEDJIAN	199
Hernández, Antonio María, <i>Estudios de federalismo comparado. Argentina, Estados Unidos y México</i> , Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2018, 349 ps., comment of PAULA SOLEDAD SUÁREZ.....	201
Albanese, Susana, <i>Incumplimiento de sentencias internacionales. Sistema interamericano de derechos humanos</i> , Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar, 2018, comment of INÉS E. FAMÁ	205
Guidelines for the submission of articles.....	215

PRESENTACIÓN

PRESENTACIÓN

La *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires* ha decidido dedicar este número especial del año 2019 a la Reforma Constitucional de 1994, al cumplirse veinticinco años de su sanción, hecho ocurrido en el mes de agosto del presente año. Mi maestro, Alberto Antonio Spota, enseñaba que el poder constituyente era “poder político que se juridiza al normarse”; de ese modo, la sanción de la Constitución representa, en sí misma, el momento de tránsito desde el mundo de lo político al mundo de lo jurídico¹.

Es natural que en la Facultad de Derecho miremos y analicemos a la Constitución desde el prisma de lo jurídico; incluyendo trabajos teóricos sobre el poder constituyente y el poder constituyente reformador, al que el español Manuel Sánchez Agesta denominaba “poder constituyente constituido”. En este número se incluyen trabajos de teoría constitucional como el que nos hiciera llegar el catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, profesor doctor Francisco Javier García Roca, intitulado “Los riesgos de una buena Constitución vieja: tiempos de reformas y democracia de consenso”, y el suscripto por el doctor Sergio Díaz Ricci, profesor titular de la Universidad Nacional de Tucumán que lleva como título “La Reforma Constitucional de 1994 como reparación del poder constituyente y de la continuidad constitucional”. Ambos juristas son doctores de la misma Universidad Complutense de Madrid y discípulos del maestro Pablo Lucas Verdú. Asimismo, se incluye el trabajo del doctor Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, profesor de Filosofía del Derecho y juez de la Cámara Federal de Salta, intitulado “La Corte Suprema y el tema de la sujeción a los principios de derecho público constitucional de los tratados a partir de la reforma de 1994”.

Esos trabajos han sido agrupados en la segunda parte de este número, comenzando por el trabajo del profesor García Roca, seguido por un trabajo de mi autoría, escrito en una perspectiva de derecho comparado, que lleva por título “La influencia del constitucionalismo español en la Reforma Constitucional Argentina de 1994”, destinado a marcar, desde la doctrina, cómo el constituyente de 1994 se apartó de la “fuente” o el “modelo” estadounidense de 1787 para adoptar distintas novedades provenientes del derecho español, del derecho ita-

¹ SPOTA, Alberto Antonio, “Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente”, Buenos Aires, Plus Ultra, 1972.

liano y del derecho europeo en general, generando una confluencia de fuentes jurídicas en un contexto de “diálogo de fuentes” y de “universalización” del derecho que torna más compleja la interpretación de normas, principios y valores.

La segunda parte de este número especial concluye con un trabajo del doctor Marcelo Alberto López Alfonsín, profesor adjunto regular de nuestra Facultad, que lleva por título “El valor del consenso constitucional en el balance de la Reforma de 1994”. El consenso es, por una parte, un elemento de naturaleza política que se vincula con la legitimidad del pacto constituyente, no solamente con el “Pacto de Olivos” suscripto por el Partido Justicialista y la Unión Cívica Radical, sino también con el consenso que aportaron el “Frente Grande” y el “MODIN” al participar del debate y la discusión constitucional. Por otra parte, el consenso es también una exigencia jurídica prevista en el art. 30 de la Constitución Nacional cuando requiere una alta valla, como son los dos tercios de los miembros totales de ambas Cámaras del Congreso para habilitar la ley declarativa de la reforma constitucional.

Eso explica que en nuestra historia constitucional hayamos tenido tan pocas reformas, sobre todo si las comparamos con los cientos de reformas constitucionales llevadas adelante por otros países latinoamericanos como Bolivia, Brasil o México. La valla de los dos tercios dificultó muchas iniciativas en la primera parte del siglo veinte, impulsadas por las demandas sociales que emergían en el constitucionalismo de segunda generación.

La Reforma Constitucional de 1994 ha sido la más extensa y la más importante de nuestra historia, fue hecha en democracia, con pleno ejercicio del poder constituyente, basada en la representación de la soberanía popular. Al jurarla, los constituyentes aprobaron el texto histórico de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Basta esa sola enunciación de las reformas vigentes para advertir que las anteriores fueron muy inferiores en número; en efecto, la de 1860 se originó en las incorporaciones realizadas por Buenos Aires al unirse a la Confederación después del pacto del 11 de noviembre de 1859, firmado en San José de Flores. La de 1866 se refirió a dejar sin efecto el plazo transitorio de cinco años establecido en 1860 para que los derechos de exportación fueran percibidos por las provincias, circunstancia modificada con motivo de la Guerra del Paraguay. En 1898 se modificó el número de ministros del Poder Ejecutivo, que pasaron de cinco a ocho por las necesidades del Estado. La reforma de 1957 incorporó solamente el art. 14 bis y un agregado al ex art. 67 inc. 11, pero su mayor objeción fue ser convocada por un gobierno *de facto*, circunstancia que quedó legitimada por la reforma de 1994.

La citada reforma no legitimó, en cambio, la reforma provisoria de 1972 impulsada por iniciativa de Lanusse y de su ministro del Interior, Arturo Mor Roig, con la participación de una Comisión de Juristas Notables. Sin embargo, el contenido de esa enmienda transitoria fue tomada como antecedente para las reformas que la Convención reformadora de 1994 realizó, especialmente en la Sección del Poder Legislativo y, especialmente, en cuanto a la formación y

sanción de las leyes. Tanto es así que los antecedentes más importantes de la reforma de 1994 fueron los “Dictámenes” del Consejo para la Consolidación de la Democracia, seguido por la reforma provisoria de 1972 y por los antecedentes del derecho público provincial y municipal argentino, en sus distintas “oleadas” desde 1983.

Un tema particular ha sido la no consideración de la Constitución de 1949 como antecedente. Dos argumentos dan la respuesta. El primero es jurídico y es que la reforma de 1949 fue total y no parcial y al ser restablecida la Constitución de 1853 con sus reformas, dicho texto fue íntegramente reemplazado. El segundo argumento fue político y se debió al desinterés de todos los partidos de reabrir esa discusión en la década de los noventa, empezando por el mismo peronismo que no actuó con grandeza al no querer generar una fractura propia del pasado.

En la primera parte de este número, iniciando el mismo, hemos colocado los trabajos de tres reconocidos juristas que, al mismo tiempo, han sido importantes protagonistas de la Reforma Constitucional. Empezando por el doctor Eduardo Menem, quien fuera presidente de la Convención Constituyente y es doctor en Derecho por la Universidad de Córdoba, con tesis sobresaliente dedicada al derecho parlamentario, tema sobre el cual ha aquilatado teoría y experiencia práctica. El trabajo se titula “Una Reforma legítima. Democrática y eficiente”.

Lo sigue el trabajo del profesor doctor Antonio María Hernández titulado “A 25 años de la reforma Constitucional de 1994”, quien fuera vicepresidente de la Comisión Redactora y permanente tribuno defensor de la reforma, académico y profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba y fue presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Cierra el primer capítulo el trabajo de Alberto Manuel García Lema, uno de los negociadores de la Reforma en los aspectos institucionales y destacado convencional constituyente y fue vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Su trabajo mira hacia adelante, hacia el futuro y hacia las proyecciones de la Reforma, se titula “Desafíos institucionales a 25 años de la Reforma de 1994”. A ellos tres, protagonistas de nuestra historia constitucional, nuestro agradecimiento a colaborar en este número con su análisis y su testimonio.

Concluye este número especial con tres medulosos análisis bibliográficos a cargo de Meneca Djededjian, profesora adjunta regular en mi cátedra, de Paula Soledad Suárez profesora adjunta interina en la cátedra del Dr. Gregorio Badeni y de Inés E. Famá, profesora de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la UBA.

Agradezco el apoyo a Meneca Djededjian y a Paula Suárez, ambas son inteligentes y eficientes colaboradoras, muy especialmente a Paula Suárez en la coordinación con los autores, tarea siempre difícil. Al director de la *Revista Jurídica*, profesor doctor Pedro Aberastury, querido amigo y colega de muchos

PRESENTACIÓN
ALBERTO RICARDO DALLA VIA

años en la Asociación Argentina de Derecho Comparado que ambos hemos dirigido, muchas gracias por esta idea y por confiar en nosotros. Esperamos haber contribuido en el homenaje merecido a tan importante obra jurídica fundamental de la Nación.

ALBERTO RICARDO DALLA VIA
BUENOS AIRES, DICIEMBRE DE 2019

DOCTRINA
LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

UNA REFORMA LEGÍTIMA, DEMOCRÁTICA Y EFICIENTE

Por EDUARDO MENEM*

Resumen:

La reforma de 1994 fue el más legítimo y democrático de los actos de naturaleza constitucional que se sucedieron en esa larga historia.

De ahí, que a través de una breve síntesis de nuestra historia constitucional, en la que hubo dos Constituciones sancionadas y que no tuvieron vigencia; guerras que precedieron a la Constitución de 1853 y a la reforma de 1860; una Constitución derogada por una proclama militar y otra Convención convocada por ese mismo gobierno militar, que terminó con el abandono de la mayoría de los convencionales, después de haber sancionado un solo artículo, sin olvidar que se llegó al extremo de haberse dictado un estatuto militar para organizar el gobierno constitucional de 1973, se demostrara el valor que adquiere 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.

Si bien no se trata de una obra perfecta, como no lo es ni ha sido ninguna de esta naturaleza, 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.

Palabras clave:

Reforma constitucional, antecedentes constitucionales, legitimidad, proceso de reforma, sistema republicano.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Expresidente de la Convención Nacional Constituyente 1994. Senador nacional. Expresidente del Colegio de Abogados de la Rioja.

A LEGITIMATE, DEMOCRATIC AND EFFICIENT REFORM

Abstract:

The 1994 reform was the most legitimate and democratic act of a constitutional nature that occurred in that long history.

Hence, through a brief synthesis of our constitutional history, in which there were two Constitutions sanctioned and that were not in force; wars that preceded the Constitution of 1853 and the reform of 1860; a Constitution repealed by a military proclamation and another Convention convened by that same military government, which ended with the abandonment of most of the conventional ones, after having sanctioned a single article, not forgetting that the extreme of having issued a military statute was reached to organize the constitutional government of 1973, the value acquired by the 1994 reform enacted after a process in which all the steps foreseen by the National Constitution in a framework of full republican democracy were demonstrated.

Although it is not a perfect work, as it is not or has been none of this nature, it is noteworthy that none of the pessimistic forecasts disseminated by the opponents of the reform were produced before and during the operation of the Convention. Even legal actions were promoted and reached the Supreme Court of Justice to stop the reform process, which happily did not prosper. Attempts were also conjured to introduce reforms that were not planned and were totally inappropriate, such as allowing re-election of governors in some provinces.

Keywords:

Constitutional reform, constitutional background, legitimacy, reform process, republican system.

1. ANTECEDENTES

Analizando la traumática historia constitucional de nuestro país, puede afirmarse sin lugar a dudas que la reforma de 1994 fue el más legítimo y democrático de los actos de naturaleza constitucional que se sucedieron en esa larga historia.

Basta con recordar que:

- a) Hubo dos Constituciones sancionadas en 1819 y 1826 y que nunca entraron en vigencia, por cuanto no se respetaba el federalismo y fueron rechazadas por las provincias.
- b) Luego, 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.

c) Sin desmerecer en lo más mínimo el extraordinario trabajo llevado a cabo por los constituyentes de 1853, cabe recordar que no 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 por los pueblos de las provincias sino por el poder de turno 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”.

d) La provincia de Buenos Aires se incorporó a la Confederación en 1860 después de la batalla de Cepeda y del Pacto de San José de Flores, para lo cual se hizo una reforma de la Constitución a propuesta de dicha provincia, aceptada por una denominada “Convención *ad hoc*”.

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 art. 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.

e) La Reforma de 1866 tuvo por finalidad modificar el art. 4º y el 67 inc. 1º 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.

Corresponde señalar, a los efectos de interpretaciones posteriores, que la ley 171 por la que se declaró la necesidad de la reforma 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.

f) La Reforma de 1898, por la que se amplió la base poblacional para la elección de diputados y amplió de 5 a 8 el número de ministros del Poder Ejecutivo, tuvo la particularidad de que la Convención que hizo esta refor-

ma, al igual que la de 1949, fueron las únicas que no se realizaron en Santa Fe, sino en la Capital Federal.

g) 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 o nueva Constitución 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.

h) 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 art. 14 bis. En la elección de convencionales no pudo participar el partido peronista por estar proscripto.

i) El estatuto de 1972, dictado por el gobierno militar, también introdujo reformas a la Constitución, con base en 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, en la que hubo dos Constituciones sancionadas y que no tuvieron vigencia; guerras que precedieron a la Constitución de 1853 y a la reforma de 1860; una Constitución derogada por una proclama militar y otra Convención convocada por ese mismo gobierno militar, que terminó con el abandono de la mayoría de los convencionales, después de haber sancionado un solo artículo, sin olvidar que se llegó al extremo de haberse dictado un estatuto militar para organizar el gobierno constitucional de 1973, 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.

2. IDEAS CENTRALES QUE INSPIRARON EL PROCESO DE REFORMA

Entre las principales ideas que motivaron 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) Otorgarles mayor participación a los ciudadanos en el manejo de las instituciones del Estado;
- 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;
- f) Conferir jerarquía constitucional a los órganos de control del Estado;
- g) Fortalecer el régimen federal;
- h) Promover la integración latinoamericana y con otros países extranjeros.

Transcurridos 25 años de la reforma de 1994 puedo afirmar que, en general, la mayoría de estos propósitos fueron concretados con las nuevas normas constitucionales. Lamentablemente muchas de esas normas 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.

3. LEGITIMIDAD DE LA REFORMA

3.1. 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 art. 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 dec. 2446/1985 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.

3.2. En relación con 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 con base en 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 radical 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, por cuanto el senador justicialista José O. Bordón había decidido votar en contra. La votación arrojó 32 votos a favor de la reforma y 16 en contra.

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.

3.3. En cuanto a la sanción de la reforma

a) En cumplimiento de lo dispuesto por el art. 8° de la ley 24.309, el Poder Ejecutivo convocó al pueblo de la Nación a elegir convencionales constituyentes, estableciendo el art. 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 art. 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.

b) Las elecciones se realizaron el 10 de abril de 1994 y participaron 35 partidos políticos, 22 con personería nacional y 13 con personería distrital. De acuerdo con el número de votos obtenidos, se adjudicó a los partidos la siguiente cantidad de convencionales: Partido Justicialista 134; Unión Cívica Radical 74; Frente Grande 31; Movimiento por la Dignidad y la Independencia (Modin) 21; Fuerza Republicana 7; Partido Demócrata Progresista 3; Unión del Centro Democrático 3; Pacto Autonomista Liberal 5; Frente Cívico y Social de Catamarca 4; Partido Demócrata de Mendoza 3; Partido Renovador de Salta 3; Cruzada Renovadora 3; Movimiento Popular Fueguino 3; Alianza Unidad Socialista 3; Movimiento Popular Jujeño 2; Partido Bloquista 1; Alianza del Centro Democrático 1; Acción Chaqueña 2; Movimiento Popular Neuquino 2.

De ese modo 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 solo hubo 4 mujeres en la Convención de 1957 y ninguna en las anteriores.

c) En razón de que la ley 24.309 había establecido en su art. 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 Reutemann 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 se 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.

d) Asimismo, se cumplió estrictamente con el plazo de 90 días improrrogables fijados por el art. 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.

e) El funcionamiento de la Convención comenzó rigiéndose por el Reglamento de la Cámara de Diputados, según lo autorizaba el art. 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 art. 2º de la ley 24.309 y que, según el art. 5º de la misma, debían votarse en forma conjunta. Es decir, que la votación afirmativa significaría la aprobación de todas las reformas contempladas en el art. 2º 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 art. 127 del Reglamento, aclarando, además, que para la votación no podían separarse los artículos, temas, proposiciones o periodos 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 apro-

bar 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.

f) 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 Pierrri (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.

g) 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.

Las Comisiones indicadas entre los números 1 a 8 se formaron con 50 miembros y la consignada en el número 9 con 24 miembros, mientras que la de Labor Parlamentaria con los presidentes de bloques, es decir, con 19 miembros más el presidente de la Convención. En cuanto a la integración de las Comisiones se hizo en proporción a la cantidad de miembros de cada bloque mientras que sus respectivas competencias estaban relacionadas con los temas autorizados a reformar por la ley 24.309 y especificadas en los arts. 42 a 52 del Reglamento.

h) 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 art. 7º 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, 21 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 art. 36 y el reconocimiento de la preexistencia étnica

y cultural de los pueblos aborígenes argentinos, del art. 75 inc. 17. Las restantes reformas fueron aprobadas por holgadas mayorías.

Finalmente, y 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.

4. 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 art. 1º de la Constitución Nacional.

4.1. Sistema representativo

Al clásico principio consagrado por el art. 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 (art. 94), eliminando los colegios electorales y de los Senadores Nacionales (art. 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:

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

2) La consulta popular vinculante (art. 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.

3) La consulta popular no vinculante (art. 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.

4) 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 (art. 42).

4.2. Sistema republicano

Encontrándose entre las características 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.

4.2.1. Responsabilidad de los funcionarios públicos

Siendo el control la antesala de la responsabilidad, la Constitución reformada les ha concedido jerarquía constitucional a algunos de los organismos de control existentes en el ámbito “infraconstitucional” pudiéndose citar al respecto:

4.2.2. 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 (art. 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 30/9/1992, la que estableció su integración por 7 miembros, 3 designados por el Senado y 3 por la Cámara de Diputados, mientras que el 7º era nombrado por resolución conjunta de los presidentes de ambas Cámaras.

Al ser incorporado en la Constitución Nacional en el citado art. 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.

4.2.3. El Defensor del Pueblo

Este organismo había sido creado en el orden nacional por la ley 24.284 sancionada el 1 de diciembre de 1993 con base en un proyecto de nuestra autoría juntamente con el senador nacional por La Rioja Libardo N. Sánchez. De acuerdo con 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 receptor esta figura en el art. 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 art. 43 que, además del afectado y de las asociaciones 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 12/10/1994, para adecuarla como ley reglamentaria a la norma constitucional.

4.2.4. 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 (art. 90).

Asimismo, redujo el mandato de los senadores nacional 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.

4.2.5. 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 expresamente que el acuerdo que debe prestar el Senado para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se realice en sesión pública convocada al efecto (art. 99, inc. 4, párr. 1°).

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 con base en una propuesta vinculante en terna formulada por el Consejo de la Magistratura (art. 99, inc. 4º, párr. 2º).

4.2.6. *División y equilibrio de los poderes del Estado*

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

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

4.2.7. *Mayor eficacia del Poder Legislativo*

Se logra este resultado mediante las siguientes reformas:

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

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

c) Se agilizó el procedimiento para sancionar las leyes, reduciéndose de 5 a 3 pasos o lecturas, haciendo prevalecer a la Cámara de origen o a la mayoría calificada, en caso de discrepancia entre ambas Cámaras (art. 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 (art. 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 (art. 75, inc. 31). De esta forma queda superada la histórica discusión acerca de cuál es el Poder que puede disponer la intervención federal, ya que el art. 6º 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 (art. 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 (art. 85) y del Defensor del Pueblo (art. 86), que funcionan en el ámbito del Congreso con las atribuciones explicadas anteriormente al referirnos al Sistema Republicano.

4.2.8. 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:

a) 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. (art. 100);

b) La reducción del mandato presidencial de 6 a 4 años, con la posibilidad de una sola reelección consecutiva (art. 90);

c) 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 art. 86, inc. 3º de la Constitución 1853-1860 que fue eliminado por la reforma, sancionando, en cambio, el art. 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;

d) 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 (art. 99, inc. 20);

e) La limitación de la facultad de dictar disposiciones de carácter legislativo, es decir, los denominados decretos de necesidad y urgencia, salvo cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, lo que deberá ser decidido en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos juntamente 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.

f) 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 (art. 76).

g) 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 (art. 99, inc. 4º, párr. 1º). Asimismo, el nombramiento de los jueces federales de los tribunales inferiores, debe hacerlo con base en una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado en sesión pública (art. 99, inc. 4º, párr. 2º).

4.2.9. 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 (art. 114) y el Jurado de Enjuiciamiento (art. 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 art. 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 (art. 120).

4.3. Sistema federal

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

a) Fija las bases para el dictado de una ley convenio de coparticipación federal de contribuciones entre la Nación y las provincias, que garantice la remisión automática de fondos. Esta ley, que tendrá origen en el Senado y 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 (art. 75 inc. 2º).

b) 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 (art. 75, inc. 19).

c) Reconoce el dominio originario de las provincias de los recursos naturales que se encuentren dentro de su territorio (art. 124).

d) 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 (art. 124).

e) 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 (art. 124).

f) 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 (art. 75, inc. 31).

g) Reconocimiento de la autonomía municipal que tiene manifestación concreta en la autonomía de la ciudad de Buenos Aires (art. 129). Es decir, que no basta con que las provincias aseguren el régimen municipal, como lo establece el art. 5º 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 (art. 123).

h) 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 (art. 41, párr. 3º).

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

j) 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 (art. 54).

5. 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 (art. 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 arts. 2° y 3° de la ley (art. 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 solo 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 art. 3° inc. 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 (art. 36).
- Los derechos políticos (art. 37).
- La regulación de los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático (art. 38).
- El derecho a la iniciativa popular (art. 39).
- El derecho a la consulta popular (art. 40).
- La consulta popular (art. 40).
- El derecho a un ambiente sano (art. 41).
- La defensa del usuario y del consumidor (art. 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 (art. 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:

Equidad, solidaridad, calidad de vida e igualdad de oportunidades (art. 75, inc. 2°, párr. 3°). 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.

Igualdad real de oportunidades (art. 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.

Igualdad real de oportunidades y de trato (art. 75 inc. 23). 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.

Libertad de elección y trato equitativo y digno (art. 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.

Promoción de los valores democráticos (art. 75 inc. 19, párr. 3º) 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.

Progreso económico con justicia social (art. 75, inc. 19, párr. 1º). 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.

Identidad y pluralidad cultural (art. 75 inc. 19, párr. 4º). 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 art. 75 inc. 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.

6. 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 que integramos esta magna asamblea”.

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.

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 art. 75, inc. 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 art. 99 inc. 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 art. 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.

— Finalmente, se incurre en inconstitucionalidad por omisión, al mantener vacante por aproximadamente 10 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, están promoviendo una nueva reforma constitucional planteando temas absurdos, como la sustitución del Poder Judicial por

un denominado “servicio de justicia” o implantar un sistema parlamentario que ya fue debatido y rechazado en varias oportunidades.

Ante esta situación parecería 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.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998.
- ARAGÓN, Manuel, *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995.
- BADENI, Gregorio, *Instituciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.
- BARRA, Rodolfo Carlos; CAVAGNA MARTÍNEZ, Mariano; AUGUSTO CORACH, Carlos Vladimiro; MASNATTA, Héctor y GARCÍA LEMA, Alberto M. (comps.), obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Buenos Aires, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación, La Ley, 1995, ISBN: 9789505271467.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2005.
- DROMI, Roberto y MENEM Eduardo, *La Constitución reformada*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2009.
- MENEM Eduardo, *Caracteres y tipología de la Constitución de 1994*, en DROMI, Roberto y SÁENZ, Jorge (coords.), *La Constitución argentina de nuestro tiempo* (obra colectiva), Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, ISBN: 950-9385-66-2.
- MENEM, Eduardo, *Discursos parlamentarios en el Senado de la Nación y en la Convención Nacional Constituyente de 1994*, Buenos Aires, Senado de la Nación, Secretaría Parlamentaria, Dirección General de Publicaciones, 2017.
- SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003.
- VERDÚ, Pablo Lucas, *Curso de derecho político*, Madrid, Tecnos, 1984.

Recepción: 24/9/2019

Aceptación: 13/12/2019

A 25 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Por ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ*

Resumen:

El objetivo del estudio es el análisis descriptivo y la valoración de la reforma constitucional a 25 años de su sanción.

Se considerará la legitimidad de la reforma, las ideas fuerza que la inspiraron, el diseño constitucional utilizado, la modernización producida a nivel del constitucionalismo comparado mundial y el alto grado de incumplimiento de la reforma.

Se pondrá de relieve que la reforma tuvo el mayor grado de consenso en nuestra historia y que, además, realizó la mayor tarea constituyente reformadora, tanto de los aspectos vinculados a los derechos, como a la organización del poder y en particular, a su descentralización.

Entre las ideas fuerzas, destacaré la del fortalecimiento del federalismo y la profundización de la descentralización del poder, en la concepción filosófica-política de la democracia republicana y federal, que es la quintaesencia de nuestro régimen político.

Con la experiencia de haberme desempeñado en dicha Convención, expondré sobre el diseño constitucional utilizado con análisis específico de lo acontecido en cada aspecto a lo largo de estos 25 años, lo que demostrará el alto grado de incumplimiento de dicho proyecto federal y de otros aspectos de la reforma.

Finalmente, haré referencias a propuestas para intentar cambiar esta realidad de la anomia que nos caracteriza, anticipada hace años por Carlos Santiago Nino y demostrada en las 2 encuestas de cultura constitucional, que he dirigido junto a Daniel Zovatto y Manuel Mora y Araujo, la primera de 2004 y la segunda junto a Zovatto y Eduardo Fidanza, de 2014.

* 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. Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Exvicepresidente de la Comisión de Redacción de la Convención Nacional Constituyente de 1994.

El método será inductivo y deductivo, de carácter interdisciplinario y realista, como lo hago en mis libros y estudios de derecho público, tanto de derecho constitucional, federalismo, constitucionalismo provincial y derecho municipal.

Palabras clave:

Reforma constitucional, legitimidad, ideas fuerza, diseño constitucional, no cumplimiento.

TWENTY-FIVE YEARS AFTER THE 1994 CONSTITUTIONAL REFORM

Abstract:

The objective of the study is the descriptive analysis and assessment of the constitutional reform 25 years after its approval.

The legitimacy of the reform will be considered, as well as the ideas that inspired it, the constitutional design used, the modernization produced at the level of global comparative constitutionalism and the high degree of non-compliance with the reform.

It will be highlighted that the reform had the highest degree of consensus in our history and that, in addition, it carried out the greatest task of constituent reform, both in aspects related to rights, as well as in the organization of power and, in particular, in its decentralization.

Among the ideas forces, I will emphasize the strengthening of federalism and the deepening of the decentralization of power, in the philosophical-political conception of republican and federal democracy, which is the quintessence of our political regime.

With the experience of having played in this Convention, I will discuss the constitutional design used with specific analysis of what happened in each aspect over these 25 years, which will demonstrate the high degree of non-compliance with this federal project and other aspects of reform.

Finally, I will make references to proposals to try to change this reality of the anomie that characterizes us, anticipated years ago by Carlos Santiago Nino and demonstrated in the 2 Surveys on Constitutional Culture, which I directed together with Daniel Zovatto and Manuel Mora y Araujo, the first of 2004 and the second with Zovatto and Eduardo Fidanza, of 2014.

The method will be inductive and deductive, interdisciplinary and realistic, as I do in my books and studies of public law, both constitutional law, federalism, provincial constitutionalism and municipal law.

Keywords:

Constitutional reform, legitimacy, ideas, constitutional design, non-compliance.

INTRODUCCIÓN

Hemos desarrollado este análisis —que ahora actualizamos— 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.

Como se comprenderá, el análisis más completo fue el efectuado en último término, y con base en el mismo, haremos ahora lo propio, adelantando desde ya que muchos aspectos que señalamos mantienen plena actualidad. Por razones de brevedad, nos remitimos a ese trabajo, donde consideramos los tres períodos del proceso constituyente: el preconstituyente, el constituyente y el postconstituyente.

En particular, damos por reproducido lo expuesto en el primer período sobre el Acuerdo de Olivos y la aprobación de la Ley Declaratoria de la Necesidad de la Reforma. En consecuencia, ahora comenzaremos el análisis a los 25 años, con la reiteración que efectuamos del proceso constituyente sobre su legitimidad, sus ideas fuerza, el diseño constitucional y su valoración. Y nos detendremos en el período postconstituyente, destinado a la reglamentación y cumplimiento de la misma.

Asimismo, indicamos que —como en las anteriores oportunidades—, nos limitaremos a una reflexión sintética y panorámica de tan importantes, complejas y trascendentes cuestiones.

1. LA LEGITIMIDAD DE LA REFORMA

El problema de la legitimidad de la Constitución —dice Linares Quintana—⁴ es de naturaleza esencialmente política, y debe resolverse remontándose hasta la naturaleza del acto constituyente. Este autor coincide con Sánchez Viámonte en que, para la legitimidad constitucional, el acto constituyente debe ser

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

² Publicado en *La Ley*, Buenos Aires, el 24/8/2009.

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, fasc. 8, pp. 20-38.

⁴ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Alfa, Buenos Aires, 1953, t. II, p. 139.

la expresión genuina de la voluntad del pueblo, surgida de una libre determinación mayoritaria.

Nosotros analizamos detenidamente la legalidad y legitimidad de la reforma constitucional de 1994 en el propio seno de la Convención Nacional Constituyente⁵.

Allí recordamos los debates producidos con motivo de las reformas constitucionales, comenzando con la de 1860. Desde la necesidad de sostener que existió ejercicio de poder constituyente originario y abierto⁶ —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.

Hemos 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 argentinos⁷.

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

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

En este sentido, la ley 24.309 —de declaración de la necesidad de la última reforma—, tuvo las mayorías exigidas constitucionalmente por el art. 30 de la

⁵ 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, pp. 49-57. Para un análisis completo de la teoría del poder constituyente, véase HERNÁNDEZ, Antonio María (dir.), *Derecho constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. I, cap. II de nuestra autoría sobre “El poder constituyente”.

⁶ Como lo hicieron Carlos Sánchez Viamonte y Germán Bidart Campos.

⁷ Y por eso, siguiendo a Tagore, sostuvo que no nos comprendíamos porque no nos amamos y no nos amábamos porque no nos comprendíamos.

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 —para nosotros superadas con la adopción del Reglamento por parte de la Convención—⁸, 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 políticos⁹.

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

En el amplio contexto de nuestra historia institucional, consideramos que esta es la reforma con mayor legalidad y legitimidad, y que, además, clausuró dolorosas etapas de frustraciones y desencuentros, que incidieron gravemente en la vida nacional. No por casualidad la reforma fue efectuada en el proceso democrático más extenso que hemos tenido a partir de 1930 y, en tal sentido, creemos que fue el punto culminante de dicha experiencia política y jurídica, pues expresó el momento más importante de ejercicio de política arquitectónica en nuestro tiempo¹⁰.

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.

⁸ 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 QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *El poder constituyente en acción*, Ábaco, Buenos Aires, 1996.

⁹ 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.

¹⁰ Véase HERNÁNDEZ, Antonio María, *Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, donde destacamos especialmente a la reforma como una de nuestras fortalezas en el período de 100 años entre 1910 y 2010.

2. LAS IDEAS-FUERZA DE LA REFORMA

Consideramos pertinente recordar aquí lo que señalamos sobre este particular en los Fundamentos de nuestro Proyecto integral de Reforma de la Constitución Nacional, presentado en la Convención Constituyente¹¹:

“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 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, garantizan-

¹¹ Véase nuestro Proyecto de Reforma Constitucional, que abarcó todos los puntos de la reforma según lo dispuesto por la ley declaratoria nro. 24.309, presentado en la Convención Nacional Constituyente de 1994, bajo el nro. 72, que obra en el Diario de Sesiones de la Convención y en los libros *Reforma Constitucional de 1994...*, pp. 26 y ss. y *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1997, en el Apéndice. Por otra parte, adviértase la coincidencia con lo expuesto sobre el particular por el convencional Alberto García Lema en los debates de la Convención —también integrante de la Comisión de Redacción—, lo que se encuentra mencionado en el trabajo de su autoría, en la obra que coordinamos, citada en la nota 3.

do 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 revita-

lizar la función representativa, de redimensionar —al mismo tiempo— la función del Congreso como ámbito de debate y diseño de políticas públicas y finalmente, de rescatar y dinamizar las funciones de control que son propias de un Congreso republicano.

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

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

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

tivo 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 provin-

cial 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 debemos agregarle una séptima, que para nosotros 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.

3. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL Y LA PRÁCTICA INSTITUCIONAL POSTERIOR

Corresponde que aquí analicemos si el diseño del constituyente fue adecuado a las ideas fuerza que guiaron la reforma. En tal sentido, efectuaremos nuestra valoración en relación con cada una de las ideas antes mencionadas. Y después observaremos el desarrollo institucional posterior, ya en la etapa postconstituyente.

Con respecto a la primera, *la atenuación del presidencialismo* es la que ha suscitado mayores controversias, con diversas críticas ante la continuidad del fenómeno del “hiperpresidencialismo”¹².

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

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

- 1) Privación de una de sus Jefaturas al presidente como fue la de la Capital Federal, en cuya virtud a lo largo de la historia pudo designar por sí mismo al Intendente de la Ciudad de Buenos Aires.
- 2) Fortalecimiento del Congreso mediante distintas reformas, que más adelante analizaremos y que persiguen un mejor equilibrio de los poderes dentro de nuestro sistema republicano. En tal sentido, mencionamos la ampliación del período ordinario de sesiones, las mayores atribuciones para la declaración de la intervención federal, la creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros que debe rendir mensualmente informe ante cada una de las Cámaras y que puede ser removido por un voto de censura y la creación de órganos de control que tienen relación funcional con el mismo.

¹² Para nosotros 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, HERNÁNDEZ, Antonio María (dir.), *Derecho constitucional*, ob. cit., t. II, cap. XVII, “El Poder Ejecutivo”, de nuestra autoría.

- 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 poder¹³, como otro objetivo del federalismo.
- 5) Jerarquización constitucional de órganos de control como la Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público, con la finalidad de profundizar el control propio del sistema republicano.
- 6) Reducción del mandato del presidente a 4 años, con posibilidad de una reelección inmediata y elección directa, como había sido reclamado desde hace años por la mayoría de los partidos políticos, la doctrina y los precedentes constitucionales de 1949, 1957 y 1972, además de ser la tendencia predominante en el derecho comparado, incluso latinoamericano.
- 7) Incorporación al texto constitucional de los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada, como institutos de emergencia convalidados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde los casos “Peralta” (1990) y “Delfino” (1927) y con la indiscutible finalidad de limitar las atribuciones del Poder Ejecutivo en el ejercicio de los mismos, como emerge de los arts. 99º inc. 3º 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 presidencialista¹⁴ y con la finalidad de morigerar el hiperpresidencialismo y servir para asegurar la gobernabilidad en situaciones de crisis políticas, como también se observa en la letra y en los debates de la Convención.

¹³ Como lo expresaron Madison y Hamilton en los “Federalist papers” y Loewenstein desde la doctrina constitucional y la teoría del federalismo.

¹⁴ 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 VALADÉS, Diego, 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 Méjico, 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.

Reiterando nuestro acuerdo con el diseño normativo realizado por la Convención, consideramos que, por la falta de cumplimiento de la Constitución y permanente violación de la ley, no se ha verificado en el orden de la realidad una atenuación del hiperpresidencialismo como el constituyente lo legisló, hasta fines del 2015¹⁵. 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, consideramos criticable la declinación por el Congreso de sus atribuciones, especialmente por la sanción de las leyes de emergencia económica como la 25.561, de 2002, con amplísimas delegaciones legislativas, que fue prorrogada hasta el 6 de enero de 2018; 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; 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.

Consideramos 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 legislativa¹⁶.

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 derecho¹⁷.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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 Fe y Córdoba a las detracciones a la masa coparticipable para la ANSES y la AFIP, resueltos por el Alto Tribunal en noviembre de 2015, a los que nos referiremos también más adelante.

¹⁷ Véase nuestro libro *Las emergencias y el orden constitucional*, en sus dos ediciones de Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2002 y de la Universidad Nacional Autónoma de Méjico y Rubinzal-Culzoni, Méjico, 2003, donde estudiamos 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 personas¹⁸ y por medio de decretos¹⁹, sin el debido control por parte del Congreso²⁰ ni en general del Poder Judicial y de la Corte Suprema de Justicia en particular, aunque deben destacarse algunos fallos que sí lo hicieron²¹.

En relación específica a los decretos de necesidad y urgencia, aunque se ha reglamentado el art. 99 inc. 3º de la Ley Suprema que estableció la Comisión Bicameral Permanente para el control de dichos decretos, por medio de la ley 26.122 en el 2007, la mayoría que ejerció el partido del gobierno en la misma ha significado en la práctica que actuara simplemente para convalidar los decretos dictados, que han superado holgadamente el número de proyectos de leyes enviados por el Poder Ejecutivo al Congreso²².

¹⁸ 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...

¹⁹ 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 concs. del Código Aduanero, que fuera dictado por un gobierno *de facto* y que estableciera una delegación de facultades tributarias en el presidente.

²⁰ 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*, nro. 200, mayo-diciembre 2008, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, pp. 40 y ss.

²¹ 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*, nro. 198 enero-diciembre de 2007, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, pp. 25 y ss.). Tampoco la Corte Suprema intervino en relación a las retenciones agrarias, la estatización de las AFJP, la reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia por la ley 26.122, la Ley del Consejo de la Magistratura 26.080 o las candidaturas testimoniales, pese a las graves objeciones y planteamientos judiciales presentados en dichas cuestiones. En cambio, deben señalarse positivamente la declaración de inconstitucionalidad de la ley 26.855 del Consejo de la Magistratura, en sus arts. 2º, 4º, 18 y 30, según Fallo de la Corte de 2013 en el caso “Rizzo” y en los casos antes citados “Camaronera Patagónica SA”, de 2014, y en los reclamos de las Provincias de San Luis, Santa Fe y Córdoba por las detracciones a la masa coparticipable, con respecto a las violaciones del principio de legalidad en materia tributaria y al exceso de las delegaciones. Igualmente deben destacarse los fallos “Smith” y “Provincia de San Luis”, fallados por nuestro más Alto Tribunal de la Nación en 2001 y 2003, respectivamente, en relación al corralito y la emergencia económica. (Cfr. *Las emergencias y el orden constitucional*, 2ª ed., Méjico, UNAM y Rubinzal-Culzoni, 2003).

²² Según editorial del 11 de septiembre de 2007 del diario *La Nación* de Buenos Aires, el presidente Kirchner suscribió durante su mandato 249 decretos de necesidad y urgencia frente al envío de solo 174 proyectos de ley remitidos al Congreso. Asimismo, con acertado criterio constitucional se sostenía en dicho documento en relación a la ley 26.122: “Es que la ley que reguló el trámite y los alcances de la intervención del Congreso frente al dictado de DNU —sólo

Estas ostensibles violaciones del sistema republicano y de nuestra democracia constitucional, fueron consecuencia de una notoria falta de cultura política, jurídica y democrática²³.

De todas maneras, debe señalarse que, como consecuencia de las elecciones ocurridas a fines de 2015, con el triunfo de Cambiemos, se ha equilibrado el poder político en el país, pues en las Cámaras del Congreso la coalición de gobierno carece de mayoría y solo gobierna en las Provincias de Buenos Aires, Mendoza, Jujuy y Corrientes y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En consecuencia, se ha atenuado el hiperpresidencialismo que soportábamos anteriormente. Hubo una mucha menor cantidad de decretos de necesidad y urgencia y finalizó la emergencia económica a comienzos de 2018. A eso se suma un mayor diálogo con los Gobernadores, como veremos más adelante al analizar las cuestiones federales.

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

- 1) Ampliación del período ordinario de sesiones.
- 2) Elección directa de los Senadores, con reducción de su mandato a 6 años y aumento de sus atribuciones en materias federales.

sancionada 12 años después de aprobada la reforma constitucional— no estableció término alguno para que las cámaras se expidieran al respecto ni, menos aún, la caducidad de los DNU no ratificados dentro de un plazo determinado. Peor aún, establece esa ley que para rechazar uno de estos decretos se deben expedir en el mismo sentido ambas cámaras, de manera que si una cámara lo rechaza y la otra lo aprueba, el decreto seguirá vigente. Esto determina que, aun con mayoría en una sola de las cámaras, el Poder Ejecutivo puede en la práctica emitir disposiciones de carácter legislativo sin limitación alguna. Por esta vía se llegó a una deformación del sistema republicano por la cual en la Argentina actual es más fácil conseguir la aprobación parlamentaria de un decreto que obtenerla para un proyecto de ley. De ese modo, en vez de desalentarse, se estimula la emisión de esta clase de normas de carácter muy excepcional”.

Además de dicha reglamentación alejada del espíritu de la Constitución, insistimos 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 nro. 25.561 y sus prórrogas— lo que confirma nuestra afirmación acerca del gobierno por decreto en nuestro país que hemos tenido, como muestra inexcusable de la decadencia de nuestro estado de derecho.

²³ Quien más estudió el fenómeno de la “anomia” fue Carlos S. Nino en su libro *Un país al margen de la ley*, 2ª ed., Buenos Aires, Emecé, 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 nuestra parte, cuando ejercimos la Presidencia de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional realizamos un trabajo interdisciplinario sobre cultura de la constitución y la legalidad: HERNÁNDEZ, Antonio María, ZOVATTO, Daniel y MORA Y ARAUJO, Manuel, *Encuesta de cultura constitucional. Argentina, una sociedad anómica*, Méjico, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de 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: HERNÁNDEZ, Antonio María, ZOVATTO, Daniel y FIDANZA, Eduardo, *Segunda encuesta de cultura constitucional. argentina: una sociedad anómica*, Buenos Aires, Eudeba, 2016, correspondiente a la Segunda Encuesta, realizada en 2014, que corroboró los datos de la primera.

- 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.

Nos 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 mencionaremos 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 24.937 y 24.939, para posteriormente ser modificadas por la ley 26.080, de 2006. Sobre esta última, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, dictaminó lo siguiente en sus Conclusiones:

“Que la nueva ley 26.080 recientemente sancionada por el Congreso de la Nación, no se adecua a los arts. 114 y 115 de la Constitución Nacio-

nal, 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...”²⁴.

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

Esa propuesta integró junto a otras que seguidamente comentamos, lo que se denominó como la “democratización de la justicia”²⁵. Por nuestra parte, al no compartir esta propuesta sobre el Consejo, sostuvimos que democratizar no era “partidizar”²⁶, 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 creemos que con las objeciones a la ley 26.080, —que subsisten luego del caso “Rizzo” —, todavía no se ha alcanzado una adecuada reglamentación del Consejo en cuanto a su integración ni tampoco en su funcionamiento, pues no se cumplen 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).

²⁴ Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, aprobado en la Sesión Ordinaria del 14/3/2006 y que llevó la firma del presidente de la Academia, Dr. Olsen Ghirardi y del secretario Dr. Ernesto Rey Caro.

²⁵ Propósito que compartimos, ya que los principios democráticos, republicanos y federales son la quintaesencia de la filosofía política de nuestra Ley Suprema. Y por ello estimamos 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, véase HERNÁNDEZ, Antonio María, ZOVATTO, Daniel y FIDANZA, Eduardo, *Segunda encuesta...*, ob. cit.

²⁶ Véase HERNÁNDEZ, Antonio María, “Democratizar no es partidizar”, *La Voz del Interior*, Córdoba, 11/4/2013.

En cambio, consideramos inconstitucionales e inconsistentes con aquel propósito, otras normas incluidas, como la ley 26.854 de 2013 que limitó las medidas cautelares contra el Estado Nacional, y con ello lesionó gravemente los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional y en Tratados Internacionales de Derecho Humanos. Es inconcebible una vigencia de esos derechos, sin dichas medidas cautelares, que son esenciales para una administración de justicia oportuna²⁷. Piénsese que hubiese ocurrido con el corralito, sin las medidas cautelares innovativas y autosatisfactivas que se dictaron...²⁸. Para nosotros, es muy evidente el gran avance producido por la reforma en derechos humanos y en garantías, y eso es lo que se debe respetar y asegurar y, en consecuencia, debe derogarse esta ley.

Asimismo, objetamos otra ley sancionada al respecto, la nro. 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, servirán para demorar aún más las causas y para centralizar aún más en Buenos Aires las funciones judiciales, lo que afecta el federalismo²⁹. Por ello, también estimamos necesaria la derogación de esta ley.

Para nosotros la democratización de la justicia se debe alcanzar por otros medios, como v.gr.: instaurar el juicio por jurados³⁰, 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 republicano³¹. No cabe dudar acerca de la imperiosa necesidad de

²⁷ Véanse los artículos de BASTERRA, Marcela, “El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado. A propósito de la ley 26.854”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *Estudios de derecho público*, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho de la UBA, Buenos Aires, 2013, pp. 533566; GOZAÍNI, Osvaldo A., “Las medidas cautelares ante la Ley 26.854”, *La Ley, Supl. Especial Cámaras Federales de Casación*, Buenos Aires, 2013; OTEIZA, Eduardo, “El cercenamiento de la protección a la medida cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854”, *La Ley*, ídem y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La inconstitucionalidad e inconventionalidad 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.

²⁸ Nos remitimos a las ediciones de nuestra obra sobre *Las emergencias y el orden constitucional*, ya citadas, donde analizamos en profundidad la emergencia económica del corralito, que fuera la más grave que hemos soportado.

²⁹ 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.

³⁰ Recordamos que oportunamente presentamos un Proyecto de Ley al respecto, cuando integramos la Cámara de Diputados de la Nación. (Véase la obra *Labor parlamentaria del Diputado Dr. Antonio M. Hernández, 1991-1994*, Buenos Aires, Imprenta del H. Congreso de la Nación, 1995, 2 tomos).

³¹ En relación con el 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

mejorar el funcionamiento del Poder Judicial, para lograr una efectiva y plena vigencia de la Constitución Nacional³².

En relación con el *fortalecimiento del federalismo y las autonomías municipales*, afirmamos nuestro especial acuerdo con las decisiones del Poder constituyente que tuvimos el honor de integrar. En tal sentido, señalamos sintéticamente estas modificaciones³³:

— 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.

14/11/2018. Allí se señala que por primera vez se realizó un control de gestión sobre el funcionamiento de 147 tribunales en 10.000 causas de corrupción en los 20 años transcurridos entre 1996 y 2016 —con solo un 12% de ellas que llegaron al juicio oral—, además del juzgamiento y remoción de varios jueces y de la elevación de 300 ternas para cubrir vacantes en los tribunales.

³² 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.

³³ Para un análisis exhaustivo de las reformas en cuanto a la descentralización del poder y en particular el federalismo, la consagración de la autonomía municipal y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, véanse nuestras obras citadas *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994* (1997), *Federalismo y constitucionalismo provincial* (2009) y *La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino* (2017).

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 provinciales³⁴.

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

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

Pensamos que el más somero 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. Hemos analizado esta cuestión en distintos artículos y libros, a los que remitimos en razón de brevedad³⁵, donde hacemos referencia a los problemas de desigualdad,

³⁴ Véase, HERNÁNDEZ, Antonio María, “El federalismo, ausente en el impulso de YPF”, *Clarín*, Sección Opinión, del 8/7/2014, p. 25.

³⁵ “El federalismo a diez años de la reforma constitucional de 1994”, en BIDART CAMPOS, Germán J. y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (coords.), *A una década de la reforma constitucional 1994-2004*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 263-297; “Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino”, en HERNÁNDEZ, Antonio María (dir.), *Aspectos fiscales y económicos*

injusticia, inequidad y falta de integración, ocasionados entre otras causas, por la profunda centralización del país.

En el informe sobre Federalismo de 2017³⁶ sostenemos que se han mantenido las violaciones constitucionales relacionadas con el proyecto federal de la Constitución argentina que anualmente, desde 2006, hemos venido señalando.

Recordamos que: a) Todavía no se sancionó la ley convenio de coparticipación impositiva ni se reglamentó el organismo fiscal federal con los criterios fijados en el art. 75 inc. 2º CN, que conforme a la cláusula 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. 8º CN en cuanto a los principios federales para el gasto público, c) Se mantiene vigente el art. 37 de la Ley de Administración Financiera que permite la modificación del presupuesto por decreto —aunque por montos menores—, 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”; 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.

Todo ello conlleva una severa lesión de nuestro estado constitucional y democrático de derecho. De todas maneras, como consecuencia de las elecciones ocurridas a fines de 2015, se ha equilibrado el poder en las Cámaras del Congreso y se ha atenuado el hiperpresidencialismo que soportábamos, como lo hemos expresado. A partir de allí se advirtió un ejercicio de federalismo de coordinación, que produjo diversos acuerdos a los que nos referiremos seguidamente.

En el año 2016 se avanzó en la devolución a las Provincias de los fondos detraídos de la masa coparticipable, como consecuencia de los fallos de la Corte

del federalismo argentino, Córdoba, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2008, pp. 11 y ss. y en el libro ya citado *Federalismo y constitucionalismo provincial*. Asimismo, destacamos que a partir del año 2006 hemos realizado el Informe anual sobre Federalismo Argentino en cada uno de los *Cuadernos de Federalismo*, que publica el Instituto de Federalismo que dirigimos, y que en 2018 celebró su 30 Aniversario. Con anterioridad, dichos Informes eran elaborados por el director, Dr. Pedro J. Frías, a quien sucedimos en ese carácter. Véase www.acaderc.org, Instituto de Federalismo, Doctrina.

³⁶ *Cuaderno de Federalismo*, t. XXXI, director: Antonio María Hernández, Informe sobre el Federalismo Argentino 2017, en prensa.

Suprema de Justicia en los reclamos efectuados por las Provincias de San Luis, Santa Fe y Córdoba.

Y ya en 2017, el 16 de noviembre se alcanzó un importante *Acuerdo Federal* suscripto por el presidente, los gobernadores —con la sola excepción del de la Provincia de San Luis— y el jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sobre cuestiones tributarias, de responsabilidad fiscal y de coparticipación impositiva. Dicho Acuerdo debió ser aprobado por Ley del Congreso y de las respectivas Legislaturas Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para su validez. En efecto, el Congreso sancionó dos Leyes el 21 de diciembre de 2017, aprobatorias del Acuerdo.

La nro. 27.429, denominada de *Consenso Fiscal*, que implicó modificaciones fiscales y de la seguridad social y que fue acompañada por la renuncia por parte de las Provincias de las demandas iniciadas por la coparticipación impositiva ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁷.

Y la otra ley 27.428 de *Responsabilidad Fiscal y Prácticas de Buen Gobierno*, que estableció reglas para garantizar la solvencia en asuntos públicos, evitar el exceso de gastos y el crecimiento en la designación de empleados públicos.

Por otra parte, los gobiernos municipales no participaron en el Acuerdo, pero con adecuado respeto por sus autonomías, en el art. 33 de la ley 27.428 se propuso que las Provincias los debían invitar a adherir a la ley, ya que solo de esa manera será obligatoria la normativa en dicho orden de gobierno.

No obstante, nosotros debemos puntualizar que dicho Acuerdo no especifica claramente las partes de los fondos coparticipables para los gobiernos locales, lo que ha originado algunos conflictos con las autoridades provinciales³⁸.

El Acuerdo también estableció una compensación para la Provincia de Buenos Aires, por los Fondos del Conurbano, que antes referíamos.

Estos diálogos y acuerdos entre el Gobierno Federal, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires han sido un positivo ejercicio del federalismo de cooperación y concertación, que ha continuado en 2018, en medio de la crisis económica producida, que ha obligado a la modificación de aquellos. De todas maneras, es necesario producir mayores cambios para cumplir con el proyecto federal de la Constitución³⁹.

³⁷ En el Anexo del Acuerdo hay una lista de los 59 juicios entre ambos Estados Federal y Provinciales.

³⁸ Como en la Provincia de Córdoba, porque su Constitución establece en el art. 188, inc. 3º que no menos del 20 por ciento de la coparticipación provincial, incluyendo toda clase de tributos: federales o provinciales, corresponderá a los gobiernos locales. Por ello, ya han ocurrido ante el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, tanto el gobierno provincial como algunos gobiernos locales, incluido el de la Ciudad de Córdoba.

³⁹ En particular, es urgente la sanción de la Ley Convenio de Coparticipación Impositiva, tal como lo indica expresamente la cláusula m) del Acuerdo Federal del 16/11/2017.

Desde hace tiempo venimos insistiendo en la necesidad de una agenda federal, regional y municipal para el país. Ya nos hemos referido a la agenda federal, a través de nuestros Informes citados y especialmente, en nuestro trabajo sobre las 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 Constitución⁴⁰.

También allí hemos insistido en que esta es la oportunidad histórica para avanzar en el cumplimiento de la Ley Suprema, en los principios fundamentales vinculados a la descentralización del poder. Y de allí la necesidad de discutir una agenda de estas cuestiones, que produzcan finalmente el cambio ético e institucional que la sociedad espera. 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.

También en relación con esta materia, y sin poder detenernos por razones de brevedad en un análisis de la jurisprudencia centralista de la Corte Suprema⁴¹, *se está advirtiendo en estos tiempos, una modificación de la misma tendiente a consolidar los principios federales*.

En tal sentido, señalamos 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*⁴²; “El Práctico c. Córdoba, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (2011), sobre el *alcance del poder de policía provincial en el transporte interprovincial*⁴³; “Camaronera Patagónica SA c. Ministerio de Economía y otros s/amparo” (2014), sobre *principio de*

⁴⁰ Véase el seminario sobre “Federalismo y Regiones en la Constitución Nacional”, que coorganizáramos con la Secretaría Parlamentaria del Senado de la Nación y la Fundación Metropolitana y que se llevó a cabo en 3 Jornadas en 2017, con la participación de senadores de la Nación y miembros del Instituto de Federalismo, que expusieron sobre las distintas regiones del país. Esas Jornadas de indudable trascendencia y sin precedentes, se encuentran grabadas, pudiendo accederse a las mismas en YouTube, bajo el título “Federalismo y regiones en la Constitución Nacional” y fueron incorporadas por parte del Senado de la Nación, a través de sus Direcciones específicas.

⁴¹ Que efectuamos en nuestra obra *Comparación de los federalismos de Argentina, Estados Unidos y Méjico*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2018. Véase asimismo a MIDÓN, Mario, *El vicio de la inconstitucionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2018, cap. V.

⁴² Véase nuestro comentario “Soberanía y autonomía provinciales en la doctrina y en la jurisprudencia de la CSJN”, en el cap. XXXIX de la obra de MANILI, Pablo (dir.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación, Máximos precedentes. Derecho constitucional, La Ley*, Buenos Aires, t. IV, pp. 593 y ss. Aquí el máximo Tribunal vuelve a una jurisprudencia originada en el caso “Re-soagli” de 1869, que reconoce esta doble naturaleza para las provincias, como lo hacía la doctrina más autorizada de nuestro país.

⁴³ 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.

*legalidad en materia tributaria y limitación de las delegaciones*⁴⁴; 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*⁴⁵.

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

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

Dichos fallos, de gran factura y claridad en materia constitucional, —que oportunamente he comentado⁴⁶— 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 23 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*⁴⁷. Los

⁴⁴ 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.

⁴⁵ La Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del art. 18 de la ley N° 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 postulamos en la Propuesta 14.

⁴⁶ HERNÁNDEZ, Antonio María, “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, nro. 2, pp. 44 y ss.

⁴⁷ “Intendente Municipal Capital c. Provincia de La Rioja s. Amparo”, fallado el 11/11/2014, donde representamos a la Municipalidad actora ante la Corte Suprema de Justicia, que hizo lugar al recurso de queja que presentáramos y que comentáramos en el Informe de Federalismo del año 2014, *Cuaderno de Federalismo*, director: Antonio María Hernández, Córdoba, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba,

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 impositiva⁴⁸.

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)⁴⁹. A ello se suma jurisprudencia más reciente sobre los aspectos financieros de la autonomía, como el antes comentado fallo en “Intendente Municipal de la Capital c. Provincia de La Rioja” de 2014, al que debe agregarse el recaído en “Intendente Municipal de La Banda c. Provincia de Santiago del Estero s/conflicto de poderes”, de 2018, en que el más Alto Tribunal ordena a la Provincia terminar la discriminación sufrida por el Municipio en materia de coparticipación impositiva⁵⁰.

2015 en la página 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.

⁴⁸ Véase HERNÁNDEZ, Antonio María, “Sin coparticipación impositiva no hay federalismo”, *Clarín*, Opinión, 27/11/2014, p. 33.

⁴⁹ Véanse nuestro 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*, nro. 195, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2005, pp. 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 ÁBALOS, María Gabriela, sobre “Autonomía municipal”, cap. XL en MANILI, Pablo (dir.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho constitucional*, ob. cit., t. IV, pp. 635 y ss.

⁵⁰ También en este caso representamos a la Municipalidad actora en este otro caso de histórica importancia en cuanto a la autonomía local. Más allá de esto, no puede obviarse que es menester una mayor consistencia en los estándares de control de constitucionalidad de los Tribunales y de la Corte en relación a la autonomía local, particularmente en lo relativo a los avances

Creemos, 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*, estimamos que este fue otro de los grandes aciertos del constituyente, para afirmar la descentralización del poder y reconocer una autonomía institucional especial a la ciudad, que en nuestro concepto es la de una ciudad-Estado como las de Berlín, Bremen y Hamburgo en el federalismo alemán.

Así como el diseño constitucional fue correcto, en la reglamentación efectuada por el Congreso a través de las leyes 24.588 y 24.620, no se respetó la normativa suprema del art. 129 y es necesario efectuar las modificaciones necesarias para el cumplimiento estricto de esta, que supone entre otras cuestiones que la Ciudad Autónoma debe tener su propia Justicia —en todos los fueros— y sus Registros Públicos⁵¹.

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 24/2017 destinada a la transferencia de la Justicia Nacional en las relaciones de Consumo, la 25/2017 sobre la Inspección General de Justicia, la 26/2017 sobre la transferencia pro-

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.

⁵¹ Para un estudio detenido del tema, véanse nuestras obras: *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, cap. IV; *Federalismo y constitucionalismo Provincial*, Buenos Aires, Depalma, 2009 y *La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino*, Buenos Aires, Jusbaire, 2017.

gresiva de la Justicia Nacional Penal y la 27/2017 destinada al traspaso del Registro de la Propiedad Inmueble,

Estos Convenios deben ser aprobados por parte del Congreso de la Nación para su cumplimiento. El Poder Ejecutivo de la Nación ha enviado a la Cámara de Diputados de la Nación los Proyectos de ley 1/2017 para la aprobación del Convenio interjurisdiccional de transferencia de la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo y 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 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*⁵².

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

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

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

Sobre el reconocimiento de nuevos derechos y garantías constitucionales y el otorgamiento de jerarquía suprema a algunos tratados internacionales de derechos humanos, creemos que también aquí 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

⁵² 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*.

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 casos⁵³.

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 Humanos⁵⁴ y el uso inconstitucional de los institutos de emergencia. Ejemplo paradigmático de esta lamentable realidad fue el “corralito” —entre otros efectos derivados de la “emergencia económica” que hemos padecido— y la violación de los derechos económicos y sociales, como lo indican los altísimos índices de pobreza, marginación y exclusión social que actualmente padecemos.

De todas maneras, no puede dudarse que la reforma constitucional en estos aspectos ha comenzado a producir sus frutos, en las distintas ramas jurídicas, en lo que no podemos detenernos por razones de extensión de este trabajo.⁵⁵ Finalmente, en relación con la séptima idea fuerza, el *afianzamiento de los procesos de integración tanto nacional como supranacionales*, igualmente consideramos que fue acertada la reforma producida y el diseño constitucional utilizado.

Se consagró no solo la posibilidad de la creación de regiones por parte de las provincias (art. 124) sino también de la celebración de tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales por parte del Gobierno Federal (art. 75 inc. 24). Esta ha sido la manera adecuada de promover la integración en sus distintos órdenes, como uno de los caminos sobre los que existen menores disidencias, para enfrentar las complejas y variadas situaciones que presenta el mundo globalizado, competitivo e interdependiente de nuestros días⁵⁶. También en este aspecto de la realidad se pueden apreciar avances y retrocesos que, por razones de brevedad, no podemos considerar. Para finalizar este punto, reiteramos que nuestra práctica constitucional revela

⁵³ 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.

⁵⁴ Véase la exhaustiva obra de BAZÁN, Víctor, sobre *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales*, Méjico, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2017.

⁵⁵ Véanse las obras de DALLA VIA, Alberto y GARCÍA LEMA, Alberto (dirs.), *La Constitución reformada y sus normas reglamentarias. Estudios constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2016, 2 tomos y de ROSATTI, Horacio, *El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2016.

⁵⁶ Véanse nuestros libros *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, Buenos Aires, Depalma, 2000 y *Federalismo y constitucionalismo provincial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

que más que problemas de diseño, nosotros evidenciamos problemas de débil cultura constitucional y de la legalidad⁵⁷.

4. LA MODERNIZACIÓN CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

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

⁵⁷ Que hemos analizado detenidamente en nuestras dos Encuestas realizadas, a las que nos remitimos y que antes hemos citado. Allí se comprobó desde una metodología interdisciplinaria el acierto del pensamiento de Carlos Nino, expuesto con singular brillantez en su obra *Un país al margen de la ley*, de 1992, que sería su testamento intelectual, pues moriría el 29 de agosto del año siguiente. A ello hay que agregar, como lo expresamos en su Homenaje a los 25 años de su muerte, realizado en la Facultad de Derecho de la UNC, el 8 de noviembre de 2018, sus obras *Fundamentos de derecho constitucional*, también del mismo año 1992 y su obra póstuma sobre *The constitution of the deliberative democracy*, editada por Yale University Press, bajo el cuidado de Owen Fiss.

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 hemos 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 imperfecciones⁵⁸— 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.

5. EL INCUMPLIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

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

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

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

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

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

⁵⁸ Ya que no hay obra humana perfecta y hacen falta dioses y no hombres para hacer las leyes, como decía Rousseau.

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 inconstitucional⁵⁹.

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.
- 3) Del art. 41 sobre derecho al medio ambiente sano, ya que faltan normas y convenios, en relación con 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.

⁵⁹ Como en los casos del Consejo de la Magistratura —recién señaladas nros. 26.080 y 26.855—, de la de decretos de necesidad y urgencia 26.122 y sobre la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires nros. 24.588 y 24.620, que restringieron la misma (Véase HERNÁNDEZ, Antonio María, *Federalismo y constitucionalismo provincial*, ob. cit., cap. V).

- 9) De coparticipación impositiva, según lo prescripto por el inc. 2° del art. 75, como una de las más claras manifestaciones del federalismo de coordinación y concertación.
- 10) De transformación del actual Banco Central en Banco Federal, de conformidad al inc. 6° del art. 75.
- 11) Sobre ciudadanía y naturalización, que importará modificaciones de la legislación vigente, según lo dispuesto por los incs. 12 y 22 del art. 75.
- 12) Sobre la propiedad comunitaria de los aborígenes, según mandato del inc. 17 del art. 75.
- 13) Para proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio, promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones, según el inc. 19 del art. 75.
- 14) Para apoyar el desarrollo e integración regional del país, de conformidad a los arts. 124 y 75 inc. 19.
- 15) Sobre medidas de acción positiva que garanticen igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos humanos reconocidos, y en particular para los niños, mujeres, ancianos y discapacitados, según el inc. 23 del art. 75.
- 16) Sobre 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. 8º y 2º del art. 75⁶⁰.

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 10 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 art. 99 inc. 4º y la Disposición Transitoria Undécima, desconociendo la reforma y los principios de la teoría constitucional⁶¹, ha sido corregida y revocada por una nueva jurisprudencia fijada en el caso “*Schiffirin*”⁶².

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

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

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

Hace tiempo que venimos insistiendo en esta trascendente cuestión y al respecto hemos desarrollado en una de nuestras obras⁶³, la tesis de que las emergencias han sido el argumento utilizado permanentemente para incumplir la

⁶⁰ Véase HERNÁNDEZ, Antonio María, “20 propuestas para fortalecer el federalismo argentino”, *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, julio, 2014, específicamente Propuesta 14, donde nos detenemos en esta cuestión.

⁶¹ Véase nuestro libro *El caso Fayt y sus implicancias constitucionales*, 1ª ed., Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001 y 2ª ed., *El caso Fayt*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

⁶² Fallado el 28/3/2017, aunque en fallo dividido, que no podemos analizar en esta oportunidad por la extensión de este trabajo.

⁶³ HERNÁNDEZ, Antonio María, *Las emergencias y el orden constitucional*, 1ª ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002 y 2ª ed. ampliada, Méjico, Universidad Nacional Autónoma de Méjico y Rubinzal-Culzoni, 2003.

Constitución, afectar el sistema republicano y lesionar los derechos humanos a lo largo de nuestra historia.

Asimismo, hemos publicado una Encuesta sobre Cultura de la Constitución, que demuestra —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 sociedad⁶⁴.

Ello nos 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 padecemos⁶⁵.

Insistimos en que 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.

Insistimos 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.

Finalmente, a 25 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 Nación⁶⁶.

BIBLIOGRAFÍA

ÁBALOS, María Gabriela, “Autonomía municipal”, cap. XL en MANILI, Pablo (dir.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2013, t. IV, pp. 635 y ss.

⁶⁴ Véase HERNÁNDEZ, Antonio María - ZOVATTO, Daniel y MORA Y ARAUJO, Manuel, *Encuesta de cultura constitucional: Argentina, una sociedad anómica*, Méjico, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 2005 y HERNÁNDEZ, Antonio María - ZOVATTO, Daniel y FIDANZA, Eduardo (comps.), *Segunda Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, Buenos Aires, Eudeba, 2016.

⁶⁵ 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 25.863 —cuya sanción lográbamos en 2003 cuando ejercíamos la Presidencia de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional—, que también se incumple. Dicha norma fija el 1 de mayo como Día de la Constitución Nacional y obliga a la enseñanza de la misma en todos los niveles educativos.

⁶⁶ Véase HERNÁNDEZ, Antonio María, *Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012. En esta obra analizamos 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.

- BASTERRA, Marcela, “El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado. A propósito de la ley 26.854”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho de la UBA, 2013, pp. 533-566.
- BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales*, Méjico, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2017.
- DALLA VIA, Alberto y GARCÍA LEMA, Alberto (dirs.), *La Constitución reformada y sus normas reglamentarias. Estudios constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2016, 2 tomos.
- Diario *La Nación*, “Consejo de la Magistratura: el valor de una eficaz gestión”, de fecha 14/11/2018.
- Diario *La Nación*, editorial del 11/9/2007, Buenos Aires.
- Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, aprobado en la Sesión Ordinaria del 14/3/2006 y que llevó la firma del presidente de la Academia, Dr. Olsen Ghirardi y del secretario Dr. Ernesto Rey Caro.
- GARCÍA LEMA, Alberto y HERNÁNDEZ, Antonio María (coords.), “A veinte años de la reforma constitucional de 1994”, JA 2014-III, del 20/8/2014, Buenos Aires, Abeledo Perrot, fasc. 8, pp. 20-38.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La inconstitucionalidad e inconventionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en que el Estado es parte (ley 26.854)”, *La Ley, Supl. Especial Cámaras Federales de Casación*, Buenos Aires, 2013.
- GOZAÍNI, Osvaldo A., “Las medidas cautelares ante la ley 26.854”, *La Ley, Supl. Especial Cámaras Federales de Casación*, Buenos Aires, 2013.
- HERNÁNDEZ, Antonio María, *Reforma constitucional de 1994. Labor del convencional constituyente Antonio María Hernández (h.)*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1995, pp. 49-57.
- *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, Buenos Aires, Depalma, 2000.
- *Las emergencias y el orden constitucional*, en sus dos ediciones de Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires (2002) y de la Universidad Nacional Autónoma de Méjico y Rubinzal-Culzoni, Méjico (2003).
- “El federalismo a diez años de la reforma constitucional de 1994”, en BILDART CAMPOS, Germán J. y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (coords.), *A una década de la reforma constitucional 1994-2004*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 263-297.
- “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*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, nro. 195, 2005, pp. 146-158.
- “El regreso a la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica”, *Debates de Actualidad*, nro. 198, enero-diciembre de 2007, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, pp. 25 y ss.
 - “Las retenciones, el hiperpresidencialismo y las violaciones constitucionales”, *Debates de Actualidad*, nro. 200, mayo-diciembre 2008, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, pp. 40 y ss.
 - (dir.), *Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino*, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008, pp. 11 y ss.
 - *Federalismo y constitucionalismo provincial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
 - “La Corte Suprema de Justicia y la reafirmación de la autonomía municipal”, *La Ley, Suplemento Extraordinario de Derecho Constitucional, 75 Aniversario*, agosto de 2010.
 - (dir.), *Derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2012, t. I, cap. II de nuestra autoría sobre “El Poder Constituyente”.
 - (dir.), *Derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2012, t. II, cap. XVII, “El Poder Ejecutivo”.
 - *Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.
 - *El caso Fayt y sus implicancias constitucionales*, 1ª ed., Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001.
 - *El caso Fayt*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.
 - “Democratizar no es partidizar”, *La Voz del Interior*, Córdoba, 11/4/2013.
 - “Soberanía y autonomía provinciales en la doctrina y en la jurisprudencia de la CSJN”, en el cap. XXXIX de la obra de MANILI, Pablo (dir.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho constitucional*, La Ley, 2013, Buenos Aires, t. IV, pp. 593 y ss.
 - “El federalismo, ausente en el impulso de YPF”, *Clarín*, Sección Opinión, del 8/7/2014, p. 25.
 - “20 propuestas para fortalecer el federalismo argentino”, *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, julio, 2014.
 - “Sin coparticipación impositiva no hay federalismo”, *Clarín*, Opinión, 27/11/2014, p. 33.
 - “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, nro. 2, pp. 44 y ss.
 - (dir.), *Cuaderno de Federalismo*, t. XXXI, Informe sobre el Federalismo Argentino 2017.
 - *La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino*, Buenos Aires, Jusbaire, 2017.

- “La autonomía plena de la Ciudad de Buenos Aires y el traspaso de la ex Justicia Nacional”, *www.acaderc.org*, Instituto de Federalismo.
- *Comparación de los federalismos de Argentina, Estados Unidos y Méjico*, Rubinzal-Culzoni, 2018.
- HERNÁNDEZ, Antonio María, ZOVATTO, Daniel y MORA Y ARAUJO, Manuel, *Encuesta de cultura constitucional. Argentina, una sociedad anómica*, Méjico, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 2005.
- HERNÁNDEZ, Antonio María, ZOVATTO, Daniel y FIDANZA, Eduardo, *Segunda encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, Buenos Aires, Eudeba, 2016.
- La Ley*, Buenos Aires, 24/8/2009.
- Libro colectivo *A diez años de la reforma constitucional*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Córdoba, Advocatus, 2005.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, Alfa, 1953, t. II, p. 139.
- MIDÓN, Mario, *El vicio de la inconstitucionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2018, cap. V.
- NINO, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, 2ª ed., Buenos Aires, Emecé, 1992.
- *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- (obra póstuma), *The constitution of the deliberative democracy*, editada por Yale University Press, bajo el cuidado de Owen Fiss.
- OTEIZA, Eduardo, “El cercenamiento de la protección a la medida cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854”, *La Ley, Supl. Especial Cámaras Federales de Casación*, Buenos Aires, 2013.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *El Poder Constituyente en acción*, Buenos Aires, Ábaco, 1996.
- ROSATTI, Horacio, *El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2016.
- VALADÉS, Diego, *El Gobierno de Gabinete*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni y la Universidad Autónoma de Méjico, 2008.
- VALADÉS, Diego, *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, Méjico, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Colegio Nacional de Méjico, 2007.

Recepción: 24/11/2019
Aceptación: 11/12/2019

DESAFÍOS INSTITUCIONALES A 25 AÑOS DE LA REFORMA DE 1994. NECESARIA CONTINUIDAD DE LOS CONSENSOS CONSTITUCIONALES PARA AFRONTAR LAS GRIETAS POLÍTICAS, ECONÓMICAS, SOCIALES Y CULTURALES DEL SIGLO XXI

Por ALBERTO MANUEL GARCÍA LEMA*

Resumen:

El propósito del trabajo resulta del título y subtítulo. Se ha recordado cuál fue el origen de la reforma de 1994 a la Constitución argentina, destacando cómo se gestaron los acuerdos que la precedieron y cómo se ampliaron progresivamente, hasta arribar a una reforma consensuada y legítima, que consolidó exitosamente la democracia contra los golpes militares y gobiernos de facto que predominaron en el siglo XX, que contribuyó a un mayor equilibrio y eficacia entre los poderes del Estado (aunque subsistan resabios del “hiperpresidencialismo” que pretendió superar), y amplió la exposición de los derechos humanos y sus garantías. Se analizan los 25 años que transcurrieron desde su sanción hasta ahora desde la perspectiva de los nuevos “desafíos” que amenazan al programa e instituciones de la reforma, ante las nuevas circunstancias históricas mundiales. En este sentido, se esbozan los “desafíos” conceptuales que afectan a los cinco grandes fines de la reforma, y de modo principal el crecimiento de la pobreza en el país. Por esta última razón, se presta especial atención a las bases constitucionales de un desarrollo económico y social federal, que fueron también previstas como fines centrales de la reforma, y a la necesidad de crear instituciones de concertación de ese carácter, que permitan continuar y privilegiar el espíritu de los acuerdos y consensos

* Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Exnegociador de los acuerdos preconstituyentes (1988/1993) por el partido justicialista. Convencional Nacional Constituyente 1994; integrante de la Comisión Redactora y Comisión de Coincidencias Básicas. Exprocurador del Tesoro de la Nación (1991/1995) y exvicejefe de Gabinete de Ministros (1995/1996), entre otras funciones públicas desempeñadas. Profesor de Derecho Constitucional en varias universidades nacionales (1973/2009). Autor de numerosos trabajos, cuya selección ha sido digitalizada en el sitio www.garcialema.com.ar incluido su libro *La Reforma por dentro*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1994; otros en coautoría mencionados en el sitio web citado; *Nuevos derechos y garantías*, y *Estudios constitucionales sobre el Código Civil Comercial de la Nación*, en coautoría y codirección con Alberto R. Dalla Via, publicados por Rubinzal-Culzoni; ejerció durante varios años la publicación de libros y revistas de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, siendo luego vocal y vicepresidente de esa asociación; es miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y actual presidente del Círculo de exconvencionales constituyentes.

que dieron origen a la reforma para direccionar el orden jurídico a cerrar las múltiples “grietas” a las que alude el subtítulo.

Palabras clave:

Reforma constitucional, desafíos institucionales, consensos constitucionales, legitimidad, presidencialismo.

INSTITUTIONAL CHALLENGES 25 YEARS AFTER THE
1994 REFORM. THE NECESSARY CONTINUITY OF THE
CONSTITUTIONAL CONSENSUS TO FACE THE POLITICAL,
ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL CRACKS
OF THE 21ST CENTURY

Abstract:

The purpose of this work results from the title and subtitle. It has been recalled what was the origin of the 1994 reform to the Argentine Constitution, highlighting how the agreements that preceded it were developed and how they progressively expanded, until arriving at a consensual and legitimate reform, which successfully consolidated democracy against military coups and illegitimate governments that prevailed in the twentieth century, which contributed to greater balance and efficiency among the powers of the State (although there are still remnants of the “hyper-presidentialism” that it sought to overcome), and expanded the exposure of human rights and their guarantees. The 25 years that have elapsed since its sanction until now are analyzed from the perspective of the new “challenges” that threaten the reform program and institutions, given the new historical world circumstances. In this sense, the conceptual “challenges” that affect the five great aims of the reform are outlined, specially the poverty growth in the country. For this last reason, special attention is given to the constitutional bases of a federal economic and social development, which were also provided as central aims of the reform, and the need to create institutions of consultation of that nature, which allow continuing and privileging the spirit of the agreements and consensus that gave rise to the reform to direct the legal order to close the multiple “cracks” to which the subtitle refers.

Keywords:

Constitutional reform, institutional challenges, constitutional consensus, legitimacy, presidentialism.

1. DESAFÍOS INSTITUCIONALES DEL SIGLO XXI

En las dos primeras décadas del siglo XXI se acentuaron tendencias históricas que ya se manifestaban en el conjunto de circunstancias bajo las cuales se

proyectó la reforma constitucional, entre los años 1986 —cuando se iniciaron los estudios y las primeras propuestas— y 1994 cuando se sancionó dicha reforma. Sin embargo, las nuevas tendencias históricas mundiales, generaron profundos cambios en las estructuras políticas, económicas, sociales y culturales de cada país, y fueron evidenciando un ritmo cada vez más acelerado a medida que la revolución en las comunicaciones se fue extendiendo a todos los aspectos de la vida.

Entre los grandes pensadores que tomaron nota de las características del proceso de globalización de la economía mundial que estaba acaeciendo fue Zygmunt Bauman quien lo calificó con el nombre de “modernidad líquida” en una obra que vio la luz justo al comenzar el siglo XXI¹; que entre los múltiples factores analizados pone también el acento en la crisis del Estado-Nación², con criterio predominantemente sociológico, con un enfoque más cercano a la ciencia política en otra de sus obras³.

Los fenómenos mundiales que generan consecuencias críticas para el Estado-Nación no pueden ser indiferentes a este somero análisis constitucional que se extiende a los últimos 25 años de nuestra historia, en especial porque las constituciones son la base normativa y de las instituciones de los países, es decir, el último criterio de validez y vigencia que rige el orden jurídico nacional. En este sentido, la reforma de 1994 actualizó la Constitución histórica de 1853/60 y procuró hacerlo en términos de un programa que mantenía sus fundamentos esenciales —dado el carácter de “reforma parcial”—, pero, a la vez, proyectó nuevas instituciones y textos para adecuarla a procesos globales que se hallaban ya en curso, cuya concreción fue delegada en órganos del Estado, o entidades de la sociedad civil, con funciones modernizadas para concretarlo.

Si bien este trabajo recupera las líneas centrales del programa de la reforma de 1994, lo hace señalando algunos de los importantes desafíos actuales que toca afrontar.

2. UNA REFORMA CONSTITUCIONAL CONSENSUADA Y LEGÍTIMA

En una publicación reciente, en este año 2019, en el diario *La Nación*⁴, realicé una sintética historia de cómo se desarrollaron sucesivas negociaciones entre los dos principales partidos argentinos de las décadas de los ‘80 y ‘90, entre el

¹ V. BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida* (1ª ed. en inglés, 2000); cito por edición del Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2002.

² V. BAUMAN, Zygmunt, “Después del Estado-nación”, en BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, ob. cit., pp. 195 y ss.

³ BAUMAN, Zygmunt, *En busca de la política*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2001, 5ª reimp. 2011.

⁴ GARCÍA LEMA, Alberto, “Una experiencia exitosa en materia de diálogo y consenso”, “Aniversario. La reforma de la Constitución de la que se cumplen 25 años puede ser un modelo para esta nueva etapa de búsqueda de acuerdos”, *La Nación*, 28/5/2019.

radicalismo (UCR) y el justicialismo (PJ), a partir de los años 1986/87; habiendo señalado en otra obra anterior que el consenso al que se arribó se construyó en etapas sucesivas⁵.

La primera etapa de los esfuerzos realizados para lograr consensos, culminaron en acuerdos preconstituyentes; el “Acuerdo de Reafirmación Federal” suscripto el 24 de mayo de 1990 por el presidente Carlos Menem, los gobernadores de provincias (de todos los partidos) y el intendente de la Ciudad de Buenos Aires; y en acuerdos políticos, tal el llamado “Pacto de Olivos” firmado por el presidente Menem y el expresidente Raúl Alfonsín (asistidos por sus principales colaboradores), ratificado formalmente por las máximas autoridades del PJ y UCR y los posteriores de diciembre de 1993, cuyos negociadores precisaron la “letra chica” de la reforma constitucional.

En la segunda etapa se definieron las reformas incluidas en lo que se denominó el Núcleo de Coincidencias Básicas que estructuró las principales reformas institucionales que debían aprobarse o rechazarse en su conjunto (como garantía del oficialista PJ hacia el opositor UCR); y también temas derivados al libre tratamiento y redacción por la Convención Constituyente, pero que debían circunscribirse a los términos fijados en general en los pactos preconstituyentes. Globalmente, fue concebida como una reforma parcial de la Constitución Nacional, entonces vigente, aunque en rigor adaptó la Constitución de 1853/60, de naturaleza liberal, a una concepción del constitucionalismo social, que se había afirmado en las constituciones europeas de la segunda posguerra, y cuyo último modelo (entonces) había sido la Constitución de España de 1978.

Estos últimos acuerdos, en la tercera etapa, fueron llevados al Congreso de la Nación, que por mayoría de los dos tercios de los miembros totales de la Cámara de Diputados y del Senado de la Nación (es decir, cumpliendo con la exégesis más estricta del art. 30 de la Constitución), aprobó la ley 24.309, declarativa de una reforma constitucional de carácter parcial —tal carácter parcial impedía modificar alguno de los 35 artículos de la Primera Parte de la Constitución— disponiendo, además, el respeto de los contenidos del Núcleo de Coincidencias y su carácter cerrado, enumerando los temas de libre tratamiento, asegurando la metodología adoptada mediante artículos que disponían la nulidad de las reformas aprobadas fuera de las condiciones de dicha ley. También convocó a elecciones de convencionales constituyentes, que debían ser elegidos por voto popular (universal, obligatorio y secreto), bajo el sistema de representación proporcional, que aseguró la presencia de representantes de todas las fuerzas políticas en la Convención, aunque las dos fuerzas del “Pacto de Olivos” tuvieron mayoría, dado los resultados de los comicios celebrados en abril de 1994.

En la cuarta etapa, transcurrida durante los 90 días que duró la Convención Constituyente no solo fueron aprobados los contenidos del Núcleo de Coinci-

⁵ HERNÁNDEZ, Antonio y GARCÍA LEMA, Alberto M., “La reforma constitucional de 1994 a 20 años de su sanción”, *Jurisprudencia Argentina* (fasc. 8), Buenos Aires, 20/8/2014.

dencias Básicas, sino que se trataron y aprobaron proyectos en casi la totalidad de los temas de libre consideración, entre ellos, la reafirmación de la democracia contra eventuales gobiernos de facto —que signaron la historia del país entre 1930 y 1983, excepto en ciertos períodos regidos por la Constitución de 1853/60 pero con proscripciones del radicalismo y del justicialismo (salvo en 1973/76)—; el gran desarrollo de los derechos humanos por normas incluidas en un nuevo capítulo de la Primera Parte (ideológica) de la Constitución y en pactos internacionales a los que se otorgó jerarquía constitucional; fortaleciendo la inserción del país en el mundo (y en Latinoamérica en especial) mediante la asignación a los tratados de una jerarquía superior a las leyes y adoptando previsiones para la integración supranacional; la reafirmación del sistema federal, extendiéndolo a una amplia autonomía de la ciudad de Buenos Aires convertida en una cuasi provincia y disponiendo la autonomía de los municipios en el país, con creación de las regiones económico-sociales trasladando a estas y a las provincias recursos nacionales, sentando así las bases para lograr para un crecimiento económico federal; fundado en la economía de libre mercado controlada por el Estado para lograr un desarrollo humano con justicia social; y estableciendo la incorporación constitucional de organismos de control de la Administración como la Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público Fiscal como órgano extra poder.

Es decir, a las reformas originariamente pactadas entre el justicialismo y el radicalismo en la etapa preconstituyente, se fueron agregando muchas reformas adicionales en las que intervinieron otras fuerzas políticas, ampliando notablemente los acuerdos originarios. El espíritu de arribar a consensos, que se extendió durante la Convención —más allá de los naturales debates y controversias que se produjeron en muchos temas y en la redacción de las normas— quedó ratificado al aprobarse y jurarse el texto final de la reforma por unanimidad de los constituyentes.

De allí la importancia para la Argentina de contar con una Constitución, reformada hace 25 años que otorga legitimidad última a su ordenamiento jurídico, y que permite a los jueces —mediante el control de constitucionalidad— valorar en los asuntos concretos en los que deben pronunciarse, si las normas inferiores se ajustan, o no, a los preceptos y al “espíritu” (los fines tenidos en vista) de la Ley Fundamental.

3. LOS FINES GENERALES DE LA REFORMA Y LAS SITUACIONES POLÍTICAS POSTERIORES

Para poder evaluar lo sucedido en los últimos 25 años en cuanto al cumplimiento de los fines generales que inspiraron la reforma (a los que cabe acudir como fuente interpretativa, aún para los demás fines propuestos en las normas individuales de la Constitución), es conveniente apreciar lo sucedido con relación a diversas situaciones por las que atravesó el país en dicho período de vigencia de la Constitución reformada.

Para esta valoración cabe señalar que en la exposición que realicé ante el plenario de la Convención Constituyente al explicar por el partido justicialista los contenidos del Núcleo de Coincidencias Básicas —alternándonos en dicha exposición con Enrique Paixao, principal negociador (junto a Ricardo Gil Lavedra, en la etapa previa) por el radicalismo— individualicé que las reformas respondieron a cinco ideas-fuerzas, que constituían los fines generales de la reforma: 1) consolidación y perfeccionamiento del sistema democrático; 2) obtención de un nuevo equilibrio entre los tres órganos clásicos del poder del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial), que suponía también acrecentar el valor “eficiencia” en el accionar de ellos y los mecanismos de control; 3) la promoción de la integración latinoamericana; 4) mayor reconocimiento de los derechos humanos y sus garantías; 5) el fortalecimiento del régimen federal⁶.

En este punto, cabe resaltar que las dos primeras ideas-fuerza que han sido citadas dieron lugar a las soluciones institucionales que fueron incluidas en el Núcleo de Coincidencias Básicas, aprobado en los acuerdos preconstituyentes y en la ley 24.309; mientras que los tres fines generales restantes se desarrollaron durante el tratamiento de los temas habilitados y por la tarea cumplida en la propia Convención.

Las reformas constitucionales que debían ser complementadas por leyes u otras normas orgánicas afrontaron diversos tipos de dificultades para su implementación, según el grado de aceptación política y social previa o contemporánea a la reforma constitucional. En este sentido, clasifiqué en otros trabajos la puesta en ejecución de la reforma en atención a dicho grado de aceptación o a las resistencias que generaban⁷, situación que se extendió a años posteriores. Así, las encuadré en tres tipos: A) Reformas sustentadas en circunstancias históricas indiscutibles; B) Reformas resultantes de nuevas circunstancias históricas; C) Reformas aprobadas que confrontan con costumbres que han dificultado históricamente el desarrollo institucional.

Analizaré a continuación las principales reformas de la Constitución que pueden ser encuadradas en alguno de esos tres tipos, aportando observaciones sobre cada una.

4. CONSOLIDACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO Y SUS DESAFÍOS

Las reformas que menos dificultades han tenido para implementarse fueron las vinculadas con la consolidación y perfeccionamiento del sistema democrático.

⁶ Ver, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación, 1995, t. V, pp. 4882-4883.

⁷ GARCÍA LEMA, Alberto M., *La reforma de 1994. Una valoración crítica diez años después*, Buenos Aires, La Ley, 2004 y “Fuentes y vigencia de la reforma (1994/2004)”, en *A diez años de la reforma de la Constitución Nacional*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.

4.1. Incorporación del valor democracia en el sistema constitucional

La reforma de 1994 incorporó la democracia como valor al sistema constitucional —adviértase que no mencionaba ese concepto el art. 1º de la Constitución de 1853/60— pero había sido ya anticipada con las reformas al sistema electoral desde la segunda década del siglo XX que permitió el acceso del radicalismo al gobierno por vía electoral en 1916. La falta de normas constitucionales que la implementaran hasta 1994 facilitó el apoyo jurídico para los golpes de estado y gobiernos de facto que sucedieron en gran parte del siglo XX a partir de 1930. Además, el último de ellos (1976/1982) condujo a una extensa y grave violación de derechos humanos que unificó a los convencionales constituyentes en una amplia defensa y aseguramiento de sus garantías.

La norma de defensa de la democracia, establecida en el art. 36 de la Constitución, ubicado al comienzo de un nuevo capítulo incorporado por la reforma de 1994 denominado “Nuevos derechos y garantías”, sin dudas ha contribuido a disuadir la posibilidad que el sistema constitucional argentino fuese amenazado por golpes de Estado desde el reinicio de la democracia en diciembre de 1983 hasta el presente.

Desde este solo punto de vista, cabe considerar que la reforma de 1994 ha sido particularmente exitosa, porque todas las diferencias políticas —aún las más graves— acaecidas en los últimos veinticinco años han sido resueltas por los procedimientos establecidos en la Constitución y, salvo un caso al que enseguida me refiero, por sucesivas elecciones, excluyéndose la violencia como modo de dirimir los conflictos.

A partir del año 2002 una crisis fundamentalmente económica ocasionada por el abandono de la convertibilidad (entre el peso con el dólar estadounidense), que había durado más de una década desde su implementación en 1991, y un cepo bancario con una importante devaluación, ocasionó numerosas protestas populares, y no fue adecuadamente afrontada por la presidencia de De la Rúa, ocasionando su renuncia.

Es de señalar que la Alianza entre la UCR y el FREPASO que llevó a De la Rúa a la presidencia fue desde su origen de naturaleza inestable, porque el FREPASO era una fuerza de centro-izquierda (compuesta por sectores del partido justicialista, la democracia cristiana y otros del progresismo socialdemócrata), conducida por Carlos Álvarez y que había sido electo vicepresidente, siendo de difícil compatibilización con De la Rúa, quien pertenecía a la línea conservadora de la UCR. Las diferencias ideológicas entre los partidos de la Alianza se agudizaron con una crisis producida por el intento del gobierno de aprobar una cuestionada ley de reforma laboral, impugnada por el opositor partido justicialista y los sindicatos, que originó un escándalo durante su tratamiento en el Senado, cuando se acusó al gobierno nacional de sobornos para comprar voluntades de senadores, que originó la renuncia del vicepresidente.

Esta situación de debilidad del gobierno se agravó con su derrota en los comicios de medio término para renovación parlamentaria, en los que triunfó

el justicialismo. Cabría observar, que, con posterioridad a esa derrota, y ante la afectación de la gobernabilidad que venía padeciendo la presidencia de De la Rúa, este pudo acudir a la solución prevista en la Constitución reformada y ofrecer al justicialismo la designación de un jefe de gabinete de ese partido, que habría posibilitado un proceso de cohabitación entre el radicalismo y el justicialismo. Esa posibilidad no fue utilizada y, finalmente, el abandono de la convertibilidad y sus efectos ocasionaron su renuncia.

La crisis política produjo circunstancias confusas, con interinatos por pocos días de varios presidentes provisorios, hasta que el Congreso acudiendo a la ley de acefalía del Poder Ejecutivo, designó al leader justicialista Eduardo Duhalde como presidente.

Su gobierno, con origen y apoyo parlamentario, encauzó los problemas más acuciantes de la crisis, en un breve período que no llegó a completar el previsto para la presidencia anterior. En las elecciones celebradas en 2003 fue electo presidente Néstor Kirchner; quien a su vez fue sucedido por su esposa Cristina Fernández de Kirchner por dos períodos, sumando, entonces, ambas presidencias más de doce años en el ejercicio del Poder Ejecutivo.

He realizado esta síntesis de los acontecimientos políticos e institucionales entre 2002/2015 porque fueron, a mi entender, decisivos para obstaculizar el pleno desarrollo de instituciones creadas por la reforma de 1994 vinculadas con el sistema democrático; así como dificultó la implementación del espíritu de acuerdos y consensos que fue su fundamento. Por otra parte, se producían en el ámbito mundial y latinoamericano —en especial— ciertos cambios relevantes del siglo XXI, a los que haré referencia.

4.2. Las concepciones de la “radicalización” de la democracia

Al momento de sancionarse la reforma de 1994, que según anticipé fue parcial —conservando la ideología republicana, representativa y federal de la Constitución de 1853/60— el concepto de “democracia” que inspiró al nuevo art. 36 fue de algún modo simple, en tanto estuvo orientado a desalentar los golpes de Estado y gobiernos militares, como también las proscripciones y discriminaciones en el orden político.

No es intención abordar en profundidad el debate actual sobre la democracia. Baste, en este sentido, una lectura detenida de la obra de Andrea Greppi, sobre sus concepciones contemporáneas⁸, para advertir la complejidad de este tema en la filosofía política actual (y quizás hasta en la misma filosofía general), que excede campos aquí más circunscriptos de la ciencia política o del derecho constitucional.

Sin embargo, hay razones prácticas para llamar la atención sobre ciertos planteos que cuestionan la necesidad de los “consensos básicos” que afirman el

⁸ GREPPI, Andrea, *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Madrid, Trotta, 2006.

funcionamiento de instituciones de la Constitución o, dicho de otro modo, que aseguran reglas básicas que evitan agudizar los conflictos sociales.

Así, autores que abordan el tema desde posiciones “populistas” y cercanas a una nueva izquierda, que adscriben a la democracia radical, sostienen que “toda forma de consenso es el resultado de una articulación hegemónica, y que siempre existirá una exterioridad que impedirá su realización plena”. “Lo que está en juego es la construcción de una nueva hegemonía. Nuestro lema debe ser: ‘Volvamos a la lucha hegemónica’”⁹. Chantal Mouffe, profundizando el tema en otra obra¹⁰, desde el punto de vista del “pluralismo agonístico”, admite que la política democrática es construir el “ellos” de tal forma “que deje de ser percibido como un enemigo a destruir y se conciba como un ‘adversario’”, categoría que no elimina el “antagonismo”, y aunque, por un lado, admite “la tolerancia liberal democrática” porque comparte sus principios éticos de libertad e igualdad, por otro lado sostiene que “el desacuerdo no es un desacuerdo que pueda resolverse mediante la deliberación y el debate racional”, “los compromisos también son posibles; son parte inseparable de la política; pero deberían considerarse como un respiro temporal en una confrontación que no cesa”.

Lo grave de esta concepción es que controvierte la existencia de consensos superiores que han fundado los acuerdos constitucionales de la reforma de 1994, y viene a obstaculizar las reglas normativas que sustentan las instituciones, que enmarcan luego las luchas y conflictos de cualquier naturaleza, política, económica o social.

Más aún, para Chantal Mouffe, una diferencia importante con la teoría de la “democracia deliberativa”, es que para el “‘pluralismo agonístico’ la primera obligación de la política democrática no consiste en eliminar las pasiones de la esfera de lo público para hacer posible el consenso racional, sino en movilizar esas pasiones en la dirección de los objetivos democráticos”. En sus críticas al consenso, ratifica que “todo consenso existe como resultado temporal de una hegemonía provisional”. Más adelante, atempera en algo su posición, al admitir que “el consenso es necesario en las instituciones que son constitutivas de la democracia. Pero siempre [acota enseguida] existirá un desacuerdo en lo que se refiere al modo en que debería llevarse a la práctica la justicia social en dichas instituciones”.

Por ello, además cuestiona: “El creciente predominio jurídico [que] también debe entenderse en el contexto de debilitamiento de la esfera democrática pública en la que debería tener lugar la confrontación agonística”. Es decir, también manifiesta su disconformidad con la circunstancia que la esfera jurídica se esté convirtiendo en el terreno en que los conflictos sociales encuentran se

⁹ LACLAU Ernesto y MOUFFE Chantal, *Hegemonía socialista. Hacia una radicalización de la democracia* (original en inglés, Londres 1985), Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2005, cita del prólogo a la 2ª ed. (2002), pp. 18-20.

¹⁰ MOUFFE, Chantal, *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*, 2ª ed., Barcelona, Gedisa, 2012, pp. 114-117; 126-128.

forma de expresión, y por tanto confronta con la posición de Ronald Dworkin quien afirma la primacía de un poder judicial independiente, como intérprete de la moralidad política de una comunidad.

En esta otra perspectiva, Dworkin —que analiza la experiencia reciente en los EE.UU.— admite la presencia de profundas divisiones políticas y sociales que socavan a la democracia en ese país, pero se coloca en la actitud inversa a la democracia radicalizada, al hallar principios comunes, compartidos, que son lo suficientemente sustanciales como para posibilitar el debate político racional, indicando que son abstractos, filosóficos, acerca del valor y responsabilidades centrales de la vida humana, que conforman un patrimonio común de los norteamericanos, aunque también los comparten muchas personas de otros países, especialmente de democracias maduras.

No resulta casual que Dworkin se presenta como jurista y realiza comentarios sobre su especialidad de derecho constitucional, aunque su interés principal es político, es decir, desarrollar principios, profundos y generales, como para proporcionar una base común a quienes adscriben a las dos culturas políticas que actualmente dividen a EE.UU. Y se pronuncia por conciliar el conflicto entre igualdad y libertad, pues entiende que las comunidades políticas deben buscar una interpretación de cada una de esas virtudes que muestre que son compatibles, que presente a cada una de ellas como un aspecto de la otra¹¹.

En suma, frente a todas las concepciones actuales de la democracia a las que pasó revista Andrea Greppi, que mencionan la profunda falta de representatividad que arrastran las instituciones democráticas, así como la creciente ausencia de racionalidad del Estado de Derecho, que desafía el esquema clásico de división de poderes, y por consiguiente la estructura básica de nuestros sistemas constitucionales, vuelve ese autor sobre la importancia de la vigencia del constitucionalismo democrático. Rescata una actualización de las doctrinas de la democracia deliberativa —a la que adhería entre nosotros hace años Carlos S. Nino— y el uso de la noción de “procedimiento”, como elemento clave para reconstruir la validez o legitimidad de las decisiones políticas.

Aquí, de nuevo para Greppi, las teorías del constitucionalismo democrático vuelven a jugar un papel crucial: “Tras el giro deliberativo, a la teoría le queda por delante la búsqueda de un nuevo equilibrio entre los ideales y la realidad de una democracia que está volviéndose cada vez más virtual y aparente... la palabra ‘democracia’ se refiere, a un tiempo, a un ideal y un método”. Plantea la importancia de las reglas y procedimientos que se necesitan —explica la inconsistencia de muchas propuestas examinadas a lo largo de su libro que tratan “pasar de puntillas” porque la democracia necesita de ellos— y que también se requiere una “teoría de la democracia” que indique los “principios para la

¹¹ DWORKIN, Ronald, *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, Barcelona, Paidós, 2008; con citas de otras de sus obras —p. 26— en la que elabora la relación entre libertad e igualdad.

asignación de derechos y deberes, cargas y beneficios de la cooperación social”. Y termina por marcar una profunda contradicción en los adversarios de la democracia respecto de quienes cree que “se hacen cada vez más fuertes y levantan cada vez más la voz. Desmintiendo su razón de ser, aspiran a convertir las instituciones en instrumentos de control de las conductas y de las conciencias, y buscan la forma más eficaz para reducir o desactivar los espacios residuales de autogobierno”¹². Sin decirlo expresamente, interpreto que ese autor, que trata en profundidad las modernas concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo, nos está previniendo contra un giro crítico de la democracia que pueda estar conduciendo al autoritarismo.

Ese posible giro hacia posiciones antidemocráticas resulta particularmente grave en la Argentina, ante su tormentosa historia acaecida a partir del primer golpe de Estado —y posterior gobierno *de facto*— en 1930, hasta el último de ellos —1976/83— por responder a diversas ideologías antidemocráticas, a proscripciones, fraudes electorales y represiones, al rol protagónico de las fuerzas armadas, así como a factores económicos, sociales y sindicales, que también se hicieron presentes y que ya examiné en un “Comentario al artículo 37 de la Constitución”¹³.

Sin embargo, según anticipé, lo cierto es que nuestro sistema constitucional reformado en 1994 resultó exitoso, en sus 25 años desde esa fecha hasta el presente, en cuanto ha resuelto los conflictos políticos —también económicos y sociales— por medios eleccionarios y con el funcionamiento de todas sus instituciones principales (Congreso y Poder Judicial). Desde ese punto de vista, a pesar de todos sus problemas, la reforma constitucional de 1994 ha sido muy exitosa, porque reafirmó la conclusión de los gobiernos *de facto*, alternativa ampliamente utilizada en el siglo XX.

4.3. Las garantías de los derechos políticos, y de los partidos políticos

La conclusión anterior significa que el éxito de la democracia y el resguardo de su defensa en el art. 36, radicó en la observación plena del art. 37, según el cual el principio de la “soberanía popular” que funda la democracia quedó asociado a que “el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio”. Estas modalidades del sufragio —constitucionalizadas en 1994— impiden utilizar su antagónico, el “sufragio libre” (no obligatorio) que tiende a excluir de la actividad política a los individuos o sectores sociales no integrados al mercado por su situación económica y social.

Ese principio general fue complementado por la incorporación de otra garantía de varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios,

¹² Ver, GREPPI, Andrea, *Concepciones...*, ob. cit., pp. 167-177.

¹³ En la obra codirigida por DALLA VIA, Alberto R. y GARCÍA LEMA, Alberto M., *Nuevos derechos y garantías*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008; el trabajo de este último en tomo I, especialmente puntos 2.5. a 2.9 (pp. 229-237) y sus citas.

mediante acciones positivas. Esta prescripción constitucional fue cumplida ampliamente por la legislación complementaria en protección de la mujer, de modo que se reflejó en un crecimiento notable de su participación en las cámaras del Congreso y en las prácticas de fórmulas mixtas para la nominación de las candidaturas a cargos ejecutivos.

Al momento de debatirse la reforma de 1994 los partidos argentinos habían superado una larga etapa de luchas y proscripciones, comenzadas en el siglo XIX y extendidas a lo largo del XX (salvo escasos períodos de ese último), a los que hice referencia en otro lugar¹⁴. En la redacción del art. 38 se adoptaron los criterios que estaban vigentes en la legislación electoral, respecto a la libertad de su actuación y organización; remarcando y completando con “la representación de las minorías”, el “acceso a la información pública y difusión de las ideas”, el “sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes”, debiendo “dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio”. Estas directrices han sido cumplidas, en términos generales, especialmente por el control de los partidos que efectúa la justicia electoral. El punto más conflictivo ha sido la publicidad y explicación de sus fondos.

El sostenimiento económico de la capacitación de sus dirigentes no ha logrado la envergadura que tuviera en los países europeos centrales —adoptados como modelos al redactarse el art. 38— o en EE. UU mediante fundaciones de gran poder financiero.

La representación de las minorías tampoco fue reglamentada en línea con el sistema D’Hont que rige para elección de los diputados nacionales: esto ha facilitado la ruptura de sectores de los partidos, la preferencia por la creación de nuevas fuerzas —en vez de reformar las existentes— y la conformación de alianzas coyunturales, tal como sucede actualmente en muchos países europeos. Cuando han existido escisiones o fragmentaciones en los partidos se prefirió competir por *fuera* y no por *dentro* de ellos. Incluso, la preferencia por competir *fuera* de los partidos se expresó en la adopción de la *ley de lemas* en diversas provincias para otorgar representación a varias fuerzas políticas que confluyen en una candidatura a gobernador o en una fórmula presidencial¹⁵.

4.4. El debilitamiento de los partidos políticos en el siglo XXI

Cabe, además, señalar que desde comienzos del siglo XXI ha existido un proceso de debilitamiento de los partidos políticos. Parecen haber entrado en una franca declinación, incluyendo como causas el debilitamiento de recursos políticos propios de los Estados nacionales, el debilitamiento de las grandes

¹⁴ Ver, “Comentario al artículo 38 de la Constitución”, en DALLA VIA, Alberto R. y GARCÍA LEMA, Alberto M., *Nuevos derechos y garantías*, ob. cit., t. I, pp. 307-308, sus citas; y algunas conclusiones sobre la historia de los partidos en Argentina.

¹⁵ CALVO, Ernesto y ESCOBAR, Marcelo, *La nueva política de los partidos en la Argentina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2005, pp. 23-24.

identidades construidas en torno al mundo del trabajo, las enormes transformaciones en el mundo cotidiano de la población de las democracias, la “americanización” de las campañas (la desaparición del debate de ideas y la competencia entre las imágenes de los candidatos), que aparecen como premisas de una creciente desafección y descontento ciudadano frente a los partidos, que ven reducirse el número de sus afiliados, disminuyendo la militancia activa, mientras sus funciones tradicionales se debilitan, ya que dejan de ser las herramientas insustituibles para la integración y movilización de la ciudadanía¹⁶.

A ello cabe agregar las consecuencias de la política video-plasmada, ya advertida desde fines de la década de los '90 por Giovanni Sartori¹⁷, quien alertaba sobre la gran significación de este fenómeno en los EE.UU., y acotaba: “Cuatro de cada cinco americanos declaran que votan en función de lo que aprenden ante la pantalla. Son, con toda probabilidad, personas que no leen periódico alguno; y como en los Estados Unidos los partidos son muy débiles y las emisoras de radio son todas locales y dan poquísimas noticias políticas, podemos deducir las conclusiones muy rápidamente”. Y ponía tales conclusiones en función de la incidencia en los diferentes regímenes y según la fortaleza de los partidos: “En los sistemas presidenciales la personalización de la política es máxima. Y lo es especialmente en Estados Unidos, donde la fuerza de la televisión es asimismo máxima”. Agregaba: “El último punto es éste: que la video-política tiende a destruir —unas veces más, otras menos— el partido o, al menos, el partido organizado de masas que en Europa ha dominado la escena durante casi un siglo... No preveo que los partidos desaparezcan. Pero la video-política reduce el peso y la esencialidad de los partidos y, por eso mismo, les obliga a transformarse. El llamado ‘partido de peso’ ya no es indispensable; el ‘partido ligero’ es suficiente”.

En línea con este análisis, Sergio Fabbrini¹⁸ profundiza los conceptos señalando que “en las teledemocracias las diferencias de política y de *policy* entre los candidatos son mínimas y, por lo tanto, que la homogeneización del público, realizada por los medios ha llegado a niveles tan altos que excluyen toda posibilidad de discusión acerca de los programas, y más aún acerca de las ideologías. En semejante contexto, el líder es un recurso estratégico, la llave maestra para resolver, a favor de una u otra posición, la carrera para alcanzar el Poder Ejecutivo (...) Los líderes que se imponen son aquellos que demuestran tener un talento especial para identificar ‘las frases y los gestos’ que pueden crear un vínculo en-

¹⁶ CHERESKY, Isidoro y BLANQUER, Jean Michel, “Los partidos políticos: entre el derrumbe y la oportunidad”, en *¿Qué cambió en la política argentina? Elecciones, instituciones y ciudadanía en perspectiva comparada*, Buenos Aires, Homo Sapiens Ediciones, 2004, pp. 83 y ss.

¹⁷ SARTORI, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Madrid, Taurus, 1998, pp. 106 y 109-110.

¹⁸ FABBRINI, Sergio, *El ascenso del príncipe democrático. Quién gobierna y cómo se gobiernan las democracias*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2009, pp. 70, 72-73, 75-76 y 209.

tre ellos y vastas *audiencias*, es decir, que pueden ser apropiados para la comunicación en los medios radiotelevisivos”. La consecuencia —como anticipaba Sartori— es que “la personalización de la política constituye una consecuencia inevitable de las transformaciones culturales y tecnológicas que produjeron los actuales sistemas de comunicación de masas”. “En la ‘democracia de audiencia’ o ‘del público’, la elección electoral está personalizada, es decir, los electores votan a una persona y ya no a un partido, y menos aún un programa”.

Aunque todo ello iría a favor de la personalización del Ejecutivo, queda atemperado, para ese autor, quien distingue entre la “personalización de la política *electoral*”, que ha tenido que enfrentar importantes resistencias en los EE.UU., y en ciertos países de Europa, “cuando intentó convertirse en personalización de la política *gubernamental*”. En Estados Unidos, en donde el sistema electoral de representación uninominal por distritos para la Cámara de Representantes, también es significativa la representación personal; no obstante lo cual, considera que a partir de los ’90 se han fortalecido los partidos en el Poder Legislativo, a punto tal que “el Congreso de los individuos y la Presidencia de la persona han debido encontrar modalidades colectivas, es decir, de colaboración política para gobernar al país”. Y, aunque también halla en Europa similares condiciones que favorecieron la personalización de la política, considera que “si bien más abiertos los partidos siguen desempeñando una función en la política electoral, y, sobre todo, en la institucional”. Aprecia que así sucede en la Francia semipresidencial, en donde por la elección directa del presidente de la república “la personalización se ha transferido al Ejecutivo con mayor facilidad, sobre todo cuando el presidente goza de una amplia mayoría en el Legislativo”; pero aún en esas circunstancias —como las que favorecieron a Sarkozy— “necesitó la colaboración de un partido para transformar sus propuestas en actos legislativos”. Es decir, tanto en EE.UU. como en Francia, o en regímenes parlamentarios al estilo inglés, los partidos políticos siguieron siendo necesarios como instrumentos de gobierno. En cambio, sucedió en menor grado en la Italia de Silvio Berlusconi, pues: “con su elección la personalización de la política electoral se transformó en la personalización del Ejecutivo”.

Como conclusión de posteriores análisis que Fabbrini realiza de los diferentes tipos de gobierno contemporáneos, afirma que a la pregunta sobre cómo se gobiernan las democracias la contesta de este modo: “Aunque los líderes están en ascenso y los partidos en decadencia, como se ha demostrado en este libro, ninguna democracia puede funcionar de una manera adecuada sin los unos o sin los otros. Ningún sistema de gobierno puede maximizar la función del líder negando la del partido. O viceversa”.

Si estas consecuencias de la videopolítica favorecen, entonces, a la presidencia personalizada y actúan en detrimento de los partidos —y también concurren contra la atenuación del presidencialismo—, lo cierto es que la complejidad del moderno sistema comunicacional produce efectos colaterales que generan impactos significativos en la democracia contemporánea. En este sentido, la

progresiva desaparición de la confianza pública y la crisis de la legitimidad política, si bien afectan a todos los órganos del Estado, hacen mella en el Ejecutivo hiperpresidencialista, por su predominancia.

Manuel Castells, en una extensa obra sobre la relación entre la comunicación y el poder¹⁹, acentúa la desaparición de la confianza pública y la crisis de legitimidad política. Afirma que “como se documenta en el Apéndice, una mayoría de ciudadanos del mundo no confía en sus gobiernos ni en sus parlamentos y un grupo aún mayor de ciudadanos desprecia a los políticos y a los partidos y cree que su gobierno no representa la voluntad popular. Aquí se incluyen las democracias avanzadas, ya que numerosas encuestas muestran que la confianza pública en el gobierno y en las instituciones políticas ha disminuido sustancialmente en las tres últimas décadas [con citas de ellas]... los datos de las encuestas indican que la *percepción de la corrupción es el principal predictor de la desconfianza política*”. Y más adelante, en términos globales, observa: “aunque la corrupción no haya aumentado significativamente en la historia reciente (es probable lo contrario), lo que ha aumentado es la publicidad de la corrupción, la percepción de la corrupción y el impacto de dicha percepción en la confianza política... Por tanto, *la conexión entre exposición a la corrupción política y el declive de la confianza política puede estar directamente relacionada con el dominio de la política mediática y la política del escándalo en la gestión de los asuntos públicos*”.

Luego de analizar la amplitud de estos fenómenos señala: “*la experiencia internacional muestra la diversidad de respuestas políticas a la crisis de legitimidad política*, a menudo dependiendo de las normas electorales, de la especificidad institucional y de las situaciones ideológicas... En muchos casos la crisis de legitimidad conduce a un incremento de la movilización política en lugar de a la retirada política. *La política mediática y la política del escándalo contribuyen a esta crisis mundial de legitimidad política, pero el declive de la confianza pública no equivale a un declive de la participación política*. Enfrentados a la desafección de la ciudadanía, los líderes políticos buscan nuevas formas de llegar a su electorado y activarlo. Los ciudadanos, recelosos de las instituciones políticas pero empeñados en afirmar sus derechos, buscan la forma de movilizarse en sus propios términos dentro y fuera del sistema político. *Precisamente es esta creciente distancia entre la fe en las instituciones políticas y el deseo de acción política lo que constituye la crisis de la democracia*”.

Así, la “confianza” —y la integración a redes sociales de confianza— aparece, en oportunidades que han sido estudiadas especialmente por algunos autores, como fuerzas de avance en el proceso de la democracia, también sucede lo contrario cuando grupos de ciudadanos rompen sus compromisos con la política pública en general, creando sus propias alternativas a los servicios gubernamentales.

¹⁹ CASTELLS, Manuel, *Comunicación y poder*, Madrid, Alianza Editorial, 2009/10/11, pp. 376-377-380.

mentales o ejerciendo un control privado sobre diferentes partes del gobierno, en cuyo caso se está en presencia de situaciones de “desdemocratización”, que explican aspectos de la crisis de la democracia²⁰.

4.5. La utilización del “escándalo público” en la lucha democrática

Cabe hacer aquí hacer siquiera una mención incidental a la cuestión del escándalo político, y su impacto sobre la lucha democrática, porque también viene incidiendo de modo creciente en los últimos 25 años de vigencia de la reforma de 1994.

John B. Thomson ha estudiado con rigurosidad, en una de sus obras²¹, esta temática. El escándalo político (dejando de lado otras clases de escándalos, por ejemplo, económicos, o formas de corrupción y conflictos de interés que también analiza) afecta tres aspectos importantes conectados entre sí: el poder simbólico, la reputación y la confianza. En cuanto al primero de ellos, afirma: “*todos* los escándalos implican la existencia de luchas [sociales] y por el acceso a las fuentes de ese poder simbólico”; definiendo al “poder simbólico” (una de las cuatro formas básicas del poder) como aquel que “se refiere a la capacidad de intervención en el curso de los acontecimientos y a la posibilidad de moldear su efecto, por un lado y a la capacidad de influir en las acciones y creencias de otros mediante la producción y la transmisión de formas simbólicas, por otro”. “La reputación es uno de los aspectos del capital simbólico y consiste en el aprecio o estima relativa que un determinado grupo de personas concede a un individuo o una institución. Cuanto más alta es la estima y mayor el rango de los individuos que la conceden, más elevada es la reputación”. Acota que habitualmente acumular una buena reputación se convierte en una larga y ardua tarea, y es un recurso —a diferencia del dinero u otros tipos de capital, que no se agota con el uso— pero puede ser muy frágil y difícil de restaurar cuando ha sido seriamente dañado. “En el ámbito de la política es importante porque resulta vital para la obtención del poder simbólico”. Y agrega que “es un recurso que no sólo acumulan los individuos, sino que también puede ser atesorado por las instituciones”. Son especialmente vulnerables los partidos políticos, los gobiernos y las administraciones. A su vez, el tercero de los aspectos es “la confianza como uno de los aspectos del ‘capital social’”.

En definitiva, todo ello termina por significar cuál es el grado de confianza que tienen los ciudadanos sobre las instituciones o las dirigencias políticas. Al contribuir los escándalos a “una desconfianza generalizada y profunda... pueden generar formas más debilitadas de gobierno”; “los presidentes y los primeros ministros pueden convertirse en funcionarios insolventes”. Pero también pue-

²⁰ TILLY, Charles, *Confianza y gobierno*, Buenos Aires, Amorroutu Editores, 2000.

²¹ THOMSON, John B., *El escándalo político. Poder y visibilidad en la era de los medios de comunicación*, Barcelona, Paidós, 2001, pp. 338-357.

den producir formas de gobierno débiles en otro sentido, si aleja a los ciudadanos ordinarios de alguna participación en los procesos políticos de gobierno (esta es condición de ejercicio de democracias fuertes). “Uno de los peligros de los escándalos políticos consiste en que puedan contribuir a generar una actitud de profunda desconfianza entre algunos sectores de la población, lo que llevaría a la generalización de unos decrecientes niveles de interés y participación”. Y cuando ello sucede porque se estima estar frente “a un sistema político que consideran irremediablemente manchado o corrupto, no es una sociedad que disfrute de una democracia fuerte y vital”.

4.6. La reducción de mandatos, elecciones directas, las PASO y el balotaje

Frente a las tendencias actuales señaladas, la reforma de 1994 proporcionó una mayor adaptación del sistema político e institucional a las circunstancias cambiantes.

La elección directa del presidente y vicepresidente de la Nación y de los senadores nacionales —con representación de un tercer senador por la minoría por cada provincia y la ciudad de Buenos Aires— y el acortamiento de sus mandatos, facilitaron la expresión ciudadana ante los cambios acelerados que impone la “modernidad líquida”.

De modo similar, la reducción del mandato presidencial a cuatro años permite que las presidencias no exitosas no renueven sus mandatos en un tiempo acotado.

Asimismo, ha sido comprobado, a partir de los comicios del año 2015 la ductilidad de la fórmula ideada por la reforma de 1994 para el balotaje en nuestro país.

En cambio, el régimen de primarias abiertas, simultáneas y obligatorias²², que pretende regular las elecciones internas partidarias, no ha tenido éxito porque, desde su creación en el año 2011, la gran mayoría de los grandes partidos o alianzas políticas optaron por utilizar el sistema de lista única de candidatos. Ello significó, en la práctica, que las PASO duplicaran las elecciones previstas en la Constitución con el consiguiente incremento de su costo y la dificultad de su financiamiento.

Más grave aún ha sido que las PASO introdujeron, en el caso de elecciones presidenciales (como se ha podido apreciar en el año 2019), una dificultad adicional relativa a la gobernabilidad del sistema político, consistente en la extensión del período que transcurre entre la primera elección nacional y la entrega del mando al presidente electo, en contra de lo previsto en la Constitución

²² La Ley Electoral 26.571, de Primarias Abiertas, Simultáneas y Obligatorias (PASO), dispuso obligar a los partidos políticos, alianzas y frentes electorales a presentar listas de precandidatos para todos los cargos electivos nacionales; la selección de dichos precandidatos debía resolverse por una elección nacional, con aplicación del régimen de representación proporcional vigente.

reformada en 1994, cuyos arts. 95 y 96 previeron la realización de la elección presidencial dentro de los dos meses anteriores a la entrega del mando, y en caso de balotaje su realización dentro de 30 días. La extensión de los plazos que en tales casos supone la realización previa de las PASO permite dudar de la constitucionalidad de ese sistema, que conviene ser derogado.

4.7. Fortalecer el “consenso” democrático para enfrentar los nuevos desafíos

Como se ha señalado, en forma sucinta, existen significativos peligros —que pueden entenderse como nuevos desafíos— para la consolidación y perfeccionamiento del sistema democrático, a los 25 años de sanción de la reforma constitucional de 1994. En mi opinión, afrontarlos con éxito requiere la permanente recreación de consensos políticos e institucionales, que deben ser abordados no solo desde la perspectiva del fortalecimiento de la democracia sino también del mejor cumplimiento de las otras ideas-fuerzas ya mencionadas, porque esas cinco ideas se hallan interrelacionadas, conforme se analizará seguidamente.

5. ATENUACIÓN O FLEXIBILIZACIÓN DEL PRESIDENCIALISMO

La atenuación —o flexibilización— del régimen presidencialista ha sido el eje central de la segunda de las ideas-fuerza arriba mencionada, es decir, la necesaria para lograr un nuevo y mejor equilibrio entre los poderes del Estado²³. Adelanto que dicha idea central se expresa por todo un conjunto de reformas concatenadas, introducidas a los tres poderes del Estado, e incluso incorporando un órgano extrapoder, el Ministerio Público; así como un incremento de controles intraórganos (en el interior de cada órgano del poder) y de controles interórganos para intentar reducir el peso del Poder Ejecutivo en el originario sistema resultante de la Constitución de 1853/60. Con esto señalo que la cuestión de la atenuación o flexibilización del presidencialismo excede el marco de la figura

²³ Debía obtenerse tal fin mediante estas reformas: a) atenuación (o flexibilización) del régimen presidencialista, por un jefe de gabinete de ministros coordinando la Administración (ello ya suponía el accionar permanente del gabinete de ministros); b) fortalecer al Congreso, con un mayor período de sesiones, haciendo más ágil el procedimiento de discusión y aprobación de las leyes, pretendiendo incrementar su control sobre el Poder Ejecutivo por obligaciones impuestas al jefe de gabinete y la posibilidad de la censura parlamentaria, restringiendo el uso de decretos de necesidad y urgencia, de la legislación delegada y del veto parcial, y por las amplias facultades concedidas a la Auditoría General de la Nación y al Defensor del Pueblo; c) otorgar mayores garantías de independencia al Poder Judicial, mejorando el sistema de designación de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al requerir una mayoría de dos tercios del Senado para aprobar la propuesta del Ejecutivo y la creación del Consejo de la Magistratura y del jurado de enjuiciamiento, para disminuir el rol de los poderes políticos en el sistema de elección y remoción de los jueces; d) transformar al Ministerio Público en un órgano extrapoder para promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

del jefe de gabinete de ministros, si bien esta institución ha sido incorporada por la reforma de 1994 como un elemento de importancia para lograr los señalados fines.

5.1. *El problema de la tradición “hiperpresidencialista”*

Desde esta perspectiva, la finalidad esencial de atenuar el presidencialismo no se ha logrado, y se mantiene un régimen predominantemente “hiperpresidencialismo”, aun cuando se llevaron a la práctica muchas de las reformas introducidas por la reforma de 1994 a todos los poderes del Estado para lograr ese fin e incrementar su eficiencia²⁴.

Para Alberdi, el Poder Ejecutivo vigoroso era el medio de evitar la anarquía o la omnipotencia de la espada —y en tal sentido era instrumento central para la pacificación nacional— pero tan importante como ello es que, a su vez, debía ser principal impulsor del progreso y del engrandecimiento del país²⁵.

La existencia de tradiciones históricas que limitan la aplicación de nuevas normas ha sido reconocida, en el derecho comparado, por Jiménez de Parga²⁶, quien ha puesto de relieve que no corresponde atender solo a la especie constitucional normativa de un régimen político —por ejemplo, en lo que directamente le atañe a ese autor, el parlamentarismo español— sino a ciertas circunstancias que los definen en la práctica. Por ello, recuerda que, al realizar una tipología de los regímenes políticos ya a fines de la década de los años '50, indicaba que debía incluirse en el análisis todos los datos de la realidad que ofrecen posibilidades —positivas y negativas— a la acción política. Los que llama “principios configuradores” definen a los regímenes construidos sobre los “supuestos” y son de naturaleza jurídica unos y de naturaleza política otros. “El régimen, por ello, es una manera de convivir jurídico-política”.

El rol del Poder Ejecutivo, históricamente, concebido de modo hegemónico en la Constitución de 1853/60, acentuado durante los largos períodos de gobiernos *de facto* durante el siglo XX, trajo riesgos apreciables para los propios presidentes, ya sea por debilidad política —caso de De la Rúa— o por razones de salud —casos de Menem y Fernández de Kirchner— que fueron razones previstas al concebir la figura del jefe de Gabinete de Ministros, para proteger a los presidentes del desgaste cotidiano.

²⁴ GARCÍA LEMA, Alberto, *La modernización del Parlamento en el contexto de las reformas al régimen de poderes*, Buenos Aires, La Ley, 1996.

²⁵ ALBERDI, Juan Bautista, “Bases y puntos de partida para la organización política de la Argentina”, en *El pensamiento político hispanoamericano*, vol. 6, Depalma, 1964, cap. XV, pp. 94-95.

²⁶ JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel, *La ilusión política. ¿Hay que reinventar la democracia en España?*, Madrid, Alianza Editorial, 1993 (especialmente caps. I y III).

5.2. *El ejercicio de sus funciones por jefes de gabinete en varias presidencias*

La atenuación del presidencialismo es inconsistente cuando los presidentes deciden actuar —en contra de lo dispuesto en la Constitución— sin realizar reuniones de gabinete de ministros —lo cual ya es una forma de la atenuación de su poder²⁷, de *control intraórgano*— como ha sucedido en las presidencias de los años 2003/2015. No tiene sentido designar un verdadero *primus inter pares* entre los ministros, sin que aquellos puedan ejercer en plenitud sus atribuciones colectivas en gabinete²⁸.

Si bien los presidentes se han manejado, después de la reforma de 1994, con pocas personas de su confianza con quienes toman decisiones, durante la presidencia de Menem el gabinete se reunió regularmente, así como también hubo una delegación fáctica de poderes en alguno de sus jefes de gabinete, dada la necesidad de cuidar su salud (luego de sufrir una cirugía arterial). Esto último también ocurrió en la presidencia de Fernández de Kirchner.

En cambio, con De la Rúa, los jefes de gabinete cumplieron dos roles distintos: en la primera fase de la Alianza, Rodolfo Terragno tuvo una función principal de índole política, articulando la actividad del Poder Ejecutivo entre el presidente y su vicepresidente —Carlos Álvarez— de diferentes partidos; luego de la renuncia de este último, y de separarse sectores importantes del FREPASO de esa Alianza²⁹, Cristian Colombo, que devino jefe de gabinete, se hizo cargo del funcionamiento de la Administración, en una presidencia ya debilitada. En las elecciones parlamentarias de mitad de mandato presidencial, en el año 2001, nuevamente vencía el justicialismo —con el 37,40% de los votos contra el 23,10% de la Alianza— siendo que el presidente De la Rúa, tampoco optó para afrontar esa crisis con la posibilidad que le ofrecía la reforma de 1994, de flexibilizar el presidencialismo mediante la designación de un jefe de gabinete de ministros del partido victorioso en las elecciones —posibilidad que habíamos analizado con el profesor Antonio Martino en un trabajo realizado con anticipación³⁰— para avertir un descalabro mayor, tal como efectivamente sucedió en la gran crisis del año 2002.

²⁷ Como lo sostiene VALADÉS, Diego (en *El gobierno de gabinete*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni y Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 33): “El gabinete es un órgano colegiado, integrado por ministros, con atribuciones establecidas en la Constitución y, en algunos casos, en la ley. Los gabinetes no son órganos autónomos, en tanto sus integrantes dependen esencialmente de la confianza del presidente; pero su presencia y funcionamiento atenúan los efectos de la concentración del poder en manos del presidente. Además, de acuerdo con las modalidades de control político susceptible de ser ejercidos por los ministros, se cuenta con una vía de control indirecto sobre los presidentes mismos”.

²⁸ Ver incs. 3º y 6º del art. 99, CN.

²⁹ ÁLVAREZ, Carlos “Chacho”, “La Alianza: entre la vieja y la nueva política”, FACIO, Horacio (coord.), *La política en discusión*, Buenos Aires, Flacso Manantial, 2002, pp. 21-29, en donde explica los motivos de creación de esa Alianza y las causas de su ruptura.

³⁰ GARCÍA LEMA, Alberto y MARTINO, Antonio, “¿Atenuación o flexibilización del presidencialismo?; La jefatura de gabinete ante nuevos escenarios políticos, comparada con la propuesta de Sartori”, *El Derecho*, diciembre de 1998, en donde se examinaba, entre otros escena-

5.3. *Algunas observaciones respecto de la gran crisis de los años 2001/2002*

En primer término, que Eduardo Duhalde, quien condujera la etapa inicial de salida de esa profunda crisis, fuera designado y luego renunció como presidente por voluntad del Parlamento (siendo luego aceptada por el Congreso también su renuncia anticipada), demostraba que la solución alternativa de designar por De la Rúa un jefe de gabinete de la principal oposición era mejor, en el plano institucional, que la solución tradicional de la acefalía del Ejecutivo y la designación parlamentaria de un presidente.

En segundo lugar, el proceso de anarquía que vivía el país indujo nuevamente, como reflejo tradicional, volver a la idea de un “presidente fuerte” —Néstor Kirchner— pese a ser el segundo más votado (el expresidente Carlos Menem lo fue en la primera vuelta, y, sin embargo, no se presentó al balotaje porque entendió tener a la opinión pública en contra), situación que facilitó nuevamente el retorno a prácticas hiperpresidencialistas, continuadas en las presidencias de su sucesora Cristina Fernández.

La tercera observación es que el país que reaccionó a la crisis con una expresión contraria a las dirigencias —“que se vayan todos”— afectó gravemente la idea que la política requiere necesariamente de acuerdos y consensos, que permitan superar enfrentamientos.

En las presidencias del matrimonio Kirchner tres jefes de gabinete tuvieron gran importancia —Alberto y Aníbal Fernández, y Jorge Capitanich— pero su desempeño constitucional estuvo limitado por la desaparición del gabinete como institución.

Durante la presidencia de Mauricio Macri se dio principal relevancia a su jefe de Gabinete —Marcos Peña— durante todo el período de su mandato, quien tuvo una efectiva función de coordinación —de *primus inter pares*— de la tarea de los demás ministros, llegando a un alto grado de control de sus respectivas áreas de gobierno, con apoyo de sus principales secretarios. Sin embargo, ese jefe de gabinete no realizó una de sus funciones centrales, la de ser nexo entre el Ejecutivo y el Congreso, toda vez que la tarea de articular la elaboración y aprobación de las leyes fue delegada en el ministro del Interior y Obras Públicas y en el presidente de la Cámara de Diputados o en el presidente provisional del Senado. Tampoco gestó ni gestionó una labor de acuerdos políticos con los socios de la coalición de gobierno, ni con sectores de la oposición.

5.4. *El jefe de gabinete y su rol de nexo con el Congreso*

En la función del jefe de gabinete como nexo entre el presidente y el Congreso, como el ejercicio de sus facultades u obligaciones, su cumplimiento fue irregular en todo el período posterior a la sanción de la reforma de 1994.

rios, la posibilidad de una presidencia derrotada en elecciones de mitad de mandato y que quedaba en minoría en alguna o ambas cámaras del Congreso.

No obstante que el Congreso actualizó su funcionamiento según lo fijado en esa reforma³¹, las Cámaras no llevaron a la práctica los mecanismos constitucionales para dar mayor visibilidad a sus actos o al control del Ejecutivo, en una época signada por la política video-plasmada. Y ese fue un comportamiento también imputable a los partidos de oposición, los cuales no han exigido, muchas veces, el cumplimiento de las obligaciones de los jefes de gabinete³². En ningún caso —ni siquiera durante la presidencia de Macri, quien no contó con mayoría propia en ninguna de las dos cámaras— se utilizó por la oposición, como método de control o en una instancia política, la institución de la censura parlamentaria³³.

La consecuencia que se sigue, como la metodología adecuada para superar la tradición “hiperpresidencialista”, fue resumida por otro destacado constitucionalista y miembro de la Convención Constituyente, actual juez de la Corte Suprema de Justicia, Horacio Rosatti, en la obra que cito³⁴, donde sostuvo que la “transferencia horizontal de funciones (desde el Ejecutivo hacia el Legislativo) difícilmente pueda cumplir —leyendo el texto reformado— con el objetivo original de compartir el poder; plantea, con miras más modestas, la posibilidad de modernizar funcionalmente al Poder Ejecutivo a través del deslinde competencial entre el presidente y el jefe de gabinete de ministros y de mejorar sus vínculos con el Congreso”.

Y aporta la perspectiva que “la modernización del texto constitucional debe ser acompañada por el desarrollo de una cultura política participativa”, indicando: “Si Sáenz Peña dijo, en los prolegómenos de su histórica reforma electoral que tan importante como ‘garantizar el sufragio’ era ‘crear al sufragante’ hoy podríamos decir —con relación a la Reforma Constitucional de 1994—

³¹ Adaptando los reglamentos de las Cámaras respecto a la reducción a tres de los antiguos cinco pasajes, entre las Cámaras, para la discusión y modificación de los proyectos de ley; la prohibición a la Cámara de origen de introducir nuevas reformas a los textos provenientes de la revisora y el cómputo de las mayorías que deben prevalecer en cada caso; como también las reformas para las leyes que requieren ahora mayorías especiales para su sanción; adaptación de la Auditoría General de la Nación y creación del Defensor del Pueblo de la Nación, como instituciones dotadas de autonomía dentro del ámbito del Congreso; las previsiones sobre los informes mensuales del jefe de gabinete; entre otras nuevas funciones reglamentadas.

³² Entre ellas, la concurrencia mensual del jefe de gabinete de ministros a sus Cámaras, cuando este incumplió con su obligación constitucional; la interpelación del jefe de gabinete a los efectos del tratamiento de una moción de censura, a pesar que en ciertas ocasiones ha contado con la mayoría absoluta de los miembros de una Cámara para poner en marcha ese mecanismo (con el impacto público consiguiente, aun cuando no se lograra efectivamente lograr su remoción); no requirió la presencia personal del jefe de gabinete en los casos del dictado de decretos de necesidad y urgencia, y de los que promulgan parcialmente las leyes —veto parcial— conforme lo prevé la Constitución; no efectivizó un control respecto de si los proyectos de ley de ministerios o de presupuesto nacional han tenido el previo tratamiento en acuerdo de gabinete; admitió durante largo tiempo que no se creara la Comisión Bicameral Permanente para el control de los decretos de necesidad y urgencia, y de los que promulgan parcialmente las leyes; y ha delegado poderes al Ejecutivo —en materia presupuestaria— o a algún organismo descentralizado de modo contrario a lo previsto en el artículo 76 CN.

³³ V. art. 101, apartado final.

³⁴ ROSATTI, Horacio, *El presidencialismo argentino después de la reforma constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, especialmente pp. 73-74; y 97-99.

que tan importante como ‘modernizar las instituciones’ es crear a la ‘ciudadanía política’, venciendo la apatía y la incredulidad”.

5.5. *El rol del Poder Judicial en la atenuación del presidencialismo*

Ante las señaladas falencias del Congreso, la situación descripta conduce a un creciente rol que debe cumplir el Poder Judicial en la atenuación del presidencialismo.

Como lo señalé en otra oportunidad, las reformas de 1994, relativas al Poder Judicial tuvieron por objeto dos grandes finalidades: “asegurar la independencia de los jueces” y lograr “la eficaz prestación de los servicios de justicia”³⁵, para mejorar la imagen pública de la administración de justicia³⁶, como también los sostuvo Enrique Paixao, como miembro informante del Núcleo de Coincidencias Básicas ante el plenario de la Convención Constituyente, y en una obra inmediatamente posterior³⁷.

A su vez, se vinculaban también con la atenuación del sistema presidencialista, al disminuir la intervención de los poderes políticos del Estado en el proceso de selección y nombramiento de los jueces y en el de su remoción³⁸, que intentaron ser desnaturalizados por la reforma judicial que encaró el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner, declarada inconstitucional en el caso Rizzo. También por modificaciones para el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema³⁹.

Un Poder Judicial así concebido, con el auxilio del Ministerio Público, puede suplir falencias del Poder Ejecutivo y del Congreso por incumplimiento de sus deberes constitucionales, en aspectos relativos a la atenuación del presidencialismo; situación conectada con la tercera idea-fuerza de la reforma.

6. UN MAYOR RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS

6.1. *El diseño constitucional de esta finalidad*

Como señalara en otras obras, y especialmente en la codirigida por Alberto R. Dalla Via y por mi parte, en el trabajo de mi autoría allí incluido “Interpre-

³⁵ GARCÍA LEMA, Alberto M., “El Consejo de la Magistratura y el jurado de enjuiciamiento de jueces en la teoría de la división de poderes”, LL 1995-B-1129.

³⁶ TREJO, Ramón Enrique, *El Consejo de la Magistratura y el jurado de enjuiciamiento de jueces en la teoría de la división de poderes*, LL 1995-B-1129.

³⁷ PAIXAO, Enrique, *La reforma de la Administración de Justicia. El Consejo de la Magistratura*, cap. X, de “Las reformas del sistema institucional. El núcleo de coincidencias básicas” por Alberto M. García Lema y Enrique Paixao en *La reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, pp. 411-412.

³⁸ Se suprimió la discrecionalidad política que tenía el presidente de la Nación de nombrar los jueces federales inferiores a los de la Corte Suprema, con acuerdo del Senado, mediante las funciones que posee el Consejo de la Magistratura, y se suprimió para esta categoría la remoción por el Congreso por juicio político, reemplazándolo por un jurado de enjuiciamiento.

³⁹ Su nombramiento requiere una mayoría, ahora agravada, del Senado de dos tercios de sus miembros presentes en sesión pública convocada al efecto.

tación de la Reforma de 1994 y el Capítulo Segundo de la Primera Parte de la Constitución”⁴⁰, hubo una razón técnica y política para incorporar nuevos derechos y garantías en un capítulo adicional en la primera parte, así como otros derechos se desarrollaron con los contenidos obrantes en las declaraciones, convenciones y tratados de derechos humanos a los que otorgara jerarquía constitucional por el art. 75 inc. 22 de la Constitución, u otros derechos como los reconocidos por la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Esa razón fue que existía un acuerdo político con vastos sectores (en general opuestos a la reforma) en el sentido que no podía introducirse modificación alguna a los primeros 35 artículos iniciales de la Constitución de 1853/60, preservando su núcleo duro, ideológico⁴¹.

Además, el justicialismo que aceptara la derogación de la reforma de 1949 también reivindicaba la explicitación de ciertos derechos individuales o sociales, circunstancia que condujo a proponer constitucionalizar los tratados de derechos humanos y su protección mediante remedios procesales idóneos, que se canalizaban por la vía de nuevas atribuciones otorgadas al Congreso; como también regulaciones de índole económica —entre ellas, la nueva “Cláusula para el Progreso”— que se examinan en el capítulo siguiente, o medidas tendientes a la preservación del medio ambiente, tutelar la defensa del usuario y del consumidor entre otras; las cuales propuse para un documento de una comisión de juristas de ese partido, que junto con otros dos sobre la reforma aprobara su Consejo Nacional⁴².

Luego, la habilitación del tratamiento de estos temas se realizó por diversos puntos de los acuerdos preconstituyentes de diciembre de 1993, incluidos en la ley declarativa de la reforma —por ejemplo, letras K), M), N)— y por la modificación del entonces art. 67 (hoy 75) de la Constitución, relativo a las facultades del Congreso.

Para evitar cuestionamientos, en el inc. 22 del art. 75 se dejó señalado que las declaraciones, convenciones y tratados de derechos humanos “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”⁴³. Con esta salvedad, se establece una nueva pauta interpretativa de los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de la Constitución, ampliando el universo de sus valores.

⁴⁰ Ver, DALLA VIA, Alberto R. y GARCÍA LEMA, Alberto M., *Nuevos derechos y garantías*, ob. cit., t. I, pp. 90 y ss.

⁴¹ Ver la prohibición contenida en el art. 7º de la ley declarativa de la reforma 24.309.

⁴² Ver “Contenido de la Reforma Constitucional” (Tercer documento de la Comisión de Juristas del Partido Justicialista). Anexo XXIII de la “Reforma por dentro”, transcripto en www.garcialema.com.ar.

⁴³ Ver el sentido de la propuesta del agregado al inc. 22 del art. 75 por este autor, como convencional constituyente, en *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, ob. cit., t. V, pp. 5289-5291.

6.2. La reforma de 1994 incorporó los principios del constitucionalismo social y las consecuencias de una mayor judicialización

Con la incorporación de los textos agregados al Capítulo Segundo de la Primera Parte de la Constitución, y a diversos incisos del art. 75 en las facultades del Congreso, el cuerpo de valores de la Constitución de 1853/60 se amplió a los principios propios del constitucionalismo social especialmente desarrollados luego de la segunda guerra mundial en numerosas Leyes Fundamentales europeas.

El plexo normativo que resulta de las normas citadas, ha tenido la consecuencia de facilitar la democratización del acceso a la justicia, en un proceso asimilable al que tuvo la adopción del sufragio universal en el siglo XX. Incide, además, por la actuación de los medios de comunicación, “que amplifican las cuestiones que deben decidir los jueces. Ello termina provocando una instalación en sede de la justicia del conflicto político, dando lugar a la “judicialización de la política”⁴⁴.

La incorporación de los nuevos derechos agregó un control social a la administración del Estado por la actuación de las asociaciones —en audiencias públicas u otros medios— y que, de ser necesario, activa al Poder Judicial en defensa de derechos afectados o de intereses generales; y resultan ser también otros modos de combatir contra las concepciones hegemónicas del Ejecutivo.

La mayor judicialización que ha traído aparejada la reforma de 1994 en cuanto a los derechos reconocidos activó corrientes doctrinarias, como la que se autodenomina “Garantismo Constitucional”, que expone en esta materia principalmente Raúl Gustavo Ferreyra⁴⁵; o la que impulsa relaciones de cooperación entre los jueces y los legisladores o el poder ejecutivo en orden a la creación de normas jurídicas, ofreciendo líneas de trabajo para las cuestiones de inconstitucionalidades sobre las que deben pronunciarse⁴⁶.

El proceso de mayor judicialización que se viene describiendo se advierte también por la amplitud de los temas que ha debido abordar la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en donde se puede apreciar en la extensión y complejidad de las materias que se han venido abordando, tales como: la cuestión del acceso a la justicia —que implica las relativas a las organizaciones de usuarios y consumidores y la actividad del Defensor del Pueblo—; la ampliación del derecho a la igualdad; las garantías constitucionales en el proceso penal; los fallos relativos a los crímenes de la última dictadura; los derechos económicos, sociales y culturales (entre otros, salud, alimentación, vivienda, y derechos previsio-

⁴⁴ Ver THURY CORNEJO, Valentín, *Juez y división de poderes hoy*, Buenos Aires - Madrid, Ciudad Argentina, 2002, pp. 247 a 259.

⁴⁵ V. FERREYRA, Raúl Gustavo, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, 2ª reimp., Buenos Aires, Ediar, 2008, en especial, pp. 127-155.

⁴⁶ GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014.

nales); los relativos a consumidores y usuarios; entes reguladores y prestadores de servicios públicos⁴⁷.

También se ha extendido en las últimas décadas la problemática de la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos y su relación con el derecho interno⁴⁸. No obstante, la extensión que ha tomado esta materia, que impregna numerosos fallos de la justicia argentina, cabe señalar como importante limitación la salvedad ya señalada que surge del art. 75 inc. 22, sobre los límites de aplicación de los instrumentos allí mencionados, y queda ratificada y subordinada —por lo dispuesto en el art. 27— a “los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”, de modo que en caso de conflicto, deben primar estos últimos.

6.3 La evolución hacia la “igualdad de oportunidades”

Otra característica del diseño constitucional en materia de derechos humanos ha sido la evolución del antiguo principio de “igualdad ante la ley”, contenido en el art. 16 de la Constitución Nacional (que proviene del texto de 1853/60), complementado después de la reforma de 1994 con el concepto de “igualdad real de oportunidades y de trato”, incluido en el inc. 23 del art. 75 en cuanto mandato al Congreso para legislar y promover medidas de acción positiva que la garanticen “y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por lo tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos”, estableciendo protecciones especiales del “derecho a la vida” y para los sectores más vulnerables previendo “un régimen de seguridad social e integral”.

Ese inc. 23 continuador de la “cláusula del nuevo progreso” del inc. 19, del art. 75 de la Constitución —que se examina más exhaustivamente en el siguiente capítulo— y de la incorporación de los tratados internacionales en el inc. 22, resulta una clara expresión del ya referido “constitucionalismo social” que inspira, según adelantara al a la Constitución Nacional.

En subsidio de su cumplimiento por el Congreso, estimo que los jueces pueden adoptar decisiones en los casos concretos que se les sometan en el sentido indicado. Esta solución está prevista en forma explícita en los arts. 41 y 42, ya que los derechos y obligaciones allí contemplados alcanzan a “todas” las autoridades (incluido e Poder Judicial), y se desprende también del texto del art. 43 que autoriza el amparo contra “cualquier forma de discriminación”, que puede entenderse contra discriminar aspectos concernientes a la igualdad de oportunidades.

El plexo de derechos humanos que resulta de las normas mencionadas responde a derechos individuales y sociales, que se sintetiza en la primera parte

⁴⁷ Para comentarios de fallos especialmente importantes, ver ADC - ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, *La Corte y los Derechos 2005/2007*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2008.

⁴⁸ VEGA, Juan Carlos (dir.) y SOMMER, Christian (coord.), *Derechos humanos, legalidad y jurisdicción supranacional*, Córdoba, Mediterránea, 2006.

del citado inc. 19 del art. 75, cuando allí se privilegia “al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social...”, compensando así la derogación de la Constitución de 1949.

6.4. El desafío de la pobreza y su impacto sobre los demás fines de la reforma

Parece indudable que dentro del orden de prioridades de los derechos humanos tienen primer grado de importancia el derecho a la vida y a la alimentación (en particular de los niños y otros sectores particularmente vulnerables), conforme se acaba de ver.

Cabe formular la aclaración, aunque la problemática de la pobreza no fue un tema explícitamente abordada en la reforma constitucional —entre otras razones porque para 1994 el plan de estabilización monetaria que representó la “convertibilidad” había conseguido dominar la hiperinflación, e incluso la alta inflación— ello no significa que no se hubiesen adoptado un conjunto de normas para enfrentarla, sea las incluidas en los arts. 41 a 43 del Capítulo Segundo de la Primera Parte de la Constitución, como también por la incorporación en el art. 75 de los incisos arriba mencionados.

Sin embargo, resulta evidente que a partir de la crisis económica de los años 2001/2 esa problemática cobró especial vigencia. En este sentido, cobra gran importancia el trabajo realizado en el marco del Programa Observatorio de la Deuda Social Argentina —de la Universidad Católica Argentina y que dirige Agustín Salvia— dado a conocer en marzo de 2019, teniendo como investigador a cargo a Juan Ignacio Bonfiglio⁴⁹.

Su importancia reside en una metodología de evaluación de la pobreza que no fue considerada únicamente en aspectos cuantitativos sino también cualitativos y con base en derechos económicos y sociales —todos los cuales tienen un fundamento en normas constitucionales— distinguiendo lo relativos a alimentación y salud, servicios básicos, vivienda digna, medio ambiente, accesos educativos, empleo y seguridad social. La estimación de la pobreza multidimensional afecta, en 2018, al 23% de los hogares y el 31% de la población y con condiciones de vulnerabilidad que se ubican cerca del 40%⁵⁰.

Dejando aparte sus aspectos estructurales, el crecimiento de la pobreza en épocas recientes está conectado al proceso de globalización, y la grave violación que se registra en el ideario de los derechos humanos puede extenderse a

⁴⁹ V. Informe del Observatorio de la Deuda Social Argentina de la Universidad Católica Argentina (UCA) titulado “Documento de Trabajo. Pobreza multidimensional fundada en derechos económicos y sociales Argentina urbana: 2010-2018”. Ese trabajo tiene un gran significado porque —según se explica en nota de página 5— se elaboró a partir del marco muestral del Censo 2001, y mediante una estrategia de solapamiento se elaboró un diseño muestral para el período 2010-2016, extendido hasta el año 2018.

⁵⁰ V. “Documento de Trabajo. Pobreza multidimensional...”, ob. cit., p. 15.

todo el desarrollo de las instituciones políticas y al conjunto de los fines de la reforma constitucional.

A comienzos de este siglo, un autor ya citado, Zygmunt Bauman, advertía en una obra la problemática de “la causa de la igualdad en un mundo incierto”, señalando que la globalización ocasiona “...porciones cada vez más grandes de la población que no solo se ven arrojadas a una vida de pobreza, miseria y destitución sino que por añadidura se encuentran expulsadas de lo que ha sido socialmente reconocido como un trabajo útil y económicamente racional, convirtiéndose así en *prescindibles* en lo social y económico”. Y luego de aportar amplias referencias del acelerado crecimiento de este fenómeno, concluye que “...la inestabilidad endémica de la vida de la abrumadora mayoría de los hombres y mujeres contemporáneos es la causa de la actual crisis de la república... y, por lo tanto, de la desaparición y el agostamiento de la ‘sociedad buena’ como propósito y motivo de la acción colectiva en general, y de la resistencia contra la progresiva erosión del espacio privado-público, el único en el que pueden surgir y florecer la solidaridad humana y el reconocimiento de las causas comunes. La inseguridad engendra más inseguridad. Tiende a atar un nudo gordiano imposible de desatar, que solo puede ser cortado”⁵¹. Y el mismo autor, en otra obra más reciente la dedica totalmente al estudio de las desigualdades sociales en la era global, con muchos aspectos implicados⁵².

Como consecuencia de lo dicho, es necesario esbozar siquiera cuáles son las directrices en materia económica y social que resultan de la reforma de 1994, y que deberían ser aprovechadas al máximo dado el alto nivel de pobreza a atender.

7. BASES CONSTITUCIONALES DE UN DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL FEDERAL

Las normas relativas al desarrollo económico y social ya estaban distribuidas en un conjunto de artículos dispersos en el texto de la Constitución de 1853/60, como lo reconocía el propio Alberdi⁵³, los cuales fueron conservados por la reforma de 1994, que a su vez incluyó nuevas normas complementarias a aquellos, también desperdigadas en diversos capítulos de la Constitución.

A continuación, realizaré un análisis de tales preceptos, con la aclaración que el régimen económico y social de la Constitución es la verdadera garantía

⁵¹ V. BAUMAN, Zygmunt, *En busca de la política*, ob. cit., pp. 184-189.

⁵² V. BAUMAN, Zygmunt, *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2011.

⁵³ ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina. Según su Constitución de 1853*, cito por su edición de Raigal, Buenos Aires, 1954, en Introducción, p. 1: “Esparcidas en varios lugares de la Constitución, sus disposiciones no aparecen allí como piezas de un sistema, sin embargo, de que lo forman tan completo como no lo presenta tal vez Constitución alguna de las conocidas en ambos mundos”.

de las antiguas libertades, como de los nuevos derechos incorporados por la reforma de 1994, más allá de las garantías judiciales específicas que protegen a ese plexo de normas.

En el centro de ese dispositivo constitucional se hallan dos normas: el histórico texto que concretaba la “idea del progreso”, atribuido a Alberdi —en su proyecto de Constitución— pero que, en rigor, era una idea compartida por todos los pensadores de la llamada generación de 1837, texto que la reforma de 1994 conservó sin observaciones en el inc. 18 del art. 75 (antes art. 67, inc. 16), ubicado en las atribuciones del Congreso Nacional; con los agregados que se incluyeron en la cláusula inmediatamente posterior, denominada del “nuevo progreso”, en el inc. 19 de ese mismo art. 75. Paso a señalar algunos presupuestos conceptuales de ambas ideas.

7.1. Las ideas del “progreso” y del desarrollo humano con justicia social

En un extenso trabajo denominado “Relectura de la idea del ‘Progreso’” que publiqué años atrás⁵⁴, abordé esa temática por considerarla un aspecto central del programa económico y social de la Constitución Nacional, en su texto histórico y en el actual con los nuevos contenidos que se incorporaron. Allí se analizaron, entre otros aspectos, las fuentes ideológicas del “progreso” (sostenidas por la generación de 1837) y su relación con los valores y la religión (puntos II y III), la organización democrática —que se planteaba como una aspiración para un futuro indeterminado— la educación y la ilustración, con un claro sustento sociológico (puntos IV y V), y sus similitudes con el programa de desarrollo nacional que inspiró a la Constitución de los EE.UU. (punto IX), la evolución de la idea originaria del “progreso” a los 50 años —en la Argentina del Centenario— y a 100 años del dictado de la Constitución —luego de la Segunda Guerra mundial y su influencia sobre la Constitución justicialista de 1949— (puntos X y XII). Se adelantó que ya existía una seria crisis de la idea del “progreso” debido al romanticismo irracionalista en el plano conceptual, y especialmente por la barbarie de las dos guerras mundiales (punto XI); pero destacaba, luego de la Segunda Guerra, un resurgimiento de sus valores en el orden internacional y que se expresaba con un nuevo concepto, el del “desarrollo”, nombre con el que pasa a la reforma constitucional de 1994 (puntos XII y XIII); para finalizar ese trabajo con algunas conclusiones (punto XIV).

De esas conclusiones, rescato que la arquitectura política, económica, social y cultural de nuestra Constitución de 1853 estuvo influida por un pensamiento nacional, obra de la generación del '37, cuyo pivote central fue la idea del “progreso”; que, si bien provenía de importantes autores europeos del

⁵⁴ Con motivo de cumplirse los 150 años de la Constitución de 1853, en el tomo I de *La Constitución con motivo del sesquicentenario de su sanción*, editado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y Rubinzal-Culzoni.; v. www.garcialema.com.ar.

siglo XIX, los hombres de la generación del '37 seleccionaron las fuentes que mejor se adaptaban a las condiciones del país en aquella época, utilizando en esa metodología adaptativa diversas disciplinas —algunas de las cuales eran modernas aún en Europa— tales como la filosofía política y de la historia, la ética política (con incursiones en lo moral y religioso), la filosofía e historia del derecho, las ciencias sociológica y la económica, y las artes (en el sentido de las técnicas utilizadas en la puesta en práctica del proyecto de país), la literatura y la educación (tanto la popular como la de elites). La influencia del proyecto nacional argentino presentó muchos puntos de contacto con el de EE.UU. de América, que también era país subdesarrollado a fines del siglo XIX y mediados del XX (cuando se hallaba en guerra civil entre el Norte y el Sur). Ese proyecto que reconocía como base la Constitución, de la cual se derivaba el resto del plejo normativo y muchas de sus prácticas fue sustancialmente exitoso durante 70 años (antes del primer gobierno de facto de 1930 y la regresión antidemocrática de gobiernos civiles posteriores).

La crisis de la idea del “progreso”, sucedida en Europa con el irracionalismo y las dos guerras mundiales, tuvo un alcance limitado en nuestro país, aunque la ideología nacionalista fue el gran factor de perturbación mediante golpes cívico —militares y los sucesivos (y cada vez más crueles) gobiernos de facto. Sin embargo, la originaria idea del “progreso” fue perdiendo su condición esencialmente optimista en cuanto al futuro de la historia, aunque algunos autores (he citado en aquel trabajo a Jacques Maritain, por su significación en el pensamiento de la segunda parte del siglo XX), en cuanto a la contradicción existente entre los optimistas y los pesimistas acerca del futuro de la especie humana. La reforma de 1994 se funda en aquellos autores optimistas que creen en la programación interdisciplinaria del futuro humano⁵⁵, auxiliado por la Constitución y el derecho que deriva de ella, aunque no desconocen las enormes dificultades que conducen a un pensamiento realista y pragmático para atender a necesidades concretas.

La idea del progreso recibe nuevos cuestionamientos y desafíos en nuestra época, expuestos por el ya citado Zygmunt Baumann⁵⁶, quien, en definitiva, los centra en el agotamiento del Estado moderno en cuanto a su poder de instar a la gente al trabajo —el poder de realizar cosas— que ya no reside en la política. Esa idea del progreso está hoy para ese autor (y para los que refiere), desregulado, privatizado e “individualizado”, porque la oferta de opciones para mejorar las realidades presentes es muy diversa, y también lo son las modalidades del trabajo. La época actual cuestiona aquella idea: “La franja de tiempo llamada ‘futuro’ se acorta, y el lapso total de una vida se fragmenta en episodios que

⁵⁵ V. por su visión realista y optimista en el campo del debate en las ciencias sociales, los trabajos de BUNGE Mario, en especial, *Las ciencias sociales en discusión. Una perspectiva filosófica*. Buenos Aires, Sudamericana, 1993, caps. 6 al 9 y 11; y *Ciencia, técnica y desarrollo*, Buenos Aires, Sudamericana, 1997.

⁵⁶ V. BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, ob. cit., ps. 141-149; cita de p. 147.

son manejados ‘de uno o por vez’... La naturaleza del progreso, que supo ser acumulativa y de largo plazo está dando lugar a requerimientos que se dirigen a cada uno de esos episodios sucesivos por separado... En una vida regida por el principio de flexibilidad, las estrategias y los planes de vida sólo pueden ser de corto plazo”.

Sin embargo, los contenidos de la idea del “nuevo progreso —o del desarrollo humano— incluidos en el inc. 19 del art. 75 de la Constitución reformada, prevén a la necesidad de responder a la flexibilidad de esta época pues “la generación de empleo” vincula con la “formación profesional de los trabajadores” (y prepararlos para distintas actividades), “al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento”. De allí la modernidad de ese inc. 19 en las directivas sobre las “leyes de organización y de base de la educación”, que entre otros grandes fines que allí se enuncian se propugna “la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna”. Y por ello realiza también una mención específica a leyes “que protejan la identidad y pluralidad culturales, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.

En este sentido, en mi opinión la idea del “progreso” y su continuadora —la del desarrollo humano y el crecimiento económico con justicia social— mantienen plena validez, a pesar de esta época signada por la “modernidad líquida”, especialmente para enfrentar el desafío que suscita ahora el crecimiento de la pobreza. Agregó en un plano más jurídico, que la articulación constitucional de ambas ideas deslinda competencias nacionales, regionales y provinciales, para la aplicación de sus contenidos.

7.2. Competencias nacionales y provinciales para el progreso y desarrollo

En efecto, los incs. 18 y 19 del art. 75 en cuanto asignan competencias nacionales, hay que relacionarlas con las similitudes que ya existían y ahora se expanden en el actual art. 125 de la Constitución reformada. Ello implica que existen “facultades concurrentes” en el orden nacional y en el provincial o regional, para desarrollar sus directrices.

En algunos casos la instrumentación de esos poderes concurrentes requerirá de medidas legislativas del gobierno nacional: las previstas en el inc. 19 del art. 75 para “equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias o regiones”, siendo el Senado la cámara iniciadora. En ciertas circunstancias —como en el derecho al ambiente sano, según lo expresa el art. 41 de la Constitución reformada— el Estado nacional podrá sancionar normas con “presupuestos mínimos de protección y a las provincias las necesarias para completarlas”; en otros aspectos económicos y sociales, como los previstos en su art. 42, cuando los servicios públicos son de competencia nacional con la participación “de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

Todo ello conduce a un programa de desarrollo nacional, con la necesaria participación de provincias y regiones, y aún de municipios si así lo aceptan las normas provinciales, dado que su autonomía se extiende a lo “económico y financiero”. Se acerca el poder —por tanto, la iniciativa económica y social— al pueblo en sus propias bases, y a los “individuos” (principales sujetos en tiempos de la “modernidad líquida”).

7.3. Iniciativa económica nacional; los tratados como garantía de inversiones

El sistema económico de la Constitución de 1853 —principalmente unitario— se ha visto balanceado con un programa que contempla una gran participación federal, aun insuficientemente instrumentada. Dedicué dos breves trabajos en los últimos años a resaltar la necesidad de esa complementariedad⁵⁷.

En ellos mencioné como se conjugan contenidos económicos de la Constitución de 1853/60, con los nuevos agregados por la reforma de 1994; tanto con relación al derecho interno como a las formas de inserción internacional.

Así, las antiguas libertades de la Constitución de 1853/60, de trabajar y ejercer industria lícita, navegar y comerciar, de asociarse con fines útiles, de usar y disponer de la propiedad, fueron enriquecidas en 1994 al proteger “la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados” y “la calidad y eficiencia de los servicios públicos” —bajo el límite de los derechos de consumidores y usuarios— el control de los monopolios y el derecho ambiental. Es decir, el “crecimiento económico con justicia social”, al que alude la cláusula del “nuevo progreso” incorporada por la reforma de 1994, sigue haciéndolo depender de la iniciativa individual o societaria —aunque sin excluir la actividad o el control del Estado nacional, de las provincias y ciudad de Buenos Aires, de las regiones y municipios— y avanza aún más al incluir como nuevos fines la “productividad de la economía nacional”, “la generación de empleo, la formación profesional de los trabajadores, la defensa del valor de la moneda, la investigación y el desarrollo científico y tecnológico”, que a su vez enmarcan el derecho individual o colectivo del trabajo.

En el plano internacional, la reforma de 1994 reafirmó la prioridad de la inserción del país en el mundo en lugar de preferir un nacionalismo extremo, como el adoptado por el último gobierno de facto para imponer un régimen absoluto que desconoció elementales derechos humanos. Esa prioridad se tradujo en cuatro reformas: (i) otorga rango constitucional a principales declaraciones universales y americanas de derechos humanos con definiciones en lo económico y social; (ii) coloca a los simples tratados y concordatos con rango superior a las leyes; (iii) favorece procesos de integración; (iv) admite que las provincias puedan celebrar convenios internacionales.

⁵⁷ GARCÍA LEMA, Alberto M., “La Constitución es la principal garantía para los inversores”, *La Nación*, 24/1/2017, reproducido en la *Revista de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires*; y “Otro acuerdo federal para la gobernabilidad”, *La Nación*, 12/12/2017.

Si nuestra Constitución de 1853/60 había preconizado insertar el país en Europa, entonces centro del sistema mundo capitalista, de donde debían provenir inmigrantes calificados y la importación de capitales extranjeros (arts. 20 y 25), la reforma de 1994 tiene en claro la multipolaridad de naciones con las cuales interactuar en todos los continentes: de allí que los tratados suscritos con cualquier país, posean rango superior a las leyes, aunque se prefiera a los latinoamericanos para los procesos de integración (art. 75 inc. 22). La jerarquía superior de los tratados puede ser útil para acordar el financiamiento de obras o proyectos productivos, con financiamiento externo de países determinados o de organismos multilaterales de crédito, pues pueden tener alcance superior respecto de las previsiones generales de las leyes y el derecho interno.

7.4. Recursos naturales, coparticipación, regionalización y acuerdos federales

En la agenda económica y social posterior a la reforma constitucional de 1994 han quedado relegados ciertos temas muy significativos para un desarrollo nacional fundado en actividades promovidas por la Nación, y sustentadas por las provincias.

La necesidad que el impulso nacional se produzca en el marco de un federalismo de concertación y resulta imprescindible en atención a haberse reconocido que el dominio originario de los recursos naturales pertenece a las provincias existentes en su territorio —art. 123, última parte, de la Constitución reformada—. Adviértase que la actividad petrolera, incluso la explotación de yacimientos de importancia como el de Vaca Muerta en la Provincia de Neuquén, la actividad minera centrada en la Provincia de San Juan, o la relativa al Litio para las provincias del NOA, se desarrollan sobre la base de recursos naturales de provincias respecto a los cuales perciben regalías de importancia; pero, en los términos en que está redactada la norma indicada, todos los recursos naturales (aun los de origen agropecuario o forestales que se desarrollan en las provincias centrales o del NOE) son provinciales. La actividad de la Nación, sin embargo, también es importante por los “beneficios o recompensas de estímulo” que puede disponer (como las que se dieron a la producción industrial de las provincias ubicadas debajo de la línea del paralelo 48, o en Tierra del Fuego), o por “políticas diferenciadas” que pueden adoptarse por el Congreso en función del inc. 19 del art. 75. Y, además, porque la distribución o comercialización de la producción provincial de sus recursos, requiere habitualmente de la Nación, por sus competencias comerciales (art. 75, inc. 13, cláusula que delega al Congreso reglamentar el comercio interjurisdiccional o internacional).

En cuanto al dictado de una nueva ley de coparticipación federal, está incumplida la Disposición Transitoria Sexta desde el año 1997. En las décadas transcurridas desde la reforma de 1994 se han celebrado algunos acuerdos o pactos federales que anticiparon contenidos de una ley de coparticipación, aunque también los gobiernos nacionales —en permanentes épocas de crisis fisca-

les— los aprovechó para crear nuevos recursos a los que se otorgaron, en forma parcial o total, el carácter de asignaciones específicas que solo beneficiaron a la Nación (art. 75, inc. 3° de la Constitución) que se destinaron al Tesoro Nacional. La periódica renovación de dichos pactos fiscales, y los recursos que la Nación recibe por ellos, puede obligar al gobierno nacional a tener que negociar una nueva ley de coparticipación o, al menos, otros pactos federales, que de modo gradual puedan arribar a la sanción de esa ley. En este sentido, el Poder Judicial de la Nación ha ido dictando sentencias en esta materia, resolviendo puntos específicos de lo que se define, por los especialistas, como un actual “laberinto fiscal”.

Respecto a la posibilidad de crear regiones para el desarrollo económico y social, con órganos para el cumplimiento de sus fines; se las hizo efectivas en casi todo el territorio del país, pero sin transferirles facultades importantes, porque las provincias han preferido proseguir con la administración de sus recursos y gastos. De igual modo, la facultad de celebrar convenios internacionales, que también otorgó el art. 124 de la Constitución para las provincias y regiones, tampoco ha dado demasiados frutos.

El modelo de la reforma de 1994 de impulsar un desarrollo económico y social compartido por el gobierno nacional, las provincias y regiones (el llamado federalismo de concertación), no ha tenido la envergadura originariamente pensada. A su vez, los gobiernos nacionales han preferido transformar a las provincias de menores recursos en satélites políticos, mediante aportes nacionales de diversa índole (p. ej., aportes del Tesoro Nacional o realización de obras públicas con financiamiento nacional), en lugar de alentar el crecimiento de dichas regiones, mediante políticas y recursos diferenciados. No cabe obviar, que cumplir con este aspecto del programa de la reforma de 1994, resulta, además, un modo de combatir el “hiperpresidencialismo”, porque el crecimiento de recursos y potestades regionales o provinciales evita satelizar a las provincias.

8. NECESIDAD DE CREAR INSTITUCIONES DE CONCERTACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL

Corresponde una reflexión final en este trabajo, donde se ha realizado un panorama general de los grandes fines propuestos por la reforma constitucional de 1994, a los 25 años transcurridos desde su sanción, recordando los acuerdos que la hicieron posible como también el alto consenso alcanzado con el texto al que se arribara en la Convención Constituyente, señalándose los principales objetivos logrados, mientras que también se han advertido algunos de los nuevos desafíos de importancia que se presentan en las dos primeras décadas del siglo XXI, que dificultan su pleno cumplimiento.

Encuentro que la reforma de 1994 ha sido eficaz para asegurar la consolidación de un orden constitucional que responde a los principios republicanos y democráticos, con las modalidades propias del constitucionalismo social que la

inspirara. No ha sido un hecho menor que en estos últimos 25 años (y 36 años ininterrumpidos de vigencia del retorno a la vida democrática en diciembre de 1983) no hayan existido golpes cívico-militares ni gobiernos de facto como aconteciera en gran parte del siglo XX.

Pero, si la reforma constitucional fue eficaz para consolidar las instituciones políticas democráticas, como también perfeccionar la legislación en materia de derechos humanos y ha existido una amplia doctrina jurisprudencial —de todos los fueros y en especial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— que reafirmó esos dos grandes fines de aquella, lo cierto es que nuestro país no logró asegurar el programa de un desarrollo nacional de carácter federal (con las características arriba expuestas), y ello se evidenció en el grave problema de una creciente pobreza, situación muy lejana a los fines aquí recordados. Y tanto para la Constitución de 1853/60, como para la reforma de 1994, el progreso y el desarrollo nacional, ahora claramente con justicia social, es una clave de todo el orden jurídico fundado en ella, según ya se señalara.

Si la reforma de 1994 ha sido fruto de grandes acuerdos y consensos políticos, faltó, en cambio, la adopción de instrumentos para que las concertaciones que la generaron se proyectaran en el tiempo. En mi opinión, ha contribuido a ese fracaso del desarrollo económico, con su alto impacto regresivo en materia social, que se impidiera instrumentaren la Constitución por la reforma de 1994 la creación de un Consejo Económico y Social de carácter consultivo, tal como se propusiera como tema de libre tratamiento para la decisión de la Convención Constituyente⁵⁸.

La oposición terminante del equipo económico del ministro Cavallo contra la instrumentación de dicho Consejo, que fue característica habitual de las constituciones europeas de la segunda posguerra mundial, y que adoptaron diferentes modelos para su implementación, incluso en nuestro país fuera del marco constitucional, según lo examinara ya en la década de los '80⁵⁹, impidió que la Convención Constituyente tratara ese tema y lo adoptara como institución constitucional.

En dicha oposición subyacía, en la década de los '90, la creencia —fuente de una “grieta” conceptual que se acentuó en las últimas décadas— que las fuerzas ciegas del mercado eran las mejores impulsoras del desarrollo nacional y de la distribución social. Después de 25 años, esa “grieta”, según se comprobara nuevamente, no es la más adecuada para lograr esos fines, al menos en nuestro país.

De allí, que debería extenderse la idea de la concertación política, que tuvo los buenos resultados indicados en este trabajo —pese a que todavía no se ha

⁵⁸ V. punto “L” del art. 3° de la ley 24.309, declarativa de la reforma.

⁵⁹ GARCÍA LEMA, Alberto M., “Instituciones para la concertación y la participación económico-social”, *Revista de Derecho Público y Teoría del Estado*, nro. 2, Buenos Aires, 1987 pp. 81-106, disponible en www.garcialema.com.ar.

logrado excluir el “hiperpresidencialismo”, aunque se lo haya atemperado— a concertaciones económicas y sociales, para afianzar el programa de la reforma constitucional de 1994.

BIBLIOGRAFÍA

- ADC - ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, *La Corte y los Derechos 2005/2007*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2008. ISBN: 978-987-629-061-6.
- ALBERDI, Juan Bautista, “Bases y puntos de partida para la organización política de la Argentina”, en *El pensamiento político hispanoamericano*, vol. 6, Buenos Aires, Depalma, 1964.
- ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina. Según su Constitución de 1853*, Buenos Aires, Raigal, 1954.
- ÁLVAREZ, Carlos “Chacho”, “La Alianza: entre la vieja y la nueva política” en FACIO, Horacio, *La política en discusión*, Buenos Aires, Flacso, Manantial, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt, *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*, México, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2011
- *Modernidad líquida*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- *En busca de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, 5ª reimp., 2011.
- BUNGE, Mario, *Las ciencias sociales en discusión, Una perspectiva filosófica*, Buenos Aires, Sudamericana, 1993, caps. 6 al 9 y 11.
- *Ciencia, técnica y desarrollo*, Buenos Aires, Sudamericana, 1997.
- CALVO, Ernesto y ESCOBAR, Marcelo, *La nueva política de los partidos en la Argentina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2005.
- CASTELLS, Manuel, *Comunicación y poder*, Madrid, Alianza Editorial, 2009/10/11, pp. 376-377-380.
- CHERESKY, Isidoro y BLANQUER, Jean Michel, “Los partidos políticos: entre el derrumbe y la oportunidad”, en *¿Qué cambió en la política argentina? Elecciones, instituciones y ciudadanía en perspectiva comparada*, Buenos Aires, Homo sapiens Ediciones, 2004, pp. 83 y ss.
- “Contenido de la Reforma Constitucional” (tercer documento de la Comisión de Juristas del Partido Justicialista). Anexo XXIII de la “Reforma por dentro”, transcripto en www.garcialema.com.ar.
- CORNEJO, Valentín Thury, *Juez y división de poderes hoy*, Buenos Aires - Madrid, Ciudad Argentina, 2002, pp. 247 a 259.
- DALLA VIA, Alberto R. y GARCÍA LEMA, Alberto M., *Nuevos Derechos y Garantías*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, t. I, especialmente puntos 2.5. a 2.9 (pp. 229-237) y sus citas.
- DWORKIN, Ronald, *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, Barcelona, Paidós, 2008.

- FABBRINI, Sergio, *El ascenso del príncipe democrático. Quién gobierna y cómo se gobiernan las democracias*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2009, pp. 70, 72-73, 75-76 y 209.
- FERREYRA, Raúl Gustavo, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2ª reimp., 2008.
- GARCÍA LEMA, Alberto M., “Instituciones para la concertación y la participación económico-social”, *Revista de Derecho Público y Teoría del Estado*, nro. 2, Buenos Aires, 1987, pp. 81-106, disponible en www.garcialema.com.ar.
- “La Constitución es la principal garantía para los inversores”, *La Nación*, Buenos Aires, 24/1/2017, reproducido en la *Revista de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires*.
- *La Constitución con motivo del sesquicentenario de su sanción*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional y Rubinzal-Culzoni, 2003; v. www.garcialema.com.ar.
- “La modernización del Parlamento en el contexto de las reformas al régimen de poderes”, *Revista La Ley*, Buenos Aires, 2/5/1996.
- “La reforma de 1994. Una valoración crítica diez años después”, Buenos Aires, *La Ley*, 2004 y “Fuentes y vigencia de la reforma (1994/2004)”, en *A diez años de la reforma de la Constitución Nacional*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional”, Rubinzal-Culzoni, 2005.
- “Otro acuerdo federal para la gobernabilidad”, *La Nación*, Buenos Aires, 12/12/2017.
- “Una experiencia exitosa en materia de diálogo y consenso”, “Aniversario. La reforma de la Constitución de la que se cumple 25 años puede ser un modelo para esta nueva etapa de búsqueda de acuerdos”, *La Nación*, 28/5/2019.
- “El Consejo de la Magistratura y el jurado de enjuiciamiento de jueces en la teoría de la división de poderes”, LL 1995-B-1129.
- GARCÍA LEMA, Alberto M. y MARTINO, Antonio, “¿Atenuación o flexibilización del presidencialismo?; La jefatura de gabinete ante nuevos escenarios políticos, comparada con la propuesta de Sartori”, *El Derecho*, Buenos Aires, 15/12/1998.
- GARCÍA LEMA, Alberto M. y PAIXAO, Enrique, “La reforma de la Administración de Justicia. El Consejo de la Magistratura”, cap. X, de “Las reformas del sistema institucional. El núcleo de coincidencias básicas” en *La reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994 (pp. 411-412).
- GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014.
- GREPPI, Andrea, *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Madrid, Trotta, 2006.

- HERNÁNDEZ, Antonio y GARCÍA LEMA, Alberto M., “La reforma constitucional de 1994 a 20 años de su sanción”, *Jurisprudencia Argentina* (fasc. 8), Buenos Aires, 20/8/2014.
- JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel, *La ilusión política. ¿Hay que reinventar la democracia en España?*, Madrid, Alianza Editorial, 1993 (especialmente caps. I y III).
- LACLAU Ernesto y MOUFFE Chantal, *Hegemonía socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2005, cita del prólogo a la 2ª ed. de 2002.
- MOUFFE, Chantal, *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2ª ed., 2012, pp. 114 a 117; 126-128.
- Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación, 1995.
- OBSERVATORIO DE LA DEUDA SOCIAL ARGENTINA de la Universidad Católica Argentina (UCA), “Documento de trabajo. Pobreza multidimensional fundada en derechos económicos y sociales Argentina urbana: 2010-2018”.
- ROSATTI, Horacio, *El presidencialismo argentino después de la reforma constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001.
- SARTORI, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Madrid, Taurus, 1998, pp. 106 y 109-110.
- TREJO, Ramón Enrique, *El Consejo de la Magistratura y el jurado de enjuiciamiento de jueces en la teoría de la división de poderes*, LL 1995-B-1129.
- THOMSON, John B., *El escándalo político. Poder y visibilidad en la era de los medios de comunicación*, Barcelona, Paidós, 2001, pp. 338-357.
- TILLY, Charles, *Confianza y gobierno*, Buenos Aires, Amorroutu, 2000.
- VALADÉS, Diego, *El gobierno de gabinete*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni y Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- VEGA, Juan Carlos y SOMMER, Christian, *Derechos humanos, legalidad y jurisdicción supranacional*, Córdoba, Mediterránea, 2006.

Recepción: 29/11/2019

Aceptación: 9/12/2019

TRABAJOS DE TEORÍA CONSTITUCIONAL

LOS RIESGOS DE UNA BUENA CONSTITUCIÓN VIEJA: TIEMPOS DE REFORMAS Y DEMOCRACIA DE CONSENSO*

Por FRANCISCO JAVIER GARCÍA ROCA**

Resumen:

Basado en la ponencia que el autor expuso el 4 de octubre de 2018 en el Congreso Internacional Constitucional celebrado en el Senado con ocasión de la conmemoración del 40 Aniversario de la Constitución española, el artículo pretende ser una reflexión sobre el significado y proyección de la Carta Magna, así como de su importancia o valor y de los elementos más importantes que caracterizan su redacción y recorrido en el tiempo. Finalmente, resalta los aspectos más relevantes que se han de considerar ante una eventual reforma constitucional.

Palabras clave:

Reforma constitucional, consenso, Estado autonómico, reforma territorial, referéndum.

THE RISKS OF AN OLD, GOOD CONSTITUTION: TIMES OF REFORM AND DEMOCRACY OF CONSENSUS

Abstract:

Based on the Presentation given by the author on October 4, 2018 at the International Constitutional Congress held in the Spanish Senate on the occasion of the Commemoration of the 40th Anniversary of the Spanish Constitution, the article aims at

* Este artículo se basa en la ponencia que pronuncié el 4 de octubre de 2018 en el Congreso Internacional Constitucional celebrado en el Senado con ocasión de la conmemoración del 40 aniversario de la Constitución española y bajo los auspicios de las Cortes Generales y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Publicado en la *Revista de las Cortes Generales*, ISSN: 0213-0130, nro. 106, primer semestre (2019): pp. 153-173 <https://doi.org/10.33426/rcg/2019/106/1404>.

** Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid.

reflecting the meaning and the projection of the Constitution. It equally wants to praise its importance or value and analyse the most important elements which characterise its wording and its path over time. Finally, the article underlines the most relevant aspects that are deemed to be considered in the event of a Constitutional reform.

Keywords:

Constitutional Reform, consensus, State of Autonomies, territorial reform, referendum.

INTRODUCCIÓN

La identidad entre Constitución y revisión y la bárbara costumbre española. Recordaré que un gran poeta nacional como fue Jaime Gil de Biedma calificó la historia de España como la más triste del mundo, porque termina mal¹. Ojalá esta maldición secular no sea cierta sino una expresión desgarrada de literatura. Pero la verdad es que los españoles nos habituamos durante los siglos XIX y XX a la bárbara o incivilizada costumbre de construir una Constitución sobre las ruinas de la anterior y temo no hayamos aprendido la lección. Salvo la Constitución de 1876, nuestras constituciones tuvieron una vida efímera y siempre fueron derogadas, dejadas sin efecto o sustituidas por otras sin intentar su reforma. Bien es verdad que otros países europeos (Francia, Alemania, Italia...) han tenido historias constitucionales no menos conflictivas. Pero los españoles hemos demostrado una proverbial incapacidad para reformar nuestras constituciones movidos por un *cainismo* muy ibérico y un extraño gusto por sostener sucesivos enfrentamientos y guerras civiles que destruyeron nuestro desarrollo económico y la convivencia ciudadana.

Puede que hayamos vuelto a nuestros peores vicios. Adolfo Posada (1930, 1931), reflexionaba con cierta amargura sobre la reforma de la Constitución de 1876 y la necesidad de revisar y mejorar —decía— el régimen de las instituciones fundamentales del Estado, mas la revisión nunca se produjo y poco después se proclamó la II República; era imposible revisar aquel texto fundamental de la Restauración.

1. LA DILAPIDADA HERENCIA DEL CONSENSO CONSTITUCIONAL. RENOVAR EL PACTO CONSTITUCIONAL

Convendría, sin embargo, enmendar ahora la deriva de la nave del Estado lo antes que se pueda y desde luego con prudencia, sin prisas y mediante transacciones recíprocas entre todas las fuerzas políticas, porque la Constitución

¹ El poema citado es el siguiente: *De todas las historias de la Historia sin duda la más triste es la de España, porque termina mal. Como si el hombre harto ya de luchar con sus demonios, decidiese encargarles el gobierno y la administración de su pobreza*, Gil de Biedma (1966).

de 1978 sí puede perfectamente actualizarse. Ha sido una buena constitución normativa, la mejor de nuestra historia.

Pero es menester para ello recuperar el mágico legado del consenso que nuestros padres y madres constituyentes nos dejaron y hemos dilapidado atolondrada y pródigamente desde hace demasiado tiempo. Aquel consenso constitucional nos llevó al más fecundo período de nuestra historia. Estimo imprescindible renovar el pacto constitucional mediante algunas reformas en normas de muy distinto rango y unas mejores prácticas, alcanzando nuevos compromisos entre generaciones, territorios y partidos políticos. Los pactos constitucionales son siempre dinámicos y no estáticos; la simple inacción deteriora las constituciones, no las defiende, y dista de resolver los problemas fundamentales de un Estado. Cualquier estabilidad constitucional reclama reformas y más aún en los sutiles equilibrios federales o cuasi federales como el nuestro entre fuerzas centrífugas y centrípetas. Necesitamos reinventarnos, para seguir unidos. Volver a vivir “en” Constitución, aminorando conflictos, muchos de ellos intrascendentes pero que ocupan el espacio público con cuestiones nimias, fortaleciendo nuestra integración nacional y democracia representativa que están deterioradas. Por definición, la defensa de una constitución reclama actualizarla y por eso no es casual que las constituciones sean las únicas leyes que prevén su reforma. Pero algunos no advierten todavía este aserto y creen prudente lo que es arriesgado.

No puedo sumarme a la celebración del cuarenta aniversario de la Constitución si no es desde esta perspectiva y cautela, porque la situación actual me parece muy delicada, la peor crisis constitucional de estas cuatro décadas; defendamos nuestra Constitución revisándola por consenso y actualizándola para seguir viviendo juntos otras cuatro décadas al menos tan buenas como estas. Tenemos una Constitución adecuada a los estándares del constitucionalismo, pero ha envejecido y la casa común reclama mantenimiento. En los últimos años, muchos jóvenes han censurado a nuestros partidos y parlamentarios que no nos representan, criticando la democracia representativa, hemos tenido graves episodios de corrupción política y algunos de ellos estructurales, nuestro parlamentarismo es predecible y mejorable respecto de algunas conocidas malas prácticas y desde luego de las normas que lo reglamentan, algunas instituciones del circuito de garantía albergan diversos problemas como el Tribunal Constitucional en la selección de sus magistrados, y aún más el Consejo General del Poder Judicial en su organización interna y la elección de sus vocales.

Pero, sobre todo, el Estado autonómico tiene defectos estructurales denunciados desde hace tiempo. Entre ellos, la problemática inexistencia de un Senado territorial como cámara de negociación política y elaboración de las leyes territoriales, singularmente las normas básicas, y sede de las relaciones de colaboración y coordinación. La cuestión viene agravada por una muy confusa e impracticable delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ubicada dentro de un inmenso “bloque de la constitucionalidad” que cambia constantemente impulsado por un improcedente principio dispo-

tivo que debería derogarse. En ese confuso caldo de cultivo, con permanentes conflictos competenciales sobre el alcance de las políticas autonómicas y sus límites, han crecido fácilmente fuerzas nacionalistas, que en su último estadio defienden la secesión de Cataluña mediante métodos unilaterales y al margen del Estado de Derecho, y no hemos sabido encontrar soluciones.

2. HACER UNA CONSTITUCIÓN Y REFORMARLA EXIGE DECISIONES POLÍTICAS

James Bryce (2015) nos enseñó que la reforma de la Constitución es una decisión política y, en parte ajena, al derecho constitucional. Reclama medir los tiempos, elegir lo sustantivo y diferir los asuntos accesorios, o abandonar los triviales que carecen de supremacía material, así como acertar en comunicar con acierto lo que se está haciendo en las Cortes Generales a la opinión pública, para mostrar que la deliberación y la representación política conectan con los intereses y los deseos de los ciudadanos. Son labores y responsabilidades muy difíciles y propias de un compromiso parlamentario que es el verdadero corazón de la democracia representativa por más que deba completarse con mecanismos de participación ciudadana. Numerosos expertos independientes llevamos muchos años estudiando las normas constitucionales, las instituciones y sus defectos y sugiriendo reformas parciales, pero solo podemos acompañar con modestia el liderazgo político. El derecho constitucional debe seguir a la política y actuar como la forma del poder. Necesitamos una voluntad de acuerdo y transacción que ahora mismo lamentablemente no advierto desde hace mucho tiempo. No deberíamos seguir así.

3. LA AUSENCIA DE UNAS CONDICIONES MATERIALES. LAS CONSTITUCIONES SIN MANTENIMIENTO SE QUIEBRAN

Nos falta lo que Costantino Mortati (2001) llamó una “constitución material”, una ambigua noción que describe el conjunto de fuerzas políticas que crean e impulsan una constitución formal o normativa; y James Bryce denominó con más modestia “unas condiciones materiales” que permitan la reforma constitucional. Podría bastar con satisfacer dos condiciones: una mayoría parlamentaria y gubernamental que lidere la reforma, y un compromiso de todos los grupos parlamentarios que lo deseen, de llevar la reforma a buen puerto. La minoría que pueda participar del acuerdo y la deliberación y voluntariamente se excluya no puede pretender bloquear la reforma dada su falta de empatía constitucional. Claro está que la consecución de esas condiciones no bajará del cielo como un *deus ex machina*, sino que solo puede conseguirse con trabajo y paciencia mediante consensos y transacciones recíprocas y generando direcciones políticas de Estado. Pero aún estamos muy lejos de ello y su consecución no será pronta.

Advirtamos, no obstante, que el clásico norirlandés sostenía que una constitución rígida es como un puente de hierro, soporta tormentas y crecidas de caudal, pero si no recibe mantenimiento antes o después se quiebra, o sobrevienen revoluciones o algaradas, como las que lamentablemente ya han ocurrido en los graves sucesos de octubre de 2017 en Cataluña. No tocar la Constitución por el temor a equivocarnos puede ser no menos arriesgado. Una admonición que han hecho muchos clásicos del constitucionalismo.

4. ELOGIO DE LA TRANSICIÓN Y DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

La transición española a la democracia y la Constitución fueron un gran éxito y así lo hemos creído prácticamente todos durante décadas. Los constitucionalistas hemos viajado por el mundo invitados a explicar la buena nueva. Los españoles hemos narrado con orgullo las ricas experiencias de nuestra transición a una democracia constitucional que nos permitió salir de la dictadura y del aislamiento internacional, recuperar los derechos fundamentales de las personas, construir un intenso autogobierno de nuestras nacionalidades históricas y regiones en un viejo Estado muy centralizado desde los inicios del siglo XVIII —cuando se deshizo el Estado compuesto de los viejos reinos—, crear un parlamentarismo racionalizado y gobiernos estables, consolidar una justicia constitucional que ha perfeccionado mucho nuestro ordenamiento jurídico, e integrarnos con ilusión en Europa. En suma, la erección de un Estado de Derecho que nos ubicó en la pequeña familia de las democracias constitucionales como un alumno aventajado.

En los últimos años, sin embargo, algunos han efectuado análisis históricos diacrónicos muy críticos respecto de la Transición, que estimo son injustos, pues la historia no puede escribirse en subjuntivo sino tras observar detenida y distanciadamente las circunstancias del momento con un enfoque sincrónico. Me parece un error de perspectiva. La elaboración de la Constitución fue un gran éxito, pese a las difíciles circunstancias en las que tuvo que elaborarse. El resultado del heterodoxo proceso constituyente de 1978 fue una buena Ley Fundamental, plenamente equiparable a las demás constituciones europeas. Recibimos una rica herencia del constitucionalismo europeo del período de entreguerras y de la segunda posguerra, acrecentando este legado.

Ciertamente, nuestra Constitución fue más derivada que originaria en la mayor parte de sus aspectos, habida cuenta de nuestra falta de tradiciones democráticas y de una cultura constitucional en 1977, pero lejos de resultar un defecto resultó una ventaja al aprovecharnos de algunas buenas experiencias comparadas, v.gr., en el diseño del parlamentarismo y la estabilidad gubernamental, la justicia constitucional concentrada, el Estado social y democrático de derecho, las fuentes del derecho y el reconocimiento de los derechos fundamentales y su garantía.

5. RESPETO A LA CONSTITUCIÓN NO ES INTANGIBILIDAD NI *ETERNITY CLAUSE*

Tal fue el éxito de la Transición y de la Constitución de 1978 que podemos haber caído en el riesgo de confundir un decente respeto a la Constitución, símbolo de nuestra unidad y democracia, con la inconveniencia de su revisión. Mas nada es eterno en derecho. La revisión es un ingrediente estructural del concepto de Constitución, aún más que en cualquier otro derecho codificado. Desgraciadamente, ningún momento constitucional se asemeja a la consagración de la primavera y es una desconcertante paradoja tener que construir las bases estables de un Estado en momentos de turbulencia. Debemos desechar un mito muy extendido. Las constituciones se escriben cuando hacen falta a las naciones tal y como se puede, alejados de cualquier ortodoxia académica, y a menudo en momentos nada sencillos como, v.gr., ocurrió con las Constituciones españolas de 1812 y 1931 o en la segunda posguerra europea. Parece que hemos olvidado nuestra historia. Esperar a hacer reformas a hipotéticos y futuros mejores momentos es una falacia, un argumento solo en apariencia cierto y que difiere sine die la solución de las cosas, empeorando las situaciones. La arquitectura de las casas y las constituciones se arregla cuando se deterioran y no queda más remedio.

6. LA EXPERIENCIA DE UN DESARROLLO CONSTITUCIONAL ADECUADO

Durante dos décadas, en especial de 1979 a 1996, realizamos un buen desarrollo constitucional. Un proceso que nos llevó a aprobar numerosas leyes que regulaban los derechos fundamentales, los Estatutos de Autonomía de diecisiete Comunidades Autónomas y a adherirnos a las entonces Comunidades Europeas, recibiendo un amplio acervo de normas y un flujo de ayudas dentro del mercado único que fueron decisivas para nuestro progreso económico y una mejor ordenación interna. Estabilidad constitucional, integración europea y un prolongado desarrollo económico cambiaron la faz atrasada de España, modernizándola. Alcanzamos un muy razonable nivel en los servicios públicos esenciales (sanidad, educación y seguridad social), construimos un sistema de derechos fundamentales que ha recibido muy pocas condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consolidamos un largo período de actividad parlamentaria con elecciones regulares y gobiernos estables, organizamos un Tribunal Constitucional garantista que ha sido la joya de la Corona y cuyas sentencias principales tuvieron impacto en muchos países de Iberoamérica y Europa, y completamos con cierta prontitud un complejo desarrollo de un modelo territorial muy descentralizado tras numerosos trasposos de competencias y medios personales y materiales. Por más que nuestra forma territorial del Estado nunca dejara de tener un alto nivel de conflictividad, que es estructural al

modelo y a la persistencia de asimétricas tensiones con los diversos nacionalismos internos. Un rasgo muy complejo de nuestra difícil Constitución histórica y en parte derivado de nuestra configuración como Estado. ¿Quién habría podido imaginar este luminoso escenario tras cuatro décadas de oscura dictadura?

7. EL PROGRESIVO DETERIORO INSTITUCIONAL, LA PÉRDIDA DEL CONSENSO Y LA EROSIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. LA CONSTITUCIÓN VIEJA Y LA CRISIS CONSTITUCIONAL

Pero nuestra buena Constitución rígida, pronto consolidada, fue erosionándose al no afrontarse, Legislatura tras Legislatura, los nuevos problemas hasta convertirse en una Constitución vieja y algo deteriorada en su eficacia normativa y virtualidad integradora; así ocurre con las constituciones que no se reforman. Nada es perfecto mucho tiempo y la falta de compromisos parlamentarios y direcciones políticas de Estado, al cabo del consenso que sí tuvimos en la Transición, impidió regenerar las instituciones y acomodar las normas constitucionales poco a poco. Al llegar a este aniversario, advertimos que se han ido acumulando tareas pendientes. En el 30 aniversario de la Constitución, en 2008, la Asociación de Constitucionalistas de España ya publicó un estudio colectivo de sus socios sugiriendo revisar la Constitución. Nada se ha hecho en esta década, salvo la reforma del art. 135 CE en 2011, sobre el freno constitucional al endeudamiento, que vino impuesta por las normas de la Unión Europea y puede considerarse derivada en cuanto impulsada por ella.

La gran recesión iniciada en 2007-2008 no hizo sino incrementar los defectos y amplió la visión de algunos problemas sociales que hemos tenido hasta hacerlos estentóreos: altos niveles de desempleo juvenil y de los mayores, precariedad en el empleo, emigración de muchos de nuestros jóvenes mejor preparados, recortes en las prestaciones sociales hasta dañarlas, deterioro de los servicios públicos —las universidades públicas hace más de una década que no renuevan sus plazas de profesores numerarios y los más viejos no sabemos quiénes nos sustituirán—, y el estallido de constantes informaciones sobre la corrupción política en ocasiones ligada a la actividad de algunos partidos. Recortes en las prestaciones sociales y corrupción política suman una ecuación con incógnitas muy peligrosas para cualquier democracia constitucional.

Por otra parte, nuestros partidos tradicionales fueron objeto de duras críticas por los nuevos partidos que reclamaban una “nueva política” como ya se hizo antaño en tiempos de José Ortega y Gasset y de Adolfo Posada. Pese a ello, las Cortes Generales han continuado funcionando con discutibles prácticas y obstruccionismos y unos Reglamentos parlamentarios muy antiguos y obsoletos, tras el fallido y buen intento de actualizarlos bajo la presidencia del Congreso del Sr. Marín, iniciativa que debería recuperarse, pues no es una cuestión baladí la “cocina de la política”. El Tribunal Constitucional perdió parte de su autoridad tras numerosas renovaciones de sus magistrados realizadas muy

fuera de plazo y fundadas en una lotización de los candidatos, lo que aminora el prestigio de un órgano jurisdiccional y su apariencia de independencia, y, sobre todo, después del largo y desdichado episodio del Estatuto de Cataluña, cuyas consecuencias ahora pagamos, y de dictarse una serie de decisiones muy centralizadoras en materia autonómica y escasamente suasorias en relación con las políticas sociales de las Comunidades Autónomas que intentaban paliar los efectos de la crisis en los derechos sociales. El Consejo General del Poder Judicial va ya por el cuarto o quinto modelo legal sin que hayamos logrado asentar su funcionamiento en la división de poderes. Los sucesivos gobiernos abusan frecuentemente del excepcional recurso a la legislación de urgencia según la Constitución y un largo etcétera de cosas que los observadores de la Constitución conocen de sobra. Todas las constituciones vividas suscitan problemas, pero los nuestros, sin ser dramáticos, poseen innegable relevancia.

8. UN EPISODIO NACIONAL: EL GRAVE CONFLICTO CONSTITUCIONAL EN CATALUÑA Y LA INTERVENCIÓN EXTRAORDINARIA DE LOS ÓRGANOS DE LA GENERALIDAD COMO ALDABONAZOS

Este confuso panorama de crisis constitucional, no muy alentador, ha permitido a las fuerzas independentistas convencer a muchos catalanes de que la secesión era una alternativa real —y no una utopía irrealizable— no solo para incrementar el autogobierno sino para sanear la democracia en una República y recuperar los derechos sociales perdidos, y persuadirles de que eran titulares de un llamado “derecho a decidir” que las constituciones no reconocen. Aunque hasta donde yo sé jamás han expuesto con detalle las pautas de ese diseño renovador y sus nuevos principios republicanos. Así de mal han llegado a estar las cosas y no sirve de nada ocultarlo si queremos mejorarlas y llegar a celebrar los 50 años de la Constitución.

Este es, sin duda, nuestro principal problema, reconstruir la unidad política y los lazos de solidaridad interterritoriales mediante un diálogo constante, trabajando en todo tipo de comisiones, de forma bilateral y multilateral, y adoptando mejoras en concretos problemas, así como elaborando políticas entre las fuerzas constitucionales que divulguen una narrativa española en Cataluña sobre las ventajas de nuestra unidad.

Sin embargo, el intento de declaración unilateral de ruptura que entrañaron la aprobación por el Parlamento de Cataluña de las insólitas leyes de referéndum y de transitoriedad jurídica, todo un intento de destrucción frontal de la Constitución y del Estado, llevaron que el Gobierno, con la autorización del Senado, interviniera los órganos de la Generalidad de Cataluña mediante la aplicación de art. 155 CE, después de desoirse por las autoridades secesionistas numerosas resoluciones y medidas del Tribunal Constitucional. También sobrevino la prisión preventiva desde hace más de un año de algunos dirigentes comprometidos con

la tentativa de secesión o su huida al extranjero para no afrontar sus responsabilidades por los graves delitos derivados del manifiesto incumplimiento de las leyes. Las libertades de expresión e ideológica amparan desde luego la defensa de posiciones independentistas en una democracia constitucional como la española, que no es militante, pero no pueden comprenderse como una patente de corso para incumplir discrecionalmente la Constitución, el Estatuto de Autonomía y buena parte de las leyes españolas y autonómicas; violando los derechos políticos de las minorías, casi tan amplias como la misma mayoría, y no menos catalanas. Esta actitud se llama en la tradición del constitucionalismo tiranía. Por el contrario, es preciso recuperar la democracia y el Estado de Derecho en Cataluña, favoreciendo el entendimiento entre los catalanes, cualesquiera que sean sus posiciones, como paso previo al diálogo con el resto de España.

¿Quién podía imaginar en el buen escenario del consenso de 1978 que la intervención o coerción estatal tendría que ser usada en Cataluña y algunos políticos sometidos a responsabilidades penales ante los tribunales? Hemos venido explicado durante años el art. 155 CE aseverando que era una espada de Damocles que estaba allí para no tener que ser usada. El grave conflicto constitucional en Cataluña debería impulsarnos, al modo de un aldabonazo, a reconocer el estado de las cosas y comenzar a regenerar nuestras instituciones, rectificando algunos de nuestros errores. No definiendo —claro está— que reformemos la Constitución solo por Cataluña, sino para poner al día la casa de todos los españoles. Pero qué duda cabe que un proyecto constitucional moderno, compartido e ilusionante, un nuevo pacto constitucional, contribuiría a que un porcentaje de los ciudadanos catalanes que desean la secesión de Cataluña —y han llegado a ser un 47%— se contenten —aunque sea con escepticismo— con una buena ordenación del autogobierno y las evidentes ventajas de un amplio Estado compuesto, y así lo confirman todas las estadísticas. La reforma constitucional, junto a un paquete de medidas y políticas acertadas, sería una buena forma de renovar la unidad de los españoles. Las crisis constitucionales se arreglan con políticas y reformas, no desde la inacción.

9. UN COMPROMISO DE COMPROMISOS COMO CONDICIÓN PREVIA

Por más que no pueda iniciarse un procedimiento constitucional si no es con prudencia y después de alcanzar ciertos compromisos, en particular, el acuerdo de dos tercios o tres quintos de los parlamentarios de no levantarse de la mesa hasta cerrar la reforma: sellar una obligación de resultado. Pero esperar a saber con detalle cada uno de los ingredientes de la reforma constitucional al modo de las cláusulas de un contrato, el llamado consenso de partida es una condición que hace imposible cualquier reforma y una contradicción en sustancia. Los compromisos constitucionales son el resultado de un nada breve procedimiento constitucional deliberativo e inclusivo.

No podemos olvidar el tiempo que costó precisar los contenidos de la Constitución de 1978 cuyos detalles aún no se conocían en 1977, más allá de las decisiones políticas básicas.

10. UN PLURIPARTIDISMO NADA MODERADO IMPONE UNA DEMOCRACIA DE CONSENSO Y GOBIERNOS DE COALICIÓN O PACTOS ESTABLES DE LEGISLATURA. UNA DEMOCRACIA DE CONSENSO FACILITARÍA LA REFORMA

Nuestros partidos tradicionales ha sido objeto de duras críticas por los nuevos partidos, desapareciendo el escenario de un bipartidismo imperfecto hasta alcanzarse un tetrapartidismo imperfecto con cuatro grandes partidos y una decena de partidos con representación parlamentaria. Un pluripartidismo bastante fragmentado al que no estábamos habituados. Tenemos un sistema de partidos y un subsiguiente parlamentarismo que, por definición, no puede funcionar con estabilidad y gobernabilidad sin una democracia de consenso y constantes acuerdos de legislatura y gobiernos de colación. Necesitamos la cultura política que Arend Lijphart (2012) calificó como *consociationalism* en su conocida tipología de los modelos de democracias. Ya no podemos mantener una democracia mayoritaria y de alternancia, porque partido alguno alcanza suficientes escaños para gobernar en solitario con suficiente estabilidad y eficiencia. Pero nuestras fuerzas políticas aún no han ajustado su funcionamiento y concurrencia electoral a las reglas del nuevo sistema de partidos, y continúan actuando cómodamente con las mismas inercias mientras los problemas sin resolver se acumulan. Hemos empezado a tener problemas incluso en la estabilidad gubernamental con un gobierno en funciones durante 315 días en 2017 y una endeble mayoría gubernamental en 2018 que tiene problemas para aprobar las leyes y el presupuesto. ¿Qué más hace falta para convencerse?

11. EL EJEMPLO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El mismo fenómeno ya ha ocurrido en las formas de gobierno de nuestras Comunidades Autónomas, si bien en el “Informe de las Comunidades Autónomas” (España, 2018) lleva varios años dando noticia de su mejor adaptación al nuevo sistema mediante distintos acuerdos en las investiduras presidenciales o en los gobiernos y asambleas legislativas. Es inevitable que el salto se dé también a nivel nacional de no volver a transformarse otra vez el sistema de partidos. Si esa cultura parlamentaria llegara a las Cortes Generales, resultaría mucho más sencillo no solo la gobernación sino también alcanzar unas condiciones materiales que permitieran reformar la Constitución a medio o largo plazo. Pero una nueva cultura política no se dispensa en las farmacias, sino que se genera lentamente y con esfuerzo cuando se cae en la cuenta de la tozudez

de los hechos. Los juristas confiamos en las transformaciones normativas, la reforma constitucional entre ellas, para modificar gradualmente el estado de las cosas como parte del mejor pensamiento ilustrado. Toda constitución tiene una pretensión racionalizadora e iluminista y también sus reformas.

12. COMPROMISO DE COMPROMISOS. LOS RIESGOS DE LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES. REFORMAS POR PAQUETES EN DISTINTOS NIVELES NORMATIVOS Y BUENAS PRÁCTICAS

Cuando hablamos de reforma constitucional en España, no nos referimos únicamente a los procedimientos regulados en los arts. 167 y 168 CE sino a una perspectiva más amplia. Revisar las normas, regenerar las instituciones y recuperar los derechos puede reclamar reformas en normas de muy distinto rango, incluso, a veces, puede bastar con adoptar buenas prácticas como ocurriría con una más exigente designación de los titulares de los órganos del circuito de garantías. Del mismo modo, no creo sea la opción más conveniente una única reforma constitucional de objeto múltiple, una hiedra de muchas cabezas imposible de explicar a la opinión pública. Este fue probablemente el error de la fallida reforma Renzi. Es una explicación plausible creer que sería más sencillo ir aprobando algunas reformas parciales por paquetes. Pero solo contemplando los problemas desde arriba y sin desdeñar la reforma de la Constitución como fuente del derecho pueden hallarse soluciones. La mera ingeniería constitucional ya se ha revelado insuficiente en sucesivos intentos (recordemos las experiencias de la Comisión General de las Comunidades Autónomas o el conflicto en defensa de la autonomía local) y sabemos las distorsiones que genera.

Un 69,6% de los españoles considera necesario reformar en estos momentos la Constitución, según una encuesta del CIS² del mes de septiembre de 2018, y los representantes del pueblo deberían ser receptivos a los deseos de sus representados.

Advertiré, además, que tenemos decenas de mutaciones constitucionales en virtud de cláusulas estatutarias, normas legales manipulativas, sentencias e interpretaciones constitucionales constructivas de normas, e incluso usos y costumbres; y recordaré que la mutación no es una alternativa a la reforma constitucional sino un complemento; con más razón, cuando la flexibilidad o adaptabilidad de una Constitución rígida, —lo que podemos llamar su “resiliencia constitucional” —, ya se ha dilatado mucho y puede quebrarse. Cambiar las constituciones únicamente mediante mutaciones en las leyes e interpretaciones constitucionales no es una buena alternativa, pues tiene serios límites derivados no solo del tenor literal de las normas constitucionales y de sus insuficiencias o

² Según el Barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (estudio nro. 3223, septiembre de 2018). Recuperado de <http://datos.cis.es/pdf/Es3223marA.pdf>.

lagunas sino también de la merma en legitimidad democrática y eficiencia de las normas constitucionales y de la confusión que se genera.

13. LA PROBLEMÁTICA DEL REFERÉNDUM CONSTITUCIONAL COMO REQUISITO DE LA REFORMA. EL PODER DE REFORMA ES DERIVADO Y NO UN PODER CONSTITUYENTE

Es bien sabido que nuestra Constitución contempla un procedimiento ordinario de reforma (art. 167) para la generalidad de las cuestiones, y otro agravado (art. 168), y que solo algunas decisiones políticas básicas que en el apart. 1º del art. 168 se enumeran reclaman su aprobación en referéndum. La consulta es meramente potestativa en la vía ordinaria a instancias de una minoría, una décima parte de los miembros de una Cámara. El referéndum deviene así un instrumento de bloqueo en manos de las minorías excluidas del pacto constitucional, más que un mecanismo de aprobación, y este es otro de los problemas. Nuestra buena Constitución se suma así a un diseño normativo muy generalizado en las constituciones europeas y e iberoamericanas, según el cual la convocatoria de un referéndum o bien no es necesario si se alcanzan unas mayorías parlamentarias cualificadas —en Alemania incluso se prohíbe—, o solo debe producirse ante decisiones políticas de cierta importancia a la hora de revisar una Constitución.

Ahora bien, aunque no puedan ocultarse los riesgos de todo referéndum, un instrumento de resultados no siempre predecibles, su convocatoria me parece inevitable y constitucionalmente adecuada, ya resulte obligatorio ex art. 168 CE —*ratione materiae*— o simplemente facultativo ex art. 167 CE, en cualquier reforma constitucional de cierta entidad —y no meramente técnica— en estos delicados momentos de nuestra democracia. El dato debe sopesarse. Se ha producido un deterioro tanto del pacto representativo como del pacto territorial que el compromiso constitucional construyó. De suerte que probablemente sería inaceptable hacer una reforma de la Constitución de fondo para actualizar esos pactos sin someterla a una consulta popular que garantice el apoyo ciudadano y la integración política que toda buena reforma constitucional dispensa. En estos momentos de crisis de la representación y del equilibrio territorial, modificar la Constitución sin someter el acuerdo parlamentario a un referéndum popular me temo que no arreglara nada y no incrementara la integración política, por muy bien hecha técnicamente que esté la reforma.

No obstante, es razonable creer que no se exijan los mismos requisitos ni la misma rigidez para hacer una constitución y ejercer un poder constituyente que para reformarla mediante un poder derivado. Confundirlos es un error muy extendido, pero se trata de dos poderes distintos. Desde finales del siglo XIX, la doctrina cree —por influjo de Bryce— que las viejas constituciones liberales fueron muy exigentes con los requisitos del procedimiento de reforma y que debe desdramatizarse y normalizarse la revisión en una constitución democrática. Esta es la perspectiva moderna. La convocatoria o no de referendos depende

de la cultura y la historia de cada país. Los plebiscitos fueron usados durante la dictadura como una alternativa a las elecciones democráticas, justo por eso nuestros padres y madres constituyentes diseñaron una Constitución férreamente representativa. Es sensato pensar que la aprobación de un referéndum sobre un objeto que incida en la forma territorial del Estado, los derechos sociales o la democracia representativa pueda considerarse oportuna, pero no es muy lógico razonar del mismo modo sobre otros aspectos más técnicos como puede ser el aforamiento de algunos cargos que ahora se discute. Hacer del referéndum un requisito ineludible de cualquier reforma constitucional parcial no es la regla general en derecho comparado y carece de un suficiente fundamento teórico, pues existen muchos otros ámbitos abiertos a la participación política. El referéndum no es un instrumento taumatúrgico por la forma traumática en que divide las sociedades ante conflictos muy intensos, y porque es harto complejo implementar después las decisiones adoptadas de un modo simplificador. Todavía andan los británicos preguntándose qué quiere decir Brexit.

14. ¿QUÉ HACER? ¿POR DÓNDE EMPEZAR? REFORMAR EL SENADO, LA CONSTITUCIÓN TERRITORIAL Y ALGUNOS DERECHOS SOCIALES. LOS INFORMES Y TRABAJOS DE EXPERTOS

Un equipo de una veintena de juristas de distintas sensibilidades políticas, género, edad y especialidades preparó durante todo 2013 el informe Pautas para una reforma constitucional. Un informe para el debate que se publicó en 2014. Un estudio en el que se revisaba, tras largas discusiones, algunos de los defectos e insuficiencias más importantes, y, sin afán de exhaustividad alguna, se sugerían algunas ideas bastante compartidas entre los expertos, respetuosos con la decisión política sobre las prioridades y los contenidos, y, por la misma razón, allí donde existían diversas opciones se limitaban a mostrar las cuestiones como abiertas con afán de iniciar un debate.

Más recientemente, una decena de expertos coordinados por los profesores Santiago Muñoz Machado y Eliseo Aja editaron a finales de 2017 un estudio más breve titulado Ideas para reforma de la Constitución que se centraba únicamente en la reforma de la Constitución territorial al considerarla la más urgente.

Existe, asimismo, un Acuerdo del Consell de la Generalidad Valenciana para la reforma de la Constitución editado a principios de 2018. Así como muchos otros materiales, libros y artículos entre los que conviene recordar por su autoría el Informe del Consejo de Estado sobre la reforma de la Constitución de 2006 dirigido por su presidente Francisco Rubio (Rubio Llorente, 2006).

Me limitaré ahora a asumir plenamente las recomendaciones incluidas en Ideas para una reforma de la Constitución, debatidas en muchas sedes. Las reformas que precisa la Constitución son varias y de diversa índole. Mencionaré algunas. La incorporación de una cláusula constitucional europea para legitimar

y ordenar las transferencias de soberanía y competencia a la Unión. La modificación del orden sucesorio a la Corona para reparar una atávica discriminación histórica por razón de género. El reconocimiento de algunos principios rectores como verdaderos derechos sociales y la mejora de sus garantías en tiempos de estabilidad presupuestaria en Europa. La mejora de la calidad de la representación política, de la proporcionalidad y participación que permite nuestro sistema electoral del Congreso, y del parlamentarismo. La europeización de la jurisdicción constitucional. El acomodo del Consejo General del Poder Judicial a un diseño compartido. Pero no todas son igualmente importantes ni urgentes ni deben hacerse a un mismo tiempo sino siguiendo una agenda lógica.

La cuestión prioritaria estimamos que es la reforma de la Constitución territorial dadas las insuficiencias del modelo en su funcionamiento, durante mucho tiempo subrayadas por los expertos, pero también ante la preocupación por la grave situación en Cataluña que, aunque tiene complejas causas históricas y políticas, es una crisis que resulta agravada por los defectos estructurales del Estado autonómico. Los constantes conflictos con el Estado en el ejercicio del autogobierno, aunque no sean la causa principal del independentismo, facilitan la acción reactiva y centrífuga del movimiento secesionista. Conviene, por ello, no ofrecer flancos desprotegidos en la unidad constitucional sino la fortaleza de un Estado moderno y atractivo. Diversas reformas son necesarias en este terreno. Primero, es menester clarificar las muy complejas y confusas reglas constitucionales de distribución de competencias y hacerlo en la Constitución únicamente y no en los Estatutos de Autonomía y en un inmenso —y permanentemente abierto— bloque de la constitucionalidad en constante transformación. Todavía no hemos cerrado la Constitución 40 años después. Asegurarnos de la participación de las Comunidades Autónomas en la determinación de las normas básicas en las competencias compartidas para evitar constantes conflictos. Segundo, mejorar las técnicas de colaboración y coordinación que son instrumentos de integración política. Tercero, organizar un Senado como Cámara de verdadera representación territorial. El diseño constitucional ha sido muy criticado desde el principio —y en propio debate constituyente porque hubo vacilaciones en su configuración— y se ha revelado muy desacertado porque reproduce la misma representatividad del Congreso de los Diputados haciendo superfluo el bicameralismo. No existen otros modelos experimentados y alternativos más que el alemán y el austríaco y habría que elegir uno de ellos. Finalmente, pero no menos importante, debe haber una mínima Constitución financiera que ofrezca una habilitación constitucional a la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, sienta unas mínimas pautas estables y aclare el alcance de la solidaridad entre los españoles y los mecanismos de compensación —impidiendo la divulgación de mitos como el “España nos roba” —, garantizando la participación de las Comunidades Autónomas en su elaboración. Las Comunidades no deben tener una acusada dependencia del Estado en su financiación al modo de una tutela financiera mediante distintos fondos como si fueran menores.

Esto se recomendó reformar en Ideas para una reforma de la Constitución, pero muchos de sus autores piensan que la reforma territorial, que es urgente y prioritaria, no será posible sin discutir algunos contenidos sociales y democráticos representativos participativos, que contribuyan a reforzar la legitimidad democrática del sistema constitucional. No me parece pueda separarse totalmente la reforma territorial del perfeccionamiento de la democracia y la garantía del Estado social, pues tal iniciativa ni siquiera serviría probablemente para alcanzar un nuevo acuerdo territorial estable. Recordemos, que la ruptura del pacto territorial en Cataluña vino precedida de la ruptura del pacto representativo y de los serios recortes sociales desde la gran crisis de 2007, en definitiva, de la fragilidad del Estado. La reforma territorial no es solo un problema técnico, a la búsqueda de una mejor organización del Estado autonómico, que lo es, sino también está ligada a mejorar la democracia y el Estado social.

15. LA REFORMA CONSTITUCIONAL YA TIENE UN RELATO

Solo urge empezar a actuar sin prisas. No es cierto pues que los defensores de la revisión de la Constitución no sepan qué quiere reformarse, lo que constituye un mito muy extendido. Hay un relato suficiente de las cosas que conviene reformar, por qué y cómo hacerlo, construido a lo largo de muchos años y apoyado en infinidad de estudios. No hay improvisación alguna. Lo único que no existe es una decidida voluntad parlamentaria de compromiso que permita iniciar los trabajos, sin prisas, pero sin pausas, tras ponerse de acuerdo en un diagnóstico sobre la conveniencia de la reforma y el inicio de un diálogo institucional. Pero obsérvese que este argumento es vicioso o circular. No advierto las razones por las que el diálogo deba ser hoy más difícil de lo que tuvo que ser para dos padres constituyentes tan dispares e importantes como fueron Jordi Solé Tura y Manuel Fraga. Por eso mi reflexión se ha centrado en efectuar un diagnóstico e intentar persuadir de la necesidad de la revisión de una buena Constitución vieja, deteniéndome antes de las fases sucesivas.

Debemos desterrar de nuestro imaginario colectivo el miedo a la reforma constitucional, algo que no existe en otras naciones. Al cabo, siempre cabe rectificar el sentido de la reforma como se hace constantemente en las modificaciones legislativas, pero un procedimiento constitucional sosegado, deliberativo y participativo es una buena garantía frente al riesgo de equivocarse.

Es más que razonable ser escépticos o escasamente optimistas sobre la voluntad de consenso de las fuerzas políticas para regenerar nuestras instituciones. No veo la reforma constitucional próxima y siento decirlo. Pero la construcción del Derecho público solo puede hacerse con cierta ingenuidad, la que conceden las razones y la argumentación y experiencias jurídicas; al fin y al cabo, ingenuos son los ciudadanos libres y las normas constitucionales —racionales, abstractas y generales—, que cambian las naciones y mejoran las sociedades.

BIBLIOGRAFÍA

- BRYCE, J., *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.
- Documento: *Ideas para una reforma constitucional*, Madrid, Dykinson, 2017. Elaborado por los profesores: D. Santiago Muñoz Machado (catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense), D. Eliseo Aja Fernández (catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Barcelona), D^a Ana Carmona Contreras (catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla), D. Francesc de Carreras Serra (catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Barcelona), D. Víctor Ferreres Comella (profesor titular de Derecho Constitucional, Universitat Pompeu Frabra), D. Enric Fossas Espadaler (catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Barcelona), D. Javier García Roca (catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense), D. Alberto López Basaguren (catedrático de Derecho Constitucional, Universidad del País Vasco), D. José Antonio Montilla Martos (catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Granada) y D. Joaquín Tornos Mas (catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona). Disponible en http://idpbarcelona.net/docs/actual/ideas_reforma_constitucion.pdf.
- Informe Comunidades Autónomas 2017*, Barcelona, Instituto de Derecho Público, 2018, ISBN: 101020853.
- GARCÍA ROCA, J. (ed.), *Pautas para una reforma constitucional: un informe para el debate*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.
- GENERALITAT VALENCIANA, *Acuerdo del Consell sobre la reforma constitucional*, Valencia, Conselleria de Transparència, Responsabilitat Social, Participació i Cooperació, 2018.
- GIL DE BIEDMA, J., *Moralidades*, México, Joaquín Mortiz, 1966.
- LIJPHART, A., *Modelos de democracia*, Barcelona, Ariel, 2012.
- MORTATI, C., *La Constitución en sentido material*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- POSADA, A., *El régimen constitucional*, Madrid, Librería Gnal. De Victoriano Suárez, 1930.
- *La reforma constitucional*, Madrid, Librería Gnal. De Victoriano Suárez, 1931.
- RUBIO LLORENTE, F., *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional: texto del informe y debates académicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

Recepción: 1/11/2019

Aceptación: 10/12/2019

LA INFLUENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994

Por ALBERTO RICARDO DALLA VIA*

Resumen:

La crisis de representación que nos acecha de un lado y otro del Atlántico nos hace añorar aquellos años, pero también valorar en perspectiva histórica el gran valor de ese proceso constitucional y la solidez jurídica con que fuera construida. La consigna del “no nos representan” de los “indignados” en la Puerta del Sol se pareció al “que se vayan todos” de nuestra crisis de 2001.

La Constitución de Cádiz de 1812 profundiza los lazos de nuestras raíces constitucionales. Las nuestras son más norteamericanas que europeas, como se sabe, sin embargo, también guardamos tributo de esa experiencia, especialmente en la gran obra de la Asamblea del año XIII.

En la comparación entre aquella breve experiencia, limitada a la restauración de la monarquía de Fernando VII después de la derrota de Napoleón en Waterloo y al “trienio liberal” que siguió al levantamiento de Riego, la Constitución de Cádiz aparece como un intento que no alcanzó los niveles de consenso necesarios por las diferentes separaciones entre liberales, monarcómanos y afrancesados.

Algo muy distinto a lo ocurrido con la exitosa experiencia de 1978 que aseguró décadas de alto consenso y legitimidad bajo el diseño de la monarquía parlamentaria, de ahí que no se limite a recordar sus virtudes sino a ofrecer inteligentes propuestas para extraer de ella el máximo provecho en favor de la convivencia.

Palabras clave:

Reforma constitucional, constitución española, fuentes constitucionales, modelo económico, derecho ambiental.

* Profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho (UBA). Director de la Comisión de Doctorado y de la Maestría en Magistratura (UBA). Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. Académico de Número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

THE INFLUENCE OF THE SPANISH CONSTITUTIONALISM IN THE ARGENTINE CONSTITUTIONAL REFORM OF 1994

Abstract:

The crisis of representation that stalks us from one side of the Atlantic to the other makes us long for those years but also to value in historical perspective the great value of that constitutional process and the legal solidity with which it was built. The slogan of the “they do not represent us” of the “outraged” in the Puerta del Sol resembled the “let all go” of our 2001 crisis.

The Cádiz Constitution of 1812 deepens the bonds of our constitutional roots. Ours are more American than European, however, we also pay tribute to that experience, especially in the great work of the Assembly of the year XIII.

In the comparison between that brief experience, limited to the restoration of the monarchy of Fernando VII after the defeat of Napoleon in Waterloo and the “liberal triennium” that followed the Riego uprising, the Constitution of Cádiz appears as an attempt that did not reach the levels of consensus needed for the different separations between liberals, monarchists and Frenchmen.

Something very different from what happened with the successful experience of 1978 that ensured decades of high consensus and legitimacy under the design of the parliamentary monarchy, hence it is not limited to remembering its virtues but to offer intelligent proposals to extract the maximum benefit from it in favor of living together.

Keywords:

Constitutional reform, Spanish constitution, constitutional sources, economic model, environmental law.

INTRODUCCIÓN

Cuando realicé mis estudios de postgrado en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid entre 1984 y 1986, a los gobiernos de Adolfo Suárez y de Calvo Sotelo, le siguió el socialismo de Felipe González; fueron tiempos de una gran dinámica de cambio en una sociedad que se abría, alegre esperanzada y participativa.

La crisis de representación que nos acecha de un lado y otro del Atlántico nos hace añorar aquellos años, pero también valorar en perspectiva histórica el gran valor de ese proceso constitucional y la solidez jurídica con que fuera construida. La consigna del “no nos representan” de los “indignados” en la Puerta del Sol se pareció al “que se vayan todos” de nuestra crisis de 2001.

Los reclamos entremezclan la crítica a la democracia representativa y a los partidos tradicionales, con tendencias populistas y pseudoanarquistas que

siguen requiriendo del analista sagaz y del político preocupado. La mirada en perspectiva de la transición española no hace más que agigantar su valor e importancia.

También la Constitución de Cádiz de 1812 profundiza los lazos de nuestras raíces constitucionales. Las nuestras son más norteamericanas que europeas, como se sabe, sin embargo, también guardamos tributo de esa experiencia, especialmente en la gran obra de la Asamblea del año XIII.

En la comparación entre aquella breve experiencia, limitada a la restauración de la monarquía de Fernando VII después de la derrota de Napoleón en Waterloo y al “trienio liberal” que siguió al levantamiento de Riego, la Constitución de Cádiz aparece como un intento que no alcanzó los niveles de consenso necesarios por las diferentes separaciones entre liberales, monarcómanos y afrancesados.

Algo muy distinto a lo ocurrido con la exitosa experiencia de 1978 que aseguró décadas de alto consenso y legitimidad bajo el diseño de la monarquía parlamentaria, de ahí que no se limite a recordar sus virtudes sino a ofrecer inteligentes propuestas para extraer de ella el máximo provecho en favor de la convivencia.

Apenas aprobada la reforma constitucional argentina de 1994, se realizó un seminario del que participaron el Centro de Estudios Constitucionales, el Ministerio del Interior de Argentina y la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, me tocó ser coordinador de esa experiencia que recuerdo muy bien. En la conferencia de apertura, decía el Doctor Raúl Alfonsín que “...el acuerdo político que permitió concluir con éxito la importante tarea constitucional, ha reforzado las reglas del juego político...”.

Paralelamente, al cumplirse veinticinco años de la Constitución Española, uno de sus ponentes, Don Miguel Herrero de Miñon, señalaba al destacar “el Valor de la Constitución” “...que ha conseguido organizar de manera pacífica y constructiva la convivencia democrática de los españoles”¹.

1. EL DEBATE SOBRE LAS FUENTES DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

En el año 2003 celebramos el sesquicentenario de la Constitución de la Nación Argentina, sancionada el 1º de mayo de 1853, promulgada por el presidente Justo José de Urquiza el 25 de mayo y jurada por los pueblos de todas las provincias el 9 de julio del mismo año, con excepción de Buenos Aires que se encontraba separada de la Confederación y que se uniría después del Pacto de San José Flores del 11 de noviembre de 1859, a resultas de la batalla de Cepeda

¹ HERRERO DE MIÑON, Miguel, *El valor de la Constitución*, Barcelona, Crítica, 2003.

y cuyo ingreso daría lugar a la primera reforma de la Constitución acaecida en 1860².

La efeméride dio lugar a una importante cantidad de publicaciones alusivas y también se reabrieron viejos debates sobre las fuentes de nuestra “constitución histórica”³. Tales debates encuentran sus raíces en el pasado, pero se han reactualizado y cobran fuerza ante nuevos aniversarios históricos: el bicentenario de la Revolución de Mayo de 1810, así como el de la Constitución de Cádiz de 1812 que aquí nos aprestamos a recordar.

El actual debate argentino tiene por protagonistas a los abogados Manuel García-Mansilla y Ricardo Ramírez Calvo quienes mantienen una fuerte polémica con el Profesor de Mendoza y Académico de Historia y de Ciencias Morales y Políticas, Dardo Pérez Guilhou⁴.

Los primeros han recurrido a distintos antecedentes para sostener la adscripción de nuestro derecho público a su fuente estadounidense; en tanto que el profesor Pérez Guilhou efectúa una férrea defensa del pensamiento de Juan Bautista Alberdi, como principal inspirador de la constitución histórica, quien al escribir su obra *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, así como su proyecto de constitución para las *Provincias Unidas* tendría en cuenta no solamente al modelo norteamericano, sino también a nuestras tradiciones jurídicas y al derecho Patrio, entre otros antecedentes de importancia⁵.

Otra polémica de similares términos y características es la que en el ámbito del Derecho Administrativo Argentino han sostenido —y aún sostienen— los profesores Héctor Aquiles Mairal y Juan Carlos Cassagne; el primero propugnando la necesidad de una *coherencia* en aplicación del Derecho Público, enfatizando el origen estadounidense de nuestra constitución y criticando la adopción

² La Constitución actualmente vigente es el texto de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994; conforme fue jurado y aprobado el texto de la última reforma constitucional. La constitución peronista de 1949 no ha subsistido en el texto al haber sido derogada totalmente en 1956.

³ Entre las numerosas publicaciones pueden citarse: ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES, INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO, *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario*, Buenos Aires, La Ley, 2003; INSTITUTO URQUIZA DE ESTUDIOS HISTÓRICOS. UNIVERSIDAD DE BELGRANO, *Homenaje a la Constitución Nacional de 1853 en el sesquicentenario de su sanción*, Buenos Aires, 2003; ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, *El sesquicentenario de la Constitución Histórica*, Santa Fe - Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003; DALLA VIA, Alberto Ricardo, “Itinerario y vigencia de la Constitución Histórica”, colección *Monografías Jurídicas* nro. 153, Buenos Aires, Lexis-Nexis - AbeledoPerrot, 2003. UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES (UCES), *Visiones de una Constitución*, Buenos Aires, 2003, entre otros.

⁴ GARCÍA-MANSILLA, Manuel José y RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del derecho público argentino*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006. PÉREZ GUIHLOU, Dardo, “Las fuentes de la Constitución Nacional”, en el suplemento de *Derecho Constitucional de La Ley*, jueves 15/3/2007, p. 1.

⁵ ALBERDI, Juan Bautista, *Bases*, Buenos Aires, Jackson Editores, 1944.

de instituciones de Derecho Administrativo de origen europeo, principalmente francés, español e italiano. En opinión de Mairal, tal mixtura de fuentes produce incoherencias a la hora de interpretar los derechos y lo aleja del sentido republicano originario.

La réplica de Cassagne se basa en sostener la existencia de instituciones españolas anteriores a la sanción del texto constitucional, destacando inclusive que algunas instituciones hispánicas preceden en el garantismo al derecho anglosajón, como ocurría con los mandatos de seguridad individual del *Justicia de Aragón* y las libertades consagradas en innumerables estatutos forales. En tal “racconto” incluye Cassagne a la Constitución de Cádiz de 1812 entre los antecedentes de las facultades reglamentarias de nuestro Poder Ejecutivo⁶.

Creemos que más allá de los interesantes aportes en materia de solidez de argumentos y de datos históricos tales polémicas enseñan; los mismos se encuentran enredados en la búsqueda de una interpretación coherente, adecuada y democrática; en medio de una gran variedad de fuentes del Derecho que exhibe un país de inmigración y de confluencia de culturas que se da en muy pocos casos con la diversidad de matices que muestra la Argentina.

Tenemos un derecho constitucional de fuente norteamericana, adoptando el sistema presidencialista y el federalismo; sobre el mismo se vuelca el desarrollo de un derecho administrativo que ha abrevado en el contencioso-administrativo francés, por inspiración de Rafael Bielsa, un destacado profesor que había realizado sus estudios en Francia, como lo hacían muchos argentinos en las primeras décadas del siglo XX. El problema que aquí se presenta es que el derecho administrativo debe ser la *letra chica* de los títulos que figuran en la constitución.

Otro tanto ocurre con nuestro derecho civil, que es codificado, y no el *common law* de los anglosajones; incorporándose, por ende, las particularidades de la interpretación cerrada de los textos jurídicos. Se registra una anécdota cuando Dalmacio Vélez Sarsfield redactó el libro primero de su proyecto de Código Civil y le envió una copia a Juan Bautista Alberdi, uno de los juristas más prestigiosos de su tiempo, quien le devolvió el texto.

Con indignación le protestaba que el país que había adoptado la constitución más democrática de su tiempo que era la estadounidense; pretendía tomar como modelo de legislación civil a cuánto código imperial se conocía; refiriéndose en este caso al Código Napoleón, al Código de Prusia y el Esbozo

⁶ MAIRAL, Héctor, “Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2000. CASSAGNE, Juan Carlos, “De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo en el derecho argentino”, *El Derecho serie especial de Derecho Administrativo*, 30/8/2001; “Sobre el origen hispánico del sistema judicialista y de otras instituciones del derecho público iberoamericano y comparado”, *Revista de Derecho Administrativo*, nro. 53, Buenos Aires, julio-septiembre de 2005; *Las fuentes de la constitución nacional y el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007.

del brasileño Freitas; todo ello sin perjuicio de las leyes de Partidas y el antiguo derecho romano.

Si seguimos la enumeración encontraremos la Ley de Enjuiciamiento Civil Española como antecedente de nuestro Código Procesal Civil y Comercial, al Derecho Italiano y Alemán ejerciendo notable influencia en el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, ahora firmemente inclinado por la Ordenanza Procesal Alemana.

Es un hecho, entonces, que exhibimos mezcla de fuentes. Es un hecho también que tal circunstancia origina problemas interpretativos, de modo tal que debe atenderse a la naturaleza de cada institución en cada caso, cuando se esté ante la aplicación de un precedente extranjero, para no realizar una incorporación automática del mismo, sino para adecuarlo al contexto específico del caso aplicable⁷.

El derecho comparado es uno de los recursos fundamentales al que apelan los juristas, toda vez que en el campo de las ciencias sociales carecemos del laboratorio o de los métodos de experimentación propios de las ciencias exactas o de las ciencias naturales; es frecuente por eso que los investigadores de derecho, así como los legisladores y constituyentes recurran a las fuentes de derecho extranjero cuando se trata de implementar nuevas instituciones.

La reforma constitucional de 1994 presentó así la particularidad de que, aun tratándose de un modelo constitucional presidencialista y federalista, de raíz norteamericana; las fuentes extranjeras que más se utilizaran para los artículos que se incorporaron fuesen la Constitución española de 1978 y la Constitución italiana de 1947. La globalización y la universalización del derecho ha llevado también a que en nuestro medio algunos distinguidos juristas propongan la adopción de un Tribunal Constitucional, institución nacida en los sistemas europeos de control de constitucionalidad “concentrado” para un país como la Argentina, donde se practica el control “difuso” a cargo de los jueces.

Por nuestra parte, no creemos que la mixtura de fuentes sea mala en sí misma. A veces es una consecuencia cultural inevitable, como parece ser el caso de la Argentina. Sí, en cambio, compartimos la preocupación del Dr. Mairal sobre una coherencia interpretativa que preserve los valores y principios del texto constitucional y que, por el contrario, no sirva para subvertirlos ni distorsionarlos⁸.

Hay veces, sin embargo, en que la adopción de instituciones de origen jurídico diferente puede ayudar a lograr o a fortalecer los objetivos de la constitución. Así ha ocurrido en la Argentina con la institución del gabinete de ministros, que en opinión de Matienzo era originaria del parlamentarismo más que

⁷ DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

⁸ Véase el prólogo al libro de GARCÍA-MANSILLA, Manuel José y RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana*, Buenos Aires, Virtudes, 2008.

del modelo norteamericano en que no existen los ministros sino simplemente los secretarios para despachar los distintos asuntos de Estado.

El gabinete argentino ha dado pruebas de su gran utilidad en distintos períodos, como durante la presidencia de Marcelo T. de Alvear entre 1922 y 1928, sobre el que hay coincidencia en caracterizarlo el tiempo más próspero de la República. Se decía entonces que el Poder Ejecutivo estaba integrado por ocho presidentes y un secretario general (el presidente) tal era la calidad de los ministros.

Lo mismo podría decirse de distintos instrumentos adoptados por la Constitución argentina que provienen de sistemas parlamentarios. No hemos tenido la oportunidad de conocer su utilidad, ya que su utilización fue distorsionada a favor de la acumulación de poder por parte del Ejecutivo en desmedro de los principios republicanos. Muchas veces la culpa no es de los instrumentos sino de la utilización que se haga de los mismos.

Por eso decimos que, una vez despejado el problema de la interpretación de la diversidad de las fuentes extranjeras sobre la constitución argentina, el debate debe remontarse en la historia a la clásica polémica que sostuvieron Domingo Faustino Sarmiento y Juan Bautista Alberdi durante la segunda mitad del siglo XIX.

Las afirmaciones de Sarmiento en sus inconclusos “Comentarios”, se enmarcan dentro de una aguda polémica con Alberdi que fue tornándose en agria disputa entre antiguos amigos y aliados de causa. Tal disputa tuvo comienzo por una intemperancia de Sarmiento —propia de su temperamento— en el “prólogo” de la Campaña del Ejército Grande, que Alberdi respondió con tono severo, con fina altura intelectual, aunque no menos punzante que su contrincante, en las llamadas “cartas quillotanas” en que respondía a la descalificación sarmientina del texto constitucional de 1853, acusando al sanjuanino de ser “poco versado” y de tener “conocimientos periodísticos”; de donde este último le respondiera escribiendo sus famosos “comentarios”, abundantes en citas constitucionales.

La tenaz oposición de Sarmiento a la Constitución de 1853 se fundaba en su oposición a que Buenos Aires fuese la capital de la República y a que los gobernadores de provincia tuvieran el carácter de “agentes naturales del gobierno federal” que marcaba el anterior art. 107 de la Constitución Nacional (actual 125). Esa oposición fue variando posteriormente, cuando al aceptar la candidatura a diputado nacional por San Juan recomendara públicamente el acatamiento al texto constitucional.

En sus *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, Alberdi refuta los argumentos de Sarmiento expresados en los “Comentarios” a la vez que realiza la crítica de la Constitución Provincial de Buenos Aires sancionada en 1854, por apartarse la misma de la Confederación Argentina.

Fiel a un estilo literario refinado, Alberdi se contrapone al carácter apasionado de Sarmiento, colocándolo en contradicción con sus propios escritos, sobre todo en cuanto a su prédica de fiel seguimiento del modelo federal norteamericano, destacando que el propio sanjuanino, en “Argirópolis” había destacado nuestras distintas características y evoluciones históricas en uno y otro caso.

En cuanto al tema en particular del preámbulo, sostiene que Sarmiento “...confunde constituciones diferentes porque se parecen los preámbulos...”, haciendo notar que los fines allí enunciados no son propios del gobierno norteamericano, sino que se trata de los fines esenciales y únicos de todo gobierno racional posible.

Insiste Alberdi en cuanto a la necesidad de que en la interpretación del texto constitucional se hagan gravitar los antecedentes constitucionales argentinos de la Constitución de 1853, dado que “...tenemos una serie de textos constitucionales proclamados durante la Revolución, que forman nuestra tradición constitucional, y que sin duda alguna han entrado por mucho en la confección de la moderna constitución y deben naturalmente servir a su comentario...”, señalando el siguiente orden de prioridad en las fuentes de interpretación:

- 1º) la historia del país.
- 2º) sus antecedentes políticos.
- 3º) los motivos y discusiones del legislador.
- 4º) los trabajos preparatorios de los publicistas.
- 5º) las doctrinas aplicadas de la ciencia pública.
- 6º) la legislación comparada o la autoridad de los textos extranjeros y sus comentaristas.

Conforme con el criterio expuesto, agrega Alberdi que “la ley extraña debe ser interrogada siempre después de la ley propia y nunca sola con exclusión de otras”; ya que no hay doctrina, sino que hay plagio “cuando no hay generalidad en los textos consultados”. En una palabra, resulta que el rol de la jurisprudencia extranjera en el proceso de organización constitucional es muy delicado, pues “...para disolver la unidad o integridad nacional de la República Argentina, bastaría aplicarle al pie de la letra la Constitución de los Estados Unidos, convirtiendo en Estados a lo que son y fueron Provincias de un solo Estado” de donde, según Alberdi, “para falsear y bastardear la Constitución Nacional de la república Argentina, no hay sino comentarla con los comentarios de la Constitución de los estados Unidos de Norteamérica”⁹.

En los referidos *Estudios sobre la Constitución Argentina*, Alberdi defiende la originalidad del texto. De allí que afirme “...para restablecer la mente de la Constitución Argentina, alterada por esos Comentarios de desorden y anarquía, ha sido escrito el presente libro, en que el autor ha procurado señalar los antecedentes nacionales y propios que han servido para formar la Constitución y deban ser las bases de su jurisprudencia”. Así, al comenzar el capítulo II afirma que, “...En el libro del señor Sarmiento hay dos cosas: hay un comentario y hay un ataque a la Constitución Argentina de 1853...”¹⁰.

⁹ VANOSSI, Jorge Reinaldo A., “La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina”, separata de la *Revista del Colegio de Abogados de San Isidro*, diciembre de 1876.

¹⁰ ALBERDI, Juan Bautista, “Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853”, en *Colección Grandes Escritores Argentinos*, Buenos Aires, Jackson Editores, 1957, cap. V.

“...La República Argentina no ha copiado literalmente (...) su constitución a Estados Unidos. Se ha dado un derecho propio asimilando a él una parte del derecho norteamericano. De las discusiones del Congreso contra papel que han hecho los trabajos auxiliares de los publicistas argentinos en la elaboración del texto. Más que por honor del país, es preciso no oscurecerlos, a fin de que la Constitución tenga abundantes comentarios de su mente propia y genuina...”.

Y en otra parte añade, refiriéndose a los “Comentarios” de Story a la constitución norteamericana: “...el señor Sarmiento pone a un lado la vida anterior de la República Argentina, se apodera del texto desnudo y seco de su constitución reciente; lo sacude, digámoslo así, de sus antecedentes argentinos, y emprende su comentario sin más auxilio que el comentario de la Constitución de Estados Unidos, pudiendo definirse su obra: ‘La Constitución Argentina comentada por el señor Sarmiento con los comentarios de la Constitución de Norteamérica, por José Story’”¹¹. Lo mordaz del párrafo nos exime de todo otro comentario.

Finalmente, y para resaltar la defensa efectuada por Alberdi en su interpretación de la constitución de 1853, citaremos algunos párrafos del capítulo V de sus *Estudios sobre la Constitución...*, donde dice: “...Todo es diferente en las dos constituciones, argentina y norteamericana respecto a la organización del gobierno, por más que la forma federal, que le es común las asemeje al ojo del observador inatento y superficial... Ha resultado de ahí que el Poder Ejecutivo argentino, que forma la facción prominente de la Constitución de 1853, y determina toda su fisonomía, es completamente diferente del Ejecutivo de los Estados Unidos de Norte América. No hay más que colocar uno enfrente del otro y contar sus atribuciones, para ver que se asemejan tanto como un huevo a una castaña. Y así debía de ser. Era nuestro ejecutivo en cierto modo, y en especial respecto de los medios de acción, una especie de reconstrucción del gobierno central que había existido por dos siglos. Mil veces se asemeja al de Chile que al de Estados Unidos, a pesar de la diversidad de nombres; y debía preferirse la imitación de lo que era análogo y adaptable a nuestra condición de colonia española y de habitantes de la América del Sur...”¹².

No caben dudas que esta célebre polémica entre dos personalidades de la talla de Alberdi y de Sarmiento mucho ha contribuido a la interpretación del texto constitucional, habida cuenta de la entrega de pasión e inteligencia que ambos pusieron, desde posiciones opuestas y enfrentadas, en esa patriótica tarea.

De tal polémica se evidencia que la apelación a la “fuente” o “modelo” de la constitución de los Estados Unidos significó adscribir a una corriente modernizadora a partir de las grandes revoluciones, tomando al federalismo como síntesis superadora de las divisiones sangrientas entre “unitarios” y “federales”, tal cual lo había aconsejado Esteban Echeverría y la generación de 1837 y al

¹¹ ALBERDI, Juan Bautista, “Estudios...”, ob. cit.

¹² *Ibidem*, cap. V.

presidencialismo como visión racional de la autoridad carismática que nuestra tradición había reconocido¹³.

La “fuente” o el “modelo”, en tal sentido, no se entendían como una copia, un plagio o la adopción plena, lisa y llana de un determinado sistema institucional, sino la referencia a seguir, sin perjuicio de las propias singularidades¹⁴. Entre tales singularidades que forman parte de nuestros antecedentes constitucionales, y hechas todas las anteriores salvedades, se encuentran también las referencias a la constitución de Cádiz.

2. EL DERECHO ESPAÑOL EN LOS ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES ARGENTINOS

El constitucionalismo español y en general el derecho de España han influido sobre el constitucionalismo argentino. Los hombres del gobierno patrio, así como los autores de los distintos ensayos constitucionales, estaban imbuidos de la doctrina, la legislación y la tradición jurídica hispanas; y la Constitución de Cádiz de 1812 gravitó sobre los aspectos fundamentales de la Constitución que sancionara el Congreso General Constituyente de 1853¹⁵.

Entre las fuentes indirectas se encuentra no solamente la Constitución de España, para Chile de 1833, sino también los antecedentes del constitucionalismo argentino, entre los que se encuentra el estatuto de 1815, el reglamento provisorio de 1817, la Constitución de 1819 y, especialmente la Constitución de 1826 a la que hiciera referencia expresa el Profesor Héctor Gross Espiel en un trabajo destinado a destacar la influencia de la Constitución de Cádiz de 1812 y de la Constitución de las provincias Unidas del Río de La Plata de 1826, en la Constitución uruguaya de 1830, donde destaca el autor que muchas de las disposiciones argentinas del 26 tienen, a su vez, origen en la de Cádiz y esta es la razón por la cual ella, en ciertos casos, aunque de manera indirecta, vuelve a incidir en la uruguaya de 1830¹⁶.

El movimiento liberal de las Cortes de Cádiz se refleja en nuestra legislación desde sus primeros intentos; y a través de ellos, en nuestra Constitución de 1853. El 20 de abril de 1811 se dictó un decreto sobre la libertad de imprenta sin censura previa, inspirado abiertamente en el sancionado por las Cortes el 10 de

¹³ ECHEVERRÍA, Esteban, *Dogma socialista*, Buenos Aires, W. Jackson Editores, 1944.

¹⁴ FAYT, Carlos S., *Fuentes de la Constitución Argentina* con prólogo del Dr. Eduardo J. Coll, Buenos Aires, Librería Editorial Deauville, 1943.

¹⁵ RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, “Génesis del constitucionalismo argentino”, JA 1962-VI, Sección doctrina.

¹⁶ GROSS ESPIEL, Héctor, “La Constitución de Cádiz de 1812, la Constitución del reino de Portugal de 1822, la Constitución del Imperio del Brasil de 1824 y la Constitución argentina de 1826 como precedentes de la Constitución uruguaya de 1830”, en *La Constitución de Cádiz de 1812. Hacia los orígenes del constitucionalismo Iberoamericano y Latino*, Actas del I Simposio Internacional, Cádiz 24 al 26 de abril de 2002, Coordinador Académico Asdrúbal Aguiar, Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, 2004.

noviembre de 1810; los principios democráticos en él contenidos, han pasado a la Constitución vigente, que los consagra en su art. 14¹⁷.

El 24 de octubre de 1812, el Segundo Triunvirato convocó a una Asamblea General Constituyente para establecer “la organización general del Estado”. El 4 de noviembre, el Triunvirato encomendó a una Comisión Oficial un proyecto de Constitución, que oportunamente sería sometido a la Asamblea; en enero de 1813, el trabajo estaba terminado y presentado.

Contemporáneamente, la Sociedad Patriótica, centro político de tendencia *morenista*, elevó a consideración del gobierno otro proyecto de Constitución, que el Triunvirato también remitió a la Asamblea. Y como para dar pruebas del interés general, que existía, se redactó un tercer proyecto, anónimo. Ninguno de ellos mereció la sanción de la Asamblea.

Nuestro incipiente constitucionalismo se había embebido de las enseñanzas de las Cortes de Cádiz; a fines de 1811, habían llegado al Río de la Plata el proyecto de Constitución española y los fundamentos de Comisión redactora¹⁸. La influencia gaditana, confirmada luego por los proyectos de Constitución presentados, se destaca en la Asamblea desde un primer momento. En efecto, el decreto de instalación de la Asamblea General Constituyente, del 31 de enero de 1813, es copia del de la instalación de las Cortes.

El 10 de marzo de 1813 la Asamblea sancionó su Reglamento sobre inviolabilidad de los diputados, tomado del Reglamento de las Cortes, del 27 de noviembre de 1810, siendo este último el fundamento del art. 128 de la Carta de 1812.

Los principios que sustentan estos reglamentos, estableciendo la inviolabilidad de los diputados y que “no pueden intentarse contra ellos acción, demanda ni procedimiento alguno en ningún tiempo y por ninguna autoridad, de cualquier clase que sea, por sus opiniones y dictámenes”, han pasado a la Constitución nacional, que los adoptó con la misma amplitud. Nuestra Constitución se apartó, en cuanto a la inmunidad de los diputados, de la Carta norteamericana, superando a esta en el alcance de esas garantías¹⁹.

Siguió, en cambio, el modelo español, que se adaptaba mejor a las peculiaridades de nuestra política y a los antecedentes históricos sobre la institución, otorgando ese privilegio con generosa amplitud, de modo tal que los congresales no puedan ser molestados por sus opiniones “en ningún tiempo y por ninguna autoridad”; o como dice el art. 60 de la Constitución: “Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador”.

¹⁷ Conf. GONZÁLEZ, Julio V., *Filiación histórica del gobierno representativo argentino*, t. II, pp. 404 y 408. Buenos Aires, La Vanguardia, 1937-38.

¹⁸ Conf. SECO VILLALBA, José A., *Fuentes de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1943, p. 44.

¹⁹ GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, “Privilegios parlamentarios. Inmunidad de la opinión”, JA 1962-I, Sección doctrina, p. 62.

De los tres proyectos presentados a la Asamblea del ario XIII, el de la Comisión Oficial es el que sigue más fielmente el espíritu y la letra de la Constitución española de 1812. Así, el capítulo IV se inspira en el capítulo III (“Del gobierno”) del título II de aquella; también sigue casi al pie de la letra el complicado sistema de elección indirecta implantado en España; y en España están inspirados los artículos referentes a la ciudadanía.

También establece la supremacía de la religión católica, pero superando el precedente que prohibía el ejercicio de cualquier otra (art. 12), dispone que ningún habitante puede ser molestado por opiniones religiosas. Siguiendo el ejemplo de los decretos dictados en la Isla de León, se establece que el Poder Ejecutivo estará a cargo de un Triunvirato, institución existente en nuestro país desde 1811.

Otra institución adoptada por el proyecto de la Comisión oficial es el Consejo de Estado, formando por diez personas, una por cada provincia, de reconocidos méritos, orden e ilustración. Al igual que el rey en España, el Triunvirato debía oír el dictamen del consejo en todos los asuntos graves de gobierno y en los proyectos de leyes.

En ambas Constituciones tiene intervención directa en la provisión de judicaturas y cargos eclesiásticos. Nuestro país aceptó oficialmente la institución del Consejo, por el Estatuto provisional del 26 de enero de 1814, actuando como asesor del director supremo; pero el Estatuto provisional del 5 de mayo de 1815 lo suprimió. Alberdi, en su proyecto de Constitución, criticó duramente este instituto, considerándolo un contrapeso embarazoso a la acción del Poder Ejecutivo.

Pero la figura más importante, adoptada de la Constitución de Cádiz, es el Ministerio, que pasará, a través de las Constituciones de 1819 y 1826, a la Carta de 1853, dándole características peculiares a nuestro constitucionalismo; como bien dice el distinguido tratadista uruguayo Alberto Demicheli, “estamos frente a un antecedente jurídico fundamental”²⁰.

Todos estos principios fueron tomados por el proyecto de la Comisión Oficial, en su capítulo XX, introduciendo así en nuestro constitucionalismo una institución que lo separa del modelo norteamericano, netamente presidencialista, para colocarlo en el camino de los gobiernos parlamentarios europeos. Esa institución es el refrendo y la responsabilidad personal de los ministros. De ahí que Demicheli sostenga que entre los dos sistemas de gobierno típicos el presidencialista o representativo y el parlamentario el argentino configura un régimen propio, no coincidente con aquellos, y que él denomina “intermedio”, “ecléctico” o “mixto”²¹.

El refrendo obligatorio por parte de los ministros, para dar validez a los actos presidenciales, y la responsabilidad por los actos que legalizan, unidos a

²⁰ DEMICHELI, Alberto, *Formación constitucional rioplatense*, Montevideo, Barreiro y Ramos, 1955, t. I. p. 189.

²¹ *Ibidem*, p. 407.

la facultad de interpelación, que estudiaremos más adelante, hizo ver a los estudiosos un “aire parlamentario” en nuestra Carta Magna de 1853²².

Esas instituciones fueron posteriormente recogidas por la Constitución de 1853, incorporándose así a nuestro constitucionalismo; los arts. 87, 88, 90 y 92 dan fe de ello²³. El sistema del Poder Ejecutivo que implantó la Carta norteamericana queda así modificado totalmente. El ejemplo viene de Cádiz, a través de los proyectos de 1813, que se desarrollan luego en los fallidos intentos de 1819 y 1826.

La Constitución de los Estados Unidos, como es sabido, nada establecía respecto a los ministros. Solo una breve referencia: “El presidente... podrá exigir la opinión escrita del funcionario principal de cada departamento ejecutivo, sobre cualquier asunto que se relacione con los deberes de sus respectivos puestos...” (art. II, “Del Poder Ejecutivo”, sección segunda).

No existe allí necesidad de refrendar ni responsabilidad de los ministros, salvo la propia de todo funcionario; la sola firma del presidente basta. Por ello, la organización de nuestro Ejecutivo difiere notablemente de la del país del norte, siendo sus disposiciones constitucionales profundamente divergentes en esta materia; de ahí que “seguir a los Estados Unidos en la interpretación de las funciones ejecutivas es apartarse de la letra y el espíritu de nuestras leyes constitucionales y de nuestra propia idiosincrasia”²⁴.

A tal punto quedó modificado el Ejecutivo presidencialista norteamericano por la influencia del parlamentarismo español de 1812, que un insigne constitucionalista argentino llegó a sostener que el Poder Ejecutivo es desempeñado en la República Argentina por el presidente de la Nación y sus ministros²⁵.

La influencia gaditana se hace notar, además, en la responsabilidad de los ministros frente al Parlamento, consagrada por la Constitución: de 1853. Si bien el presidente de la Nación tiene por sí solo la atribución de nombrar y remover a

²² POSADA, Adolfo, *La República Argentina*, Madrid, V. Suárez, 1912, cap. VII, Sección VII.

²³ Dicen estos artículos: “Art. 87.— Ocho ministros secretarios tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia. Una ley especial deslindará los ramos del respectivo despacho de los ministros”. “Art. 88.— Cada ministro es responsable de los actos que legaliza; y solidariamente de los que acuerda con sus colegas”. “Art. 90.— Luego que el Congreso abra sus sesiones, deberán los ministros del despacho presentarle una memoria detallada del estado de la Nación, en lo relativo a los negocios de sus respectivos departamentos”. “Art. 92.— Pueden los ministros concurrir a las sesiones del Congreso y tomar parte en sus debates, pero no votar”.

²⁴ DE VEDIA Y MITRE, Mariano, *El gobierno del Uruguay*, Buenos Aires, Co-operative Editorial, 1919, p. 16. Ver también MATIENZO, José Nicolás, *Remedios contra el gobierno personal*, Buenos Aires, Librería Anaconda, 1931.

²⁵ Conf. MATIENZO, José Nicolás, *Lecciones del derecho constitucional*, Buenos Aires, Juan Roldán y Ca., 1926, pp. 415 y 416. Véase sobre el particular: LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, Alfa, 1953, t. IX, pp. 263 a 267; GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Estrada, 1980, pp. 250-253.

los ministros del despacho (art. 86, inc. 10, CN), estos también son responsables ante el Parlamento. En efecto, los ministros pueden ser destituidos por el Senado de la Nación por medio del juicio político, previa acusación de la Cámara de Diputados y, en su caso, inhabilitados de desempeñar cualquier otro empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación (arts. 45, 51 y 52, CN).

Y esa sanción puede ser aplicada por el Congreso, aun contra el deseo y la voluntad del presidente, que deberá acatar el fallo. Institución típica del sistema parlamentario, que confirma el carácter “intermedio” de nuestro, alejándolo de la Carta norteamericana.

El enjuiciamiento de los secretarios de Estado está previsto en los arts. 226 y 228 de la Constitución de Cádiz, si bien la decisión de la causa le correspondía al Tribunal Supremo de Justicia (art. 229), diferencia lógica, ya que en España existía el sistema de una sola Cámara, a diferencia del nuestro que es bicameral; las Cortes, encargadas de considerar la necesidad de la formación de la causa y de hacer la acusación, no podían constituirse también en juez del acusado. El trasplante y adaptación a nuestro constitucionalismo vino a través de los proyectos del año XIII.

La adopción de algunos de esos principios también se nota en el tercer proyecto de Constitución presentado a la Asamblea General Constituyente del año XIII, que lleva por fecha el 27 de enero de 1813, y cuyo autor o autores no se conocen hasta el presente. El sistema electoral y la organización ministerial coinciden con el proyecto de la Comisión Oficial, pero introduce otra institución del sistema parlamentario español, la interpelación²⁶, estableciendo que los secretarios de Estado asistirán al Congreso cuando fueran llamados, debiendo informar de todo lo que se les pregunte y dando su dictamen cuando la Sala lo exigiera.

Por su parte, el art. 125 de la Constitución de Cádiz establecía que “en los casos en que los secretarios del despacho hagan a las Cortes algunas propuestas a nombre del rey, asistirán a las discusiones cuando y del modo que las Cortes determinen, y hablarán en ellas; pero no podrán estar presentes a la votación”. Y la Constitución de 1853, en su art. 63, establece: “Cada una de las Cámaras puede hacer venir a su Sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes”.

También el tercer proyecto reproduce el capítulo referente a la formación de las leyes del proyecto de la Comisión Oficial. La influencia en ambos proyectos de la Constitución española es evidente, sobre todo en lo concerniente al procedimiento a observarse para la sanción de las leyes en cada Sala, procedimiento no previsto en la Carta norteamericana y que el código gaditano reglamentó especialmente en el capítulo VIII del título III.

Seco Villalba, al estudiar la influencia de las Constituciones norteamericana y española sobre los proyectos del año XIII en esta materia, dice que “la combinación de ambas —norteamericana y española— completan satisfacto-

²⁶ Conf. DEMICHELI, Alberto, *Formación...*, ob. cit., t. I, p. 428.

riamente el asunto”; y agrega: “Los arts. 68 a 73 de la Constitución de 1853 reconocen este origen”²⁷.

Si bien la influencia gaditana fue allí mucho más restringida, también en el proyecto de la Asociación Patriótica se adoptaron algunas de sus disposiciones, tales como el art. 12, referente a la religión; el art. 22 que exige el requisito de saber leer y escribir para ser ciudadano; y el art. 24, sobre pérdida y suspensión de la ciudadanía.

3. EL MODELO ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El art. 38 de la Constitución española establece que “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

Seguidamente, el art. 40.1 prevé que 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”.

Conforme al art. 45.3, “...los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

Dentro del mismo cap. III del Tít. I (“De los principios rectores de la política social y económica”), el art. 51.a establece: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

Finalmente, en el Tít. VII (“Economía y hacienda”), tras al principio general del art. 128, “toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”, se contienen distintos preceptos de contenido jurídico.

Si sintetizamos tales preceptos podemos concluir, siguiendo a Ramón Entrena Cuesta, que la Constitución española, en orden al sistema económico, consagra los siguientes principios²⁸:

1) Libertad de empresa y economía de mercado, junto con el reconocimiento de la propiedad privada y de la herencia, así como de la libertad de elección de profesión, que, concebida esta última en un sentido amplio, no hay

²⁷ SECO VILLALBA, José A., *Fuentes...*, ob. cit., p. 68.

²⁸ ENTRENA CUESTA, Ramón, “El modelo económico de la Constitución española”, tít. II, “El principio de libertad de empresa”, en GARRIDO FALLA, Fernando (dir.), *Estudios*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Económicos (IEE).

por qué restringir a las tradicionalmente llamadas profesionales liberales, sino que puede entenderse comprendida en ella la libre elección de profesiones mercantiles o industriales.

La libre empresa se ejerce, con la garantía y protección de los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

2) Política de estabilidad económica, atendiendo especialmente al pleno empleo. En este marco, los poderes públicos han de promover “condiciones favorables” para el progreso social y económico y la distribución más equitativa de la renta, personal y regional.

3) Utilización racional de los recursos naturales en orden a la calidad de vida y el medio ambiente.

4) Defensa de los consumidores, de los legítimos intereses económicos de los mismos.

5) Iniciativa pública en la actividad económica.

6) Posible reserva al sector público, de recursos o servicios esenciales.

7) Participación en la empresa.

8) Modernización y desarrollo de todos los sectores económicos.

9) Planificación de la actividad económica general.

El autor que citamos, en una obra dirigida por Fernando Garrido Falla²⁹, se pregunta si la concurrencia de todos esos principios recién enumerados da un carácter puramente “nominal” o “formal” a la libertad de empresa o economía de mercado, para consagrar, en realidad, un régimen o sistema mixto, integrado por elementos procedentes tanto de la economía de mercado como de la economía centralizada o dirigida desde el centro.

La respuesta a ese interrogante debe ser negativa en tanto la Constitución española ha sido encuadrada en el modelo de “economía social de mercado”, que, como dice Muller-Armack, no es una forma intermedia entre capitalismo y socialismo (en sentido estricto, originario), sino que integra un sistema de competencia económica —como unidad de gestión, de actuación y comportamiento, que vincula la libertad de la competencia con la garantía de la propiedad privada y de la libre iniciativa empresarial— con el proyecto social; este modelo de economía social de mercado es el que, en realidad, consagra la Constitución española, lo que ocurre es que en un sistema de este tipo, no se cierra la vía, ni mucho menos, a ciertas actuaciones estatales.

Así, García Pelayo afirma que el mantenimiento y reproducción del sistema neocapitalista depende del cumplimiento de unas funciones estatales destinadas globalmente a la dirección y regulación del proceso económico nacional, entre las que cabe mencionar las siguientes: 1) la planificación; 2) las políticas coyunturales destinadas a prever o neutralizar las crisis; 3) el apoyo logístico: medios de comunicación, investigación, política educativa, infraestructura. Ad-

²⁹ ENTRENA CUESTA, Ramón, “El modelo...”, ob. cit.

viértase que todas estas funciones estatales, que inciden de modo global sobre el proceso económico, las concibe García Pelayo como necesarias para el sistema neocapitalista³⁰.

4. EL DERECHO AL AMBIENTE

El art. 41 introducido en el plexo de la Constitución por el constituyente argentino de 1994 dice:

“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”.

“Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, ya la información y educación ambientales”.

“Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, ya las provincias, las necesarias para complementarias, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”.

“Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

La consagración constitucional de un derecho a un medio ambiente sano y equilibrado fue uno de los temas de mayor interés para los convencionales constituyentes de 1994, como lo demuestran los ciento veinticuatro (124) proyectos presentados. Ese interés refleja una tendencia mundial de conciencia ecológica que está plasmado en numerosos documentos internacionales y constituciones nuevas, como las sancionadas en muchas provincias argentinas. Las encuestas de opinión, publicadas en tiempos en que sesionaba la Convención en Santa Fe, colocaban al tema ambiental al tope del *ranking* de preferencias ciudadanas por los temas tratados, de modo tal que la cantidad de iniciativas reflejaron, al mismo tiempo, una interpretación de la voluntad ciudadana.

Es importante la delimitación de competencias, en sentido vertical (utilizando la terminología de Loewenstein), es decir, entre la Nación y las provincias; la solución propuesta por el constituyente no define el problema, y, lejos de esto, deja abierto el camino a que se presenten conflictos jurisdiccionales, toda vez que el dominio originario de los recursos naturales es de las provincias y estas ejercitan, además, el poder de policía en materia de salubridad. La incorporación de una categoría extraña al derecho público argentino, como lo es introducir una ley de “bases” o de “presupuestos mínimos”, se contrapone

³⁰ GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones en el Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 1990, pp. 73 y 74.

a la distribución de competencias del federalismo argentino, asentada Sobre la clásica partición entre leyes “de fondo” y “de forma”.

Todas estas “cuestiones pendientes” que resultan del texto introducido por la reforma de 1994, nos indican que, en definitiva, el mayor aporte del art. 41 ha sido el principio declaratorio del derecho a un medio ambiente sano y equilibrado para las generaciones presentes y futuras. Este aporte tiene valor relativo si se tienen en cuenta las declaraciones internacionales firmadas por nuestro país y los tratados de derechos humanos que han sido incorporados, con jerarquía constitucional, por la propia reforma en el art. 75, inc. 22.

La problemática del derecho ambiental ha aparecido con gran fuerza en nuestro medio, siguiendo una tendencia mundial, materializada en distintos tratados internacionales, como la Declaración de Estocolmo (1972), que reconoció, en su primer principio que “el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna, gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”; la Convención de Basilea (1989) mediante la cual las partes manifestaron en el Preámbulo que “conscientes de que los desechos peligrosos y otros desechos y movimientos transfronterizos pueden causar daños a la salud humana y al ambiente...”; la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) que proclamó en su primer principio que “...Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza...”, entre otros.

La propicia Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la ley 23.054 (BO 27/3/1984), en su art. 22, ap. 2, inc. b), protege el derecho a la salud pública, pudiendo considerarse en este caso, en sentido amplio, que el derecho ambiental se encuentra comprendido en ese contexto. Esa fue precisamente la interpretación que en Europa realizó la doctrina italiana, al considerar la aplicación de la política ambiental como reglamentación del derecho a la salud previsto en el art. 2º de su Constitución³¹.

El art. 148.1.9, Constitución española, establece que las comunidades autónomas podrán asumir competencias de “gestión en materia de protección del medio ambiente”; en tanto que por el art. 149.1.23, el Estado tiene atribuida la competencia exclusiva en materia de “legislación básica” sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección.

Así, el Estatuto catalán, en su art. 10, señala que “en el marco de legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establece,

³¹ El análisis de este problema fue realizado por los constitucionalistas italianos en el Congreso de la Asociación Italiana de Constitucionalistas de 1990.

corresponde a la Generalitat el desarrollo legislativo y la ejecución de las siguientes materias: ...b) protección del medio ambiente sin perjuicio de las facultades de la Generalitat para establecer normas adicionales de protección”. Por su parte, el Estatuto vasco, prescribe en su art. 11: “Es competencia de la comunidad autónoma del país vasco el desarrollo legislativo y la ejecución dentro de su territorio de la legislación básica del Estado en las siguientes materias: a) medio ambiente y ecología...”.

Antonio E. Pérez Luño³² puntualiza las siguientes características del régimen constitucional español en la materia:

1) No se da un conflicto de competencia exclusiva sobre medio ambiente, sino que se atribuyen competencias de distinto grado al Estado (legislación básica) y a las comunidades autónomas (desarrollo legislativo y gestión).

2) Aparte de esta distribución inicial de competencias, le corresponde al Estado una residual y supletoria en todos aquellos aspectos relacionados con el medio ambiente que no hayan sido desarrollados por las comunidades autónomas en sus estatutos (art. 149, 3). Con lo que se ha pretendido evitar posibles vacíos o lagunas.

3) Al Estado le corresponde también la consideración de las normas de las comunidades autónomas aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de estas, cuando así lo exija el interés general (art. 150, 3). La atribución de estas competencias es fundamental para evitar posibles antinomias y garantizar el principio de coherencia normativa que es requisito indispensable de la seguridad jurídica.

Uno de los caminos de acercamiento para superar enfrentamientos de posiciones que ya señalamos es el de las “leyes marco” o “leyes convenio” entre la Nación y las provincias, o bien entre las provincias entre sí en la construcción de un “federalismo de coordinación” o “federalismo cooperativo” por el que tanto suele bregar con gran criterio el Dr. Pedro J. Frías.

Nuestro sistema constitucional abre las posibilidades al respecto en la nueva formulación dada al art. 41, aunque plantea conflictos con la última parte del art. 124, que reivindica el dominio provincial de los recursos naturales. Creemos que la solución debe buscarse por el lado del “federalismo de concertación”.

Entendemos que dicha concertación, que exigiría un tratado entre la Nación y las provincias o una “ley convenio”, debería tratar sobre materias concurrentes, pero no sobre aquellos poderes que originariamente son de las provincias. Actuar de manera distinta significaría alterar competencias constitucionales que son por su naturaleza indispensables por acuerdo de partes, conforme lo ha señalado en reiteradas oportunidades el DI. Germán J. Bidart Campos.

De tal modo, las normas nacionales deben limitarse a establecer “presupuestos mínimos”, los que en general se refieren a consideraciones de orden téc-

³² PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 13ª ed., Madrid, Tecnos, 1984.

nico como índices de contaminación, etc. En esta materia, el Congreso Nacional sancionó la Ley General del Ambiente 25.675.

5. EL MODELO DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

La reforma constitucional de 1994 originó un intenso debate en lo referido a la etapa “preconstituyente”, si se utiliza la terminología introducida por Sánchez Viamonte para designar al procedimiento de declaración de “necesidad de la reforma” por parte del Congreso de la Nación, conforme lo señalado por el art. 30 de la Constitución Nacional; cuestiones que fueron subsanadas jurídicamente y en parte superadas políticamente por los hechos posteriores, de una etapa constituyente reformadora que cumplió a ritmo regular y puntual el objetivo de reformar la Constitución histórica de 1853/60.

La Convención sesionó en la ciudad de Santa Fe, realizándose los actos de inauguración y de clausura, como así también algunas reuniones de comisiones en la ciudad de Paraná; se cumplió el plazo previsto y la Constitución reformada fue sancionada antes de los noventa días, y fueron tratados todos los temas previstos por la ley 24.309, tanto los del llamado “núcleo de coincidencias básicas” (art. 2º) como los llamados temas “habilitados” (art. 3º). El 24 de agosto de 1994 tuvo lugar en Concepción del Uruguay la jura de la Constitución de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Se trató, por lo tanto, de un caso de ejercicio del poder constituyente reformador o derivado³³.

De todos los proyectos y antecedentes de reforma, los que más se han reflejado en la labor constituyente fueron los de la Reforma Transitoria de 1972 y los “Dictámenes” del denominado “Consejo para la Consolidación de la Democracia”³⁴.

Del primero se reflejan distintas formulaciones de técnica legislativa en cuanto al difundido objetivo de “modernizar las instituciones”, prolongando las sesiones del Congreso, promoviendo el trabajo en comisiones; como así también la propuesta de fijar el mandato del presidente y vicepresidente de la Nación en cuatro años, con una sola reelección; la elección directa del presidente y los senadores, la elección de un tercer Senador por la minoría, etc.

Por su parte, se desprende de los “Dictámenes” del Consejo para la Consolidación de la democracia, la idea de morigerar el exceso de poder presidencial, con cierta tendencia a “parlamentarizar” el sistema, a través de la incorporación de un “Ministro Coordinador” que, además de ejercer algunas funciones espe-

³³ DALLA VIA, Alberto R., *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma constitucional de 1994*, 2ª ed., La Plata, Librería Editora Platense, 1996, capítulo preliminar “Balance de la Reforma constitucional”, p. 5.

³⁴ El Consejo para la Consolidación de la Democracia fue creado por el decreto 2446/85, bajo la coordinación del Dr. Carlos S. Nino. Publicó dos dictámenes sobre la reforma Constitucional. El “tercer dictamen”, referido a los temas económicos, quedó sin publicar.

cíficas en materia administrativa, presupuestaria, etc. Acerque, articule y haga más funcional la relación entre los poderes.

Se observa también, en ese sentido y de acuerdo con el mismo antecedente, el interés de darle un rol especial al Senado en la iniciativa de algunos proyectos que tienen que ver con la materia federal (coparticipación, art. 75 inc. 2º; desarrollo territorial armónico, art. 75 inc. 19), así como otros temas que también fueron considerados en el proyecto mencionado como el Consejo de la Magistratura, la Defensa del Medio Ambiente, etc.

En los contenidos de ambos proyectos, y en su posterior cristalización en el texto de la Constitución reformada, aparecen los principales contenidos teológicos que la reforma ha presentado en distintas formulaciones, tales como: la necesidad de modernizar y agilizar el funcionamiento de las instituciones; fortalecer los mecanismos de control del poder, delimitando las funciones; atenuar los excesos del presidencialismo hegemónico; instrumentar la inserción internacional de la Argentina; fortalecer el federalismo; etcétera.

La reforma constitucional de 1994 ha sido muy rica en la incorporación de principios ideológicos. El catálogo de derechos declarados, y de garantías, se ha ampliado apuntando al valor de la “solidaridad”. La “participación” es otro de los valores afirmados, haciendo a la Constitución más democrática. Ha afirmado también el constituyente un concepto más social y material de la igualdad, que viene a completar el concepto de igualdad formal del art. 16 con un nuevo criterio interpretativo, cual es el de la “igualdad de oportunidades” que aparece repetido en distintas partes del texto y en la consagración de “acciones positivas” que tendrá a su cargo el Estado para combatir toda forma de discriminación (art. 75, inc. 23).

El “tono” general de la reforma, en lo ideológico, se ha corrido más hacia la afirmación de principios del Estado social que del constitucionalismo liberal. El ingreso de una cantidad de principios que no estaban expresamente consagrados en el texto se da por la cantidad de tratados internacionales que pasan a tener “jerarquía constitucional” (art. 75, inc. 22) y que, por la época en que dichos tratados fueron suscriptos, se enmarcan claramente en la etapa del constitucionalismo social de posguerra y anterior a la crisis mundial del petróleo que trajo también aparejada la crisis del Estado social de Derecho.

Resulta también paradójico que estos principios hayan sido afirmados por el constituyente en pleno tiempo de “ajuste” hacia un pretendido modelo de Estado “neoliberal”. No hay, en cambio, en la reforma reciente ningún artículo que proclame la libertad económica ni la economía de mercado.

No aparece un “programa constitucional” como exhibió la Constitución histórica, no aparece el *telos* ni el “modelo” del texto constitucional, por el contrario, y como dijimos al principio, hay muchos aspectos fundamentales que quedaron sin definirse y con el riesgo, potencial o real, de que eso pueda ocurrir.

Los dos principios incorporados que tienen más importancia en materia económica son el derecho al medio ambiente (art. 41) y la integración eco-

nómica latinoamericana (art. 75, inc. 24), por su inevitable repercusión, tanto en los derechos económicos como en los principios orientadores de la política económica.

De estos principios, y de otros que consagran los derechos de usuarios y consumidores (art. 42), así como la posibilidad de ejercitar la acción de amparo contra los titulares de servicios públicos privatizados (art. 43), se desprende —aunque no esté claramente dicho— que se propugna un modelo de competencia, dentro del cual cabe al Estado un rol regulador para que el mercado funcione.

Pero el “núcleo” ideológico de la reforma está en el inc. 19 del art. 75, ubicado a continuación de la “cláusula del progreso” (ex art. 67, inc. 16). La nueva norma se ha dado en llamar “cláusula del nuevo progreso”³⁵ o “cláusula del progreso económico y social”³⁶, donde se establecen como valores fundamentales a “proveer” por la legislación: “...al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento...” (párr. 1º).

El término “desarrollo humano” aparece repetido en otros artículos y debe vincularse con la interpretación dada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en tanto se toma al denominado índice de desarrollo humano (IDH) para medir el grado de avance de los países, con parámetros que no solo contemplan el crecimiento económico, sino también los niveles de educación, de ocupación, de vivienda, de cultura, etcétera. En ese mismo sentido, el término “progreso económico” se diferencia del mero crecimiento económico; mientras aquel marca simplemente diferencias en el producto bruto, en tanto el “progreso” denota una idea de avance en una dirección ética predeterminada³⁷.

El segundo párrafo plantea el objetivo del equilibrio territorial en los siguientes términos: “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. Para estas iniciativas el Senado será Cámara de origen”.

En materia de educación se establece: “...Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad

³⁵ DALLA VIA, Alberto R., *Constitución...*, ob. cit.

³⁶ Ver *Constitución de la Nación Argentina*, con prólogo de Néstor Sagüés, Buenos Aires, Depalma, 1994.

³⁷ Sobre el tema véase DALLA VIA, Alberto R., *Transformación económica y seguridad jurídica*, 2ª ed., La Plata, Platense, 1996.

de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales” (párr. 3º).

Y finalmente: “Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales” (últ. párr.).

Es de destacar también que la reforma se ha basado en antecedentes diferentes a los que tuvo por vista la “Constitución histórica”. Resulta obvio señalar que el constituyente no tuvo por base documentos similares a las Bases ni al Proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi; la reforma de 1994 tuvo principalmente en cuenta, entre otros documentos, a los “Dictámenes” del denominado Consejo para Consolidación de la Democracia y a la “reforma provisoria de 1972” impulsada por un gobierno de facto³⁸, que pusieron el acento en la atenuación del “hiperpresidencialismo”, el primero, y en la agilización de las funciones del Congreso, el segundo; entre otros importantes aspectos.

Pero el dato más importante a destacar en este sentido es que la Constitución histórica recibió en su interpretación la influencia del constitucionalismo estadounidense por vía de la jurisprudencia de la *Supreme Court* y por los escritos doctrinarios, especialmente los recopilados en *El Federalista* por Madison, Hamilton y Jay. No pocas veces se ha afirmado que la Constitución argentina había sido “vaciada” sobre los moldes de la norteamericana, tema que fue objeto de una aguda polémica entre Alberdi y Sarmiento. La influencia de la jurisprudencia norteamericana sobre nuestra Corte Suprema ha sido muy importante y en muchos temas han seguido líneas paralelas, como ha ocurrido, por ejemplo, con la doctrina del “poder de policía”.

La reforma de 1994 estuvo, en cambio, muy influida por el constitucionalismo europeo en el diseño de las nuevas instituciones propuestas (ej.: defensor del pueblo, nuevas garantías, etc.) y entre estas, ha tenido una marcada influencia la Constitución española de 1978 que ha servido de base y modelo para la redacción de distintos artículos. En ese sentido, mientras la bicentenario Constitución norteamericana adscribe al liberalismo individualista, la Constitución española, una de las más recientes de Europa, proclama un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1).

No solo se reformó una cantidad importante de artículos y se agregaron nuevas disposiciones, sino que también se ha modificado el “lenguaje”, el estilo claro y abierto que caracterizaba a la norma fundamental que habían redactado Benjamín Gorostiaga y Juan María Gutiérrez, principalmente. Estas razones han hecho frecuente el uso de la expresión “nueva Constitución” y nos lleva a planteamos si se trata de una Constitución nueva o reformada. Para nosotros está claro que debe hablarse de la “Constitución reformada”, no solamente porque se trató de un caso de ejercicio de poder constituyente derivado (art. 30,

³⁸ Ver DALLA VIA, Alberto R., *Constitución...*, ob. cit., “Introducción (Balance de la reforma)”.

CN), sino porque expresamente fue jurada la Constitución Nacional de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Legitimándose la reforma de 1957 y excluyendo la de 1949.

Para nosotros no se trata solamente de una cuestión terminológica. En efecto, según se trate de una u otra cosa, cambiará la interpretación de la misma. Si se tratara de una constitución “nueva”, debiera centrarse la interpretación en los nuevos principios incorporados, en tanto que, tratándose, como es el caso, de la Constitución histórica reformada, los nuevos principios deben interpretarse a la luz de los primeros y buscando el sentido que los complementa y adapte sin perder la dirección original. Esta otra razón nos reafirma aún más en el criterio de interpretar que estamos ante una norma reformada y no ante una norma nueva.

Dicho todo esto, y tomando como premisa el carácter “liberal” de la Constitución de 1853, con algún ingrediente “social” proveniente de la reforma constitucional de 1957 y una influencia “católica tradicional” si aceptamos la posición de Sagüés de acuerdo con lo ya analizado; corresponde ahora determinar cuál es la ideología predominante en nuestra Constitución Nacional después del paso del constituyente de 1994, con su impronta aún más social, afirmadora del concepto de “desarrollo humano” de la “justicia social” y de la “igualdad real de oportunidades”, al tiempo que consagrar un derecho constitucional al “ambiente sano y equilibrado para las generaciones actuales y futuras” (art. 41) determina una componente ecológica que no solo es obligación del Estado sino también, y fundamentalmente, una postura ética. El pensamiento católico tradicional, por su parte, parece haber sufrido un retraimiento al eliminarse el requisito confesional para ser presidente de la Nación y al haberse desarrollado una “moral pública” no necesariamente identificada con el cristianismo.

Cabe preguntarse, ¿cuál es, entonces, actualmente el ideario constitucional argentino? ¿Cuáles son los principios dominantes entre tanta confluencia de ideas? Creemos que, si bien la respuesta debe buscarse en los principios expresados en el texto constitucional, ellos no deben independizarse de una realidad circundante, de carácter sociológico, según gusta de decir Bidart Campos, y que abarca la experiencia histórica, las preferencias sociales y el sentimiento colectivo. Por todas las razones expuestas, bien puede concluirse, a nuestro juicio, que el “constitucionalismo social” resalta en la Constitución argentina.

Pero es de advertir que el término no debe interpretarse bajo el estigma de izquierdas o derechas, superadas por la historia y las mismas realidades, como bien lo enseñara Norberto Bobbio³⁹. Por el contrario, en la Constitución argentina, el constitucionalismo social solo se entiende dentro, y no fuera, de la economía de mercado, como una continuidad “racional” del Estado liberal, reiterando lo expresado por Vanossi⁴⁰. De ese modo, el constitucionalismo so-

³⁹ BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Colección “Política y Derecho”, México, Fondo de Cultura Económica.

⁴⁰ VANOSSI, Jorge, *El Estado...*, ob. cit.

cial argentino es una síntesis del pensamiento constitucional que no contradice ni desecha los principios liberales, sino que los afirma en el sentido del nuevo Estado: el modelo de competencia.

Pocas dudas pueden haber sobre la afirmación en cuanto que el constitucionalismo se encuentra ligado al sistema capitalista. No solo por sus orígenes, sino también porque el muro de Berlín ha caído, y con él, también, las utopías que pretendieron alejar al desarrollo económico de su intrínseca relación con el Estado de Derecho. Ya Maurice Duverger había señalado, años atrás, que era la economía de mercado la que se correspondía con el sistema democrático, al priorizar, ambos, la libertad⁴¹. La experiencia también demuestra que los niveles más altos de desarrollo se dan en aquellos países que guardan una adecuada correlación entre libertad económica y libertad política, como se desprende de los informes del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), donde se afirma: “...Es claro, al menos, que, en la actualidad, los países que registran un mejor desempeño económico (medido de acuerdo con el PBI o IDH) son también aquellos con una mayor dosis de libertad. Inclusive en países en donde el desarrollo económico y la libertad no han ido a la par durante algunos períodos (como en Europa oriental y el norte de Asia), ahora uno y otra se están acercando...”⁴².

Hoy la opción se da dentro del sistema capitalista, para determinar qué tipo de capitalismo queremos, uno que tenga al hombre como protagonista u otro que someta todo a la decisión del mercado. Esta opción ha sido planteada con gran lucidez por Michel Albert en su difundida obra *Capitalismo contra Capitalismo*, donde se plantea este debate⁴³. De ese modo el “neoliberalismo” es entendido como una revalorización de la economía de mercado que recoge los aportes del Estado social de Derecho en orden a corregir las deformaciones y desigualdades que el mercado produce ya realizar una sociedad más justa y equitativa. En la Teoría de la Justicia, de John Rawls, se desarrolla y fundamenta esta importante cuestión. Es en este marco ideológico donde se aboga por una relación adecuada entre “transformación económica y seguridad jurídica” que coordine el principio económico de la eficacia con un Estado eficiente para asegurar los valores sociales, porque como bien señalara Octavio Paz, “el mercado sirve para fijar precios, pero no valores sociales”⁴⁴.

Es por eso que el ideario constitucional argentino no se ha modificado sino que se ha completado a la luz de los aportes doctrinarios y de la necesidad de los tiempos, sin perder el norte libertario abierto en la gesta de mayo y grabado en el texto constitucional de 1853 a favor de la libertad y la iniciativa individual; hoy

⁴¹ DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, trad. de Pablo Lucas Verdú, Barcelona, Ariel, 1988.

⁴² Desarrollo Humano, Informe 1992, cap. 2, “Libertad política y crecimiento económico”, p. 70.

⁴³ ALBERT, Michel, *Capitalismo contra Capitalismo*, Buenos Aires, Paidós, Colección *Estado y Sociedad*, 1997.

⁴⁴ Véase DALLA VIA, Alberto R., *Transformación...*, ob. cit.

la preocupación por el desarrollo humano pone su impronta definitoria en el texto para elegir por un capitalismo con rostro humano frente al economicismo del ajuste por el ajuste mismo. En esa línea también aparece el nuevo pensamiento de la doctrina de la Iglesia Católica, que a partir de la encíclica *Centesimus Annus*, del Papa Juan Pablo II, reivindica el papel de la iniciativa individual en el desarrollo económico.

Citando otra vez a Octavio Paz: "...Hoy vivimos el alba de la libertad... ¿cómo construir la casa universal de la libertad? Algunos nos dicen: ¿no olvidan ustedes a la justicia? Respondo: La libertad, para realizarse plenamente, es inseparable de la justicia. La libertad sin justicia degenera en anarquía y termina en despotismo. Pero, asimismo: sin libertad no hay verdadera justicia"⁴⁵.

CONCLUSIONES

Si hacemos un paralelismo entre la Constitución argentina y la española, veremos que esta última titula "principios rectores de la política social y económica", distintas expresiones que aparecen en la denominada "parte dogmática" del texto constitucional argentino, como el derecho a un ambiente sano y equilibrado, derechos de los usuarios y consumidores, vivienda digna, protección de la familia, descanso laboral, seguridad social, etcétera; en tanto que muchos otros está esparcidos en la "parte orgánica" como el progreso económico y social, la formación profesional; el patrimonio cultural y artístico, la protección de los menores, ancianos y discapacitados.

Destacaba Germán Bidart Campos, al exponer en el Seminario sobre la Reforma Constitucional Argentina que, tanto el constitucionalismo español como el argentino, dan recepción a los derechos sociales que son propios del constitucionalismo social, sea que se los denomine como tales, o bien, como derechos de prestación o derechos de solidaridad, y a derechos de tercera generación, todo lo cual nos presenta otra vez el sesgo social del constitucionalismo contemporáneo que explícitamente se ha holgado en las normas surgidas de la reforma de 1994⁴⁶.

BIBLIOGRAFÍA

- ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES . INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO, *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario*, Buenos Aires, La Ley, 2003.
ALBERDI, Juan Bautista, *Bases*, Buenos Aires, Jackson Editores, 1944.

⁴⁵ Véase DALLA VIA, Alberto R., *Transformación...*, ob. cit.

⁴⁶ BIDART CAMPOS, Germán J., "La Reforma Constitucional de 1994 y la Constitución de España", en *La Constitución reformada. Primer seminario sobre la Reforma de 1994*, República Argentina, Ministerio del Interior, 1996, p. 41.

- *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, Buenos Aires, Colección Grandes Escritores Argentinos, Jackson Editores, 1957.
- ALBERT, Michel, *Capitalismo contra Capitalismo*, Buenos Aires, Paidós, Colección “Estado y Sociedad”, 1997.
- ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. *El sesquicentenario de la Constitución Histórica*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “La Reforma Constitucional de 1994 y la Constitución de España”, en ALFONSÍN, Raúl, Programa para el Estudio y la Difusión de la Reforma Constitucional Argentina, *La Constitución reformada. Primer seminario sobre la Reforma de 1994*, Buenos Aires, Ministerio del Interior de la República Argentina, 1996.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, Colección “Política y Derecho”, 1986.
- CASSAGNE, Juan Carlos, “De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo en el derecho argentino” en *El Derecho; serie especial de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 30/8/2001.
- “Sobre el origen hispánico del sistema judicialista y de otras instituciones del derecho público iberoamericano y comparado”, *Revista de Derecho Administrativo*, nro. 53, Buenos Aires, julio-septiembre de 2005.
- “Las fuentes de la constitución nacional y el Derecho Administrativo”, *Revista La Ley*, Buenos Aires, 6/9/2007.
- DALLA VIA, Alberto R., *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma constitucional de 1994*, 2ª ed., La Plata, Librería Editora Platense, 1996.
- *Transformación económica y seguridad jurídica*, 2ª ed., Platense, La Plata, 1996.
- “Itinerario y Vigencia de la Constitución Histórica”, en *Monografías Jurídicas*, nro. 153, Buenos Aires, Lexis-Nexis - Abeledo Perrot, 2003.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- DEMICHELI, Alberto, *Formación constitucional rioplatense*, Montevideo, Barreiro y Ramos, 1955, t. I.
- DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, trad. de Pablo Lucas Verdú, Barcelona, Ariel, 1988.
- ECHEVERRÍA, Esteban, *Dogma socialista*, Buenos Aires, W. Jackson Editores, 1944.
- ENTRENA CUESTA, Ramón, “El modelo económico de la Constitución española”, tít. II, “El principio de libertad de empresa”, en GARRIDO FALLA, Fernando (dir.), *El modelo económico en la Constitución española*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981, vol. I.
- FAYT, Carlos S., *Fuentes de la Constitución Argentina* con prólogo del Dr. Eduardo J. Coll, Buenos Aires, Librería Editorial Deauville, 1943.

- GARCÍA-MANSILLA, Manuel José y RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del derecho público argentino*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, “Privilegios parlamentarios. Inmunidad de la opinión”, JA 1962-I, sección doctrina, p. 62.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones en el Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 1990.
- GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Estrada, 1980, ps. 250-253.
- *Filiación histórica del gobierno representativo argentino*, Buenos Aires, La Vanguardia, 1937, t. II.
- HERRERO DE MIÑON, Miguel, *El valor de la Constitución*, Barcelona, Crítica, 2003.
- INSTITUTO URQUIZA DE ESTUDIOS HISTÓRICOS. UNIVERSIDAD DE BELGRANO, *Homenaje a la Constitución Nacional de 1853 en el sesquicentenario de su sanción*, Buenos Aires. 2003.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, Alfa, 1953, t. IX.
- MAIRAL, Héctor, “Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino”, en *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Editorial Ciencias de la Administración, 2000.
- MATIENZO, José Nicolás, *Lecciones del derecho constitucional*, Buenos Aires, Juan Roldán y Ca., 1926, ps. 415 y 416.
- PÉREZ GUIHLOU, Dardo, “Las fuentes de la Constitución Nacional” en *Revista La Ley, suplemento de Derecho Constitucional*, 15/3/2007.
- PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 13ª ed., Madrid, Tecnos, 1984.
- POSADA, Adolfo, *La República Argentina*, Madrid, V. Suárez, 1912, cap. VII, Sección VII.
- RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, “Génesis del Constitucionalismo argentino”, en JA 1962-VI, sección doctrina.
- UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES (UCES), *Visiones de una Constitución*, Buenos Aires, UCES, 2003.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo A., “La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina”, separata de la *Revista del Colegio de Abogados de San Isidro*, diciembre de 1976.

Recepción: 24/11/2019

Aceptación: 6/12/2019

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 COMO REPARACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE Y DE LA CONTINUIDAD CONSTITUCIONAL

Por SERGIO DÍAZ RICCI*

Resumen:

La Reforma Constitucional de 1994 tiene un significado trascendente como acontecimiento histórico desde la dogmática jurídico-constitucional.

Este trabajo no se ocupa de los contenidos normativos materiales incorporados por la Reforma del 94, sino de su valor, como hecho jurídico-político, para la dogmática histórico-constitucional comparada en el marco de la Teoría Constitucional.

Desde esta mirada se advierten dos notas relevantes que en este trabajo nos vamos a ocupar: 1.- ejercicio de un genuino poder constituyente; 2.- restauración de la continuidad jurídico-constitucional en Argentina.

La Reforma Constitucional de 1994 fue expresión de un legítimo poder constituyente nacional y vino a restablecer en Argentina la continuidad jurídico-constitucional varias veces interrumpida durante el siglo XX.

Palabras clave:

Reforma constitucional, poder constituyente, historia constitucional, legitimidad, democracia.

THE 1994 CONSTITUTIONAL REFORM AS A REPAIR OF CONSTITUENT POWER AND CONSTITUTIONAL CONTINUITY

Abstract:

The 1994 Constitutional Reform has a transcendent significance as a historical event from the legal-constitutional dogmatic.

* Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, profesor titular regular de la Universidad de Tucumán, director de la Maestría en Derecho Parlamentario de la Universidad de San Pablo.

This work does not deal with the material normative contents incorporated by the 1994 Reform, but its value, as a legal-political fact, for the historical-constitutional dogmatic compared in the framework of the Constitutional Theory.

From this perspective, two relevant notes are noted that in this work we are going to occupy: 1.- exercise of a genuine constituent power; 2.- restoration of legal-constitutional continuity in Argentina.

The 1994 Constitutional Reform was an expression of a legitimate national constituent power and came to restore in Argentina the legal-constitutional continuity several times interrupted during the 20th century.

Keywords:

Constitutional reform, constituent power, constitutional history, legitimacy, democracy.

1. GENUINO EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE

La idea de poder constituyente refiere al ejercicio de la potestad colectiva de una comunidad de tomar decisiones políticas fundamentales que se plasman en normas constitucionales con valor de supremacía jurídica.

El ejercicio del poder constituyente en la Argentina tuvo lugar de manera originaria en 1853 (“*Nos los representantes del pueblo de la confederación argentina reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen con el objeto de constituir la unión nacional... ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Nación Argentina*”) y, luego, con anterioridad a 1994, se manifestó en reformas constitucionales de 1860, 1866, 1898 y 1957¹.

Si nos detenemos en los casos de 1860 y 1957, observamos que no se cumplieron con rigor el procedimiento de reforma. La Reforma de 1860, no obstante ser de la mayor importancia política y jurídica, fue el resultado de un pacto político (Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859) que instituyó una Convención *ad hoc* donde se integraron representantes de la provincia de Buenos Aires y en contravención del plazo de irreformabilidad que establecía art. 30 de la propia constitución (“*La Constitución puede reformarse en todo o en cualquier de sus partes, pasados diez años desde el día en que la juren los pueblos...*”).

La Reforma de 1957 también adoleció de vicios de forma y de fondo porque la Convención constituyente que introdujo los arts. 14 bis y un agregado al art. 67 inc. 11, no fue convocada por ley del Congreso porque este había sido disuelto en 1955 por un golpe de estado².

¹ No hacemos referencias a los casos de 1949 ni de 1972 porque no se encuentran receptadas en el texto constitucional vigente.

² El propósito de esta “reforma” fue la restauración del texto constitucional de 1853 con sus reformas de 1860, 1866 y 1898, con la consiguiente sustitución de la reforma de 1949. Amén

Entonces, la historia constitucional argentina, hasta 1994, registraba dos reformas menores: la de 1866 y de 1898, es decir, se dieron solo dos casos en que hubo ejercicio válido del poder constituyente reformador de conformidad a lo establecido por el art. 30 de la Constitución Nacional.

En conclusión, si tenemos en cuenta que aquellos dos casos (1866 y 1898), no fueron de gran relevancia político-constitucional, entonces, la reforma de 1974 adquiere un valor trascendental, por haber sido genuina expresión de un poder constituyente reformador, habiéndose cumplimentado con los recaudos formales prefijados para llevar a cabo una reforma constitucional válida.

En efecto, no hay duda de que el procedimiento que culmina con la reforma de 1994 fue expresión de la voluntad constituyente popular de una “generación constituyente”³ que podríamos identificarla como la “generación de 1983” que recuperó la democracia en nuestro país y que culminó su obra democratizadora con la sanción de normas constitucionales a través de la Reforma de 1995.

Las ideas de esa generación, que no podemos detenernos aquí, se sintetizan e identifican por la defensa y garantía de los derechos humanos (en reacción al cataclismo violento de la Dictadura del '76) y revela en el texto constitucional reformado su más cabal expresión.

Podríamos preguntarnos si hubo realmente expresión de voluntad constituyente popular en la reforma de 1994.

La idea de poder constituyente reformador es admitida en todos los textos constitucionales⁴, pues todas las Constituciones prevén disposiciones de un procedimiento para su propia reforma.

Es algo muy peculiar del derecho constitucional que el mismo cuerpo normativo prevea su propia fuente de derecho. En efecto, la regla en el sistema de fuentes del derecho, como premisa general, es que el dictado de una norma encuentra su fuente normativa en el nivel superior a ella. La excepción es la Constitución que dispone en sí misma su propio proceso de revisión, es decir, la forma en que se pueden elaborar las futuras normas constitucionales la encontramos en la misma constitución. No podría ser de otro modo, porque la Constitución no cuenta con un nivel normativo superior⁵.

que para la elección de convencionales constituyentes se había proscrito un partido político de amplia adhesión electoral.

³ Vid. DÍAZ RICCI, Sergio, *Teoría de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 248 y ss.

⁴ En algunas constituciones provinciales receptan el término “poder constituyente”, en unos casos como título de una sección (Neuquén, Río Negro, Salta, Tierra del Fuego), otras como contenido de una norma constitucional (Córdoba: art. 195, Jujuy: art. 96). La Constitución alemana en su Preámbulo hace mención expresa al: “...el pueblo alemán de los Länderfedrales... con el propósito de dar un nuevo ordenamiento a la vida política durante un período de transición en virtud de su poder constituyente (*VerfassungsgebendenGewalt*), ha acordado la presente Ley Fundamental de la República Federal de Alemania...”.

⁵ El nivel superior está dado por los pactos políticos, de naturaleza convencional, entre los grupos políticos que dan origen al texto constitucional. En nuestro caso el Pacto de San Nicolás de los Arroyos de 1852, el Pacto de San José de Flores de 1859, el Pacto de Olivos de 1993.

Desde el punto de vista formal, es sencillo identificar una norma constitucional insertada *a posteriori* en una Constitución porque es el resultado de un procedimiento especial, generalmente muy gravoso⁶.

En nuestra Constitución el poder constituyente de reforma se halla recogido en el art. 30, que adoptó el modelo francés de procedimiento de revisión constitucional⁷.

Precisamente el modelo francés se caracteriza por la confluencia de voluntades de dos cuerpos representativo: el Congreso ordinario y una Asamblea Extraordinaria. Esta era la concepción de la Revolución Francesa con el propósito, por un lado, de establecer una diferencia formal en la elaboración de las normas constitucionales (siguiendo la doctrina del poder constituyente de Sieyès)⁸ y para dificultar, por el otro lado, los intentos de reforma de normas constitucionales (que, además, se concebían perfectas en la visión optimista de los revolucionarios franceses).

Esta modalidad se caracteriza por instituir un órgano representativo distinto, extraordinario y perecedero: la Convención Constituyente. Se basa en la idea, muy francesa, que haya un órgano representativo extraordinario, diferente del parlamento ordinario, del que emane las normas constitucionales. Tal cuerpo especial aporta, por un lado, una dosis superlativa de legitimidad democrática, pero, además, sustrae al parlamento el dictado de normas constitucionales y, por otro lado, permite identificar sin dificultad las normas constitucionales por emanar de un órgano especial, diferente del legislador ordinario.

El método de reforma constitucional argentino se corresponde con el modelo francés. Este supone la intervención conjunta de dos cuerpos de naturaleza representativa: el Congreso ordinario y una Convención extraordinaria. El procedimiento de reforma constitucional es un acto complejo y múltiple. Complejo porque se requiere la voluntad de varios sujetos para obtener el resultado y múltiple porque con una sola de estas voluntades no basta para alcanzarlo. El sistema de revisión argentino, que sigue el modelo francés, es pues el resultado de un acto complejo (*Gesamtakt*) y múltiple (*Vereinbarung*). Esto significa que la reforma es producto de la conjunción de tres voluntades: el Congreso, el

⁶ Esta característica singular se denomina “rigidez” constitucional, que cumple una función importantísima porque sobre estas especiales formalidades se asienta la supremacía normativa de la constitución, y sustrae a las normas constitucionales de la voluntad del legislador ordinario. *Vid.* DÍAZ RICCI, Sergio, “La rigidez constitucional. Un concepto toral”, en AA.VV. - CARBONELL, M., FIX-FIERRÓ, H., GONZÁLEZ-PÉREZ, L. R., VALADÉS, D. (coord.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*, Estudios en homenaje a Jorge Carpizo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, t. IV, vol. I, pp. 551-587.

⁷ Existen cuatro modelos de procedimientos de revisión constitucional: alemán, italiano, escandinavo y francés. *Vid.* DÍAZ RICCI, Sergio, *Teoría...*, ob. cit., pp. 428 y ss.

⁸ Para profundizarse este concepto en DÍAZ RICCI, Sergio, “El poder constituyente: de idea proteica a concepto constitucional adecuado”, en AA.VV., *Una nueva Constitución para Chile. Libro homenaje a Lautaro Ríos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile - Asociación Chilena de Derecho Constitucional, 208, pp. 131-152.

electorado y la Convención. De modo que ninguno de ellos por si solo puede arribar a un resultado válido (acto múltiple) y que el resultado se obtiene con la concurrencia de las otras voluntades (acto complejo)⁹.

En el art. 30 se establece el procedimiento de reforma, que prevé tres etapas: ley del congreso por mayoría especial, electorado, convención reformadora¹⁰.

1º. *Ley del Congreso por Mayoría Especial*: ley 24.309: en primer lugar, indirectamente el pueblo interviene a través de los representantes en las Cámaras de diputados y de Senadores, que debe aprobar por mayoría de dos tercios de cada cámara la ley que provoca la reforma constitucional. El proyecto de ley que condujo a la Reforma de 1994 fue presentado en la Cámara de Diputados que el 22 de diciembre le dio media sanción, con 191 votos a favor contra 59 en contra. De allí pasó al Senado donde el 29 de diciembre se aprobó por 32 a favor con 6 de contra. De este modo se cumplimentó con el recaudo del art. 30, aplicando una mayoría de dos terceras partes sobre el total de los 257 diputados y 48 senadores. Se superó así la discusión de si los dos tercios debía computarse sobre el total o sobre los presentes. En efecto, a fin de evitar las impugnaciones que se dieron en 1949, se cuidó en aprobar la ley con mayorías de dos tercios sobre el total de los miembros que componen la Cámara de Senadores y de Diputados¹¹. La ley 24.309 fue promulgada por el PEN el mismo día de su sanción y publicada en el Boletín Oficial el 31 de diciembre de 1993.

El contenido de la Reforma estaba prefigurado en un acuerdo político entre el Partido Justicialista y la UCR, conocido como “Pacto de Olivos” suscrito el 14 de noviembre de 1993¹². Este asunto es harina de otro costal, en definitiva, como lo señalamos, todos los procesos constituyentes tienen su génesis en pactos políticos previos como el Acuerdo de San Nicolás del 31 de mayo de 1852 que condujo a la Congreso de Santa Fe y el Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859 que significó la incorporación de la provincia de Buenos Aires a la Confederación Argentina.

⁹ El art. 30 omite la ratificación por los estados miembros de cualquier reforma apartándose del principio que sobre este asunto rige en los estados federales Ver mi *Teoría...*, ob. cit., pp. 525-556.

¹⁰ Para ampliar ver DÍAZ RICCI, Sergio, “Comentario al artículo 30 CN (Reforma Constitucional)”, en AA.VV. - SABSAY, Daniel (dir.) y MANILI, Pablo (coord.), *Constitución de la Nación argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2009, Buenos Aires, Hammurabi - J. L. Depalma Editor, t. I, pp. 1145-1191.

¹¹ Se discutió el valor y regularidad de este proceso parlamentario y la modalidad establecida en la ley 24.309 (llamado “núcleo de coincidencias básicas”) pero las impugnaciones fueron rechazadas por la CSJN, caso “Polino y otros” (Fallos 317:335); caso “Romero Feris, Antonio” (Fallos: 317:716). Vid. DÍAZ RICCI, Sergio, “Control judicial de la reforma constitucional”, en AA.VV. - MANILI, Pablo (dir.), *Tratado de derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. II, pp. 623-653.

¹² Fuerza es recordar que este acuerdo político fue inducido por el presidente Menem quien, al socaire de un momento de gran popularidad, había convocado por decreto PEN 2181/93 del 23/10/1993 convocando a una consulta popular que iba a tener lugar el 21 de noviembre de 1993. A raíz del Pacto de Olivos por 2339/1993 del 15/11/1993 el PEN suspende esos comicios.

La realidad histórica es que el procedimiento de reforma solo había sido aplicado correctamente en dos reformas menores (1866 y 1898), porque las reformas 1860 y 1957 tuvieron sus inconvenientes. Las razonables dudas que surgían sobre la aplicabilidad del art. 30, solo pudieron ser superadas por la regulación legal que aseguraba la ley 24.309.

2°. *Electorado y voluntad popular*: este segundo paso, muchas veces no percibido en su extraordinaria dimensión, es el de mayor trascendencia democrática porque es aquí donde aparece expresada de manera directa la voluntad popular, de donde emana la fuente que confiere legitimación democrática y viabilidad al proceso constituyente¹³. Esta fuerza legitimadora se manifestó claramente cuando el pueblo concurrió el día 10 de abril de 1994 a votar para elegir sus representantes en la Asamblea Constituyente compuesta por 305 constituyentes (número que surge resulta de la suma de la cantidad de diputados y senadores nacionales por provincia). Los resultados, felizmente, no dieron posición hegemónica ningún partido (137 al Partido Justicialista; 74 a la Unión Cívica Radical, 31 al Frente Grande, 21 al Movimiento por la Dignidad y la Independencia 21, 4 a la Unión del Centro Democrático, 3 al Partido Socialista, 7 a Fuerza Republicana, 3 al Partido Demócrata Progresista, y otros 28 distribuidos entre partidos provinciales). El pueblo votó tanto a partidos pro-reforma como anti-reforma (v.gr., Fuerza Republicana).

3°. *Convención reformadora*: y, finalmente, en la Convención reformadora el pueblo también se hace presente indirectamente a través de sus representantes electos¹⁴. En ella se debatió y se sancionaron las enmiendas y, finalmente, un texto completo. En efecto, la Convención “reprobó” el texto reformado desde el artículo 35 en adelante hasta la última Disposición Transitoria 17. Tengamos presente que por mandato de la ley 24.309 los primeros 36 artículos no podían ser modificados, más algunos otros de la Segunda Parte.

Hubo un momento clave, de importancia simbólica superlativa que tiene un valor político-constitucional trascendental: la Sesión del 22 de agosto de 1994 en que la totalidad de los convencionales constituyentes (incluidos los grupos que en campaña electoral se opusieron a la reforma) votaron por unanimidad, expresando la aprobación final a las reformas del texto constitucional. Remarquemos que todos los constituyentes presentes, incluso aquellos que se

¹³ Tengamos muy presente el precedente del año 2006 de la provincia de Misiones donde la mayoría del pueblo votó en contra de la reforma constitucional propuesta por ley de la legislatura que habilitaba la remoción de la norma que impedía la reelección del gobernador. La Convención constituyente, integrada por una mayoría opositora, se reunió el 15 de noviembre, y en cinco horas, rechazó la reforma constitucional.

¹⁴ Acerca de la naturaleza “constituyente” de la Convención Reformadora, la CSJN ha reconocido el valor superlativo de este cuerpo representativo extraordinario en el Caso Schiffrin (Fallos 340:257) del 28/3/2017, aunque persiste en la idea de reconocer en el Congreso una función “preconstituyente”, sin advertir que el poder constituyente se ejerce a través de tres instancias. El error surge de la dificultad de comprender que un órgano constituido (el Congreso) pueda ejercer función constituyente, con el consiguiente peligro de atribuir la totalidad del poder constituyente a la Convención constituyente.

opusieron a la reforma o que en algún debate votaron en contra a algunas de las disposiciones reformadas, votaron afirmativamente, convalidando así un nuevo texto constitucional ordenado que contenía las modificaciones y agregados. Fue en ese momento que se produce una formidable relegitimación constitucional, que formaliza la nueva alianza, la reconciliación del pueblo a través de sus representantes con su texto constitucional, restableciéndose formalmente la continuidad jurídico-constitucional. Hacía más de un siglo, desde 1898, que el pueblo no había sido llamado a participado sin proscipciones —como en 1957— para establecer y decidir las bases de su convivencia política a través de una Constitución.

Todo lo anterior nos permite explicar la primera afirmación inicial: que la Reforma de 1994 fue el ejercicio genuino del poder constituyente legítimo. El art. 30, que tiene la virtualidad de haber dejado ya prefijados los cauces formales por donde transcurrirá el poder constituyente reformador, fue cumplimentado completa y correctamente en la reforma de 1994.

Aunque no podemos detenernos aquí en la discusión de si una reforma constitucional es o no manifestación de poder constituyente¹⁵, basta con señalar nuestra opinión que en una reforma constitucional hay también manifestación del poder constituyente. De lo contrario, el concepto de poder constituyente, que es un axioma central en la dogmática constitucional para fundamentar democráticamente la supremacía jurídico-política de una Constitución, se convertiría en una idea inservible, solo útil para explicar el origen democrático de un texto constitucional pero inservible para justificar una enmienda constitucional.

Sobre la base que en una reforma constitucional hay ejercicio del poder constituyente, queda ahora por ver si la Reforma de 1994 puede calificarse de ejercicio de poder constituyente del pueblo argentino.

El poder constituyente derivado es aquel mediante el cual el pueblo manifiesta su voluntad constituyente a través de un procedimiento predispuesto por la propia Constitución a reformar, o sea, aquel que respeta los cauces procesales prefijados por la propia normativa del mismo texto constitucional. Esta dimensión procesal (en nuestro caso el art. 30) debe ser analizada desde una perspectiva material que puede expresarse en la siguiente pregunta: ¿el procedimiento de reforma constitucional permite canalizar apropiadamente la voluntad colectiva constituyente?

En el caso argentino la respuesta es positiva. Las tres etapas del art. 30 conducen a una auténtica expresión de la voluntad constituyente popular o, dicho en otros términos, del poder constituyente reformador o derivado.

En el caso particular de la Reforma de 1994 no cabe duda de que se respetó en su integridad el procedimiento de elaboración de normas constitucionales previsto en el art. 30 CN, en sus tres etapas. El pueblo ha participado en las tres

¹⁵ Posición negatoria *vid.* VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.

instancias, a saber: a través de sus representantes en el órgano parlamentario ordinario (el Congreso), luego directamente a través de una elección popular de representantes a convencionales constituyentes y, finalmente, en el Convención constituyente reformadora.

Desde esta dimensión política no hay duda que hubo ejercicio de soberanía popular formalizada en estas tres instancias (principio de la soberanía divisible) que confieren validez de legitimación democrática: el Congreso debe expedirse por una mayoría calificada de dos terceras partes, o sea, se exige un muy amplio consenso para dar inicio a una reforma constitucional; el pueblo en los comicios expresará sus preferencias electorales en la elección de representantes de los distintos signos políticos; y, finalmente, la Convención reformadora se integra por un número de representantes en función de las preferencias manifestadas por los ciudadanos electores mediante su voto. El procedimiento del art. 30 garantiza la matriz democrática que debe impregnar el ejercicio del poder constituyente reformador.

Por todo esto, concluimos, en este punto, que la Reforma de 1994 fue expresión de genuino poder constituyente reformador del pueblo argentino.

2. RESTABLECIMIENTO DE LA CONTINUIDAD JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

La argentina es una de las constituciones vigentes más antiguas del mundo. Solo le preceden la constitución norteamericana de 1787 y la noruega de 1814.

No obstante, la historia constitucional argentina desde la perspectiva de la “continuidad jurídica” a partir de la Constitución de 1853¹⁶ con sus 4 reformas (1860, 1866, 1989 y 1957) no exhibe una línea de perfecta continuidad constitucional, como los casos de EE.UU., Noruega, Bélgica o Suiza.

La continuidad constitucional es un valor muy importante para la seguridad jurídica y la estabilidad del régimen político. Hay países con viejas constituciones como la de Bélgica de 1831 o la de Suiza de 1848, que con posterioridad fueron objeto de una reforma total de su texto constitucional: Bélgica en 1994 y Suiza en 1874 y en 1999, conservando una perfecta continuidad jurídica, es decir, sin ruptura de la continuidad constitucional

El linaje constitucional de estos países no se pondera solo por el valor institucional intrínseco de su constitución, sino por su aptitud de haber logrado mantener a través del tiempo y a pesar de sus cambios, la continuidad constitu-

¹⁶ La expresión Constitución 1853/1860 no es correcta. Desde la teoría constitucional la sanción de una constitución es un hecho político-jurídico sincrónico, no diacrónico (1853-1860), o sea, tiene fecha de nacimiento. El legislador por ley 27.505 (BO 2444/19 del 13/6/2019) con acierto fija el Día de la Constitución el 1 de mayo, por corresponder a la fecha de su aprobación por el Congreso General Constituyente de Santa Fe. Desde lo histórico, las enmiendas de 1860 fueron una reforma constitucional, muy importante cierto, en lo político y lo jurídico, pero sobre la base del texto sancionado en 1853 por “los trece ranchos” en Santa Fe.

cional, es decir, por haber sido capaces de preservar la continuidad jurídica de su sistema constitucional sin que ello haya impedido introducir modificaciones a través de reformas constitucionales regulares¹⁷. Esto adquiere un valor superlativo dentro de las democracias contemporáneas porque viabiliza el desarrollo del Estado Constitucional sin rupturas, es decir, permite canalizar la evolución del Estado democrático en paz social.

Aquí emerge el valor de la Reforma Constitucional de 1994 desde la perspectiva de teoría constitucional. La continuidad constitucional en Argentina, que había sido afectada por las cinco interrupciones constitucionales, es reparada por la Reforma de 1994 que supuso el restablecimiento de la continuidad jurídico constitucional en nuestro país.

Es verdad que esta línea sin solución de continuidad constitucional no se presenta en la vida institucional de muchos países que, aunque exhiben actualmente un sistema constitucional reputado, su Estado Constitucional no es de antigua data como Portugal desde 1976, España desde 1978 o yéndonos un poco más atrás Alemania desde 1949, Francia desde 1958 por citar solo algunos países europeos más notables. Aunque ello no va en detrimento del alto valor de su sistema constitucional, sin duda, no pueden acreditar una larga tradición de continuidad jurídico-constitucional consolidada en el tiempo.

La teoría constitucional —de exclusivo fundamento democrático— establece como verdad apodíctica que cuando un régimen constitucional, es decir, un gobierno instituido conforme un texto constitucional de origen democrático, es desplazado, simultáneamente la Constitución queda eliminada. No podemos emplear aquí el término “derogada” porque este es un concepto jurídico, supone la supresión o sustitución con validez jurídica de una norma por la misma fuente que lo sancionó. Este no es el caso cuando el sistema constitucional sucumbe a toma del poder por vías reñidas con la Constitución.

La Historia Constitucional comparada nos da prueba irrefutable de esta afirmación a la vista del devenir histórico-constitucional de países que sancionaron una Constitución cuyas autoridades surgidas conforme a su texto, fueron destituidas por hechos políticos sobrevinientes. Esas constituciones son descartadas para siempre. Podemos tomar como muestra nuestras Constituciones de 1819 y 1826 que, depuestos los regímenes surgidos de ellas, no recobraron vigencia¹⁸.

Dicho en otros términos, cuando un régimen constitucional es depuesto, su constitución no sobrevive, sucumbe con él. La teoría constitucional siempre reconoció como una verdad indisputada que una Constitución “fenece” cuando es

¹⁷ EE.UU. ha realizado hasta el presente 17 reformas constitucionales que han incorporado 27 enmiendas a su texto de 1787.

¹⁸ Como pruebas irrefutables cito el caso de España (con ocho textos constitucionales: 1812 [efímeramente recobro vigencia efímera en el Trienio liberal 1820-1823 y en 1836-37], 1834, 1837, 1845, 1869, 1876, 1931, 1978) y el de Francia (1791, 1793, 1795, 1799, 1802, 1804, 1814, 1830, 1848, 1852, 1875, 1940, 1946, 1958).

derribada por una revolución o golpe de fuerza que produce un quiebre institucional. “Par le seul fait d’une révolution victorieuse, coup d’Etat ou insurrection populaire, qui a détruit un régime politique, la Constitution qui établissait ce régime tombe immédiatement et perd sa force de plein droit, sans qu’il soit nécessaire que son abrogation soit formellement prononcée. Cette abrogation est opérée par la révolution”, explica categóricamente Laferrière¹⁹. En suma, el acceso al poder por las vías no preestablecidas por la propia Constitución, o sea, a través de un movimiento de fuerza que sustituye los poderes establecidos en un Estado Constitucional Democrático, se extingue inexorablemente a la Constitución preexistente.

En todos los casos en que fue abatida la Constitución por una insurrección popular o un golpe de Estado, siempre se llegó a la conclusión que la Constitución ha desaparecido y, por lo tanto, en caso de una restauración democrática resulta indispensable sancionar una nueva Constitución porque la anterior estaba aniquilada. “En efecto, la revolución aparece como un modo corriente de abrogación de la constitución”, sostienen Barthelemy-Duez²⁰, ya que formalmente la derogación es imposible porque han desaparecido las instancias facultadas para ello. No puede explicarse la caída de una Constitución, que es un hecho antijurídico, por medio de argumentos jurídicos. Una revolución es un hecho político, inconstitucional en contraste con la constitución, por tanto, un acto de fuerza fuera del derecho, o sea, del orden jurídico positivo establecido por aquella propia Constitución que se ha vulnerado. Es un absurdo pedir que actúen los mecanismos constitucionales cuando ello es imposible. Los resguardos constitucionales han sido demolidos.

Tales efectos fueron la regla en muchos países latinoamericanos donde golpes militares derrumbaron los gobiernos democráticos elegidos según la Constitución entonces vigente. Este fue el sino del constitucionalismo iberoamericano durante buena parte del siglo XX. Haciendo una rápida revista de los países de la región, por ejemplo, el caso de Brasil. La Constitución de 1891 es derribada por la revolución de 1930 que produce la Constitución de 1933, la que a su vez desplazada por el golpe de Getulio Vargas de 1937 que genera la Constitución de 1937. La revolución que desplaza la dictadura de Vargas busca salida en la Constitución de 1947. Seguidamente el movimiento militar que toma el poder en 1964 dará lugar a las constituciones de 1967 y 1969. Finalmente, la salida

¹⁹ Cf. LAFERRIERE; Jules, *Manuel de Droit Constitutionnel*, Paris, Editeurs Domat-Montchrestien, 1947 (2ª ed.), p. 303. En el mismo sentido vid. BORGEAUD, Charles, *Établissement et révision des constitutions en Amérique et en Europe*, Paris, Thorin et Fils Editeurs, 1893, p. 309. CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1948 (trad. José Lión Depetre); ESMEIN, A (NÉZARD, H.), *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Recueil Sirey, 1921 (7e. ed.), vol. I, p. 619. RIGAUX, Marie-Françoise, *La Théorie des Limites matérielles à l’exercice de la Fonction Constituante*, Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier SA Editeur, 1985, pp. 240 ss.

²⁰ Cf. BARTHÉLEMY, Joseph y DUEZ, Paul, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, p. 227.

democrática se plasma en la Constitución de 1988. De manera análoga es el proceso en Paraguay, la Constitución de 1870 es derribada en 1939 por el golpe del general Estigarribia que dio lugar a la Constitución de 1940, así como el golpe del general Stroessner genera la Constitución de 1967. Del mismo modo en Chile la benemérita Constitución de 1833 por el golpe militar de 1924 es sustituida por la Constitución de 1925, la que fenece con el golpe de Pinochet de 1973 que se convertirá en la Constitución de 1980.

A la luz de estas experiencias constitucionales comparadas, el caso argentino aparece como una *rara avis* porque presenta un fenómeno constitucional muy singular: las sucesivas “reposiciones” de la Constitución de 1853. Podemos contabilizar cinco “reposiciones” constitucionales: en cuatro casos de manera directa: en 1932, 1943, 1958 (*sui generis*) y 1983, y en 1973 de manera complementaria. Conviene pasar una rápida revista histórica:

1. Luego del golpe militar de 1930 (depuso al presidente Yrigoyen, disolvió el Congreso, pero mantuvo al Poder Judicial Federal²¹) la Constitución es repuesta en 1932 a través de la elección de un nuevo gobierno constitucional

2. Después del golpe militar de 1943 (idem 1930, depuso al presidente Castillo, disolvió el congreso y conservó el Poder Judicial federal²²) la Constitución entra nuevamente en vigencia en 1946 con elección de las autoridades constitucionales del poder legislativo y ejecutivo.

3. En 1955 se produce una nueva interrupción constitucional que disolvió, esta vez, a los tres poderes del Estado. En 1957 mediante la elección de una Convención constituyente se va a reponer la Constitución de 1853 con las reformas de 1860, 1866 y 1898, agregándose dos nuevas disposiciones de contenido social (art. 14 bis y en el inc. 11 del art. 67). En 1958 se llevan a cabo elecciones para reponer el orden constitucional *secundum* Constitución de 1853.

4. La llamada Revolución Argentina (1966-1973), que también había depuesto los tres poderes del Estado, termina con una elección democrática donde se aplicará la Constitución de 1853 pero con algunas modificaciones introducidas por el gobierno militar (las llamadas Enmiendas de 1972).

5. La huida en estampida del último gobierno militar, llamado de “Reorganización nacional” (que en 1976 había depuesto al gobierno constitucional, disuelto el Congreso y el Poder Judicial) condujo el retorno democrático a través de la aplicación lisa y llana de la Constitución de 1853 (con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957) concretada con la elección de las autoridades constitucionales.

Nos detengamos a analizar, a la luz de la doctrina constitucional del poder constituyente, cada uno de estos cinco casos de reinstauraciones constitucionales. Empecemos por señalar que, en todos los casos, incluso en 1993, el

²¹ El compromiso ideológico de la Corte Suprema de Justicia con este nuevo orden se manifestó en la infausta Acordada del 10 de septiembre de 1930 (Fallos 158:290) que fue un tiro de gracia al orden constitucional.

²² La Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante Acordada del 7 de junio de 1943, se remitió a aquella Acordada de 1930.

ejercicio del poder constituyente popular brilló por su ausencia pues no llegó a promoverse la participación popular en ninguno de esos casos para llevar a cabo tales restauraciones constitucionales. Podemos, a lo sumo, decir que se hizo de un modo indirecto, cuando el pueblo participó en la elección de autoridades representativas del Legislativo y Ejecutivo según el sistema constitucional de 1853. Efectivamente, en los dos primeros casos (1930 y 1943) hubo una reposición constitucional implícita a través de elección del nuevo gobierno constitucional (solo de los poderes legislativo y ejecutivo, porque el judicial no fue depuesto). En el tercer caso (1958) la reposición de la Constitución de 1853 por la Convención constituyente elegida en 1957 adoleció de un vicio de origen. El cuarto caso (1973) es *sui generis* porque el gobierno militar en retirada introdujo algunas modificaciones en la parte orgánica de la Constitución de 1853 que fueron aplicadas en la práctica al celebrarse las elecciones de las autoridades constitucionales en 1973. Finalmente, el quinto caso (1983) la reposición de la Constitución de 1853 fue total, aunque implícita a través de elección de las autoridades constitucionales. En conclusión, hasta la reposición de 1983 inclusive, no hubo manifestación explícita de voluntad constituyente, es decir, el pueblo no participó para decidir sobre el modelo constitucional que desea para su organización y convivencia política.

Con la Restauración Democrática de 1983 se repuso en su plenitud la Constitución de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957, a través de la elección, *secundum constitutionem*, de los tres poderes del Estado, pero la voluntad constituyente popular tampoco se hizo manifiesta de modo directo, en la reposición constitucional, en todo caso, fue implícita. La realidad es que la derrota militar en Malvinas en junio de 1982 provocó la estampida de la dictadura, sin dar tiempo para una discusión constitucional. En efecto, en 1982 a los partidos políticos reunidos en la Multipartidaria (PJ, UCR, PI, DC, MID) se les presentó una situación de vacío de poder que debía ser resuelto rápidamente. En estas circunstancias el viejo texto constitucional de 1853 —por el prestigio fundado en el indisputable pasado— suministraba las reglas necesarias para ordenar la reconstrucción del poder democrático entre los diferentes grupos políticos y una aceptable organización democrática del Estado. En otros términos, la vieja Constitución se presentaba ofrecía como vía indisputada de salida a la crisis política e institucional que se encontraba inmerso el país. Corresponde, entonces, admitir que, en buena doctrina, el texto de la vieja Constitución no fue repuesto por un acto expreso de voluntad popular constituyente, sino por un acuerdo entre los partidos políticos organizados de urgencia para llevar a cabo la elección de un gobierno ante la debacle del poder militar provocado por la derrota de las Malvinas.

Es verdad, también, que el horror de la dictadura implicó una revalorización de la Constitución en su significación de garantía de derechos y libertades. El año 1983 marca la reconciliación implícita del pueblo con su Constitución. El épico discurso de final de campaña de Alfonsín recitando el Preámbulo constitucional como oración cívica tiene una carga simbólica y cultural fundacional.

Lo que comenzó como un gobierno democrático que logró hacer revivir la vieja Constitución de 1853 debía consolidarse constitucionalmente. Esto ocurrirá diez años después con la Reforma de 1994 que va a expresar y formalizar estas nuevas aspiraciones políticas y el nuevo consenso social. Fue la oportunidad que la sociedad argentina, ahora sí explícitamente, hizo suyo el texto constitucional como la herramienta fundamental de convivencia política y de respeto por los derechos fundamentales. La Reforma de 1994 consolida y revitaliza la restauración democrática de 1983.

Si la experiencia y doctrina constitucionales enseñan que una revolución triunfante conlleva la caída definitiva de la Constitución vigente, entonces, desde un juicio del encadenamiento de la legalidad formal, debemos concluir que la continuidad jurídico-constitucional en Argentina estaba rota por los sucesivos golpes de estado. Además, las cinco reposiciones no fueron el resultado de la expresión de una voluntad constituyente popular que se haya manifestado por la continuidad a la Constitución de 1853, por lo tanto, el régimen constitucional vigente desde 1983 no proviene de una preexistente continuidad jurídico-constitucional.

La historia constitucional argentina presenta, entonces, una peculiaridad, casi única en derecho constitucional comparado²³: haber renacido seis veces, después de su vulneración por cinco golpes militares (1930, 1943, 1955²⁴, 1966 y 1976). Como el Ave Fénix, la Constitución de 1853 renació de sus cenizas para volver a regir como norma fundamental del Estado en cada restauración constitucional (1932, 1946, 1958, 1973 con apósitos y en 1983). Estos sucesivos “renacimientos” constitucionales constituyen un singular fenómeno jurídico-político que se aparta de la regla general que la sustitución violenta de regímenes constitucionales conlleva el abatimiento de la Constitución.

Precisamente, esta ruptura en la continuidad jurídico-formal constitucional fue reparada por la Reforma de 1994. En efecto, la Reforma de 1994 restableció la continuidad jurídica interrumpida cinco veces por sucesivos golpes militares (1930, 1943, 1955, 1966, 1973)²⁵. El proceso de reforma constitucional que se llevó a cabo en 1994 con el dictado de la ley 24.309 y, en especial, con la elección popular de convencionales constituyentes que tuvo lugar el 10 de abril de 1994, constituye una expresa declaración de voluntad constituyente del pueblo

²³ Registramos un fenómeno análogo en Bolivia cuya Constitución de 1967 soportó varios golpes de estado y varias reposiciones hasta su sustitución por un texto completamente nuevo en 2009; y en Uruguay donde la Constitución de 1967 se encuentra todavía vigente a pesar de haber sido suspendida por un golpe militar en 1973 y repuesta en 1985.

²⁴ Algunos analistas consideran el derrocamiento de Frondizi en 1962 como otro caso de ruptura, aunque con la singularidad que el Congreso no fue disuelto, por un lado, pero con la sombra de la proscripción del partido justicialista, por la otra.

²⁵ Existe alguna opinión que las interrupciones de 1930 y 1943 fueron saneadas en 1949, pues la reforma constitucional de 1949 habría reestablecido la continuidad constitucional afectada en 1930 y 1943.

argentino²⁶. Esta manifestación tuvo, como presupuesto lógico, la aceptación de la Constitución de 1853 como Ley Fundamental preexistente, pues si esta no válida no hubiera sido posible abordar su revisión. La reposición de la Constitución de 1853 es un supuesto previo porque sobre tu texto, luego, se hicieron las modificaciones propuestas, y, además, el propio procedimiento de revisión de 1994 se hizo aplicando el art. 30. En otras palabras, el pueblo al consentir la reforma constitucional ha aceptado explícitamente el valor fundante de la Constitución de 1853²⁷. De este modo quedó reparada la continuidad jurídico-constitucional que había permanecido rota desde 1930.

A la elección popular del 10 de abril, como manifestación de poder constituyente, debe añadirse un momento de inmenso valor simbólico que, como dijimos más arriba, nunca se recalcará lo suficiente, de un altísimo significado político-constitucional: la Sesión del 22 de agosto de 1994 cuando la totalidad de los convencionales (incluidos los grupos opositores) aprobaron, por unanimidad, el texto constitucional final.

Con la Reforma del 94 la ruptura que venía arrastrándose desde 1930 fue saneada. A diferencia de las cinco reposiciones posteriores de la Constitución de 1853, en 1932, 1946, 1958, 1973 y 1983 que no fueron producto de la voluntad constituyente popular, con la Reforma de 1994 se puede afirmar que el pueblo fue consultado acerca de la Constitución de para el país, en consecuencia, el texto constitucional aprobado en 1994 es, sin duda alguna, la Constitución como expresión de la voluntad constituyente del pueblo argentino.

Hasta entonces la historia constitucional argentina, desde la perspectiva del principio de la continuidad jurídica, ofrecía serios reparos teóricos. Con la Reforma de 1994 se restablece la continuidad jurídico-constitucional porque hubo una manifestación expresa de la voluntad constituyente popular.

En resumen, la Reforma de 1994 tiene una importancia superlativa porque al actualizar el poder constituyente popular de reforma, restableció la continuidad jurídico-constitucional, en cuanto se produjo una revivificación de la Constitución de 1853 como supuesto normativo que sostiene el decurso del proceso de reforma constitucional de 1994.

²⁶ Hubo una participación del 77,5% de padrón electoral en estos comicios se eligieron 305 convencionales constituyentes, sin que ningún partido haya obtenido mayoría o quórum propio. con resultado la siguiente distribución entre los partidos: el Partido Justicialista 137, la Unión Cívica Radical 74, el Frente Grande 31, el Movimiento por la Dignidad y la Independencia 21, la Unión del Centro Democrático 4, el Partido Socialista 3, Fuerza Republicana 7, el Partido Demócrata Progresista 3 y varios partidos provinciales 28.

²⁷ Podríamos inferir que ya lo había hecho, de manera implícita, al participar en los comicios de elecciones presidenciales de 1983 y 1989, y de 1985, 1987, 1991 y 1993 para diputados nacionales.

CONCLUSIÓN

Queda a la vista la trascendencia de la Reforma de 1994 para la dogmática constitucional por ser expresión del ejercicio de un genuino poder constituyente dotado de legitimidad democrática y por haber obrado la reparación de la continuidad jurídico-constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- BARTHÉLEMY, Joseph y DUEZ, Paul, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, p. 227.
- BORGEAUD, Charles, *Établissement et révision des constitutions en Amérique et en Europe*, Paris, Thorin et Fils Editeurs, 1893, p. 309.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1948 (trad. José Lión Depetre);
- Caso “Polino y otros” (Fallos 317:335).
- Caso “Romero Feris, Antonio” (Fallos: 317:716).
- Caso “Schiffrin” (Fallos 340:257).
- DÍAZ RICCI, Sergio, “Comentario al artículo 30 CN (Reforma Constitucional)”, en AA.VV. - SABSAY Daniel (dir.) y MANILI, Pablo (coord.), *Constitución de la Nación argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi - J. L. Depalma Editor, 2009, t. I, pp. 1145-1191.
- “Control judicial de la reforma constitucional” en AA.VV. - MANILI, Pablo (dir.), *Tratado de derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. II, pp. 623-653.
- “El poder constituyente: de idea proteica a concepto constitucional adecuado”, en AA.VV., *Una nueva Constitución para Chile. Libro homenaje a Lautaro Ríos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile - Asociación Chilena de Derecho Constitucional, 2018, pp. 131-152.
- “La rigidez constitucional. Un concepto toral”, en AA.VV. - CARBONELL, M., FIX-FIERRO, H., GONZÁLEZ-PÉREZ, L. R. VALADÉS, D. (coord.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*, Estudios en homenaje a Jorge Carpizo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, t. IV, vol. I, pp. 551-587.
- *Teoría de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 248 y ss.
- ESMEIN, A (NÉZARD, H.), *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Recueil Sirey, 1921 (7e. ed.), vol. I, p. 619.
- LAFERRIERE, Jules, *Manuel de Droit Constitutionnel*, Paris, Editeurs Domat- Montchrestien, 1947 (2ª ed), p. 303.

RIGAUX, Marie-Françoise, *La Théorie des Limites matérielles à l'exercice de la Fonction Constituante*, Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier SA Editeur, 1985, pp. 240 y ss.

VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.

Recepción: 25/11/2019

Aceptación: 17/12/2019

LA CORTE SUPREMA Y EL TEMA DE LA SUJECIÓN A LOS PRINCIPIOS DE DERECHO PÚBLICO CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS A PARTIR DE LA REFORMA DE 1994

Por RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS*

Resumen:

La reforma del art. 67, inc. 19 —actual art. 75, inc. 22— de la Ley Fundamental llevada a cabo por la Convención Nacional Constituyente de 1994 constituye un punto de especial relevancia en el sistema de defensa de los derechos humanos previsto en nuestro ordenamiento jurídico.

Dicha modificación es consecuencia, por una parte, de la genérica autorización dada por la ley 24.309 de reforma de la Constitución de “actualizar” las atribuciones, en lo que aquí importa, del Congreso Federal de “aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones y los concordatos con la Silla Apostólica” (art. 3º, inc. “E” de dicha norma); y, por otra, de la más específica de legislar “institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales” (art. 3º, inc. “I” del texto citado).

A mi juicio, el referido inc. 22 gira en torno de cinco aspectos fundamentales: a) el dotar de rango supralegal a los tratados y a los concordatos con la Santa Sede, bien que en dicho examen no debe desentenderse el tema de (a1) la modalidad cómo dicha prelación se efectúa, esto es, que ella no puede violentar principios de derecho público constitucional tal y como lo estatuye el art. 27 de la Ley Suprema y (a2) la operatividad de las disposiciones de aquellos; b) la constitucionalización de un decálogo de instrumentos internacionales protectorios de los derechos humanos, posteriormente extendido a otros; c) el otorgamiento del señalado rango constitucional “en las condiciones de su vigencia” de dichos instrumentos; y d) sin que ello conlleve “deroga[r] artículo alguno de la primera parte” de la Constitución, sino, antes bien, e) que tales declaraciones y tratados “deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Ahora bien, en el examen de esta cuestión no debe pasar desapercibida la notable influencia que ejercieron ciertos pronunciamientos del Alto Tribunal en la configuración

* Profesor titular de Teoría General y Filosofía del Derecho, UBA; doctor en Derecho, Universidad de Navarra - España; juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta.

de las notas recién referidas. De ahí que, en lo que sigue, examinaré el papel de la Corte Suprema en lo concerniente al primer aspecto, que aquí se ha denominado a1, es decir; que los instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento jurídico nacional, sea con rango supra legal, sea con rango constitucional, deben en todos los casos resguardar los “principios de derecho público” establecidos en la Constitución federal.

Palabras clave:

Reforma constitucional, derecho público, tratados internacionales, supremacía, Constitución Nacional.

THE SUPREME COURT AND THE SUBJECT TO THE
CONSTITUTIONAL PUBLIC LAW PRINCIPLES OF THE TREATIES
FROM THE 1994 REFORM

Abstract:

The reform of art. 67, inc. 19 —current art. 75, inc. 22— of the Fundamental Law carried out by the National Constitutional Convention of 1994 constitutes a point of special relevance in the system of defense of human rights provided for in our legal system.

Such modification is a consequence, on the one hand, of the generic authorization given by Law 24,309 of the reform of the Constitution to “update” the powers, in what matters here, of the Federal Congress to “approve or discard the treaties concluded with the others. nations and concordats with the Apostolic Chair” (art. 3, inc. e of said norm); and, on the other hand, of the most specific to legislate “institutes for the integration and hierarchy of international treaties” (art. 3, inc. “I” of the quoted text).

In my opinion, the aforementioned paragraph 22 revolves around five fundamental aspects: a) to provide treaties and concordats with the Holy See as a supralegal rank, although in that examination the subject of (a1) the modality should not be disregarded how this priority takes place, that is, that it cannot violate principles of constitutional public law as stipulated in art. 27 of the Supreme Law and (a2) the operability of the provisions of those; b) the constitutionalization of a decalogue of international instruments that protect human rights, later extended to others; c) the granting of the said constitutional rank “under the conditions of its validity” of said instruments; and d) without this entailing “repealing any article of the first part” of the Constitution, but, rather, e) that such declarations and treaties “should be understood as complementary to the rights and guarantees recognized therein”.

However, in examining this issue, the remarkable influence that certain pronouncements of the High Court in the configuration of the newly referred notes should not go unnoticed. Hence, in what follows, I will examine the role of the Supreme Court in regard to the first aspect, which here has been called a1, that is, that the international

instruments incorporated into the national legal system, be with a supra legal status, be with constitutional status, they must in all cases safeguard the “principles of public law” established in the federal Constitution.

Keywords:

Constitutional reform, public law, international treaties, supremacy, National Constitution.

1. LA SUPREMACÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE LAS LEYES Y LA SUJECIÓN DE AQUELLOS A LOS PRINCIPIOS DE DERECHO PÚBLICO CONSTITUCIONAL

1.1. La postura tradicional de la Corte Suprema

La postura tradicional de la Corte Suprema respecto al orden de prelación existente entre las leyes de la Nación y los tratados con las potencias extranjeras, ambos “ley suprema de la Nación” —y que, en la doctrina internacionalista especializada, se conoce bajo el nombre de “monismo-dualismo”¹— fue sintetizado por el Tribunal, entre otros, en la causa “Martín y Cía. Ltda. SA” del año 1963². En ella, y en lo que aquí interesa, se discutió si el decreto-ley 6575/1958 resultaba modificatorio del Tratado de Comercio y Navegación celebrado con la República Federativa del Brasil en 1940 y aprobado por ley 12.688. A juicio de la Corte, de la lectura (sin duda literal³) del art. 31 de la Ley Fundamental, “no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango” a las leyes o los tratados. Por ello, concluye, “rige respecto de ambas clases de normas, en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la República, el principio con arreglo al cual las posteriores derogan a las anteriores” (cfr. consids. 6º, 7º y 8º). Y como corolario de una visión de las relaciones exteriores y del papel de la Corte Suprema —como poder del Estado— que se halla en las antípodas

¹ Kelsen ha criticado, a mi parecer con acierto, dicha clasificación. Para él, solo corresponde hablar de “monismo”, pues los estados, o bien consideran que la ley de sus respectivos países prevalece sobre las normas internacionales (monismo en el que prima el derecho interno), o bien conceden que, por encima de su derecho estatal, se encuentran las normas internacionales (monismo en el que prima el derecho internacional). Cfr. al respecto, KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1993, pp. 330-345 (del alemán por VERNENGO, Roberto).

² Fallos 257:99. Cfr. también: 208:84, y 271:7, entre otros.

³ Cfr., al respecto, el sugerente apunte histórico del voto del juez Boggiano en la causa “Cafés La Virginia SA”, sentencia del 13/10/1994, Fallos 317:1282, consids. 21 y 22, acerca del (muy posible) genuino sentido del art. 31 dado por los constituyentes de 1860. Sobre este aspecto, cfr., más ampliamente, RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, “El papel del sistema jurídico interamericano en el ordenamiento constitucional de la República Argentina (Reflexiones a partir del caso de la Corte Suprema ‘Fontevecchia’ de 2017)”, *Anales*, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, t. XLIV, I, Buenos Aires, 2017, pp. 173-206 y, con anterioridad, RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, “Los derechos humanos del art. 33 de la Constitución Nacional: la exégesis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1987-1997)”, *Anuario de Derecho*, nro. 4, Buenos Aires, Universidad Austral, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 197-224.

de la actualmente defendida por el Tribunal y, en general, del modo de asumir las relaciones internacionales por parte de los estados, aquel añadió que “la *posible* cuestión de orden internacional subsistente es ajena, como principio, a la jurisdicción de los tribunales de justicia internos. Y depende de circunstancias atinentes a la conducción de las relaciones exteriores de la Nación, sujetas a reclamo de las altas partes contratantes, a cuyo *respecto no cabe decisión por esta Corte*” (consid. 9º. El énfasis es mío a fin de resaltar las diferencias entre este voto y el de la causa “Ekmekdjian” al que se aludirá más abajo).

1.2. *El comienzo del cambio*

Habrà que aguardar, entonces, hasta el conocido pronunciamiento “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo”, sentencia del 7 de julio de 1992⁴, para que la Corte altere la posición recién referida, aun cuando, como de inmediato se verá y fue señalado oportunamente⁵, dicho pronunciamiento no entraña la consolidación definitiva de su doctrina sobre el punto, lo que recién ocurrirá exactamente un año más tarde, en ocasión de pronunciarse en la causa “Fibraca Constructora SCA c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”⁶.

En el citado caso “Ekmekdjian”, en efecto, una ajustada mayoría de cinco jueces (en ese momento la Corte Suprema estaba integrada por nueve ministros) compuesta por los ministros Cavagna Martínez, Barra, Fayt, Nazareno y Boggiano argumentó, en un caso en el que se discutió el alcance y operatividad del derecho de réplica consagrado por el art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) que: a) los tratados internacionales, en la medida en que requieren de la actuación conjunta de los poderes Ejecutivo y Legislativo (aquel, como expresa la Constitución Nacional, los “concluye y firma” —art. 99, inc. 11—; este los “aprueba o desecha” —art. 75, inc. 22—), constituye un “acto complejo federal”; b) bajo tal perspectiva, su derogación por una ley violenta la recién referida distribución de competencias impuesta por la Constitución, a la vez que constituye un avance inconstitucional del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo que es quien conduce las relaciones exteriores de la Nación (consid. 17)⁷; c) el art. 27 de la Convención de Viena “confiere primacía al derecho internacional sobre el derecho interno”. Ahora bien: como dicha Convención fue aprobada de conformidad con el procedimiento señalado en (a), y se encuentra en vigor desde 1980, la referida “prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino”, por lo que no resulta ya válido el fundamento

⁴ Fallos 315:1492.

⁵ Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., “Constitucionalidad y extensión del derecho de réplica”, JA, Buenos Aires, diario del 11/11/1998, p. 46.

⁶ Fallos 316:1934.

⁷ No debe olvidarse que, en lo que a este tema interesa que el Poder Ejecutivo es quien “deposita” el instrumento internacional de que se trate ante el órgano o nación correspondiente.

dado por la Corte al defender su anterior posición (consid. 18)⁸; d) a su vez, la mencionada primacía tiene, con fundamento en las “exigencias de cooperación, armonización e integración” y de “prevención” de la responsabilidad internacional del Estado nacional, el efecto de obligar a los órganos del Estado a otorgar prevalencia a dichos tratados ante: d1) “un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria”, y d2) la omisión legislativa de dictar disposiciones que equivalgan al incumplimiento de aquel (consid. 19).

Como puede observarse, se está ante una doctrina muy diversa de la expuesta en la antes citada causa “Martín & Cía. Ltda. SA”, consecuencia, entre otras razones, de un contexto parejamente distinto, en el que las políticas de integración regional e internacional asumen una dimensión nunca antes experimentada. En el presente caso, en primer lugar, se ha efectuado un depurado análisis —ausente en el caso recién mencionado— del modo en que, de conformidad con la economía constitucional, se integra un tratado en el ordenamiento jurídico y que arroja luz en cuanto a la primacía de estos respecto de las leyes, conclusión que se ve reforzada con la sanción y entrada en vigencia de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados —inexistente en 1963—. En segundo lugar, se observa una opuesta concepción del papel reservado al Tribunal en el ámbito de las altas funciones a él asignadas en tanto que cabeza de uno de los poderes del Estado. En efecto, mientras en “Martín” la Corte deja en manos del Poder Ejecutivo la entera asunción de una responsabilidad internacional que, más que “posible”, será indudable; en “Ekmekdjian” aquella asume inequívocamente su papel de órgano de cogobierno de la Nación, anticipándose a cualquier posible omisión en el cumplimiento de los deberes internacionales del Estado. Así, expresa que “la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos (...) no es ajena a la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla”. Y añade: “en este sentido, el Tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente” (consid. 19, *in fine*).

1.3. La Corte depura su doctrina

Según se ha visto al sentar la doctrina recién referida, la Corte no estableció distingo alguno entre las normas de derecho interno, las que, de este modo, resultarían *prima facie* inferiores a los tratados. ¿Puede ello significar que una convención internacional se encuentra por encima, incluso, de la misma Constitución, en tanto es indudable que esta integra su “derecho interno”? Una respuesta afirmativa acaso desvirtuaría el genuino sentido tenido en mira por el

⁸ De cualquier modo, y a tenor de los argumentos dados en “a” y “b” la doctrina tradicional de la Corte Suprema resultaba insostenible, ya que, con prescindencia del orden de primacía formal existente entre tratados y leyes, es lo cierto que las leyes posteriores no podían, de hecho, derogar a aquellos.

Tribunal al ocuparse de este tema y que, según se anticipó, no fue otro que el de examinar la aplicabilidad de una norma de un tratado internacional aprobado por nuestro país y en plena vigencia al momento de resolver la litis.

De cualquier modo, es claro que se advertía una imprecisión en los términos del razonamiento del Tribunal, la cual comenzó a ser suplida unos meses después por el voto del juez Boggiano en la causa “Servini de Cubría, María R. s/amparo”, sentencia del 8 de setiembre de 1992⁹.

En efecto; en el consid. 12, y a propósito del examen acerca del alcance que cabe otorgar, esta vez al art. 13 de la CADH (relativo a la libertad de pensamiento y de expresión), dicho juez expresó que, de conformidad con lo establecido por el art. 27 de la Carta Magna, los tratados internacionales deben estar conformes a los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional. Y a ese respecto, completó que “el art. 27 se refiere a los principios, no a las normas o disposiciones constitucionales específicas, de modo que los tratados han de guardar armonía con aquellos principios constitucionales básicos, sin los cuales, la propia constitución se desvirtuaría”.

La tesis del juez Boggiano se ubica, pues, y para decirlo en lenguaje kelseniano, en un “monismo” en el que prevalece el derecho interno sobre el internacional. Ahora bien: no se trata de una primacía absoluta del primero sobre el segundo, sino exclusivamente limitada a la Constitución, ya que, inmediatamente por debajo de esta se encuentran los tratados, siempre que, claro está, estos se adecuen a los “principios” que fluyen de nuestro texto fundamental, el cual, de esta forma, se sitúa inequívocamente en la cúspide de la pirámide normativa.

Como se adelantó, el camino recién perfilado se completa el 7 de julio de 1993, cuando una consolidada mayoría de seis jueces del Tribunal (ministros Barra, Belluscio, Cavagna Martínez, Nazareno, Levene y Moliné O’Connor), suscribe el citado pronunciamiento “Fibraca Constructora SCA” en el que se discutió la aplicabilidad o no del “Acuerdo de Sede” aprobado por ley 21.756. En dicha causa, en efecto, se expresa que “la necesaria aplicación del [art. 27 de la Convención de Viena] impone a los órganos del Estado argentino —una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales— asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria” (consider. 3º. El énfasis se ha añadido).

Este criterio es reiterado en el ya citado pronunciamiento “Cafés La Virginia SA” por conducto de los jueces Belluscio, Levene, Nazareno, López y Bossert (consider. 9º del voto de mayoría), y Boggiano (consider. 25 de su voto concurrente).

Ahora bien, en el voto de Boggiano se hace referencia (consider. recién citado) al relevante precedente “Washington Cabrera c. Comisión Técnica Mixta Salto Grande”, sentencia del 5 de diciembre de 1983, la Corte puso entre paréntesis la constitucionalidad de la norma¹⁰, cuyo examen parece imprescindible.

⁹ Fallos 315:1943.

¹⁰ Fallos 305:2150.

En efecto; en dicha causa se discutió el alcance de la inmunidad de jurisdicción prevista por el mentado organismo en el acuerdo sede oportunamente suscrito con nuestro país. Al respecto, la mayoría de la (jueces Rossi, Martínez Vivot y Gnecco) señalaron que “frente al conflicto planteado entre la norma que, por obra de un tratado, acuerda ‘inmunidad de jurisdicción’ a una de las partes y la norma constitucional que reconoce a la otra el ‘derecho a la jurisdicción’, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la primera y la supremacía de la segunda...”, añadiendo que compartían, asimismo, el voto minoritario, en cuanto fundado en “el derecho de gentes”. Este último voto, en efecto, sentenció que “al establecer una exención no solo ante los tribunales argentinos sino también ante los de cualquier otro Estado y ante tribunales internacionales, con completa privación de justicia y negación al derecho a la jurisdicción, vulneró la (...) norma imperativa de derecho internacional general” a que alude el art. 53 de la Convención de Viena de 1969. Por ello, añadió la Corte, “aun con prescindencia de la constitucionalidad del art. 27 de la Convención citada —relacionado con el derecho interno y la observancia de los tratados—, corresponde estimar inválida la inmunidad jurisdiccional absoluta invocada por la demandada en el propio ámbito jurídico formado por el derecho internacional consuetudinario...” (consid. 11 del voto de los jueces Gabrielli y Guastavino). De ahí que, completa este voto, “siendo válido aún en la propia esfera del derecho internacional la cláusula de inmunidad absoluta analizada se torna innecesario examinar las serias objeciones que ella plantea en la perspectiva de los arts. 27, 31 y concordantes de la Constitución Nacional” (consid. 12).

Las consideraciones recién vertidas —primacía formal de la Constitución sobre los tratados y, más relevante todavía, primacía material fundada en el resguardo en principios superiores o imperativos (*ius gentium* o, en la semántica constitucional, “principios de derecho público constitucional”)— se han plasmado categóricamente en el antes referido precedente “Fontevicchia”.

La Corte es enfática: “El constituyente ha consagrado en el art. 27 una esfera de reserva soberana, delimitada” por dichos principios, “a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad” (consid. 16). Para el juez Rosatti, dicha “reserva soberana”¹¹ se extiende “con mayor razón aun” a “la interpretación que de tales tratados se realice”

¹¹ El mencionado magistrado asocia la idea de “reserva soberana” al “margen de apreciación nacional” originado, como se anticipó, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A mi juicio, esta última noción, de genuina impronta interregional, actúa como una cláusula de auto limitación (de *selfrestraint* si se piensa en la tradición de la Corte norteamericana) de las normas internacionales respecto de las nacionales. Por el contrario, la idea de una “reserva soberana” mienta lo opuesto: se trata, si cabe la expresión, de ese “mínimo indisponible” de contenidos fundamentales que se explicitan en sede nacional y de conformidad con los cuales se debe interpretar los documentos internacionales. Considero que semejante a mi perspectiva es la de GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, en su estudio “Estado constitucional y convencional de derecho y derecho de convencionalidad”, *Revista La Ley*, Buenos Aires, diario del 3/4/2017, p. 2 bien que, desde la lógica crítica al fallo “Fontevicchia” de este autor, las consecuencias que extraemos de dicha proposición resultan contradictorias.

(consid. 5º, 2º párr.)¹². En definitiva, si un instrumento internacional no supera el test que surge de dichos principios no podrá ingresar al ordenamiento jurídico a título de norma supra legal y, mucho menos, a título de Constitución. Lo expuesto es una derivación del “argumento de la primacía constitucional” y, de la necesaria compatibilidad de los tratados con aquella.

1.4. El tema en la Constitución vigente

Pues bien: al poco tiempo de haberse definido este tema por parte de la Corte Suprema, se sancionó la ya citada ley de reforma de la Constitución y, a principios de agosto de 1994, la Asamblea Constituyente aprobaba los actuales incs. 22 a 24 del art. 75. La segunda oración del primer párrafo del inc. 22 sienta el principio general ya estructurado por vía jurisprudencial: los tratados (se entiende, de cualquier naturaleza, pues el constituyente no ha efectuado distinción alguna, por lo que, conforme conocida jurisprudencia del Alto Tribunal, no cabe al intérprete hacerlo) y los concordatos con la Santa Sede “tienen jerarquía superior a las leyes”, por lo que resulta claro que se ubican por debajo de la Constitución¹³.

1.5. La Corte y su exégesis del asunto en la Convención Constituyente de 1860

Ahora bien: en el citado voto del juez Boggiano en “Cafés La Virginia” (consid. 22) se hace alusión al análisis del tema en la inteligencia de los propios padres constituyentes, los que habrían asumido, ya en 1860, tanto la idea de la supremacía de los tratados sobre las leyes internas, como la necesaria sujeción de aquellos a la Constitución.

¹² Aquí se está haciendo referencia a la denominada *res interpretata* (la “cosa interpretada”) a la que aluden ciertos votos de algunas sentencias de la CIDH para indicar que no solo resultan obligatorias las decisiones de ese tribunal cuando un estado es parte en un asunto, sino, también, las interpretaciones que aquel realiza en toda decisión, de donde aquellas vienen a gravitar sobre todos los estados, hayan o no sido parte en una contienda (validez *erga omnes* de tales interpretaciones). Cfr. al respecto, *infra* nota 37. Se trata de una de las afirmaciones más controvertidas de la CIDH por su dudosa compatibilidad con las normas de la CADH en las que ese tribunal basa su competencia y, en cuanto concierne al sistema argentino, por su clara confrontación (salvo supuestos puntuales en algunas provincias y en la CABA) con su doctrina constitucional de que las decisiones judiciales se refieren exclusivamente a casos concretos. Acaso en esa auto comprensión de la CIDH está la base de la reacción de cierto sector de la doctrina y de la jurisprudencia sobre el alcance del sistema interamericano y, a mi juicio, es en esa lógica en la que cabría ubicar la referida proposición del juez Rosatti: no solo las normas de los tratados se someten al test de constitucionalidad del art. 27, sino, *a fortiori*, la interpretación que de aquellas hagan sus órganos natos.

¹³ Esta supralegalidad se completa a través de otra modificación nada menor de la doctrina de la Corte: la de considerar a todos los términos del tratado como de índole federal, funcionen o no como preceptos de derecho común. Cfr. sobre el punto: “Méndez Valles, Fernando”, sent. del 26/12/1995.

En efecto; en esa circunstancia, al tratarse la célebre adición al art. 15 según la cual los esclavos que “de cualquier modo se introduzcan, quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República”¹⁴, se aludió a un posible tratado en trance de ser firmado por el gobierno de Paraná y que permitía devolver al imperio del Brasil los esclavos que ingresaran al país. Ante ello, el diputado Esteves Sagú hizo mérito del art. 27 del texto supremo, remarcando que “quiere decir que un tratado de esos no puede menos de respetar el artículo constitucional”¹⁵, con lo que vino a concordar con las intervenciones previas de los diputados Elizalde, Mármol y Vélez Sarsfield quienes consideraron que “un tratado es ley suprema en cuanto no se oponga a la constitución”¹⁶. Para concluir que “cuando la constitución sostiene un principio tan absoluto [como el que no hay esclavos en la nación argentina] impide que puedan hacerse tratados (...) que sean no solo contrarios a ese principio absoluto sino contrarios al art. 27 de la Constitución. Cuando se quiere pasar por sobre todos los principios, son inútiles todas las leyes. Por consecuencia, en el art. 27 están salvos completamente todos los principios que se han indicado”¹⁷.

De lo recién expuesto, emerge con claridad que, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, en el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución federal se halla en la cima de la pirámide. Por debajo de ella, los tratados (de cualquier índole) y los concordatos con la Santa Sede *sí, y solo sí*, resultan contestes con los principios de derecho público constitucional y, por debajo de estos, las leyes dictadas por el Congreso Nacional. Como es obvio, que sean esos principios públicos constitucionales constituye un tema de trascendental relevancia por lo que será examinado a continuación.

1.6. Sobre el alcance de los principios de derecho público constitucional

Ahora bien: ¿cuáles son esos principios? Al respecto, el énfasis del juez Boggiano en expresar que la Constitución no alude a “disposiciones constitucionales específicas”, merece especial atención, ya que, desde una perspectiva formal, pone de manifiesto —tal y como ha sido especialmente puesto de relieve por parte de los teóricos jurídicos, lo que revela la notable originalidad y, además, pervivencia de nuestro texto fundamental— que la estructura de los sistemas jurídicos se compone no solo de lo que en la actualidad se identifican como “reglas” (“disposiciones constitucionales específicas”, en la semántica recién

¹⁴ Sobre el origen, sentido y peripecia de esta norma, cfr. mi estudio RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, “La Asamblea del Año XIII y el camino del fin de la esclavitud”, LL 2014-A-698, sección doctrina.

¹⁵ RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas, 1937, t. IV, p. 832.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 830. La cita se corresponde a la opinión formulada por el diputado Elizalde.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 834.

citada), sino, además, de “principios”. Y, en cuanto a una perspectiva material o de fondo, es clara la diversa connotación que esto último entraña.

Los principios, en efecto, están asociados, como escribe Zagrebelski, a las “grandes opciones de cultura jurídica de la que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión”¹⁸, de modo que, según expresa Alexy, “pueden ser derivados de una tradición de normaciones detalladas y de decisiones judiciales que, por lo general, son expresión de concepciones difundidas acerca de cómo debe ser el derecho”¹⁹. La conexión, pues, entre la noción de principios y la moral es clara, pues aquellos ordenan realizar —para decirlo alexyanamente— “en la mayor medida” de las posibilidades fácticas y jurídicas, el haz de dimensiones fundamentales que conciernen al ser humano y que la dogmática constitucional ha concretado en sus bienes o garantías básicas. Si se desea acudir, textualmente, al lenguaje de las convenciones, acaso un texto de la CADH resulte concluyente: se trata de lo que se lee en el segundo párrafo de sus Considerandos, cuando se hace alusión a los “derechos esenciales del hombre”, los que “no nacen del hecho de ser nacionales de determinado Estado, sino que tiene como fundamento los atributos de la persona humana”.

Variadas son las manifestaciones de estos “principios constitucionales básicos” que cabe hallar en nuestro texto supremo. Entre otros, uno que se remonta a la Convención de 1853 es el que se halla en el entonces art. 102 (actual 118) en cuanto reprime los delitos contrarios al antes mencionado “Derecho de Gentes”, autorizando su esclarecimiento incluso si fueran cometidos fuera de las fronteras de la República, en lo que constituye un notable anticipo de lo que se conoce como “jurisdicción universal”. El “derecho de gentes”, como es bien sabido, no alude sino al “derecho natural” o, si se prefiere, siguiendo a Vitoria, entraña una “derivación del derecho natural”, con lo que se está, de lleno, en el ámbito de los derechos fundamentales de las personas²⁰.

¹⁸ ZAGREBELSKI, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995, p. 110.

¹⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 104.

²⁰ DE VITORIA, Francisco, *Relectio de Indis*, Madrid, CSIC, 1989, p. 99. El *ius gentium* fue definido por Gayo como “aquello que la razón natural estableció entre todos los hombres (*inter omnes homines*)” (cfr. *Instituciones*, I, 2, 1). A su turno, Vitoria “internacionaliza” la noción al modificarla sutilmente: “se llama derecho de gentes lo que la razón natural estableció entre todas las gentes (*inter omnes gentes*), con lo que se extiende a todas las naciones. Me he ocupado sobre este aspecto en mi estudio “Francisco de Vitoria en el origen de la modernidad”, Buenos Aires, *Publicaciones del Instituto de Estudios Iberoamericanos*, vol. XI, año 17, pp. 87-114. En cualquier caso, la base del derecho de gentes lo constituye la “razón natural”. Se está, pues, ante una idea de carácter universal, anterior y, ciertamente, superior a cualquier ordenamiento positivo. Es anterior porque acompaña al hombre desde que este se configura tal y como hoy se lo conoce y es superior porque si dichos ordenamientos desconocieran o cercenaran tales principios básicos que hacen al reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, resultarían inválidos, más allá de su vigencia histórica, en tanto entrañarían una “injusticia extrema”. Me he ocupado de esta cuestión en varios lugares. Remito, entre otros, a *Teoría del derecho*, Buenos Aires, Ábaco, 2016, esp. pp. 177-184.

Asimismo, otro de los “principios” llamados a tener una enorme influencia doctrinaria y jurisprudencial posterior lo constituye la incorporación, con la Convención de 1860, del art. 33 por el que se consagra que “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados...”. Conforme surge del dictamen presentado por la Comisión que había recibido de la Asamblea Constituyente la encomienda de estudiar las reformas que cupiera realizar al texto aprobado en 1853, el texto se inspira en la Enmienda X de la Constitución de los Estados Unidos, la que reza que “la enumeración en la Constitución de determinados derechos no debe ser entendida como una negación o restricción de otros derechos retenidos por el pueblo”, y aspira a incluir bajo el manto de la Ley Fundamental a “todos aquellos derechos (...) que son anteriores y superiores a la Constitución misma”, esto es, “los derechos del hombre que nacen de su propia naturaleza” y que “no pueden ser enumerados de una manera precisa”²¹. Se trata, pues, de un reenvío —nuevamente implícito— por parte del texto supremo a esas exigencias básicas del ser humano que es posible rastrear con el concurso de la razón en las variadas circunstancias por las que aquel transita en orden a brindarles un cabal reconocimiento y garantía. En el debate posterior, uno de los miembros informantes, el convencional Sarmiento, fue categórico al expresar que “todas las constituciones han repetido esta cláusula como indispensable”, de donde con esta incorporación se procura establecer un “principio claro”; “una jurisprudencia para todos los casos que puedan ocurrir” y en los que, como es obvio, se advierta la existencia de un título, bien o derecho natural que, empero, el legislador no hubiera legislado sea, como se reconoce, por omisión (voluntaria o no); sea por ausencia de conocimiento respecto de tal materia en una determinada circunstancia histórica (v.gr., el develamiento del derecho natural al medio ambiente, que inhiere en la naturaleza humana pero que emerge o se tematiza en un momento preciso, a saber, con la eclosión de la crisis ambiental).

Las palabras del ilustre sanjuanino contienen un conocido carácter premonitorio, pues la jurisprudencia echó mano del texto bajo examen en numerosísimas oportunidades a fin de reconocer, con rango constitucional y con sustento en dicho texto, un haz de bienes o títulos básicos del ser humano que emergieron en dichas puntuales circunstancias y que, de este modo, vinieron a robustecer el conjunto de “principios de derecho público establecidos en esta Constitución”, tal y como reza el citado y crucial art. 27.

Así, entre otros principios explicitados por la labor jurisprudencial y recondicionados al art. 33 se destaca la acción de amparo por parte de los particulares, al expresar “que existe una garantía tácita o implícita que protege los diversos aspectos de la libertad individual (art. 33 de la Constitución Nacional)”, por lo que “ninguna reserva cabe establecer de modo que excluya en absoluto

²¹ Cfr. RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Instituto de Investigaciones Históricas, Buenos Aires, 1937, t. IV, p. 224.

y *a priori* toda restricción que emane de las personas privadas”²²; el derecho de reunión²³; el derecho a la libertad de creación artística²⁴; el derecho al restablecimiento de la aptitud nupcial, el cual, a través del voto del ministro Carlos S. Fayt, fundó su decisión, en esencia, en el “derecho a la dignidad de la persona humana” que halla su asiento constitucional entre los derechos no enumerados del art. 33 (conf. consid. 7º); el derecho del privado de libertad a poseer una adecuada asistencia letrada que asegure su defensa en juicio, y el derecho “de ser informado sobre su hermano desaparecido” o de “esclarecer las circunstancias en que se produjo la muerte de su hermano”, según el voto de los jueces Bossert, por una parte, y Belluscio y López, por otra, en la causa “Urteaga”²⁵.

De igual modo, la jurisprudencia de la Corte ha detectado otros principios que dimanen de la propia arquitectura constitucional. Uno de ellos, se ha señalado en la causa “Fontevecchia”, y de carácter “incommovible” es, “sin duda alguna”, el de esta Corte “como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del art. 108 de la Constitución Nacional” (considerando 17 del voto de mayoría).

Por último, otro ejemplo de la presencia de estos “principios” imperativos a que hace referencia el citado texto del art. 27 se puede encontrar —esta vez por intermedio de la actuación del Convencional Constituyente de 1994—, en el inciso 24 del art. 74, en la medida en que “condiciona” la “aprobación” de “tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales” a que se cumplan ciertas “condiciones” (que claramente cabe considerar como “principios”), como ser, las de “reciprocidad”, “igualdad”, “respeto al orden democrático” y a “los derechos humanos”. Dicho de otro modo: si la conclusión de dichos acuerdos no garantiza el resguardo, para decirlo brevemente, de los “derechos humanos”, tales acuerdos carecen de validez con sustento en el incumplimiento de lo que estatuye el art. 27 de la Ley Suprema.

CONCLUSIONES

En las páginas precedentes se procuró mostrar la postura de la Corte Suprema en relación con un tópico de enorme relevancia: el status normativo de los tratados y su relación con la Constitución federal. La posición del Alto Tribunal parece no admitir dudas en cuanto a un aspecto decisivo: el de que el contenido

²² Fallos 241:291. En mi opinión, esta sentencia es una de las más relevantes de la historia del Tribunal ya que, al resolver del modo preindicado, se adelanta en varios decenios a lo que la doctrina alemana ha denominado la *Drittwirkung* (“efecto horizontal”) del alcance de las resoluciones judiciales.

²³ Fallos 191:197; 207:251, y 243:504.

²⁴ Fallos 295:215.

²⁵ Causa “Urteaga, Facundo c. Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas”, sentencia del 15/10/1998.

de dichos instrumentos no debe contrariar principios imperativos (implícitos o explícitos) de la ley suprema. Ello tiene consecuencias no solo en el aspecto formal (la primacía de la Constitución sobre los tratados), sino en el propiamente material, ya que entran en juego las exigencias básicas (elementales, naturales) de la persona humana. El trabajo, en fin, aspira a insinuar algo más que se conecta con tales exigencias. En efecto; las citadas referencias tanto a diversas disposiciones del texto constitucional procedentes de distintas convenciones —esto es, originarias de distintos momentos históricos—, cuanto al rico bagaje jurisprudencial desarrollado a lo largo del tiempo, dan cuenta, en sintonía con la fina observación de los constituyentes de 1860, que los “principios de derecho público constitucional” no connotan una tabla concluida, toda vez que “el catálogo de los derechos naturales es inmenso”, por lo que se concreta; determina o desarrolla al hilo de las variadas vicisitudes por las atraviesa el decurso humano. Precisamente en esta última línea argumentativa, la Corte Suprema entendió, ante un pedido de extradición por parte de la República Italiana, que la negativa de esta a ofrecer garantías suficientes de que el extraditado sería sometido a un nuevo proceso, “no se ajusta a los principios de derecho público” del art. 27 de la Constitución. Y, en relación con lo que acaba de señalarse, afirmó que estos “comprenden *actualmente* los principios consagrados en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional”²⁶, lo que significa que en modo alguno se está en presencia de un *numerus clausus*. Esa suerte de tabla redactada de una vez y para siempre constituyó, se sabe, la vana pretensión del iusnaturalismo de cuño racionalista que, si bien se mira, no consulta, como observó con no menor agudeza Aristóteles en su día, la “irregularidad de las cosas de orden práctico”²⁷, lo que conlleva inevitables modulaciones y adecuaciones y, en definitiva, una permanente actualización en esas exigencias fundamentales de la naturaleza humana.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 104.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1137 b 15-1137 b 25.
- Causa “Urteaga, Facundo c. Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas”, sentencia del 15/10/1998.
- DE VITORIA, Francisco, *Relectio de Indis*, Madrid, CSIC, 1989, p. 99.
- Fallos 257:99.
- Fallos 316:1934.
- Fallos 315:1943.
- Fallos 305:2150.

²⁶ CSJN, causa “N., P. A., consid. 13.

²⁷ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1137 b 15-1137 b 25.

Fallos 241:291.

Fallos 191:197; 207:251, y 243:504.

Fallos 295:215.

Fallos 315:1492.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Estado constitucional y convencional de derecho y derecho de convencionalidad”, *Revista La Ley*, Buenos Aires, diario del 3/4/2017, p. 2.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1993, pp. 330-345.

RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, “El papel del sistema jurídico interamericano en el ordenamiento constitucional de la República Argentina (Reflexiones a partir del caso de la Corte Suprema ‘Fontevecchia’ de 2017)”, *Anales*, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, t. XLIV, I, 2017, pp. 173-206.

— “Francisco de Vitoria en el origen de la modernidad”, Buenos Aires, *Publicaciones del Instituto de Estudios Iberoamericanos*, vol. XI, año 17, pp. 87-114.

— “La Asamblea del Año XIII y el camino del fin de la esclavitud”, LL 2014-A-698, sección doctrina.

— “Los derechos humanos del art. 33 de la Constitución Nacional: la exégesis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1987-1997)”, *Anuario de Derecho*, nro. 4, Buenos Aires, Universidad Austral, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 197-224.

RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas, 1937, t. IV.

SAGÜÉS, Néstor P., “Constitucionalidad y extensión del derecho de réplica”, JA, Buenos Aires, diario del 11/11/1998, p. 46.

ZAGREBELSKI, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995, p. 110.

Recepción: 29/11/2019

Aceptación: 5/12/2019

EL VALOR DEL CONSENSO CONSTITUCIONAL EN EL BALANCE DE LA REFORMA DE 1994

Por MARCELO ALBERTO LÓPEZ ALFONSÍN*

Resumen:

El presente trabajo en esta edición conmemorativa analiza una vez más algunos aspectos del proceso histórico-político que concluyó en la reforma constitucional de 1994. Pretende, pues, responder a aquellos que, aún a 25 años de la misma, siguen afirmando dogmáticamente que ella se ocupó y sirvió solamente para la reelección del entonces titular del Poder Ejecutivo Nacional, o bien pretenden reducir su contenido al acuerdo político denominado popularmente como “Pacto de Olivos” entre Carlos Saúl Menem —en su carácter de Presidente del Partido Justicialista— y Raúl Ricardo Alfonsín, el cual fue el elemento más significativo desde el punto de vista político en la construcción del consenso constitucional, y cuyo resultado fue un ejercicio del poder constituyente derivado en los cauces previstos en el art. 30 de nuestra Constitución histórica como no se había vivido nunca en la historia argentina durante el transcurso de todo el siglo XX.

Palabras clave:

Reforma constitucional, democracia, poder constituyente, consenso, Pacto de Olivos.

THE VALUE OF CONSTITUTIONAL CONSENSUS IN THE BALANCE OF THE 1994 REFORM

Abstract:

This paper in this commemorative edition analyzes once again some aspects of the historical-political process that concluded in the constitutional reform of 1994.

* Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Magister en Ambiente Humano, UNLZ. Exasesor de la Convención Nacional Constituyente 1994. Profesor adjunto de la Facultad de Derecho, UBA. Juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

It intends, therefore, to respond to those who, even after 25 years, continue to assert dogmatically that it occupied and served only for the re-election of the then head of the National Executive Power, or they intend to reduce its content to the political agreement popularly known as "Pacto de Olivos" between Carlos Saúl Menem - in his capacity as President of the Justicialist Party - and Raúl Ricardo Alfonsín, which was the most significant element from the political point of view in the construction of the constitutional consensus, and whose result was an exercise of the constituent power derived in the channels provided for in article 30 of our historical Constitution like we had never experienced in Argentine history during the course of the entire 20th century.

Keywords:

Constitutional reform, democracy, constituent power, consensus, Pacto de Olivos.

1. LOS DICTÁMENES DEL CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA (1987 Y 1988)

Es una verdad de Perogrullo para cualquier analista de la historia constitucional argentina del siglo pasado que los fracasos de los intentos reformistas de 1949 y 1957 estuvieron signados por la imposición de un sector de la sociedad sobre otro. En el primer gobierno de Juan Domingo Perón, violentando los mecanismos procedimentales previstos en la cláusula antes mencionada, la mayoría parlamentaria del oficialismo de turno obligó a un proceso fuertemente resistido por los sectores contrarios al régimen político entonces imperante en cada momento. Así, la Constitución de 1949 no cumplió siquiera una década de vigencia¹, y el revanchismo de los sectores excluidos de dicho proceso hizo que la misma fuera dejada sin efecto por un bando militar de la Revolución Libertadora de 1955. El proceso reformador de 1957 tuvo un vicio de origen en el gobierno de facto que efectuó la convocatoria a la Convención Constituyente de ese año, y alcanzó como escueto balance final el restablecimiento de la Constitución histórica de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y la incorporación del constitucionalismo social (art. 14 bis CN) al catálogo de derechos ya consagrado en el siglo XIX por el clásico constitucionalismo liberal.

Un hito en los aportes de la doctrina constitucional a la cuestión reformadora fue la enmienda constitucional de 1972. A mi entender, la redacción por un grupo de expertos convocados por el gobierno de facto de la llamada "Revolución Argentina" sin mecanismos democráticos de validación política alguna, le agregó al vicio originario —convocatoria sin participación del Congreso de la Nación por estar clausurado— la casi nula vigencia sociológica, por lo que tuvo

¹ Antonio Alberto Spota se refiere a la necesidad de cumplimiento por parte de al menos una generación, es decir, 30 años aproximadamente, para que un proceso constituyente reformador sea considerado válido. Cfr. *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1972.

certificado de defunción con la caída del tercer gobierno peronista por el golpe de estado del 24 de marzo de 1976.

Sin pretender ahondar en las polémicas históricas de cada uno de estos episodios mencionados, vemos un común denominador en todos ellos: la falta de un elemento clave para el éxito de cualquier reforma constitucional, esto es el consenso². El mismo no es entendido como la imposición, sino como la construcción de un acuerdo político. A mi modo de ver, la mejor expresión de ese camino tuvo su génesis en la experiencia llevada a cabo por el Consejo para la Consolidación de la Democracia en su primer dictamen (1987), y profundizado en el segundo (1988)³. La participación pluralista de todos los sectores de la sociedad —tanto políticos como sociales, religiosos y hasta militares—, coordinados por Carlos Santiago Nino hizo que el resultado final de dicho trabajo fuese un destacado esfuerzo de actualización de nuestra carta constitucional a la luz del derecho comparado, agregándole la impronta de una necesaria atenuación del hiperpresidencialismo argentino como requisito indispensable para el afianzamiento de la democracia recuperada en 1983. Los debates de la propia Convención Constituyente de 1994 permiten destacar la trascendencia que ambos documentos tuvieron en la labor legislativa de sus protagonistas principales.

2. EL CONDICIONAMIENTO POLÍTICO EN EL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO EN 1993

Con el antecedente señalado en el acápite anterior, desde mi perspectiva, el condicionamiento político que se dio en el ejercicio del poder constituyente derivado en nuestro último proceso reformador es imprescindible al momento de cualquier balance, más para quienes nos encontramos comprendidos por la contemporaneidad del mismo.

El entonces titular del Poder Ejecutivo Nacional impulsaba en el año 1993 una modificación del art. 77 de la Constitución de 1853/60 que le permitiera la posibilidad de su reelección en la renovación presidencial de 1995. Dicha pretensión se enmarcó en un proceso electoral de renovación parlamentaria que se llevó a cabo en octubre de 1993. Previo a dicho acto eleccionario, el Senado de la Nación había sancionado un proyecto de ley declarativo de la necesidad de la reforma constitucional, imponiendo el oficialismo la mayoría especial requerida por el art. 30 CN con el apoyo del senador nacional Leopoldo Bravo (Partido Bloquista - San Juan). En él, se establecía la posibilidad de reelección indefinida del presidente de la República. Dicho proyecto de ley fue rechazado por la minoría de la oposición del bloque de la Unión Cívica Radical y otras fuerzas parlamentarias.

² Resultan muy esclarecedoras en este sentido las reflexiones de Alfonsín en su obra: *Democracia y consenso*, Buenos Aires, Tiempo de Ideas y Corregidor, 1996.

³ Ambos se encuentran editados por EUDEBA.

El triunfo del oficialismo en las elecciones de renovación parlamentaria de 1993 fue entendido por la opinión pública como un virtual refrendo plebiscitario a la figura presidencial⁴. El Poder Ejecutivo actuó, entonces, con extrema rapidez y convocó a una consulta popular sobre el tema. La Cámara de Diputados de la Nación, por su parte, se declaró “en sesión permanente” para el tratamiento de la sanción del proyecto de ley aprobado por el Senado, y su Comisión de Asuntos Constitucionales aprobó un dictamen interpretativo⁵ del art. 30 de la CN que señalaba que la mayoría parlamentaria requerida en dicha norma no era las 2/3 partes del total de los miembros de ambas cámaras, sino de los miembros “presentes”⁶, a iniciativa de un proyecto de ley del Diputado Francisco Durañona y Vedia (Ucedé - Provincia de Buenos Aires).

Es en este contexto político donde se concreta en noviembre de 1993 el acuerdo político conocido como “Pacto de Olivos” entre Menem y Alfonsín como referentes del PJ y de la UCR, el cual fue refrendado *a posteriori* por los respectivos cuerpos orgánicos de ambos partidos. El eje de dicho acuerdo se centró en las coincidencias alcanzadas por el trabajo desarrollado por el Consejo para la Consolidación de la Democracia, tal como lo indican protagonistas de la redacción del denominado “Núcleo de coincidencias básicas” como Alberto García Lema⁷.

Con posterioridad a dicho primer pacto, el acuerdo político se profundizó en una segunda etapa, que los medios de comunicación pública denominaron “Pacto de la Rosada” —firmado en la Casa de Gobierno el 13 de diciembre de 1993— por el cual se habilitaron para su tratamiento por la Convención Constituyente *ad hoc* una serie de temas para la modernización de ambas partes de nuestra Constitución, la dogmática y la orgánica, sin alterar el contenido de la primera.

Los acuerdos políticos alcanzados por ambos partidos, al que se sumaron otras fuerzas políticas, fueron posteriormente puestos a consideración del Congreso de la Nación, que sancionó así la ley 24.309⁸ que declaró la necesidad de la reforma en perfecto ejercicio de su poder preconstituyente, tal cual la tradición constitucional que concluyera con procesos reformadores exitosos en el siglo XIX, y rompiera el maleficio que al respecto pareció dominar el siglo XX hasta ese momento. La regla procedimental se impuso finalmente a las imposiciones de facto de simples mayorías coyunturales.

⁴ No en vano el Dr. Carlos Menem obtuvo finalmente su reelección para un segundo período en las elecciones de 1995 con el 49.7% de los votos.

⁵ Fue la primera vez que el Poder Legislativo se arrogaba dicha facultad en nuestra historia constitucional.

⁶ Es muy interesante confrontar la influencia que estos hechos tuvieron en la decisión de avanzar hacia un acuerdo con el oficialismo por parte de Alfonsín en su obra *Memoria política. Transición a la democracia y derechos humanos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.

⁷ En su libro *La reforma por dentro* se puede ampliar las alternativas políticas de dichos acuerdos.

⁸ Publicada en el Boletín Oficial el 30/12/1993.

3. LOS CONDICIONAMIENTOS AL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO EN 1994

Mucho se ha escrito en la doctrina constitucional y se ha debatido en múltiples foros sobre los límites que los acuerdos políticos arriba indicados impusieron al ejercicio del poder constituyente reformador, en particular al momento de condicionar la aprobación del denominado “núcleo de coincidencias básicas” (art. 2º) en un solo acto refrendatario de la totalidad de su contenido bajo pena de nulidad (art. 5º). Esto es lo que se conoció como “cláusula cerrojo”, impugnada judicialmente en el caso “Polino”. Cabe aclarar que esta cláusula procedimental sancionada por el Congreso de la Nación fue posteriormente adoptada por los miembros de la Convención Constituyente como propia de su reglamento interno (art. 129 del mismo), con las mayorías necesarias para esta instancia en el órgano reformador. La impugnación judicial de dicha decisión del cuerpo por parte de uno de los integrantes de la Convención —caso “Romero Feris”— corrió la misma suerte que la anterior pretensión indicada: la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó ambas. Estas decisiones de nuestro máximo tribunal, en un claro ejercicio de su rol como cabeza del Poder Judicial, convalidaron de ese modo —a mi entender— la totalidad del procedimiento seguido.

Más allá de esta postura adoptada por la propia Convención, es necesario destacar que no existieron condicionamientos prácticamente de ningún tipo en el tratamiento de los llamados “temas habilitados” (art. 3º, ley 24.309), y es en estos donde sin lugar a dudas el debate y el aporte del proceso reformador de 1994 fueron más enriquecedores.

Por ello, y sin rehuir las razonables críticas arriba señaladas, estimamos que la dinámica propia del ejercicio del poder constituyente reformador en los noventa días en que sesionó la Convención Constituyente a partir de su inauguración el 25 de mayo de 2004 hizo que los temores y los prejuicios originarios devinieran abstractos. La mejor evidencia de esto es que el texto final de la totalidad de las reformas introducidas fuera votado en forma unánime en la sesión del 22 de agosto de 1994 y jurado el 24 de agosto de 1994, poniendo así un digno broche final a la construcción del consenso político que aquí se destaca⁹.

4. EL CONSENSO COMO VALOR CONSTITUCIONAL, EL MAYOR LOGRO DE LA REFORMA DE 1994

Tal como indicara al inicio del presente trabajo, estoy persuadido que el principal valor que tiene la reforma de 1994 es justamente su carácter consen-

⁹ En el mismo sentido: LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, “Un requisito fundamental en el ejercicio del poder constituyente de reforma: el consenso constitucional”, en SABSAY, Daniel A. y MANILI, Pablo L., *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Bueno Aires, Editorial Hammurabi, 2009, t. I.

sual. Como hemos visto, nuestra historia constitucional está plagada de intentos reformistas que pretendieron ser impuestos por un sector sobre otro de la sociedad sin el necesario debate previo. En el proceso de 1994, dos líderes políticos marcaron un hito que cualquier sociedad civilizada se da al momento de reformar sus instituciones fundamentales que es el acuerdo político¹⁰. Resulta evidente que sin pacto o sin acuerdo político es imposible vivir en sociedad de manera civilizada. Reivindicar este carácter racional que debe tener la dinámica política para su posterior juridización es —y debe ser— uno de los elementos centrales del derecho constitucional.

Si el producto de la validación social de dicho acuerdo es el consenso, “lo político pasa a ser jurídico y se constitucionaliza”, tal como lo enseñara el maestro Alberto Antonio Spota¹¹. He aquí una de las “claves de bóveda” de cualquier sistema institucional exitoso que esté basado en el Estado de Derecho como regla de convivencia, y un elemento central que debe ser recuperado por la teoría del poder constituyente como condición para una mayor eficacia de la norma suprema.

CONCLUSIONES

No pretendo en esta oportunidad realizar un balance exhaustivo de la reforma de 1994, pero me interesa resaltar los resultados a partir de alguno de los ejes que se señalaron desde el inicio del proceso constituyente antes descripto.

a) La ampliación del garantismo constitucional:

Transcurrido un cuarto de siglo desde la entrada en vigencia de la reforma de 1994, queda claro para la inmensa mayoría de la doctrina que el aporte fundamental de la reforma analizada se dio claramente en el ensanchamiento del marco garantista de nuestra Ley Fundamental, tanto con la incorporación del capítulo de “Nuevos derechos y garantías” como con la ampliación del sistema de fuentes que se produce a partir de la jerarquía otorgada a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, en concordancia con la ideología democrática y progresista de la mayoría de quienes integraron la Convención Constituyente de 1994. Por ello, estimo que nadie podrá desconocer a partir de dicha premisa de qué manera cambió el ideario constitucional¹² de nuestra Carta Magna a partir del 24 de agosto de 1994. Tomamos como ejemplo esta cuestión tan debatida en la doctrina constitucional e internacionalista¹³.

¹⁰ Está claro que las ambiciones de ambos dirigentes eran muy diferentes, tal como se señala en el presente trabajo.

¹¹ Cfr. nota 1. Cabe aclarar que dicho autor fue un fervoroso crítico del proceso aquí analizado.

¹² Cfr.: DALLA VIA, Alberto R., *El ideario constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 1995.

¹³ Cfr.: MANILI, Pablo L., “La aplicación del Derecho internacional en el derecho interno argentino”, en SABSAY, Daniel A. y MANILI, Pablo L., *Constitución de la Nación Argenti-*

La expansión del derecho internacional de los derechos humanos a través de las interpretaciones de las cláusulas convencionales por parte de los órganos internacionales de protección establecidos por los tratados ha aportado gran valor al reconocimiento de los derechos humanos. Ya sea que se adopte la teoría del “bloque de constitucionalidad” o se privilegie en la interpretación constitucional el clásico principio de supremacía como un elemento propio de los Estados nacionales, queda evidenciado que la doctrina del “margen de apreciación nacional” se presenta cuando no es posible verificar la existencia de consenso internacional respecto a la cuestión a resolver y, al mismo tiempo, cuando las circunstancias del caso ameritan una deferencia hacia las autoridades estatales para que interpreten el sentido dado a la norma internacional. En aquellos casos, los tribunales regionales han entendido que las particularidades propias del país donde fue invocado el derecho juegan un papel trascendental al momento de interpretar el alcance del mismo. En este sentido, se tiene en cuenta el contexto social, económico y jurídico nacional, valorando el lugar de subsidiaridad que debe guardar el derecho internacional de los derechos humanos frente a la soberanía estatal.

Sin embargo, no debe perderse de vista que este margen de apreciación no es absoluto, y se verá condicionado tanto por las obligaciones asumidas por el Estado en virtud del tratado del que es parte, como por la vigilancia que ejercen los organismos de control a partir de un estricto test de proporcionalidad. Además de ello, deberá tenerse en cuenta la naturaleza del derecho de que se trate, siendo que debe reconocerse que la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales da un cierto margen de apreciación más flexible a los Estados sobre la forma de implementarlos, debido a la estrecha relación con el contexto político, económico y social del momento. No obstante, esta particularidad no lo deja exento de superar el test de razonabilidad. Es decir, con respecto a los medios para la garantía de dichos derechos, se permite con frecuencia un ámbito discrecional, aunque está reglado el fin al que debe dirigirse la política estatal, esto es a la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, de modo que se llegue a garantizar un nivel esencial de los derechos, debiéndose llegar en forma progresiva a la plena efectividad de los derechos reconocidos.

Se observa hoy después de esta ampliación de fuentes en materia de derechos fundamentales el conflicto que existe entre la tendencia universalista de los derechos humanos como posiciones morales con pretensiones universales y el relativismo moral que de una manera u otra define a una determinada comunidad política. Ante la posible inexistencia de una solución absoluta, el margen de apreciación nacional viene a ser ese espacio o válvula de escape en la cual se le da un determinado peso a la posición estatal, en cuanto a la apreciación del interés nacional preponderante que influye en la interpretación, delimitación,

na y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, t. I.

restricción y protección de un derecho convencional. Tal es así que en el repaso de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la propia Corte Interamericana es posible concluir que la defensa del principio de subsidiariedad y el reconocimiento de diversos órdenes y sistemas jurídicos constituyen los principales objetivos perseguidos al invocar el concepto del margen de apreciación nacional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recurrido a antecedentes del mencionado Tribunal Europeo para hacer lugar al espacio discrecional que corresponde al Estado frente a sus obligaciones internacionales. Sin embargo, consideramos que el Alto Tribunal debiera adoptar una postura más progresista, acorde a los estándares establecidos por la jurisprudencia europea. Debe tenerse presente que el margen de apreciación nacional no da lugar a una reserva de inmunidad a favor de los Estados, sino que refleja el principio de subsidiariedad y permite que el Estado actúe para responder a su realidad. El margen de apreciación es, de esta forma, la deferencia a favor del Estado respecto a tensiones generadas por realidades jurídicas-sociales, una especie de contracara de la teoría de la “identidad constitucional” desarrollada por la Corte Constitucional italiana.

La Corte Suprema —en su actual composición— “estrenó” la doctrina del margen de apreciación en el caso: “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” el 14 de febrero de 2017, en especial a partir del voto de Horacio Rosatti que compartimos¹⁴.

b) El fortalecimiento del federalismo:

En relación con el fortalecimiento del federalismo —otro de los objetivos reformistas— es indudable que el balance tiene claroscuros. Entre las “luces”, destaco, en primer lugar, la trascendencia del reconocimiento a las provincias del dominio originario de los recursos naturales existentes en sus territorios (art. 124 CN). Desgraciadamente, el desarrollo constitucional posterior no estuvo a la altura de este logro, valga como ejemplo el tema hidrocarburos y su regulación legislativa que a continuación expondré.

El 4 de agosto de 1994 el pleno de la Convención Constituyente comenzó a considerar el dictamen de la Comisión de Redacción en los despachos originados en las comisiones de Competencia Federal y del Régimen Federal, sus Economías y Autonomía Municipal bajo el Orden del Día nro. 8. En el mismo, como dictamen de mayoría luce el texto finalmente aprobado como el último párrafo del actual artículo 124. A continuación, aparecen distintos dictámenes de minoría, uno de ellos firmado en soledad por la convencional Fernández de Kirchner. En el mismo, en relación con este tema, proponía el siguiente texto

¹⁴ Cfr.: LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, “En defensa del margen de apreciación nacional en el control de convencionalidad”, *Revista La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 8/5/2019.

constitucional: “Las provincias tienen el dominio originario de sus territorios, su suelo, subsuelo, ríos interprovinciales, mar, costas, lecho, plataforma continental, espacio aéreo y de todos los recursos naturales, renovables o no, cualquiera sea su origen, que en ellas se encuentren, ejerciendo la jurisdicción en todas las materias que no han delegado expresamente a la Nación en esta Constitución. La administración y explotación de los recursos naturales existentes en el mar más allá de las primeras doce millas marinas serán realizadas por las provincias y la Nación en forma conjunta”. Veamos de qué forma argumentó la citada convencional su propuesta en el debate de esa fecha. Señala en su exposición: “Cuando abordamos la cuestión prevista por el art. 3º de la ley 24.309, esto es la cuestión federal, antes de entrar en los proyectos presentados y en los dictámenes emitidos, corresponde analizar qué significado la asignamos a la cuestión federal. Si no caracterizamos correctamente el problema del federalismo en nuestro país es posible que no entendamos el porqué de esta pelea por coparticipación, por recursos y por regiones. (...) En consecuencia, la cuestión federal es una problemática que tiene que ver con el cuestionamiento al modelo de país. (...) Sería injusto de hablar únicamente desde la consigna o desde la mera crítica sobre el modelo. Debemos reconocer también sus logros. No podemos obviar que cuando recibimos el gobierno en 1989 éramos un país fragmentado, al borde de la disolución social, sin moneda, y con un Estado sobredimensionado que como un Dios griego se comía a sus propios hijos. Entonces hubo que abordar una tarea muy difícil: reformular el Estado, reformarlo; reconstruir la economía; retornar a la credibilidad de los agentes económicos en cuanto a que era posible una Argentina diferente. Se hizo con mucho sacrificio, pero se logró incorporar definitivamente pautas de comportamiento en los argentinos, estabilidad, disciplina fiscal; todos ellos son logros muy importantes, pero no podemos agotar el desarrollo en ellos”.

Con esta plataforma política e ideológica, la convencional incursiona en materia de recursos naturales e hidrocarburos con consideraciones que hoy podemos calificar también de premonitorias. Pero antes de abordarlas, veamos el cierre de su intervención: “Esto era lo que estábamos discutiendo, y a nuestro juicio esto era también una oportunidad única para diseñar un nuevo país federal. Era única además porque en esta Convención Constituyente hay un expresidente argentino, diez gobernadores, varios senadores y diputados nacionales, legisladores provinciales y todos los líderes de los principales partidos de la oposición. Si mañana salimos de esta Convención Constituyente con una definición de federalismo light, de cubrir solamente las apariencias en el sentido que hemos federalizado muchas cosas, no le vamos a poder echar la culpa a nadie, ni a Menem ni a Cavallo, porque no son convencionales constituyentes. Los que sí somos convencionales constituyentes somos nosotros... y somos nosotros los que de una buena vez por todas tenemos que fijar reglas de juego diferentes. Nadie nos va a regalar lo que no seamos capaces de defender para las provincias, y vamos a ser responsables ante la historia por haber estado en un momento único

para discutir y debatir madura y seriamente —sin consignas ni panfletos, pero con medidas instrumentales— esta cuestión del federalismo”.

Sobre el tema recursos naturales e hidrocarburos, la convencional expresó: “Otra diferencia conceptual con el dictamen de la mayoría fue el enfoque que se le dio al tema de recursos. Entendemos que la mención que se hace en el dictamen de mayoría es una óptica light —por llamarlo de alguna forma— con respecto al dominio de los recursos. Repite la fórmula del Código Civil, no modifica absolutamente nada. Y además el dominio y la administración conjunta de los recursos, fundamentalmente ésta última, entre Nación y provincias, no lo conceptualizamos justamente desde una visión rentística, de obtener regalías a la manera de hidrocarburos, sino que también lo encaramos porque esto incide directamente en las políticas de empleo y en la economía de las provincias. (...) Por eso, sostenemos que es casi imprescindible que en esta materia exista una administración conjunta —al menos en lo que se refiere a los recursos naturales— entre la Nación y las provincias. Este fue el otro eje que nos separó del dictamen de mayoría, y es de carácter absolutamente conceptual”.

Esta “diferencia conceptual” es la que originó el desvío legislativo de la decisión constituyente de 1994 con la sanción de la ley 27.007 hoy vigente. La modificación a la Ley de Hidrocarburos responde acabadamente al dictamen de la minoría de una convencional en solitario y no al dictamen de la mayoría de la Convención Constituyente, finalmente aprobado luego de varias jornadas de debate. Esta verdadera estafa constitucional, sumada a una concepción ideológica más acorde con el art. 40 de la Constitución de 1949 que el fortalecimiento del federalismo que refleja el actual art. 124 es la razón de ser de la nueva ley, apartándose así de los mandatos constitucionales.

Es inevitable señalar esta pérdida de rumbo en el camino marcado por el constituyente de 1994. La sola mención al hecho que una provincia (Neuquén) otorgó concesiones en el año 2000 y menos de 15 años después acepta renunciar en un acuerdo hipócritamente denominado “federal” su propia facultad como poder concedente en la ley de hidrocarburos hoy vigente, habla a las claras de una defección política.

Es necesario volver a plantear los mandatos constitucionales con claridad. Y la exigencia primaria es la definición del rumbo. Para nosotros, la incorporación del último párrafo del art. 124 en la Ley Fundamental tiene un efecto derogatorio de toda norma anterior que se oponga a esa decisión constituyente, resguardando los derechos adquiridos bajo el anterior marco constitucional. La simple lectura de los debates de la Convención Constituyente aquí traídos demuestra a las claras que con la promulgación de la nueva ley se ha burlado no solo su espíritu sino la propia letra del texto fundamental.

Estoy persuadido que el giro copernicano que en esta cuestión se dio en 1994 no ha sido acompañado por los actores políticos, y hoy es una asignatura pendiente de un mejor desarrollo infraconstitucional. Por último, resulta palmario que la “sombra” en este objetivo de fortalecer el federalismo es, sin

duda alguna, la realización efectiva del pregonado federalismo fiscal, ausente en estos años casi sin excepción, y de lo cual basta con señalar el incumplimiento del mandato constituyente de la cláusula transitoria sexta en relación con la ley de coparticipación impositiva.

c) La atenuación del presidencialismo:

Mucho se ha escrito sobre los progresos y los retrocesos en materia del cuestionado hiperpresidencialismo argentino. Si pensamos que de las jefaturas que eran propias del Poder Ejecutivo se ha restado ni más ni menos que la designación del intendente de la Capital Federal con la consagración de la autonomía porteña (art. 129 CN), el cotejo entre el texto constitucional anterior y el vigente da palmariamente positivo. Ahora si ponemos el énfasis en el tratamiento dado por la reforma de 1994 a la delegación legislativa y a los decretos de necesidad y urgencia, entiendo que no hay casi nada que rescatar. La práctica política ha hecho que la lábil (o incorrecta) redacción de las normas que regulan estos institutos hagan hoy imposible determinar quién hace la ley, poniendo al borde del caos el *law making process*¹⁵.

En este punto, afirmo que se ha producido una verdadera “contrarreforma”, distorsionando el espíritu de nuestra Carta Magna y manipulando su articulado, que ha otorgado a los presidentes argentinos la potestad de vetar parcial o totalmente proyectos de ley, emitir decretos-ley, y de arrogarse para sí facultades propias del Poder Legislativo. Se ha convertido lo que debería ser excepcional en algo ordinario¹⁶.

Como explicara Guillermo O’Donnell, esta manera de concebir y ejercer el poder, esta lógica que entiende a la política como medio de acumulación de poder y no al poder como medio para hacer política, es una de las características más sobresalientes de la “democracia delegativa”, en la cual los líderes creen que los ciudadanos les delegan un poder absoluto y que todo control institucional es una injustificada traba. La reforma constitucional venía a sanear la larga tradición delegativa de nuestro país, reforzando no solo la *accountability vertical*, la cual está implicada a la rendición de cuentas que periódicamente los gobernantes experimentan en las urna, sino incorporando en nuestra constitución la *accountability horizontal*, que opera mediante una red de poderes relativamente autónomos (es decir, instituciones) que pueden examinar, cuestionar y, de ser necesario, sancionar actos irregulares cometidos durante el desempeño de los cargos públicos.

¹⁵ Para ampliar: LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, “El *law making process* es el mayor déficit de la reforma de 1994”, *Revista Debates de actualidad - Eje temático: Las facultades legislativas del Poder Ejecutivo*, año XXVII, nro. 205, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, enero-diciembre de 2012.

¹⁶ Para ampliar: LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo y SCHNITMAN, Ariela, “Salvataje a la reforma constitucional de 1994”, ponencia al X Congreso Nacional y III Congreso Internacional sobre Democracia, organizado por la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Rosario. Rosario, 3 al 6 de septiembre de 2012.

Los constituyentes de 1994 tenían en claro que la representación y la *accountability* conforman la dimensión republicana de la democracia, sin la cual no existiría una clara distinción entre los intereses públicos y privados de los funcionarios, y avanzaron así hacia una “democracia representativa” dentro de un sistema presidencialista limitado. La contrarreforma a la que aludimos no solo ha resignificado la letra constitucional, sino que, además, la ha utilizado políticamente para el establecimiento de una “democracia delegativa” dentro de un sistema hiperpresidencialista¹⁷.

Este brevísimo balance no pretende ser dogmático ni mucho menos, aunque sí una toma de posición personal frente a un proceso constituyente que marca mi mirada constitucional. Puede resultar comprensible la actitud crítica al acuerdo político que puso en marcha la regla del art. 30 CN, pero mantener a 25 años la voluntad de simplificar los alcances de la mencionada reforma al “Pacto de Olivos”, y negar en consecuencia esta evidente capacidad transformadora que tiene el derecho constitucional desde su propia fuerza normativa resulta un reduccionismo que obliga a los operadores jurídicos y políticos, pero sobre todo a los académicos, a un renovado esfuerzo de honestidad intelectual.

Espero que el presente aporte a esta edición de la *Revista Jurídica de Buenos Aires* sea leído con esta perspectiva constructiva.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSÍN, Raúl R., *Democracia y consenso*, Buenos Aires, Tiempo de Ideas y Corregidor, 1996.
- *Memoria política. Transición a la democracia y derechos humanos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- DALLA VIA, Alberto R., *El ideario constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 1995.
- LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, “El *law making process* es el mayor déficit de la reforma de 1994”, *Revista Debates de Actualidad - Eje temático: Las facultades legislativas del Poder Ejecutivo*, año XXVII, nro. 205, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, enero-diciembre de 2012.
- “En defensa del margen de apreciación nacional en el control de convencionalidad”, *Revista La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 8/5/2019.

¹⁷ Para ampliar: LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo y SCHNITMAN, Ariela, “Semipresidencialismo e hiperpresidencialismo en la reforma constitucional de 1994”, ponencia al XI Congreso Nacional y IV Congreso Internacional sobre Democracia, organizado por la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Rosario. Rosario, 8 al 11 de septiembre de 2014. “Resenha Eleitoral”, *Revista Científica del Tribunal Eleitoral de Santa Catarina* (Brasil), vol. 20, nro. 1, julio de 2016.

- “Un requisito fundamental en el ejercicio del poder constituyente de reforma: el consenso constitucional”, en SABSAY, Daniel A. y MANILI, Pablo L., *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, t. I.
- LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo y SCHNITMAN, Ariela, “Salvataje a la reforma constitucional de 1994”, ponencia al X Congreso Nacional y III Congreso Internacional sobre Democracia, organizado por la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Rosario. Rosario, 3 al 6 de septiembre de 2012.
- “Semipresidencialismo e hiperpresidencialismo en la reforma constitucional de 1994”, ponencia al XI Congreso Nacional y IV Congreso Internacional sobre Democracia, organizado por la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Rosario. Rosario, 8 al 11 de septiembre de 2014. “Resenha Eleitoral”, Revista Científica del Tribunal Eleitoral de Santa Catarina (Brasil), vol. 20, nro. 1, julio de 2016.
- MANILI, Pablo L., “La aplicación del Derecho internacional en el Derecho interno argentino”, en SABSAY, Daniel A. y MANILI, Pablo L., *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2009, t. I.
- SPOTA, Alberto Antonio, *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1972.

Recepción: 24/9/2019

Aceptación: 12/12/2019

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

SANTIAGO, ALFONSO Y BELLOCCHIO, LUCÍA, *HISTORIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1978-2018)*, BUENOS AIRES, LA LEY, 2018

Por MENECA DJEDJEIAN*

Bajo la dirección de los prestigiosos doctores Alfonso Santiago y Lucía Bellocchio, llega esta obra colectiva que compila, en exhaustivo trabajo, la investigación de seis profesionales —argentinos y colombianos— acerca de la tarea de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

No podía ser más oportuna su publicación al cumplirse 50 años de la firma en Costa Rica de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del hombre en el continente americano, instrumentó a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos.

En ella se detalla pormenorizadamente el trabajo del Tribunal desde su creación en 1978 hasta la actualidad y desarrolla con gran detalle y rigor analítico la actuación de este relevante tribunal en los últimos 40 años. Como los mismos directores señalan, no solo se persigue brindar información sobre el Tribunal sino “identificar sus distintas etapas históricas y descubrir el dinamismo institucional y jurídico que las unifica y da sentido a su actuación”.

De esta forma, los investigadores se abocaron a estudiar la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, distinguiendo en su historia seis etapas a fin de, como ellos mismos dicen, “ubicar cada decisión en el tiempo y en el espacio, en el encuadre que le corresponde de la historia y la evolución de su vida institucional” y, de esta forma, poder, tras su desarrollo, analizar no solo sus contribuciones y fortalezas sino también sus debilidades, falencias o riesgos.

Por todo ello, será de ineludible consulta para los operadores del derecho que deseen interiorizarse, de manera profunda y a través de un estudio reflexivo y crítico, en el derecho internacional de los derechos humanos en la región.

* Abogada. Magister Derecho Administrativo. Profesora adjunta regular UBA de Derecho Constitucional.

El libro se estructura con una presentación, un primer capítulo introductorio y seis capítulos que abordan las distintas etapas de la historia del tribunal.

La presentación a cargo de los directores anticipa al lector de manera clara y precisa el contenido de la obra, así como su estructura.

El capítulo I, desarrollado por Alfonso Santiago y Gisela Ferrari, aborda conceptos, si bien elementales, indispensables para poder adentrarse en el estudio de la actuación de la Corte. Así, en forma previa a ingresar en el análisis de la creación, la composición, la organización y las funciones del tribunal, se incluye una breve mención al surgimiento, evolución e historia del derecho internacional de los derechos humanos y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Los capítulos II y III, ambos a cargo de Gisela Ferrari, refieren al nacimiento y los primeros pasos de la Corte, distinguiendo así dos períodos, de 1979 a 1986 y de 1986 a 1993, respectivamente.

El capítulo IV, a cargo de Lucía Bellocchio, identificado como “El crecimiento y la consolidación de la Corte IDH” se limita al período 1994-2001.

El capítulo V, “Una Corte activista”, fue desarrollado por Olivia Minatta y refiere al período 2002-2006.

El capítulo VI, de carácter colectivo a cargo de María C. Londoño, Brenda Forero y Milagros Ibarzábal, se titula “Nuevas fronteras, nuevos derechos” y estudia el período 2007-2012.

Finalmente, el capítulo VII se detiene en la sexta y última etapa comprendida entre 2013 y 2018 y fue analizada por Andrés Felipe Latorre y Milagros Ibarzábal.

Cada uno de esos capítulos tiene la virtud de contar con una evaluación sintética de cada período, así como con el detalle de la bibliografía utilizada.

Los anexos constituyen un *plus* por demás valioso para todo interesado en profundizar en la materia. En ellos encontrará: normativa, cuadros, esquemas, conferencias, seminarios, con la respectiva cita para su localización. Quizás de todos ellos, el más interesante resulta ser el Anexo VIII que, a través de un cuadro, agrupa las sentencias por etapas y por países. Coincido con los autores en que en dichos anexos se agrupa información estadística relevante e instrumentos útiles para aprovechar en plenitud el libro, que, además, incluye versión *eBook*.

Por último, la obra concluye con unas reflexiones finales, de autoría de los directores de la obra, que más allá de sistematizar todo lo investigado, analizado y volcado en cada capítulo reflexiona acerca del aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las cuatro décadas de su existencia y evalúa los desafíos que deberá afrontar en el futuro para fortalecer su perfil institucional.

En síntesis, se trata de una obra exhaustiva y rigurosa producto de un gran trabajo de investigación, que será de sumo valor para los especialistas y bienvenida para los interesados en el tema.

Recepción: 29/11/2019

Aceptación: 16/12/2019

HERNÁNDEZ, ANTONIO MARÍA, *ESTUDIOS DE FEDERALISMO COMPARADO. ARGENTINA, ESTADOS UNIDOS Y MÉXICO*, BUENOS AIRES, RUBINZAL-CULZONI EDITORES, 2018, 349 PS.

Por PAULA SOLEDAD SUÁREZ*

Esta obra, elaborada por el prestigioso y distinguido jurista Antonio María Hernández, recoge, por un lado —a los fines de la comparación de los sistemas de Argentina y Estados Unidos—, el resultado de la investigación que el autor llevó a cabo en la State University of New York, en la Escuela de Derecho de Buffalo, en su Baldy Center for Law and Social Sciences, en su carácter de *postdoctorate senior fellow*.

Asimismo, este valioso material de estudio compendia —de modo más breve, pero con igual fluidez y precisión— un estudio comparativo entre las federaciones de Argentina y México.

Sobre tales premisas, podemos afirmar que desde las primeras páginas de esta producción científica se advierte —con una agilidad interdisciplinaria digna de destacar— la relevancia que el autor le otorga al derecho comparado como método complementario de investigación, a los efectos de cotejar instituciones y experiencias.

Cabe señalar que el manejo de tal disciplina no es para cualquier estudioso, se requiere para su correcta utilización una amplia comprensión y conocimiento del derecho, ubicándose —necesariamente— en el propio contexto histórico, ideológico, socioeconómico, filosófico, entre otros. Y esto ha sido realizado de manera impecable por el autor, quien se movió en las arenas de la comparación como un pez en el agua, aunque, sin descuidar ni dejar de señalar los riesgos de los estudios comparados o de los conocidos “trasplantes constitucionales”.

* Abogada. Magister en Derecho Electoral por la Universidad de Castilla La Mancha, España. Diplomada en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales en la Universidad de Pisa-Italia y en Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca-España. Doctoranda en Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de las asignaturas Derecho Constitucional y Constitucionalismo Social en Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Relatora de la Cámara Nacional Electoral, paulasuarz@derecho.uba.ar.

Ahora bien, el Dr. Antonio María Hernández —mediante el uso de una acertada técnica metodológica—, divide el cuerpo del texto analizado en tres capítulos, explicando y desarrollando en el primero de ellos —con la inteligencia, claridad y rigor que caracteriza al autor— algunas precisiones conceptuales y metodológicas, que lo guiaron en esta investigación. Esta introducción, que —lamentablemente— es tan poco usual de ver en los textos de estudio, resulta una herramienta de gran utilidad para el lector, pues la transición hacia los próximos dos capítulos coloca o posiciona, con una mirada más amplia y esclarecedora sobre el tema, a quien se introduce en su texto.

El capítulo II —el más extenso— versa sobre el estudio comparado de los federalismos de Argentina y Estados Unidos, sin perder de vista que el modelo de la Constitución argentina originaria de 1853 fue, precisamente, la Constitución de Filadelfia de 1878.

Sin embargo, el autor se pregunta por qué un diseño constitucional federal similar en ambos países, presenta una evolución y resultados tan diversos. Tal circunstancia, lo lleva a analizar la especial complejidad de los mentados trasplantes constitucionales, cuestión principal que ya se vislumbrara desde el famoso debate entre Alberdi y Sarmiento.

A su vez, este capítulo consta de tres partes: tal como lo explica el propio autor, en la primera parte se realiza un breve análisis sobre los aspectos históricos y federales de las Constituciones de Estados Unidos y Argentina, señalando sus similitudes y diferencias. En la segunda parte encontraremos los aspectos funcionales de ambos federalismos, es decir, el análisis de los procesos por los cuales las decisiones gubernamentales son efectuadas. Asimismo, considera los roles de las Cortes Supremas de Justicia, de las culturas constitucionales y de la legalidad, de los partidos políticos, de las relaciones intergubernamentales, de las relaciones fiscales y de las asimetrías de ambas federaciones. Por último, en la tercera parte el autor compara el derecho constitucional estatal y provincial y el derecho municipal de ambas federaciones, destacando, también, sus semejanzas y contrastes.

Finalmente, presenta algunas reflexiones sobre la importancia del cumplimiento de la Constitución y de las leyes, el esencial rol de las instituciones con relación al progreso de las naciones y de la importancia del respeto y confianza que se debe tener en aquéllas, la necesidad de una educación popular democrática y el futuro del federalismo, la importancia de los análisis comparados y los valores del federalismo como forma de estado y de gobierno, haciendo especial mención a un fallo de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos que ha señalado como valores del federalismo: “...la disminución de la probabilidad de la tiranía federal, el mejoramiento del gobierno democrático al proporcionar un gobierno más cercano al pueblo y al permitir que los Estados sean laboratorios de nuevas ideas” (Gregory, 501, US, 458).

Con relación al primer punto el autor señala expresamente que en Estados Unidos la Constitución es tratada con veneración y ha tenido un muy alto grado de cumplimiento, pese a su antigüedad y a las dificultades para su reforma.

Continúa diciendo que, en Argentina, no obstante que hay una alta valoración popular sobre la Constitución Nacional, hay coincidencia sobre su falta de conocimiento y sus violaciones en extensos períodos de la historia.

Entiende el destacado constitucionalista que esto se observa especialmente en torno a la descentralización del poder, ya que la reforma constitucional de 1994 de Argentina modernizó notablemente el texto, en comparación al de Estados Unidos, pero todavía no se ha podido modificar la grave tendencia a la centralización que padecemos.

De otro lado, enfatiza e insiste con absoluta certeza en que el proceso de cambio está ligado a la importancia que debe dársele a la educación y a la ciencia, y en particular, a la educación democrática. Sobre el tema en particular resulta sumamente ilustrativa la lectura de la “Segunda Encuesta de Cultura Constitucional” (Hernández, Zovatto y Fidanza).

Finaliza esta extraordinaria obra jurídica con el capítulo III donde se compara las federaciones de Argentina y México (país con el que —como bien afirma el Dr. Hernández— tenemos mayores semejanzas históricas, políticas y culturales). Este capítulo es menos extenso que el anterior, pero de igual solidez investigativa. Sin perjuicio de ello, el propio autor se compromete para futuro en la profundización de este estudio, que conlleva —como se vio— al análisis de las similitudes y contrastes entre los sistemas federales de ambos países.

En síntesis, que el ideario de esta producción científica sea el prestigioso constitucionalista Antonio María Hernández —ferviente defensor del federalismo— otorga un valor adicional a la calidad y profundidad de esta investigación que tiene como notas distintivas la excelencia del material bibliográfico, la riqueza de sus datos, la claridad de su contenido y la agudeza evidenciada en la elección de cada uno de los temas abordados.

En esta oportunidad, la *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires* realiza un homenaje a nuestro plexo jurídico de base por los veinticinco años de la Reforma Constitucional de 1994. En ese contexto, no podíamos dejar de comentar esta valiosa obra de quien fuera no solo uno de los convencionales constituyentes más lúcidos sino uno de los representantes más destacados del derecho público provincial argentino.

Quien quiera aprender, investigar o profundizar sus conocimientos sobre el federalismo no puede dejar de consultar este libro como referencia insoslayable, pues resulta un meritorio aporte para la afirmación de un debate democrático, que tiende al fortalecimiento de los regímenes federales y enriquece el derecho constitucional.

Celebramos, entonces, la aparición de esta obra de gran calidad jurídica, e invitamos a los lectores a internarse en una interesante y profunda lectura sobre la temática que se presenta como resultado de una inteligente reflexión.

Recepción: 29/11/2019

Aceptación: 14/12/2019

ALBANESE, SUSANA, *INCUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS INTERNACIONALES. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS*, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, EDIAR, 2018

Por INÉS E. FAMÁ*

La obra coordinada por Susana Albanese es una rica contribución al estudio abocado a lograr una mayor efectividad de las sentencias internacionales dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Corte IDH”). El sistema interamericano aspira a una mayor implementación de las decisiones de los órganos, es parte del compromiso de la región, y hace realidad la tutela comprometida por los estados al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “la Convención”). Inevitablemente, su incumplimiento erosiona la autoridad y legitimidad de las decisiones de la Corte y desampara a quienes acuden a ella, por lo que comprender sus razones resulta sumamente importante.

Además, el trabajo en referencia resulta una sentada contribución al debate del rol de los organismos jurisdiccionales ante Estados democráticos¹. Analizar la causa del elevado número de incumplimiento de las sentencias internacionales ha dado lugar a numerosos estudios² que apuntan a complejas razones detrás de la no efectivización de las reparaciones dispuestas.

La obra, en palabras de la coordinadora, “está destinada a presentar, entre las diversas fases de la competencia contenciosa de la Corte IDH, la falta total o

* Abogada, profesora de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la UBA y Maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la UBA.

¹ Por citar algunos autores que dialogan: FOLLESDAL, Andreas, “Exporting the Margin of Appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights?” (April 23, 2017), *International Journal of Constitutional Law*, 2017, vol. 15 (2), 359-371; CONTESSÉ Jorge, The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A rejoinder to Paolo Carozza and Pablo González Domínguez, 30 June 2017 *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, Issue 2, April 2017, pp. 443-446; BRAUCH, Jeffrey A., “The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law”, *Columbia Journal of European Law* 11 (2004-2005), pp. 113-150.

² Sin ir más lejos, en el propio sitio web de la Biblioteca de la Corte IDH se encuentran trabajos al respecto de autores como Carlos M. Ayala Corao, Vittorio Corasaniti y del CEJIL.

parcial de cumplimiento de sus sentencias”. Con el objetivo de mejorar los estándares de cumplimiento, se propone describir cada caso en particular resuelto por la Corte IDH puntualizando las reparaciones establecidas y su recepción a nivel interno.

El trabajo está separado por cada uno de los Estados que ha ratificado la Convención y reconocido la competencia de la Corte IDH, y que, además, cuenta con jurisprudencia del órgano³. En orden alfabético: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Corresponde tener en cuenta que tanto Trinidad y Tobago como Venezuela han denunciado la Convención, por lo que los casos resueltos y analizados en relación con estos dos Estados son por hechos anteriores a la denuncia.

El trabajo cuenta con un artículo preliminar y una conclusión elaboradas por la Dra. Albanese donde resalta la importancia de las reparaciones, un breve análisis de los mecanismos a través de los cuales los Estados implementan las sentencias, y un llamamiento a respetar la razonabilidad de tiempo incurrido en su aplicación. Ello se refuerza luego con los casos expuestos donde los hechos objeto de denuncia sucedieron hace más de 25 años diluyendo la protección y provocando situaciones de revictimización por instituciones y funcionarios. En este sentido, la autora afirma que ciertas medidas de reparación “precisan para su cumplimiento informaciones y colaboraciones adicionales de distintos sectores sociales (...) y se estaría ante el diseño de políticas que provienen del ámbito internacional como un deber ser”.

Por ello, el análisis efectuado por los autores contribuye a la búsqueda de mecanismos tendientes a mejorar la implementación de las sentencias y así garantizar la efectividad de los derechos y garantías de aquellos que recurrieron al Sistema Interamericano.

El libro cuenta, además, con un apartado de gráficos que ilustra rápidamente distintas situaciones tratadas en los capítulos precedentes, tales como el porcentaje de casos resueltos o en proceso de supervisión por Estado, dando así una idea global del cumplimiento de las sentencias, o la falta del mismo.

Este tipo de estadísticas y análisis globales no es menor, ello por cuanto al momento de su redacción la Corte IDH había resuelto 264 casos⁴ de los cuales, conforme el trabajo comentado, solo el 13.3% fue archivado por cumplimiento⁵. Cabe tener en cuenta que sólo cuando el Estado da cumplimiento a todas las medidas de reparación ordenadas, la Corte IDH ordena el archivo.

³ Se debe tener en cuenta que tanto Dominica como Granada y Jamaica son parte de la Convención, no cuentan con casos contenciosos resueltos a la fecha de la publicación de la obra.

⁴ Esta información es tomada del Informe Anual de la Corte IDH 2017 que al año siguiente informó haber aumentado el número de sentencias (de fondo y de interpretación) en 28 adicionales, y 36 resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia.

⁵ Conforme el Informe Anual de la Corte IDH 2018 este número pasó de 29 casos a 31.

Además, la coordinadora resalta que la Corte IDH cuenta con 189 casos en etapa de control de cumplimiento que “implican la actual supervisión de 1.008 medidas de reparación”⁶.

Por ello, y en tanto la tendencia al crecimiento de casos en estado pendiente de cumplimiento acabado es constante, el trabajo de la Dra. Albanese resulta una herramienta sumamente útil al momento de evaluar mecanismos que aseguren el cumplimiento con las obligaciones asumidas.

La obra incluye las sentencias dictadas, los resarcimientos establecidos, las resoluciones relacionadas con la supervisión de cumplimiento, las reparaciones que fueron declaradas cumplidas y las que se encuentran pendientes.

Algunos países en sus apartados cuentan con una introducción vinculada con la situación particular del país en relación con el cumplimiento o no de los casos en general que resulta útil para analizar la información que es brindada luego.

Cada caso presentado comienza con el enunciado de la sentencia de fondo de la Corte IDH, luego un detalle de los hechos relevantes y los derechos convencionales que fueron declarados como violados. Esto ilustra cómo el art. 8º de la Convención referido a garantías judiciales es el más frecuentemente violado, seguido por el art. 25 sobre protección judicial. Asimismo, se revela que, de los cumplimientos dados, el pago de las indemnizaciones resulta el más respetado. En oposición, aquellas reparaciones que incluyen medidas legislativas o procedimientos judiciales presentan dificultades en su implementación propias del marco interno de cada país que pueden ir más allá de la existencia o no de voluntad política de los Estados.

En este punto, la Dra. Albanese afirma que “quizá la nómina, extensión y naturaleza de las reparaciones decididas por los tribunales internacionales puedan originar interpretaciones disímiles en el ámbito interno que originen tiempos más allá de lo razonable, muchas veces de intrincado cumplimiento”. Para ello, entienden los autores que la implementación se debería ser a través de reformas reglamentarias de dos tipos. Y aquí está la segunda gran contribución del trabajo. Al analizar cada uno de los casos jurisprudenciales, se concluye una marcada separación en aquellos que ordenan reparaciones del estilo indemnizaciones, la publicación de la sentencia, el estudio de derechos humanos en instituciones públicas, brindar tratamientos de salud, entre otros. Este tipo de reparaciones debieran cumplirse en plazos razonables, rápidos y efectivos, y aquí vemos ejemplos como “Bueno Alves vs. Argentina”⁷, “Bayarri vs. Argentina”⁸,

⁶ Al igual que en el caso anterior, la información surge del Informe Anual de la Corte IDH 2017, que al año siguiente mantuvo la tendencia de crecimiento habiendo informado que se encuentran en etapa de supervisión de cumplimiento 208 casos, que implican la supervisión de 1140 medidas de reparación.

⁷ Corte IDH, caso “Bueno Alves vs. Argentina”, sentencia de 11/5/2007.

⁸ Corte IDH, caso “Bayarri vs. Argentina”, sentencia de 30/10/2008.

“Escher y otros vs. Brasil”⁹, “Palamara Iribarne vs. Chile”¹⁰, “19 Comerciantes vs. Colombia”¹¹, “Benavides Cevallos vs. Ecuador”¹², y “Goiburú y otros vs. Paraguay”¹³, entre tantos otros.

En un segundo grupo de reparaciones se establecieron medidas que implican “cursos de acciones que se deben adoptar a través de diversos órganos del Estado, en el ejercicio de sus respectivas competencias”. Para estos casos la coordinadora entiende que debiera darse un espacio donde las víctimas y los Estados, bajo la supervisión de la Corte IDH, adopten modificaciones progresivas. Ejemplos de estos casos pueden verse en “Gomes Lund y otros (‘Guerrilha do Araguaia’) vs. Brasil”¹⁴, “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”¹⁵, “Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica” y en el mismo caso citado contra Ecuador, “Benavides Cevallos”, donde se evidencia que reparaciones como el pago de indemnizaciones a los padres de Consuelo Benavides Cevallos y la perennización de su nombre fueron cumplidas pero la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones aún queda pendiente.

En conclusión, la relevancia de esta obra radica en su cometido de allanar las dificultades que en ocasiones oponen los Estados involucrados en el proceso de ejecución para justificar el incumplimiento. El compendio es una excelente herramienta para futuros trabajos que busquen superar desafíos en la implementación de las medidas resuelta por la Corte IDH y abordar las problemáticas visualizando experiencias en el ámbito normativo, institucional y jurisprudencial que cada caso puede aportar.

Recepción: 24/9/2019

Aceptación: 11/12/2019

⁹ Corte IDH, caso “Escher y otros vs. Brasil”, sentencia de 6/7/2009.

¹⁰ Corte IDH, caso “Palamara Iribarne vs. Chile”, sentencia de 22/11/2005.

¹¹ Corte IDH, caso “19 Comerciantes vs. Colombia”, sentencia de 5/7/2004.

¹² Corte IDH, caso “Benavides Cevallos vs. Ecuador”, sentencia de 19/6/1998.

¹³ Corte IDH, caso “Goiburú y otros vs. Paraguay”, sentencia de 22/9/2006.

¹⁴ Corte IDH caso “Gomes Lund y otros (‘Guerrilha Do Araguaia’) vs. Brasil”, sentencia de 24/11/2010.

¹⁵ Corte IDH, caso “De la Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, sentencia de 15/9/2005.

PAUTAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

La *Revista Jurídica de Buenos Aires*, fundada en 1957 bajo la dirección del Dr. Ignacio Winizky, es una publicación bianual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que contiene trabajos de doctrina de juristas del medio local y del extranjero. En los últimos años se ha adoptado la modalidad de publicar números temáticos, bajo la dirección de un/a coordinador/a, que concentran trabajos sobre una determinada área de estudio, sistematizándolos de modo tal que el/la lector/a pueda acceder a distintas visiones al respecto.

Los trabajos presentados para su publicación deben ser originales, inéditos y no pueden postularse simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales. Además, deben contener aportes de singular relevancia para la disciplina. Las colaboraciones pueden ser artículos, ensayos o reseñas de libros, referidos a temas jurídicos o afines. Se recibirán textos redactados en español, portugués o inglés, o bien traducciones de trabajos escritos en lenguas extranjeras.

PROCESO DE EVALUACIÓN

Los textos recibidos serán sometidos a evaluación por pares nacionales e internacionales especialistas en la temática, en parte externos a la entidad editora, bajo la modalidad de referato doble ciego: anonimato de autores y examinadores durante el proceso de evaluación.

El proceso de evaluación consta de tres fases:

1. La Dirección y el Consejo Editorial seleccionarán, de acuerdo con los objetivos de la Revista, aquellos trabajos que resultan relevantes y oportunos para ser sometidos a evaluación y para su posible publicación.

2. Los trabajos escogidos serán enviados (bajo anonimato de los/as autores/as) a un/a evaluador/a externo/a experto/a en la temática. Desde la fecha de recepción, el/la evaluador/a tendrá 30 (treinta) días para evaluar el trabajo y devolverlo junto a su dictamen.

Los posibles resultados de la evaluación por pares son:

- a) Se recomienda su publicación.
- b) Se sugieren revisiones o modificaciones para su eventual publicación posterior.
- c) No se recomienda su publicación.

3. Los/as autores/as de los trabajos propuestos recibirán información, de parte de la entidad editora, acerca de los resultados del proceso de evaluación. Los/as autores/as que deban realizar modificaciones las realizarán dentro del lapso fijado por la Dirección de la Revista, quien remitirá al/a la evaluador/a correspondiente el texto modificado para su aceptación o rechazo. Una vez que se devuelva la evaluación a la Dirección, se comunicará a los/as autores/as la decisión respecto de la publicación.

REQUISITOS Y ENVÍO

1. La entrega de los artículos para el primer número de cada año se realiza en diciembre del año anterior, mientras que la de los artículos destinados al segundo número se realiza en mayo del año en curso. Todos los artículos deben tener relación con la temática específica propuesta para cada número de la *Revista*.

2. Cada número deberá contener una presentación por parte del/de la coordinador/a.

3. Los artículos deben tener como mínimo 6000 palabras y como máximo 10000, sin incluir la bibliografía.

4. Los originales deberán cumplir los requisitos aquí enumerados y observar las pautas de estilo y cualquier consulta que surja deberá remitirse a la Dirección de la Revista o al Departamento de Publicaciones.

5. Los trabajos se presentarán ante la Dirección de la Revista a través del/de la coordinador/a por correo electrónico. El archivo deberá contener, respecto de cada trabajo, los siguientes datos: nombre del artículo, nombre del/de los autor/es, fecha de finalización del documento y fecha de entrega. Los archivos deben estar en una versión actualizada de formato Word, preferentemente en sus últimas versiones.

6. Junto al artículo, los/as autores/as deberán aportar un resumen biográfico que incluya: nombre/s y apellido/s completo/s, profesión, cargo actual, afiliación institucional (con indicación del país y la ciudad donde se radica la institución), nacionalidad, teléfono, dirección postal y electrónica. Cada trabajo que se publique incluirá, al menos, una dirección de e-mail de alguna/o de sus autores/as.

PAUTAS DE ESTILO

1. El texto debe presentarse en tamaño de página A4, con márgenes superior e inferior de 2,5 cm, derecho e izquierdo de 3 cm. Debe emplearse fuente Times New Roman, tamaño 12. El interlineado debe ser simple y cada párrafo

tendrá una sangría de primera línea de 1 cm. No deben emplearse espacios adicionales antes o después de los párrafos. En las notas a pie de página se colocará sangría de primera línea de 1 cm, se empleará Times New Roman, tamaño 10 y el interlineado será también simple. El texto y las notas deben estar justificados.

2. El **título** del trabajo deberá expresarse en el idioma del artículo, en mayúscula y centrado.

3. Si el artículo presentado es una traducción, esto deberá indicarse en la primera nota al pie con formato símbolo *, a continuación del título, de acuerdo con la siguiente estructura y completando los datos señalados en el modelo:

* Publicado originalmente como <título en inglés> en <fuente de donde fue extraído el artículo original>. Traducción al español realizada por <nombre y apellido del/de la traductor/traductora, cargo o profesión, lugar donde estudia o trabaja>.

4. El nombre del autor debe ubicarse debajo del título del artículo, seguido de “Por”, alineado a la derecha y en mayúscula. Allí debe incluirse una nota a pie con formato símbolo * (o ** en caso de contar con la nota del caso del punto 3) donde debe consignarse el cargo o profesión del/de la autor/a y una breve referencia académica indicando cargo docente (si corresponde) e institución. Asimismo, pueden incluirse agradecimientos del/de la autor/a.

5. A continuación debe incluirse un **resumen** del trabajo que no exceda de 250 palabras (en notas y trabajos breves bastará con 100 palabras) y un **listado de cinco palabras clave**. Los títulos “Resumen:” y “Palabras clave:” serán en negrita y su texto en cursiva y ambos con sangría de primera línea de 1 cm. Deberán expresarse en el idioma del artículo.

6. Inmediatamente después, debe colocarse la traducción al inglés del título del artículo en mayúscula, centrado y debajo de este el resumen traducido al inglés (Abstract) junto con las palabras clave (Keywords) con similar pauta de estilo.

7. Las fuentes empleadas deberán especificarse correctamente mediante el empleo de **referencias bibliográficas**, así como en el **listado de bibliografía**. Deberán seguirse las siguientes indicaciones:

7.1. Las citas directas que superen (aproximadamente) los 330 caracteres se escribirán en párrafo aparte, separadas por un espaciado superior y uno inferior del cuerpo, sin interlineado, en tipografía redonda (sin comillas ni cursivas), justificadas y con sangría de 2.5 cm, izquierda y derecha. Las citas directas con menos de 330 caracteres, en cambio, respetarán el formato del cuerpo del texto, consignándose entre comillas y en tipografía redonda.

7.2. Se deberán incluir a pie de página las notas y referencias bibliográficas. Estas deberán realizarse de la siguiente manera: los apellidos del/de la

autor/a irá en mayúscula, el nombre en minúscula, los títulos de libros irán en cursiva sin comillas, seguido de la ciudad de publicación (en castellano), la editorial, el año de publicación y el número de la/s página/s en ese orden. Si se trata de un artículo, el título irá entre comillas y el nombre de la revista en cursiva. Si se trata del capítulo de un libro colectivo, el título irá en comillas, seguido del apellido y nombre de las/os editores/as del volumen, los títulos de libros irán en cursiva sin comillas, seguido del lugar de publicación, la editorial, el año de publicación y el número de la/s página/s en ese orden. Los textos provenientes de páginas web deberán indicar luego del título la indicación de la procedencia y la fecha de última consulta.

A modo de ejemplo:

Libros

FOUCAULT, Michel, *Securité, territoire, population*, París, Seuil/Gallimard, 2004, p. 199.

Artículos de Revistas

MUÑOZ BRAVO, Tomás, “Política migratoria en Argentina como respuesta a las crisis económicas y a procesos de integración regional” en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, N° 119, México, UNAM, mayo-agosto de 2014, pp. 87-116.

Capítulos de libros

BOTHE, Michael, “The WHO Request”, en BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 103-111.

Material de internet

ZEGVELD, Liesbeth, “The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case”, disponible en <<http://www.cicr.org>> (consultado el 4/2/2007).

7.3. Al final del documento se incluirá un listado de bibliografía, incluyendo todas las fuentes consultadas para la elaboración del trabajo presentado, conforme a las pautas de estilo mencionadas.

8. Elementos complementarios:

8.1. Las tablas y figuras deben incluirse en las páginas del texto y numerarse consecutivamente (figura 1, cuadro 1, etc.). Deben estar acompañadas por la fuente y el título. Los archivos originales en formato Microsoft Excel o en

programas de gráficos deberán enviarse adicionalmente en un archivo digital separado.

8.2. Las fotografías e imágenes deberán cumplir con los requisitos de numeración, fuente y título mencionados. Deberán tener una resolución superior o igual a 300 dpi. Cuando no fueran obra del/de la autor/a del artículo, se requiere que se envíen acompañadas por la autorización de reproducción del titular de los derechos de dichas imágenes.

8.3. En el caso que sea necesario, los elementos complementarios que integran el documento serán entregados en el soporte y tipo de archivo que sea acordado oportunamente con la Dirección de la Revista.

9. Los títulos y subtítulos del texto deben respetar la siguiente jerarquía:

TÍTULO GENERAL (Mayúscula y centrado)

Por NOMBRE AUTOR

Resumen:

Palabras clave:

TÍTULO GENERAL EN INGLÉS (Mayúscula y centrado)

Abstract:

Keywords:

INTRODUCCIÓN (Mayúscula y centrado)

1. TÍTULO (Capítulo) (Mayúscula y centrado)

1.1. Subtítulo (cursiva, sin sangría y en minúscula)

1.1.1. Título (cursiva, sin sangría y en minúscula)

1.1.2. Título (cursiva, sin sangría y en minúscula)

2. TÍTULO (Capítulo) (Mayúscula y centrado)

CONCLUSIONES (Si hubiera, mayúscula, centrado)

BIBLIOGRAFÍA (Mayúscula, centrado)

DERECHOS DE PUBLICACIÓN

El envío de un trabajo para su publicación implica, por parte de su autor/a, la autorización para su reproducción (salvo expresa renuncia), por cualquier medio, soporte y en el momento en el que se considere conveniente por la Revista. Los originales entregados no serán devueltos.

Los/as autores/as, al postular un trabajo para su publicación, ceden todos los derechos de distribución y difusión de los contenidos de los mismos al Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA). La recepción de un trabajo para su evaluación no implica asumir un compromiso de publicación.

Para enviar trabajos, realizar consultas sobre las pautas de estilo o acercar sus dudas, puede contactarnos a: dpublica@derecho.uba.ar

GUIDELINES FOR THE SUBMISSION OF ARTICLES

The “Revista Jurídica de Buenos Aires”, created in 1957 under the direction of Dr. Ignacio Winizky, is a biannual publication of the School of Law of the University of Buenos Aires, which comprises the works of national and foreign scholars. In the last years, each issue —under the direction of different coordinators — has focused on specific subject areas, collecting relevant articles and systematizing them, thus allowing the reader to be familiarised with diverse views.

Works submitted for publication must be original, previously unpublished and not under consideration for publication elsewhere. In addition, they should make a particularly relevant contribution. Articles, essays and book reviews on legal and related issues are welcome. They may be written in Spanish, Portuguese or English. Translations are also considered.

EVALUATION PROCESS

All works will be subject to double blind peer review conducted by national and international experts in each subject, some of them acting as external reviewers. Authors and reviewers remain anonymous during the evaluation process.

The evaluation process has three stages:

1. The Director and Editorial Board will decide, in accordance with the journal’s objectives, which articles are relevant and appropriate for evaluation and possible publication.
2. The selected articles will be sent — preserving the author’s anonymity — to an external reviewer with expertise in the subject. Since the reception of the article, the reviewer will have 30 (thirty) days to evaluate it and communicate his/her opinion.

The possible results of the peer reviewing process are:

- a) Recommendation of publication.
 - b) Suggestion of revisions or modifications for possible publication.
 - c) Recommendation of rejection.
3. The author/s of the articles will receive information from the editors on the results of the evaluation process. Those authors who are required to revise

or modify the submitted text must comply with the time frame established by the Director of the journal, who will send the modified article to the peer reviewer for its acceptance or rejection. Once the peer reviewer has provided his/her opinion to the Director, the final decision will be informed to the author/s.

REQUIREMENTS AND SUBMISSION

1. The submission of articles to be published in each year's first issue of the journal will take place in December of the previous year. The submission of articles to be published in the second issue will take place in May. All works must be related to the specific subject area of each issue.

2. Each issue will have a presentation by its coordinator.

3. Articles must have between 6,000 and 10,000 words, without including bibliography.

4. Manuscripts must comply with this list of requirements and with the style guidelines. Any inquiry can be addressed to the Director of the journal or to the Department of Publications.

5. Articles must be submitted to the journal's Director via email to the issue's coordinator. The document must contain the following information: title, author/s' name, date of completion and date of submission. It is recommendable to use the latest versions of Microsoft Word.

6. Along with the manuscript, the author/s must also submit a **short bio** including: name, surname, profession, current position, institutional affiliation (including city and country of the institution), nationality, telephone, address and email. All published works will include the email address of at least one of the authors.

STYLE GUIDELINES

1. The page size of the document must be A4, with top and bottom margins 2,5 cm and side margins 3 cm. Times New Roman font, size 12 must be used. Single line spacing must be used, and the first line in each paragraph shall have 1 cm indentation. No additional space before or after each paragraph should be included. Footnotes shall also have 1 cm indentation in the first line, employing Times New Roman, size 10, and single line spacing. The text and footnotes must be justified.

2. The article's **title** must be in the language employed in the article, in capital letters and centred.

3. If the submission is a translation, it must be indicated in the first footnote using the symbol * after the title, and the following structure must be employed, completing the relevant information:

*Originally published as <title in the original language> in <source of the original piece>. Translation into Spanish/English/Portuguese by <name and surname of the translator, profession or current position, institutional affiliation>.

4. The author/s' name should be centred under the title of the article, after the word "By", aligned to the right and in capital letters. A footnote should be placed there, using the symbol * (or ** in case the piece also includes the footnote mentioned in guideline 3), which must include the author/s' current position or profession and a brief academic reference, including current academic position (if any) and institutional affiliation. Acknowledgments may be included there.

5. Afterwards, an **abstract** of no more than 250 words (in the case of short articles, abstracts can be of 100 words) and **five keywords** must be included. The titles "Abstract" and "Keywords" must be in **bold** and the text of the sections in *italics*. Both sections must use 1 cm indentation in the first line. They shall be in the language employed in the article.

6. Immediately after, the piece shall include a translation into Spanish of the article's title, in capital letters and centred. Underneath, the abstract and the keywords should be translated into Spanish, employing the same style guidelines as in the original language.

7. The sources employed for the article must be correctly included in **bibliographical references** and in the **list of bibliography**. The following indications are to be followed:

7.1. Direct Quotations that are 330 characters or more must be included in a new paragraph, separated by double space from the previous and following text of the main body. It shall use single line spacing, be written in normal font (without quotation marks nor italics), justified, and with 2.5 cm left and right indentation. Direct quotations under 330 characters will have the same format as the main body, with quotations marks and without italics.

7.2. Notes and bibliographical references must be included as footnotes. Bibliographical references must include, in the following order: surname of the author/s in capital letters, name in lower case letters, book titles in italics without quotation marks, city of publication (in Spanish), editorial house, year of publication, page number/s. If it is an article, the title will be between quotation marks and the name of the journal in italics. If it is a book by multiple authors, the title of the chapter will be between quotation marks, followed by surname and name of the volume's editors, book title using italics without quotation marks, followed by city of publication, editorial house, year of publication, and

page number/s. When citing articles from websites, the domain and date of last access shall be included after the title.

For example:

Books

FOUCAULT, Michel. *Securité, territoire, population*, París, Seuil/Gallimard, 2004, p. 199.

Articles in Journal

MUÑOZ BRAVO, Tomás “Política migratoria en Argentina como respuesta a Las crisis económicas y a procesos de integración regional” en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, num. 119, México, UNAM, may.-aug. 2014, pp. 87-116.

Book Chapters

BOTHE, Michael. “The WHO Request”, in BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 103-111.

Websites

ZEGVELD, Liesbeth. “The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case”, available at <<http://www.cicr.org>> (last access 4-02-2007).

7.3. At the end of the document, a list of bibliography shall be included, listing all sources consulted for the drafting of the article, in accordance with the aforementioned style guidelines.

8. Additional elements:

8.1. Tables and figures must be included within the text and be consecutively numbered (figure 1, chart 1, etc.). They must be accompanied by their source and title. Original files in Microsoft Excel format or graphics programs should also be sent as separate digital files.

8.2. Photographs and images must comply with the same requirements and have a resolution of 300 dpi or higher. When they do not belong to the author of the article, an authorization for its reproduction by the rights holder is required.

8.3. If necessary, additional elements which are a part of the document will be submitted in the format agreed upon with the Director of the journal.

9. Titles and subtitles must respect the following format:

TITLE (Capital letters and centred)

By NAME OF AUTHOR/S

Abstract:

Keywords:

TITLE IN SPANISH (Capital letters and centred)

Resumen:

Palabras clave:

INTRODUCTION (Capital letters and centred)

1. TITLE (Chapter) (Capital letters and centred)

1.1. Heading (italics, no indentation, lower case letters)

1.1.1. Heading (italics, no indentation, lower case letters)

1.1.2. Heading (italics, no indentation, lower case letters)

2. TITLE (Chapter) (Capital letters and centred)

CONCLUSIONS (If any, in capital letters and centred)

BIBLIOGRAPHY (Capital letters and centred)

PUBLICATION RIGHTS

The submission of a manuscript for publication entails the author/s' authorization to reproduce it in any media or form, whenever the journal considers it appropriate, except in the case of express withdrawal.

By submitting an article for publication, the author/s assign/s all the rights of distribution and public display of its contents to the Department of Publications of the School of Law of the University of Buenos Aires. The reception of a manuscript does not entail any publication commitment.

For further information, inquiries and to submit manuscripts, please contact us: dpublica@derecho.uba.ar.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de septiembre de 2020
en los talleres gráficos de “La Ley” S.A.E. e I. - Bernardino Rivadavia 130 Avellaneda -
Provincia de Buenos Aires - República Argentina

