

A 20 años de la reforma constitucional, ¿se han cumplido sus objetivos?

*Daniel A. Sabsay**

Resumen

Se analiza la reforma constitucional argentina de 1994 a manera de balance. Para ello, luego de una introducción en la que expone la problemática de las transiciones democráticas, haciendo pie en la de su país, se expone el plan de exposición para luego desarrollarlo. Así comienza con la parte dogmática para luego hacerlo con la orgánica. Esta última es observada desde

* Abogado (UBA), posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de París II (Francia), Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Profesor Invitado de las Universidades de Estrasburgo (Francia), de Texas, Austin (EE.UU.) e Internacional de Andalucía (España), Profesor de posgrado del Programa de Economía Urbana de la Universidad Torcuato Di Tella, director de la Carrera de Posgrado en Derecho Constitucional (UBA), presidente de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional e integra su Consejo Consultivo (AADC), miembro de número de la Academia de Ciencias del Ambiente, autor de *La Constitución de los Argentinos Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*, *La Constitución de los Porteños* y *Manual de Derecho Constitucional*. Es el Director de la obras *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario La Ley-Derecho Constitucional* y *Constitución de la Nación Argentina y Normas Complementarias*. Ha sido condecorado por el Gobierno de Francia en dos oportunidades con las insignias de “Caballero y de Oficial de la Orden Nacional del Mérito” y con la Medalla al Mérito Académico “por sus aportes trascendentales al desarrollo del Derecho Ambiental”, otorgada por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Premios Buenos Aires - Pen Club, Justicia 2010 Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) y Security 2012 por su contribución al desarrollo de las ciencias jurídicas en Argentina. Personalidad Destacada de las Ciencias Jurídicas de la Ciudad de Buenos Aires. Ley 4743, 2013. “Visitante Ilustre” de la ciudad de Mar del Plata Año 2008. Municipalidad del Partido de General Pueyrredón, Departamento Deliberativo; das@sna.com.ar.

tres institutos que considera fundamentales: las facultades legislativas del Presidente, el Jefe de Gabinete de Ministros y las modificaciones al Poder Judicial. Por último, fija su posición en relación con la enmienda a la ley fundamental argentina.

Abstract

This analysis has the aim of assessing the 1994 constitutional reform. To that end, after the problems of democratic transitions –with focus on the one in the country– are explained in the introduction, the article’s plan is set forth. It begins with the dogmatic part and then continues with the organic one. The latter is examined by concentrating on three institutions considered to be fundamental: the legislative powers of the President, the Ministers’ Chief of Cabinet and the modifications of the Judiciary Branch. Finally, a position is submitted regarding the reform of the fundamental Argentine law.

I. Introducción

La denominada “transición democrática” en tanto proceso distintivo en el campo de la modificación de los sistemas de gobierno, es un término que se acuñó en los 70, con el acceso a la democracia de los últimos tres países con regímenes autoritarios de Europa Occidental: Grecia, Portugal y España. Como producto de esos cambios se consideró que la consolidación del sistema democrático no podía lograrse en un breve lapso. Es decir, con la mera restauración de una Constitución democrática, seguida de la celebración de comicios libres para la elección de autoridades. Tal como habían enseñado experiencias del pasado, la cuestión era mucho más compleja y ardua, ya que se trataba nada menos que de superar una tradición institucional signada por la autocracia, para lo cual no sólo se requería la modificación constitucional, sino y sobre todo la transformación cultural de la sociedad. Ello así, cabía replantearse el diseño de las instituciones con la participación de los actores sociales, poniendo el acento en aquellas cuestiones que habían dificultado en el pasado la construcción del Estado de Derecho.

Así, fueron consagradas en los textos constitucionales todas las generaciones de derechos –individuales, sociales y colectivos– como, asimismo, fueron ratificados los tratados que a nivel internacional y regional consagran

el denominado derecho internacional de los derechos humanos. Además, se trabajó con especial cuidado en el rediseño de la parte orgánica de las constituciones, la integración y la relación entre los poderes, la reorganización de la justicia de modo de lograr su independencia, las modalidades electivas, la descentralización territorial, la problemática electoral y la definición del sistema de partidos políticos, entre otras cuestiones, que merecieron especial atención. La duración de la transición no podía ser determinada *ab initio* ya que el plazo necesario para ello iría variando en función de las circunstancias de cada país. Así las cosas, a cuarenta años del inicio de las primeras transiciones, cabe destacar cuán exitosas ellas han sido. Sin lugar a dudas, por ello han sido tomadas como modelo de las que las han sucedido en América Latina, en la década del 80 y luego, en Europa Oriental, en la década del 90. Retomando el hilo de nuestra exposición, es de observar que el proceso de transición se ha visto iniciado, de manera prácticamente invariable, con la sanción de una nueva Constitución o con una profunda reforma de la existente. Este hecho no debiera sorprendernos si se tiene en cuenta que casi todas las democracias consolidadas tienen en sus leyes fundamentales el gran punto de encuentro que une, en un pacto social solemne, a todos los miembros de sus sociedades. Esto es lo que ocurre en los Estados Unidos de América con la célebre constitución de Filadelfia de 1787, en Italia con la de 1946, en Costa Rica con la de 1949, en Alemania con la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en Francia con la constitución de la Vª República de 1958 y, por supuesto, con las constituciones griega, portuguesa y española de 1974, 1976 y 1978 respectivamente, que han sido resultantes de la primera ola de transiciones. Es lógico que así ocurra, en tanto para el constitucionalismo, la constitución —valga la redundancia— es el elemento clave en la construcción del Estado de Derecho.

Nuestra transición a la democracia resulta muy larga y a ello se agrega una particularidad en lo que hace al contenido de la Constitución. Como hemos visto, casi todas las transiciones democráticas, con las excepciones de Argentina, Chile y Uruguay, se caracterizan por iniciarse con el dictado de una nueva Constitución. Se trata del ejercicio del poder constituyente originario, con el objeto de renovar la institucionalidad como primer paso del tránsito hacia la democracia. No es nuestro caso, la Argentina esperó once años para reformar su Constitución. Es de destacar que esa reforma más que en el mejoramiento institucional, se inspiró en un método curioso de redefinición y de reparto del poder. A pesar de ello la modificación permitió que se “colaran” una cantidad de innovaciones en materia de derechos y garantías,

que han permitido serios avances. Ello, a pesar de que la ley declarativa de la necesidad de la reforma prohibía expresamente toda enmienda a la parte dogmática, no se podían tocar los primeros treinta y cinco artículos.

Sin embargo, así ocurrió, cuando esa misma norma, luego del llamado “núcleo de coincidencias básicas”, que plasmaba el Pacto de Olivos, habilitaba la modificación de nuevos contenidos dogmáticos; entre ellos, derechos colectivos, jerarquía de tratados internacionales, garantías como el amparo, el habeas corpus, etc., derechos de los pueblos aborígenes, derechos políticos, atenuación del artículo 22 con la introducción de formas semidirectas de democracia. Por razones de espacio, no tratamos las características del proceso reformador del 94. Nuestro pensamiento se ve reflejado en la voz de un destacado jurista tucumano, quien al referirse a la ley declarativa de la necesidad de reforma, sostiene que ella “llevó al extremo la lógica del art. 30, es una demostración de la imperfección del mismo para encarar reformas importantes. Sólo mediante este ‘adminículo’ pudo hacerse viable una reforma de tamaño envergadura que sin una ley de este tipo hubiera sido inconcebible”.¹

Así las cosas, a dos décadas de la reforma, trataremos de hacer una suerte de balance. En primer lugar, observaremos lo acontecido con la parte dogmática, para en segundo lugar analizar la cuestión en relación con la “constitución del poder” –según la terminología de Bidart Campos–. En cuanto a esto último veremos si se cumplieron los objetivos que se trazaron los ex presidentes Alfonsín y Menem, signatarios del mencionado “Pacto de Olivos”. Recordemos que frente a la voluntad de hacerse reelegir de este último, el primero apuntaba de lograr la “atenuación del Presidencialismo”. Nos proponemos observar si se han cumplido las dos metas a través del análisis de las principales enmiendas que se incorporaron en el texto constitucional. Por último, expresaremos nuestras conclusiones.

II. Modificaciones a la parte dogmática

Tal como hemos manifestado en la introducción, la ley declarativa de la necesidad de la reforma contenía una clara contradicción, por un lado,

1. Sergio M. Díaz Ricci, *La reforma de la Constitución*, en Sabsay, Daniel A. (dir.) y Manili, Pablo L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Tomo 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 1176.

impedía que se enmendaran los primeros 35 artículos de la ley fundamental, mientras habilitaba al mismo tiempo a introducir nuevos contenidos doctrinarios. Pero tal vez gracias a ello, se logró lo mejor de la reforma del 94. Creo que esto fue así pues se introdujeron novedosos institutos que fueron luego “operativizados” gracias a importantes e innovadoras decisiones judiciales. Esta situación por demás curiosa pone de manifiesto que pese al serio problema de credibilidad del que adolece nuestro Poder Judicial, sobre todo por el proceder de muchos de nuestros jueces, sin embargo, pasan inadvertidas muchas sentencias que posibilitan la ampliación de la figura del amparo, en particular de la mano de la Corte Suprema. Flexibilizando lo máximo posible la ley 16.986 y definiendo el perfil del amparo colectivo previsto en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución, para la defensa de los derechos colectivos. Así, se aportan criterios novedosos en materia de legitimación. Ello permite que se puedan revisar cuadros tarifarios,² que se detenga la construcción de una planta de tratamiento y de disposición final de residuos peligrosos,³ que se obligue al Poder Ejecutivo a cumplir con el destino de partidas presupuestarias⁴ y de ese modo se consiga una vacuna contra el mal de los rastros. Estos tres casos son emblemáticos, pero se podrían mencionar muchísimos más, en el marco de los derechos de consumidores y usuarios, del derecho a un ambiente sano, de la igualdad de género.

Precisamente sobre este último tema es de destacar un fallo que resolvió el caso de una tiradora que por ser mujer, en base a una visión absolutamente machista del Reglamento de la Asociación de Tiradores,⁵ no se le quería otorgar el primer premio. Ella, amparada en el segundo párrafo del artículo 43, tomando como base argumental a la discriminación, logra que se obligue a esa Asociación a otorgarle el premio, además, a modificar los Estatutos por ir en contra de lo establecido en varias Convenciones Internacionales que bregan por el trato igualitario de la mujer. En todos estos casos se defienden valores muy importantes que permiten, a su vez, la transición al estado democrático y social de derecho. Cabe poner el acento en los

2. Youssefian, LL, 1997-F, 270, Sala V.

3. Schroeder, Juan c/Estado Nac. (SRN) S/Amparo” CNFed. CA Sala III (1994).

4. Viceconte, Sala IV, LL, 1998-F, 305.

5. Verbrughe, Sala I, ED, 185:995.

avances en materia de Derecho Procesal Constitucional como, por ejemplo, el reconocimiento de la acción de clase en el caso “Halabi”⁶ o del hábeas corpus colectivo en “Verbitsky”.⁷ Asimismo, son por demás innovadoras las nuevas reglas⁸ que por aplicación de la Ley General del Ambiente surgen de “Mendoza”.⁹

El amparo (art. 43), luego de la reforma constitucional del 94 ha obtenido un nuevo perfil institucional que lleva a una importante ampliación de la figura, la que hoy comprende dos tipos distintos: uno de corte individual y otro colectivo. La segunda modalidad constituye *per se* uno de los aspectos más innovadores de la labor del constituyente de reforma. En efecto, las características de los derechos cuya protección se persigue con su interposición, así como también las consecuencias que ello provoca en materia de legitimación para el acceso a la justicia, llevan a modificar las concepciones tradicionales en la materia. De lo contrario, no se podrían obtener los objetivos pretendidos con su institucionalización. De ser ello así, estaríamos aceptando que las normas constitucionales no han sido creadas para ser cumplidas. En “Mendoza”¹⁰ la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido involucrarse de manera directa en la problemática de la cuenca Matanza-Riachuelo. Asimismo, el pronunciamiento ahonda en cuestiones vinculadas directamente con la problemática ambiental desde diferentes puntos de vista y haciendo aplicación de manera amplia de diversos instrumentos jurídicos que se han ido sancionando como consecuencia de la incorporación de la denominada Cláusula Ambiental contenida en el art. 41 de la Constitución Nacional (CN), producto de la reforma de 1994.

6. Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/amparo-ley 16.986. 24-02-2009. Fallos 332:111.

7. Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus. 03-05-2005. Fallos 328:1146.

8. Ver Daniel A. Sabsay, *Nuevas vías procesales en Materia Ambiental creadas por el Fallo ‘Mendoza’ del la CSJN*, en Pablo L. Manili (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*. Tomo II, La Ley, pp. 211-27, Buenos Aires, 2010.

9. Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo). 20-06-2006. Fallos 329:2316.

10. Fallos: 323:164, La Ley, 2000-C, 236.

Quedan así esbozados los elementos fundamentales de orden institucional que derivados de la cuestión ambiental y del modelo de desarrollo sustentable, permiten avizorar para el futuro la construcción de una democracia en la que los gobernados puedan ejercer verdadera incidencia, dentro de un marco de transparencia, responsabilidad y rendición de cuentas. Creemos que luchar en esta dirección constituye una apuesta mayor comprometida con un futuro alentador para la Argentina.

Dentro de este mismo campo se debe poner de manifiesto lo establecido en el art. 75 inc. 22, en materia de tratados internacionales que modifica su régimen constitucional al dejar de lado el “dualismo” y otorgar jerarquía constitucional a ciertos tratados de derechos humanos. Asimismo, reconoce el marco jurídico más amplio para la integración continental. Estos nuevos contenidos han posibilitado una evolución importante del derecho público, de sus valores y da lugar al avance de la participación ciudadana, que no existía antes. Institucionalmente, la sociedad civil en la Argentina y el colectivo de organizaciones no gubernamentales, que operan en los más diversos campos, muchas veces hasta sustituyendo un Estado ausente, reciben un fuerte impulso gracias al aporte que brindan estas figuras.

Las modificaciones introducidas a la Constitución por la reforma de 1994 consagran la señalada evolución ocurrida en la jurisprudencia. Estas enmiendas se pueden agrupar en dos grandes ámbitos: el orden de prelación de las normas y los espacios de integración regional.

a) Orden de prelación de las normas

Las nuevas cláusulas contenidas en dos incisos del artículo 75 CN, sobre las atribuciones del Congreso, introducen modificaciones a las disposiciones correlativas (arts. 27 y 31 CN) de la Constitución histórica. En efecto, el inciso 22 establece, en su primer párrafo, el principio general en la materia cuando expresa que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. De resultas de estos nuevos contenidos, la cuestión relativa a la relación jerárquica existente entre leyes y tratados ha quedado zanjada. A tal efecto, la solución surge de considerar que este nuevo precepto contemplado en la primera parte del mencionado inciso completa la redacción del art. 31, de modo que hoy dentro del orden de prelación del bloque de constitucionalidad federal, los tratados deben ser intercalados entre la Constitución y las leyes.

b) Rango especial reservado para ciertos tratados atinentes a derechos humanos

El constituyente ha seguido una corriente que se impone en el derecho constitucional comparado tendiente a la internacionalización de los derechos humanos. En tal sentido, el ya citado inc. 22 del art. 75 CN, menciona expresamente dos declaraciones y nueve convenciones internacionales referentes a derechos humanos. Pues bien, todas estas normas tienen jerarquía constitucional, lo que de ninguna manera importa la incorporación de dichos tratados a la Constitución, sino y solamente que tienen una igualdad de rango con ella. Esta característica del tratado puede ser modificada a través del procedimiento que la misma disposición contempla, según el cual puede denunciarse un tratado con jerarquía constitucional o bien incorporarse un tratado de derechos humanos a este nivel. Es decir que a diferencia de los restantes tratados estos sólo pueden ser denunciados a través de un procedimiento particular. Al respecto, ese mismo inciso dispone que “sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”. Es decir que se trata de un acto jurídico complejo que a diferencia de lo que sucede con los restantes tratados, el Presidente no podría denunciarlos por sí solo, sino que necesita para ello del aval previo del Congreso con la mayoría calificada que la cláusula transcripta exige.

Pero no estamos frente a una lista cerrada, ya que es posible lograr que otros tratados de derechos humanos adquieran jerarquía constitucional. A esos efectos, el constituyente estableció que una vez que el tratado ha sido aprobado por el Congreso, deberá ser sometido a una nueva votación en la cual será necesario el “voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. Es así como otros dos instrumentos internacionales han adquirido jerarquía constitucional luego de la reforma; en 1997, el tratado sobre desaparición forzada de personas y, en 2004, el tratado sobre crímenes aberrantes y de lesa humanidad que se sumaron a la lista del inciso 22 del art. 75.

c) Interpretación conjunta de las nuevas disposiciones de la parte orgánica y de las de la “vieja” parte dogmática

A esta altura de nuestro desarrollo cabe hacer una interpretación integradora que nos permita encontrar soluciones lo más coherentes posible, sobre un marco jurídico que por la técnica jurídica elegida presenta dificultades a la hora de su aplicación. La cuestión gira en torno de la vigencia del orden internacional en el orden jurídico interno. Es decir, con qué rango han quedado incorporados los tratados internacionales. Consideramos que el nuevo orden de prelación de las normas en el derecho interno argentino ha quedado constituido de conformidad con los niveles de jerarquía que se establecen en el gradiente que a continuación transcribimos:

1º. En el vértice superior de la pirámide jurídica encontramos a la Constitución nacional y los tratados sobre derechos humanos enumerados en el inc. 22 del art. 75 y los que en lo sucesivo se incorporen de conformidad con el procedimiento especial que a esos efectos prevé la mencionada cláusula. Respecto a esta categoría es necesario establecer si se trata de la Constitución misma o si, por el contrario, tienen su misma jerarquía, pero, sin integrar su articulado. De todos modos, cabe destacar que ellos forman parte del derecho interno “en sus condiciones de vigencia”. Manili nos recuerda que poco después de la reforma en el caso “Girolodi, Horacio”, la Corte afirmó que “las condiciones de vigencia” significa “tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”.¹¹ “Esta interpretación nos permite invocar ante nuestros tribunales y hacer ingresar a nuestro sistema, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya que, [...] el único tribunal internacional en la materia con competencia respecto de nuestro país, es ése”.¹² Asimismo, se deben tener en cuenta las reservas¹³ que el país haya planteado

11. CS, Fallos 318:514

12. Manili, Pablo L., *El bloque de constitucionalidad - La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 185.

13. Se trata de manifestaciones unilaterales expresadas por un país al momento de adherir a un tratado internacional, en las cuales les quita o modifica efectos jurídicos dentro de su territorio a determinado o determinados contenidos del instrumento.

al momento de su ratificación, como también la evolución de la citada normativa en el ámbito internacional. De esta manera la CSJN profundiza el control de convencionalidad al reconocer no sólo la prevalencia de las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica sobre el derecho interno, sino también la de la interpretación dada por la Corte, que es su autoridad jurisdiccional, en los casos en los que ella se pronuncia y a través de sus diferentes modalidades.

Además de ello, el constituyente manifiesta que estas convenciones “en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. En este punto compartimos la posición de Bidart Campos, quien a efectos de encontrar un hilo conductor que permita compatibilizar estas disposiciones con las de los arts. 31 y 27 CN, se vale del significado del término “complementario” que importa algo que se suma a lo preexistente y que de ninguna manera constituye algo accesorio que debería subordinarse a los contenidos de la constitución histórica en la materia. Por ende, toda interpretación deberá perseguir como objetivo dar adecuada e integrada recepción a los contenidos procedentes de los poderes constituyentes originarios y derivados. En el mismo sentido se ha afirmado que “la complementariedad de dichos instrumentos tampoco implica su accesoriedad, sino que refleja su carácter de instrumentos que vienen a llenar vacíos e implicitudes de nuestro sistema”.¹⁴

Sagüés al referirse a esta fórmula sostiene que “la receta argentina adoptada en el art. 75, inc. 22, [...], cuenta con una redacción que haría padecer de envidia al propio Maquiavelo”. Luego agrega que “este sibilino texto ha dado origen a muchas teorías sobre su interpretación (una exégesis literal llevaría a afirmar que si hay oposición entre el Pacto y la primera parte de la Constitución, triunfa esta, pero si el conflicto es con la segunda parte, gana el Pacto)”. Por último, con un criterio que compartimos, señala que “de todos modos, la tesis del control de convencionalidad quiere que siempre prevalezca el Pacto, tanto respecto de la primera como de la segunda parte de la Constitución, y que esta sea interpretada ‘conforme’ y no contra el Pacto. Ello importa la domesticación de la Constitución por el Pacto”.¹⁵

14. Manili, Pablo L., op. cit., p. 199.

15. Sagüés, Néstor, “Dificultades operativas del “control de convencionalidad” en el Sistema Interamericano”, Diario *La Ley*, Buenos Aires, 11 de agosto de 2010.

2º. Los tratados y concordatos en general del inciso 22, 1ª parte del artículo 75, así como también los convenios de integración y las normas que en su consecuencia se dicten, con el alcance que la jurisprudencia establezca para esta última.

3º. La legislación nacional.

Hasta acá hemos ubicado el orden en que se encuentran las normas federales. En tal sentido, la reforma aclara la situación imperante en la relación tratado internacional-ley. Ahora, queda claro que lo dispuesto en el artículo 75 ordena la interpretación del artículo 31 al decidir un nivel superior de prelación de los tratados por sobre las leyes, estableciendo al mismo tiempo que cierto tipo de tratados se encuentran en el mismo rango de jerarquía junto a la Ley Fundamental.

4º. Las constituciones provinciales, los convenios internacionales celebrados por las provincias y las leyes provinciales. Por estricta aplicación de la segunda parte del art. 31 CN. En lo que hace a los convenios internacionales, el art. 124 CN que los contempla no deja dudas a la hora de establecer su orden de prelación en la pirámide jurídica, ya que expresa como límite de esta potestad de las provincias que “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...”.

III. Modificaciones a la parte orgánica

a) Federalismo

Comenzamos este capítulo con otro de los temas habilitados en el art. 3 de la ley 24.309, el federalismo a cuyo respecto el constituyente de reforma efectúa un rediseño en aras de contribuir a detener el proceso de terrible debilitamiento de nuestra forma de gobierno. Las propuestas son por demás loables,¹⁶ sin embargo, casi nada se ha conseguido en concreto de lo que

16. Sabsay, Daniel A., “El Federalismo Argentino. Reflexiones luego de la Reforma Constitucional”, *Separata de Ciencias Sociales: Presencia y Continuidades*, Juan Carlos Agulla (comp.), Instituto de Derecho Público, Ciencia Política y Sociología, Academia Nacional de Ciencias, marzo 1999, pp. 425-438.

plantea este capítulo tan importante para la integración territorial del país y para su descentralización. Se trata de una propuesta avanzada de federalismo de concertación. Por ejemplo, el carácter autónomo de los municipios ha permitido el dictado de interesantes cartas. Claro que no ha sido consagrado el principio en varias de las provincias más grandes, como la de Buenos Aires; no hemos logrado aún que se reconozca esta autonomía en la provincia más importante tanto en superficie como población del país. Esta lamentable contradicción es la resultante en gran medida del modelo “hiperpresidencialista” que rige en lo que a forma de gobierno se refiere y del que luego nos ocuparemos.

El análisis de las modificaciones de naturaleza federal efectuadas por la última reforma de la Constitución pone de manifiesto en todas ellas un empeño común de parte del redactor tendiente a vigorizar nuestra forma de Estado. Esto es así en lo municipal, en los establecimientos de utilidad nacional, en la autonomía porteña, en la incorporación de las regiones, en la propiedad de los recursos naturales; lo mismo ocurre en un tema fundamental, el nuevo régimen contemplado en el art. 75, inc. 2 en materia impositiva y de coparticipación federal. Destacamos en el balance que estamos haciendo, la revitalización de los municipios, a través del reconocimiento explícito de su autonomía, como límite al poder constituyente local, el que en adelante no podrá utilizar un régimen de mera autarquía para dotarlos de personería jurídica.

Asimismo, otros artículos que hacen a la cuestión federal establecen de manera invariable el fortalecimiento del ámbito local. Así ocurre, en materia de intervención federal (art. 75, inc. 31), de nuevas potestades provinciales (art. 124, 1ª parte), de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129). Todas estas cuestiones juntamente con las consideraciones particulares en materia de desarrollo territorial del inc. 19 del art. 75 (“nueva cláusula del progreso”) nos están señalando un claro rumbo deseado por el constituyente de reforma, el que se sitúa en el camino de la recuperación del federalismo.

La consideración de nuevos ámbitos para la construcción de variadas modalidades encaminadas a asegurar la dialéctica Nación-Provincias-Municipios se ha organizado desde una concepción proclive al protagonismo conjunto de todos los niveles de gobierno sin distinción. De este modo se termina con una dinámica caracterizada por la supresión de los niveles inferiores toda vez que se imponía la búsqueda de herramientas pasibles de asegurar un accionar conjunto.

A nuestro entender estas observaciones que hemos realizado constituyen hoy un denominador común que obliga al intérprete, a que en caso de

dudas, sobre la solución de una situación particular, deba optar por aquel temperamento que se traduzca desde el ángulo jurídico-institucional en una revalorización de las reglas que inspiran a nuestro sistema federal.

Es nuestra opinión que el constituyente ha apostado a favor de un modelo federal de concertación que ubica a la Argentina en el camino hacia el fortalecimiento de la periferia, a fin de reequilibrar el excesivo vigor que han acusado las fuerzas centrípetas en la historia de nuestro federalismo. De este modo será posible compensar la excesiva concentración de poder que puede resultar del proceso de integración continental que hemos inaugurado junto a las naciones limítrofes.

Desafortunadamente, nuestros comentarios se circunscriben a la descripción de las disposiciones constitucionales, nada decimos sobre experiencias en materia de aplicación. Ello es así, pues más allá de las aspiraciones del constituyente, la labor legislativa no las ha acompañado. Tomemos por caso, lo relativo a coparticipación impositiva y podremos comprobar que pese a que se imponía la sanción de un nuevo régimen en la materia *antes de la finalización del año 1996* (Cláusula transitoria 6^a), nada se hecho al respecto. Como consecuencia de ello, el ejecutivo nacional ha invadido de tal manera las potestades provinciales, que la situación en este punto tan sensible para la existencia de un federalismo real es mucho peor que la que existía antes de la reforma del 94.

b) Forma de gobierno

De acuerdo a lo señalado en la introducción, la reforma se propuso “atenuar el presidencialismo”. A efectos de lograr que se cumpliera este objetivo el constituyente introdujo varias modificaciones. Nos proponemos analizar las que consideramos más trascendentes, al tiempo que manifestamos nuestro parecer sobre cada una de ellas, en particular la aplicación de las mismas. Se trata del Jefe de Gabinete de Ministros, de las facultades legislativas del Presidente de la Nación y de la creación del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento.

b) 1. El Jefe de Gabinete de Ministros

Tanto en el parlamentarismo como en el semipresidencialismo, el primer ministro es una institución independiente de la voluntad del jefe de

Estado, cuya permanencia está ligada a la decisión del Parlamento, quien le brinda o retira la confianza en función de su composición política interna. Es por lo tanto, un órgano independiente, con responsabilidad política propia que ocupa un lugar en el andamiaje institucional del poder. La creación por parte del constituyente reformador, de una figura con el nombre de jefe de gabinete o de primer ministro en el interior de un ejecutivo unipersonal, no alcanza *per se* a cambiar los rasgos de nuestra estructura presidencial. Mientras el Presidente pueda remover a este nuevo funcionario –más allá de la denominación que se le otorgue y siempre que se le antoje–, no se producirá ninguna modificación de fondo en el funcionamiento de las instituciones, ya que la voluntad protagónica e indiscutida del primer magistrado subsistirá: “Evidentemente, y esto no necesita mayores explicaciones, nuestro sistema de gobierno sigue siendo presidencialista. El Poder Ejecutivo (unipersonal) sigue siendo el jefe supremo de la Nación, jefe de Gobierno y responsable político de la administración general del país”.¹⁷

En última instancia, el jefe de gabinete es un ministro más, e independientemente de la magnitud de sus facultades, su dependencia del deseo presidencial es categórica y absoluta, del mismo modo que los restantes ministros; respecto de los cuales el jefe de gabinete no ejerce tampoco ningún tipo de prerrogativa relacionada con su designación o remoción. Por lo tanto, la figura del Jefe de Gabinete no constituye de ningún modo un contrapeso efectivo a las prerrogativas presidenciales. Se trata de una figura muy alejada de la institución del primer ministro o *Premier*, característico de los sistemas parlamentarios y semipresidencialistas. La competencia de este nuevo actor institucional no aparece debidamente definida en el texto propuesto, en la medida que el grueso de sus atribuciones serán lo que el Presidente decida que ellas sean a través de las delegaciones a su favor que efectúe.

El constitucionalismo estadounidense ha evolucionado encontrando el modo de equilibrar las facultades del congreso y las del Presidente. Un importante elemento de contención de este último ha provenido de la ampliación del instituto del acuerdo del Senado, como requisito para dar validez a las designaciones del ejecutivo. Este acto institucional complejo se aplica no

17. Javier I. Barraza y Fabiana H. Schafrik, *El Jefe de Gabinete de ministros*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 04/01/1999, p. 165.

sólo para la designación de jueces, altos oficiales y embajadores, sino que la exigencia se extiende a todos los secretarios de Estado y a los responsables de los principales organismos descentralizados. El mecanismo se ha revelado como una útil herramienta de reequilibrio. El acuerdo del Senado constituye un expediente difícil para muchos presidentes. Tal vez hubiera sido más fácil introducirla en nuestro medio, en lugar de apelar a figuras que dentro de un contexto institucional distinto al de su lugar de origen, corren el riesgo de perder toda razón de ser, en la medida en que hayan sido concebidas para contrarrestar el predominio del Presidente.

b) 2. Facultades legislativas del Presidente de la Nación

La constitucionalización de la institución de la delegación legislativa junto a los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial de leyes que fueran presentados por los actores del Pacto de Olivos, como un modo de contener desde la letra de la ley fundamental institutos que ya formaban parte de la constitución material argentina. Pues bien, tomando como punto de partida ese razonamiento, veamos de qué modo se limitan estas facultades legislativas del Presidente. Merece destacarse que la reglamentación constitucional tuvo por finalidad principal y casi exclusiva, la limitación del uso de los mismos. Apuesta por demás riesgosa, pues se basa en la supuesta necesidad de acotar prácticas inconstitucionales y contrarias al Estado de Derecho, a través de mecanismos de dudosa efectividad. Por ello, en las tres disposiciones en que están incorporadas las mencionadas modalidades –artículos 76, 80 y 99, inciso 3º–, el constituyente comienza su desarrollo enunciando el principio general por el cual queda prohibido el ejercicio de la correspondiente facultad.

La solución que trae aparejada el artículo 76 ha sido la resultante de una evolución de la doctrina de los jueces a lo largo de más de 70 años y por lo tanto la interpretación de las mencionadas cláusulas requiere de la consulta permanente de la misma. Ante todo queremos destacar el carácter excepcional que posee la delegación legislativa, ya que la base para su aplicación está dada por un principio general que la prohíbe con carácter general y de manera expresa. En el mismo sentido Balbín¹⁸ sostiene que “el principio

18. Carlos Balbín, *Reglamentos Delegados y de Necesidad y Urgencia*, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 287.

general es que los conceptos de administración o de emergencia pública no pueden interpretarse en un sentido amplio ya que configuran una limitación o restricción material a la potestad de delegación, en efecto, las materias que no fueren de administración o de emergencia no pueden ser delegadas por el Congreso en el Presidente. Es decir que, en verdad, el convencional incorporó en el texto constitucional dos limitaciones relevantes respecto de la situación anterior. Así, por un lado, previó el principio de prohibición de la delegación propia y, por el otro, su admisión por vía excepcional pero sólo en materias determinadas o en situaciones especiales. De manera tal que el principio es el de la prohibición y, por lo tanto, su permisión sólo procede por vía excepcional y con carácter relativo en razón de la materia –administración– o de acaecimiento de un estado de cosas –emergencia pública–, toda vez que ante cualquier otro supuesto el principio de prohibición es de carácter absoluto”.

Queda claro que esto debe ser así, en tanto a través de esta innovación consistente en constitucionalizar facultades legislativas excepcionales del titular del Poder Ejecutivo, cobran status constitucional los llamados reglamentos delegados que juntamente con los de necesidad y urgencia tratan sobre materias de naturaleza legislativa en abierta disparidad con los postulados del principio de separación de poderes del constitucionalismo clásico. Es de destacar que antes de la reforma constitucional, la Corte –como ya se ha visto– ya había establecido que estaba prohibida la delegación que implique el traspaso de una esfera íntegra de poder legislativo pero que quedan fuera de la proscripción aquellos actos de delegación parcial, en los que el Legislativo le concede al Ejecutivo la implementación o complementación de un determinado régimen legal. Ello, en base al marco legislativo general que necesariamente debe estar contemplado en la norma delegante que de esa manera fija por un plazo determinado y breve los estándares dentro de los cuales deberán ejercerse estas facultades delegadas.

Como desde la restauración democrática en nuestro país los abusos en el ejercicio de facultades legislativas por parte del Presidente fueron adquiriendo una alarmante recurrencia, quienes reformaron la Constitución en 1994 establecieron una serie de requisitos que el primer mandatario debe cumplir para poder dictar decretos de necesidad y urgencia, reglamentos delegados o promulgaciones parciales, sin los cuales estos carecen de validez. Pero, el ejercicio del control legislativo específico sobre esta actividad excepcional del Ejecutivo requiere de la sanción de una ley especial por

parte del Congreso de la Nación, quien ha dado cumplimiento a ese mandato constitucional cuando ya habían transcurrido más de doce años de la reforma. Así se creó finalmente la *Comisión Bicameral Permanente* encargada de ratificar o de dejar sin efecto los decretos-leyes firmados por el Presidente de la Nación, tal como lo determinan los arts. 99, inc. 3, 100, inc. 12 y 80 de la Constitución Nacional. Es de destacar que se trata del único mecanismo genuino de control político del ejercicio de estas potestades excepcionales del Presidente. Ello, en tanto y cuanto los otros tienen lugar en el interior del mismo Poder Ejecutivo y están a cargo de funcionarios cuya continuidad depende de la voluntad del primer mandatario y, por ende, no existe al respecto independencia entre controlado y controlante.

Dado que no se le han puesto plazos a la Comisión para que cumpla con su cometido, ni tampoco existe esta exigencia para el plenario del Congreso, el mero transcurso del tiempo sin que se lo examine jugará como una suerte de sanción ficta, a pesar del que el art. 82 CN la prohíbe expresamente. En la actualidad estamos asistiendo a una práctica que no imaginábamos, la que consiste en la ratificación de un “paquete” de setenta decretos legislativos “a libro cerrado”. Se trata de burlar todo tipo de control de la manera más torpe y menos disimulada. Esto confirma que el órgano legislativo parece no presentar la más mínima vocación en controlar a los presidentes que, cada vez con menos vergüenza, siguen legislando por decreto en abierto desafío a la ley fundamental, agravando la deformación institucional que conlleva el dictado de decretos con contenido legislativo. Con razón se ha expresado que “si comulgamos con el principio de que la división de poderes importa una división equilibrada del poder estatal, el ejercicio del control no significará que el órgano controlante tenga más poder que el órgano controlado, sino que se encuentra habilitado por la constitución para ejercer su poder con mayor intensidad en esta relación. De lo contrario, se reconocería que en la ingeniería constitucional proyectada se ha privilegiado un órgano sobre otro u otros”.¹⁹ Se está violentando seriamente la división de poderes, y así atentando contra la República como sistema de gobierno, poniéndose en peligro la garantía que para los habitantes significa la descentralización del poder en diferentes autoridades. Asimismo, se impide que la deliberación, la

19. Salvadores de Arzuaga, Carlos I.: “Los Controles institucionales en la Constitución Argentina 1853 - 1994”, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 3.

transparencia y la participación de la oposición sean una regla en el debate y posterior dictado de normas generales y abstractas, tal como lo prescribe la ley fundamental. De ese modo desaparecen el control y la información como notas esenciales del funcionamiento de todo sistema democrático.

Algunos especialistas han tenido una visión más optimista de la enmienda, como lo expresa Manili, quien considera que “el artículo 76 ha despertado muchas críticas en la doctrina argentina, de parte de quienes entienden que la delegación legislativa sólo es posible en un sistema parlamentarista y no en uno presidencialista como el nuestro, ya que en aquél los controles son más estrechos y el parlamento posee la facultad de destituir al gobierno”.²⁰ Por nuestra parte entendemos que esta crítica queda inerte frente a lo reseñado más arriba con respecto del sistema norteamericano. También ha sido criticada en el sentido que la constitución ahora permite algo que antes no permitía, a lo cual debemos replicar que no lo permitía la constitución formal pero –lamentablemente– sí lo hacía la material desde 1927, y con una notoria ampliación desde 1993, como surge de los fallos que hemos analizado. Por último, se la ha criticado por no haber aclarado la oscuridad que siempre existió en nuestro medio acerca de los límites de la delegación,²¹ crítica con la cual coincidimos. No obstante esas críticas creemos que, nos guste o no nos guste, la norma recoge y refleja la doctrina jurisprudencial preexistente y que es preferible que el tema se encuentre regulado a que no lo esté, para que no vuelvan a permitirse jurisprudencialmente disparates tales como los tolerados por la Corte Suprema en “Cocchia”.²² Más adelante, agrega que “hasta el presente, el ejercicio por el Congreso de la facultad que le confiere este artículo ha distado de ser el deseable: la ley 25.414, sancionada a principios de 2001 y denominada vulgarmente *ley de superpoderes* confirió un marco normativo excesivamente lábil para el accionar del Ejecutivo y carente de límites precisos, lo cual motivó que, cuando

20. Sabsay, Daniel y Onaindia, José, *La Constitución de los Argentinos*, 2ª edición, Buenos Aires, Errepar, 1994, nota al art. 76.

21. Colautti, Carlos, “La Delegación de Facultades Legislativas (Reflexiones con motivo de la ley 25.414)”, en *Temas de Derecho Constitucional, Cuadernos de Doctrina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, N°18, 2001, p. 10.

22. Manili, Pablo L., “La Delegación de Facultades Legislativas en el Poder Ejecutivo”, en Sabsay, D. A., *Colección de Análisis Jurisprudencial, La Ley*, Buenos Aires, 2002, p. 761.

el Ejecutivo hizo uso de esas facultades, invadió ámbitos de competencia exclusiva del Congreso, con una sensible lesión del Estado de Derecho”.²³ Este llamado de atención se ha ido agravando cada vez más como resultado de las subsiguientes leyes de delegación en materia presupuestaria, han ido consumando la inobservancia del principio de legalidad en la materia. Resulta revelador de este estado de cosas la reciente sanción de la ley 26.124 que al sustituir el art. 37 de la ley 24.156, le concede al Jefe de Gabinete la facultad de compensar cualquier tipo de partida presupuestaria, independientemente de su naturaleza o finalidad, quedándole al Congreso solamente la determinación del aumento en el total del presupuesto y en el endeudamiento previsto. Sólo quedan exceptuados de este régimen el incremento de partidas correspondientes a gastos reservados y de inteligencia. Desaparece la potestad del Congreso de determinar los gastos distribuidos de conformidad con sus finalidades. Como también, la de incrementar gastos corrientes o de capital (trátase de salarios, obras públicas, entre otros rubros) en perjuicio de aplicaciones financieras (ej.: amortización de deuda); todo esto le posibilitará al Jefe de Gabinete disminuir el resultado financiero previsto en el presupuesto nacional. Por último, también se ha saltado el límite temporal que con claridad prescribe el mencionado art. 76, ya que en esta ley no se establece un plazo para la delegación.

Queda visto que en la cuestión de los “superpoderes” se le está delegando al Jefe de Gabinete nada menos que la reasignación de las partidas tal como han sido establecidas en la ley de presupuesto. A su vez, este puede subdelegar esa facultad en otros funcionarios de la administración pública nacional. Todo ello en abierta oposición a la letra y al espíritu de nuestra ley fundamental. Se trata nada menos que la renuncia por parte del Congreso a una porción importantísima de sus facultades en la esfera económico-financiera. Esta increíble dimisión se agrega a las ya efectuadas en materia de deuda externa y hasta en cuestiones de naturaleza impositiva, ya que en diferentes normas de emergencia se le ha concedido al Ejecutivo, de manera exorbitante, este tipo de atribuciones. Además, las

23. El tratamiento pormenorizado de esta ley y de los decretos delegados excede el marco trazado para este trabajo, pero digamos que, un ejemplo acabado del margen de discrecionalidad dejado por la ley y del abuso efectuado por el Ejecutivo, es el Decreto N°1570, de diciembre de 2001, por el cual el Poder Ejecutivo creó el vulgarmente llamado “corralito” restringiendo el retiro de depósitos por parte de los ahorristas.

subdelegaciones no están autorizadas. De esta manera y por más contradictorio que ello parezca el Legislativo se va despojando de manera alarmante de una porción crucial de sus funciones. Ello, haciendo caso omiso a lo establecido en el artículo 29 de la Constitución que califica de “infames traidores a la Patria” a quienes desde el Congreso concedan al Ejecutivo “facultades extraordinarias” o le otorguen “sumisiones o supremacías por la que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna”. En suma, los argentinos estamos frente a una seria disyuntiva, o bien de hacer lo necesario para que nuestra ley fundamental se cumpla, o de lo contrario, deslizarnos hacia una nueva modalidad autoritaria de gobierno.

b) 3. Poder Judicial

La independencia de la justicia es la columna vertebral del Estado de Derecho, dado el papel que le cabe al Poder Judicial dentro de un sistema democrático como guardián de los derechos y libertades fundamentales de las personas y como control de la constitucionalidad de los actos de gobierno. Esta función se extiende a la dilucidación de eventuales casos de corrupción con la imposición de las sanciones que le correspondieren a los eventuales responsables de los mismos.

Las instituciones argentinas han presentado desde la organización nacional serias dificultades para organizar un sistema judicial con mayúscula, a pesar de que entre los grandes objetivos establecidos en el preámbulo de nuestra Constitución se halla el de “afianzar la justicia”. El constituyente reformador de 1994 decidió incorporar dos nuevos organismos al universo de la Justicia, el Consejo de la Magistratura (CM) y el Jurado de Enjuiciamiento (JE), con el propósito de sustraer lo máximo posible del ámbito de la política la designación y la remoción de los magistrados. La innovación fue la resultante de los episodios protagonizados por jueces, en particular en los años que precedieron a la reforma, y que pusieron de manifiesto su falta de idoneidad para el ejercicio de tan importantes funciones. En adelante el Consejo tomaría a su cargo el proceso de selección de los magistrados a través de concursos públicos para la conformación de una terna a ser elevada al Poder Ejecutivo, para que entre los nombres propuestos este designe al titular del cargo vacante, es decir, que mantiene la facultad de designación y el Senado la de prestar el respectivo acuerdo.

Así, se trata de evitar la discrecionalidad en el nombramiento y tal la razón por la cual antes de la intervención de los dos poderes mencionados, se intercala la actuación del CM de modo de mejorar la decisión, tanto en lo que hace a la idoneidad como a la vocación de independencia de criterio de quienes luego se convertirán en jueces de la República. Este es un paso más en la dirección de hacer regladas las facultades de los poderes políticos, evitando la arbitrariedad en el ejercicio de las mismas. También ha sido esta la razón por la cual el juicio político a los magistrados lo lleva a cabo desde la reforma constitucional el Consejo que acusa ante el Jurado que juzga.

Dentro de este nuevo marco institucional resulta crucial la integración de los dos órganos, tarea que quedó a cargo del legislador, en base a las pautas previstas en el art. 114 CN. En efecto, allí se habla del *equilibrio* que se debe lograr entre los representantes de los sectores político-judicial de los abogados y del ámbito académico y científico. Una interpretación razonable de la mencionada voz podría considerarla como equivalencia en las representaciones; esto podría discutirse pero lo que nunca se podría sostener es la posibilidad de predominio de alguno de los sectores en detrimento de los otros, pues tamaña situación se aleja de la letra y del espíritu de la constitución. Esto es, evitar la discrecionalidad de los órganos políticos, anteponiendo a su decisión, la labor de selección de un órgano que debe guiar su actividad en base a consideraciones técnicas. Ello así, pues el Consejo perdería razón de ser si estuviese dominado por el ala política. Eso es precisamente lo que ocurrió con la ley 26.080 que en 2006 reformó la ley 24.937 que en 1999 reglamentó el CM: por una parte le concede a uno de los sectores, el político, 7 miembros sobre 13 y además los 5 representantes del oficialismo obtienen una potestad de veto, en tanto sin su concurso le será imposible al pleno lograr la elevación de la terna o acusar a un juez ante el JE.

Pese al argumento que se ha sostenido en el sentido de que los órganos resultantes del voto popular deben predominar en la composición del CM como una manera de compensar el peso de las corporaciones o “poderes contramayoritarios”, se suprime la representación de las segundas minorías legislativas, cuya participación en el funcionamiento del CM ha sido clave para que se conocieran irregularidades y mejorar la transparencia en su funcionamiento. En lugar de solucionar la situación de inconstitucionalidad que se presenta por la presencia de legisladores en un órgano que pertenece al Poder Judicial, su poder de decisión se ve reforzado y en particular para quienes provienen del oficialismo. La solución correcta

debió de haber sido que cada Cámara designe a juristas de fuste como sus representantes en el CM.

La ley también disminuye la potestad de *administración del Poder Judicial* en abierta contradicción con el segundo objetivo de la reforma constitucional, por el que se persiguió que se le sustrajera a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores el manejo de cuestiones de superintendencia lo que les posibilitaría concentrarse en el dictado de sentencias. En tal sentido el art. 114 es claro al conferirle al CM el manejo de los recursos, la potestad disciplinaria y el dictado de reglamentos relativos a la gestión judicial. Sin embargo, la ley 24.937 no fue suficientemente eficaz en el deslinde de facultades entre la CS y el CM, tal como lo demuestran las crisis que a lo largo de siete años de vigencia de la norma se sucedieron entre las dos instituciones. La ley 26.080 pareciera volver a la lógica existente antes de la reforma constitucional, en abierta oposición al texto constitucional, al quitarle al CM aspectos fundamentales para el gobierno y administración del Poder Judicial. Ello, dado que el proyecto elimina varias de las facultades que en materia de administración la ley anterior le concedía al CM.

A las señaladas graves inconstitucionalidades en que incurre el proyecto se agregan otras que importan una clara violación al principio de igualdad ante la ley. Así ocurre con la injustificable supresión de los abogados de la Comisión de Selección de Magistrados y de Escuela Judicial. Esta exclusión constituye una seria violación del principio de igualdad ante la ley y se basa en el prejuicio consistente en considerar que estos serían imparciales. De esta manera este sector es el que ve más seriamente disminuida su participación, a lo que se suma la reducción a la mitad de sus representantes en el CM y en el JE y que tampoco los abogados integran los jurados examinadores ni de consultores técnicos.

A nueve años de su puesta en vigencia, la modificación ha servido para que el oficialismo haciendo uso de su posición dominante opere en contra de la independencia de la justicia, a través de permanentes presiones sobre los magistrados a fin de que se sometan a las necesidades del oficialismo. Impidiéndose así la investigación de los funcionarios vinculados en hechos de corrupción, como también las decisiones del gobierno cuestionadas por su constitucionalidad. Urge la realización de una nueva reforma que restablezca el equilibrio perdido y que permita una mejor relación con la Corte Suprema, lo que redundará en una mejor administración del Poder Judicial. Asimismo, se debe crear una verdadera Escuela de la Magistratura que se transforme en el establecimiento de formación y perfeccionamiento de los

jueces, de modo de terminar con las arbitrariedades que caracterizan la gestión de los concursos. Sin estos cambios será imposible lograr una reconstrucción democrática en la Argentina.

IV. Conclusiones

Volviendo a la consideración de las transiciones a las que hemos hecho referencia, podemos hacer el siguiente balance: la Argentina es un país que, como Nino lo ha expresado, ha tenido una tradición de vivir al margen de la ley. La aspiración de Juan María Gutiérrez se hace esperar. Claro que cuando observamos lo ocurrido en gran parte de las democracias consolidadas, en relación con el tiempo que les ha llevado lograr la consolidación de sus democracias, aparece una luz de esperanza en el sentido de que la continuación del proceso que iniciamos en 1983 pueda llegar a buen puerto. Ahora bien, no podemos dejar de expresar que numerosos episodios nos generan dudas sobre el logro de tan ansiado objetivo. Quedamos perplejos con el dictado de decretos que invaden áreas legislativas más allá del marco constitucional, con la dificultad de contar con un Poder Judicial independiente, con la escasísima, por no decir nula, calidad institucional imperante en varias provincias, y, sobre todo con la actitud presidencial de ignorar todos los controles contemplados en nuestro orden jurídico.

La ley fundamental ha sido objeto de una reforma que comprometió a más de la mitad de su articulado. Cabe destacar que un porcentaje sustancial de las nuevas disposiciones no se encuentra en vigencia aún. Así ocurre con la ley de coparticipación de impuestos, con el cumplimiento de las exigencias que surgen del art. 42 para la organización de los entes reguladores de servicios públicos, para sólo mencionar dos casos. La Comisión Bicameral Permanente para el control de las facultades legislativas del Presidente, por caso, recién fue reglamentada doce años después de la reforma;²⁴ esta ley es inconstitucional, pues lejos de cumplir con la finalidad expresada en el art. 99, inc 3º se constituye en una luz verde para la utilización de estas potestades que el Ejecutivo tiene prohibidas como principio general.²⁵

24. Ley 26.122.

25. Confirmar arts. 76, 80 y 99 inc. 3º de la Constitución Nacional.

La modificación tuvo como paso previo el Pacto de Olivos, instrumento firmado por los ex presidentes Alfonsín y Menem. El acuerdo se sustentó en dos pilares básicos, por un lado, asegurar la reelección continuada del presidente y, por el otro, atenuar el presidencialismo. Así las cosas, la ley declarativa de la necesidad de la reforma contenía un artículo denominado “Núcleo de Coincidencias Básicas” en el que estaban contemplados los cambios acordados en el pacto. Esta parte de la reforma sólo podía ser ratificada o rechazada *in toto* por la Convención constituyente en abierta contradicción con el art. 30 de la Constitución que le concede a este órgano la competencia de realizar la reforma. En otra cláusula se incluyeron los temas habilitados a modificar, muchos de ellos atinentes a la parte dogmática de la constitución.

La evolución institucional ocurrida en nuestro país permitió en abierta contradicción con lo que establecía nuestra Constitución hasta la reforma de 1994, que el presidente de la Nación dictara actos de contenido legislativo, a través de tres modalidades diferentes. Son ellas los decretos de necesidad y urgencia, los decretos delegados y la promulgación parcial de leyes. Frente a tamaña enormidad la Corte Suprema de Justicia de la Nación se vio obligada a elaborar “estándares” de interpretación susceptibles de limitar la desmesura del desempeño presidencial en la materia. Sin embargo, con el tiempo la situación lejos de mejorar tendió a empeorar, para llegar a la administración menemista, período en el cual el abuso de este tipo de funciones por parte del Presidente convirtió al Ejecutivo en una suerte de poder legislativo alternativo. Las administraciones a cargo del matrimonio Kirchner se caracterizaron por el dictado desmedido de decretos delegados, gracias a la sorprendente tendencia del Legislativo a traspasarles potestades propias sin cumplir con las exigencias que contemplaba el art. 76.

El constituyente reformador de 1994 consideró necesaria la incorporación al texto de la Ley Fundamental de los tres institutos a que hemos hecho referencia, de modo de establecer, por una parte, la regla general según la cual, las tres herramientas le están prohibidas al primer mandatario. Por otra parte, se le debían conceder excepcionalmente estas facultades pero rodeadas de un esquema apropiado de controles que impidieran que se continuara con los abusos. Así las cosas, de los artículos 76, sobre delegación legislativa de facultades, 80 sobre promulgación parcial de leyes y 99, inc. 3 sobre decretos de necesidad y urgencia, surge un esquema de fiscalización a cargo del Congreso, que reposa fundamentalmente en una Comisión Bicameral Permanente. Pero el Presidente continúa ejerciendo facultades legis-

lativas constitucionalizadas pero haciendo caso omiso al único mecanismo de control de las mismas, ajeno al Poder Ejecutivo. Ello, gracias, hasta 2006, a la ausencia de la norma y luego de su sanción, gracias a la latitud que ella tiene.

La reforma de 1994 operó ampliamente sobre el sistema de derechos y garantías, pese a las dificultades que se le planteaban al constituyente con la modificación de la parte doctrinaria de la Constitución ya que recordemos que la ley 24.309 vedaba bajo pena de nulidad todo cambio en los artículos 1 a 35. En función de este mandato el constituyente de reforma asumió la decisión de incorporar nuevos derechos y garantías y de agregar otros contenidos doctrinarios a los ya existentes, a través de la atribución de nuevas facultades al Congreso, de modo tal que la redacción de la ley fundamental exhibe un nuevo perfil institucional en la materia.

Este marco de referencia renovado produce como lógica consecuencia la ampliación del “techo ideológico” de nuestra ley fundamental. Bidart Campos lo denomina “techo principista-valorativo” en el tomo VI de su tratado elemental de derecho constitucional argentino. Toda Constitución encuentra su marco de referencia en diversas expresiones contenidas en distintas partes de su articulado. En lo referente a la nuestra, luego de su sanción, la ideología del constituyente del 53 surgía con claridad, principalmente, del preámbulo y de la denominada “cláusula del progreso”, art. 75, inc. 18 –ex 67, inc. 16–. A partir de allí, se insinuaba el sentido de las decisiones y acciones a ser tomadas y llevadas a cabo por los responsables gubernamentales. Con posterioridad nuestra Constitución incorporó en la reforma de 1949 y luego de la derogación de esta, con la sanción del art. 14 bis, por la Convención Constituyente de 1957, típicas cláusulas de contenido social, que no sólo consagran el derecho al trabajo, sino que le imponen al legislador claros cometidos tendientes a asegurar al trabajador condiciones dignas de labor, jornada limitada, retribución justa, protección contra el despido arbitrario, organización sindical, derecho de huelga, etc.

Esa evolución hacia el constitucionalismo social se consolida con la reforma de 1994 que le asigna jerarquía constitucional a una serie de tratados de derechos humanos y crea un mecanismo para que otros puedan alcanzar esa jerarquía, y por la incorporación de los incisos 19 y 23 al art. 75 de la Constitución. Este último con claras reminiscencias de la constitución italiana de 1948, le impone al Congreso el deber de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato y

el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales.

Esta nueva impronta del constitucionalismo social se consolida en la reforma constitucional con el deber del Congreso de promover lo conducente 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 (art. 75, inc. 19). Resumiendo, al Estado le cabe el deber de elegir las acciones conducentes a optimizar los resultados que posibiliten el desarrollo de la persona humana en sociedad y al progreso económico dentro de un marco de equidad. Estas dos cláusulas son típicamente programáticas, su implementación requiere de leyes “medidas” del Congreso, único responsable en la determinación del momento más propicio para la concreción de las mismas. Todas sus prescripciones se encuentran influidas por un alto grado de contenido ideológico.

El ya citado inciso 19 tiene una presentación casi idéntica a la vieja “cláusula del progreso” (hoy inciso 18 del mismo artículo), en lo que hace al modo de formular grandes objetivos a ser plasmados en la legislación futura a los que debe “proveer” el Congreso Nacional. A nuestro entender, se trataría de una suerte de extensión del inciso anterior. Esta nueva disposición completa a su predecesora a través de una variada serie de postulados que se entroncan en su mayoría con las bases del denominado constitucionalismo social. La concreción de toda esta panoplia de acciones sólo podría ocurrir por medio de una herramienta de fuerte intervención en la vida socio-económica de la comunidad, como lo es el denominado “Estado de bienestar”. Hoy estas acciones no tienen por qué ser llevadas a cabo directamente por el Estado; este podría perfectamente “tercerizar” muchas de ellas con el concurso de la vasta gama de organizaciones sociales que hoy exhibe la sociedad argentina, las que son englobadas bajo variados términos, como por ejemplo “sector social” o “representación de la sociedad civil”.

A través de las grandes directivas contempladas en los cuatro párrafos del inciso 19, que hacen al modo de desarrollo con equidad, a un federalismo igualitario, a una educación gratuita y amplia, a la defensa del patrimonio cultural, se refleja también la ideología de la reforma. Aparece claramente la voluntad del constituyente de reforma de ordenarle a los gobernantes la realización de acciones “positivas” que permitan que tan importantes objetivos puedan hacerse realidad.

El valor desarrollo humano obra como una suerte de centro de confluencia, ya que para que su vigencia quede asegurada es preciso que operen los componentes analizados en el punto precedente. En efecto, se logra tal evolución de la persona cuando la existencia de ciertas notas objetivas y subjetivas que en su conjunto hacen posible una existencia que se desenvuelva en un marco de igualdad y de dignidad. Ahora bien, ¿cómo hacer para saber que en un determinado lugar, en una determinada situación, para una comunidad o para una persona impera este valor, en tanto “faro” de sus condiciones existenciales? Ello no nos parece una tarea factible desde la teoría, a nuestro entender, los elementos a utilizar para poder ponderar dicha situación variarán en función de las circunstancias temporales y espaciales. Claro que, dadas dichas particularidades se podrá determinar si en el caso bajo examen se está efectivizando una dinámica que permita precisamente observar con claridad todo cuanto denota el término desarrollo humano.

Desarrollo humano importa una idea de evolución, de progresión hacia un “techo” de las condiciones de vida que se va elevando y que para nuestra observación debe concretarse en una tendencia creciente hacia la satisfacción de aquellas necesidades que hacen a la igualdad y a la dignidad de la existencia humana, sin olvidar la calidad de vida, la que surgirá de las condiciones del entorno en que la misma transcurre. La Constitución reformada utiliza la expresión desarrollo humano en los ya analizados incisos 19 y 23 del artículo 75, la que es nuevamente empleada en el inciso 17. En este último caso el constituyente lo hace cuando se ocupa de los derechos de los “pueblos indígenas argentinos”. Allí, la voz hace las veces de patrón de medida a los efectos de la determinación del *quantum* de las tierras que les deberían ser entregadas a las comunidades indígenas.

Por último, en la parte dogmática nuestra expresión sólo aparece incluida en uno de los artículos del capítulo segundo –agregado por la reforma–, titulado “Nuevos derechos y garantías”. Es en el artículo 41 en el que se consagra el derecho de todos los habitantes “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...”. Es decir que el desarrollo humano aparecería para el constituyente como un equivalente del desarrollo sustentable. Creemos que es en esta parte del texto constitucional de donde surgiría con mayor vehemencia la concepción de un modelo de desarrollo en el que confluyen las variables ambiental, económica, social y cultural. Se trata de una temática transversal que se deriva de la

consideración conjunta de la cuestión ambiental y de su protección y de todo lo atinente a la producción para el desarrollo de una comunidad.

En suma, un balance de la reforma permite sostener que las modificaciones a la parte orgánica de la Constitución han llevado al fortalecimiento de las potestades presidenciales y la creación de organismos que reconocen una dinámica ligada a la lógica de reparto de poder entre los partidos, más que al logro de los controles para cuya concreción fueron concebidos. Por el contrario, las modificaciones a la parte dogmática han permitido numerosos avances en el campo de la defensa de los derechos humanos, como ha ocurrido con la frondosa jurisprudencia relacionada con temas como el amparo, entre otros y la incorporación al derecho interno de importantes aspectos de derecho internacional contenido en tratados.

Curiosamente, la Argentina luego de tres décadas de tránsito a la democracia ha ingresado en una preocupante declinación de sus instituciones tomadas del constitucionalismo, que presenta los rasgos propios de lo que “la teoría constitucional califica como *desconstitucionalización*. Esto es, los procesos que experimenta un Estado cuando, por diversas razones, las reglas más elementales de su Constitución son gradual y permanentemente inobservadas”. Así el esquema democrático fue modificándose por decisiones de sus operadores, observándose en el plano de la constitución material un crecimiento de las potestades presidenciales y del gobierno federal, en detrimento de los otros órganos de poder y de las autonomías provinciales. Se produjo así el “desmontaje” de la Constitución, fenómeno que, según relata Sagüés, Werner Kâgy atribuye a la decadencia o desplazamiento de lo normativo-constitucional, “entendido como un proceso de debilitamiento de la fuerza normativa de la ley suprema, entre los cuales menciona: a) el derecho de emergencia; b) la admisión de la doctrina del ‘quebrantamiento constitucional’ por vía consuetudinaria; c) la delegación de competencias legislativas y la concesión de plenos poderes al ejecutivo, confiriéndole un ‘poder constitucional exorbitante’; d) la admisión de la reforma o cambio de la Constitución por medio de la interpretación constitucional (dinámica o putativa), o por un procedimiento distinto al previsto por la propia Constitución y e) recurrir a la ‘adaptación de la Constitución’ como estrategia de evasión de las directrices constitucionales”.²⁶

26. Sagüés, Néstor, “El concepto de ‘desconstitucionalización’”, *Rev. La Ley*, 13-04-2007, pp.1-3.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es la jurisdicción encargada de aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos, ha tomado partido al respecto. También en este caso nos parece importante dar lectura a uno de los considerandos más importantes de una de sus sentencias más emblemáticas; allí ha expresado que “esta obligación –hace referencia al control de la observancia de los derechos que la misma contiene– implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención, y procurar, además el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.²⁷

Pues bien, precisamente es la falta de controles lo que caracteriza a nuestra realidad institucional. Por ello no podemos sino coincidir con Gargarella, quien sostiene que “contamos hoy con un sistema de relación entre los poderes que no asegura el equilibrio que proclamaba en sus inicios, sino que aparece desequilibrado hacia el Poder Ejecutivo, con consecuencias tan previsibles como lamentables: todo el sistema institucional ha quedado ladeado hacia el Ejecutivo. Resulta frecuente (aunque no necesario), por lo tanto, que los aparatos judiciales sistemáticamente se inclinen a favorecer al poder presidencial de turno (que goza de una influencia especial en el nombramiento de los jueces y que disfruta de poderes de presión particulares sobre estos), como resulta habitual que las legislaturas se conviertan en órganos opacos dependientes de la iniciativa presidencial y sometidos a la autoridad del Ejecutivo. Pasamos entonces del sistema de equilibrios y balances deseado a uno diferente, caracterizado por el sometimiento o, eventualmente, la confrontación entre poderes”.²⁸ Por este motivo este autor denomina a la parte orgánica “la sala de máquinas”,²⁹

27. Corte IDH, caso “Velázquez Rodríguez”, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 166.

28. Roberto Gargarella, “Los Derechos Relegados de la Constitución”, *La Nación*, Buenos Aires, 5/8/2014.

29. Roberto Gargarella, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, 2014.

en tanto asegura que los derechos sean objeto de aplicación y de cumplimiento. Si falla la primera esto irá necesariamente en desmedro de las libertades, pues quedan absolutamente en manos de presidentes sin límites que ejercerán el poder de manera desmedida y haciendo de los gobernados verdaderos súbditos.

Bibliografía

- Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, EDIAR Buenos Aires, T. VI.
- Bidegain, Carlos M., *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, T. III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980.
- Consejo para la Consolidación de la Democracia (CCD), *Dictamen Preliminar sobre la Reforma constitucional*, EUDEBA, Buenos Aires, 1986.
- Consejo para la Consolidación de la Democracia (CCD), *Segundo Dictamen sobre la Reforma constitucional*, EUDEBA, Buenos Aires, 1987.
- Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Presidencialismo y Parlamentarismo*, EUDEBA, Buenos Aires, 1988, pp. 125-168.
- Frías, Pedro J., *Introducción al derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- “El federalismo posible en la Argentina finisecular”, en *La reforma constitucional argentina*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1994.
- Hernández, Antonio María, “Derecho Constitucional”, Editorial Universidad. 1991.
- *Federalismo, Autonomía Municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma de 1994*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997.
- Jiménez, Eduardo P., *Derecho Constitucional Argentino*, Tomo III, EDIAR, Buenos Aires, 2000.
- Lambert, Jacques, “La transposition du régime présidentiel hors les Etats Unis: le Cas de l’Amérique Latine”, *Revue de Science Politique Française*, septiembre 1981.
- Manili, Pablo L., *Establecimientos de utilidad nacional*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004.
- Midón, Mario A. R., “Decretos de Necesidad y Urgencia”, *La Ley*, Buenos Aires, 2001, pp. 19-20.

- Nelson, Christopher M., “An Opportunity for Constitutional Reform in Argentina: Re-Election 1995”, *Miami Inter-American Law Review*, p. 7.) (Traducción del autor del presente trabajo).
- Nino, Carlos S. y otros, *El Presidencialismo puesto a Prueba*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- Peltzer, Enrique, “El Régimen Parlamentario”, Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia. Anexo a la labor de la Comisión 2. Buenos Aires, 1986, p. 113.
- Sabsay, Daniel A. y Onaindia, José M., *La Constitución de los argentinos*, ERREPAR, Buenos Aires, 2009.
- *Manual de Derecho Constitucional*, La Ley, 2011.
- “Jefe de Gabinete de Ministros”, *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo VII, Apéndice, Ed. Driskill SA, Buenos Aires, Argentina, 1996.
- Seisdedos, Felipe: “Establecimientos de utilidad nacional”, en P. Guilhou y otros, *Atribuciones del Congreso argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1986.