

Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994

A 25 años

Mauro Benente
(compilador)



Agostina Daniela González - Ana María Bestard - Andrés Rosetti -
C. Ignacio Giuffré - Facundo Capurro Robles - Federico G. Thea -
Fernando Braccacini - Gerardo Tripolone - Gonzalo Sebastián
Kodelia - Isaías Losada Revol - José María Salgado - Juan Seda -
Liliana Ronconi - María Valeria Berros - Mauro Benente - Mishkila
Rojas - Nicolás Diana - Sebastián Linares - Sergio Sebastián
Barocelli - Silvina Zimmerman

Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994

Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994

A 25 años

Mauro Benente
(compilador)



Colección **Pensamiento Nacional**

Benente, Mauro

Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994 : a 25 años / Mauro Benente. - 1a ed. - José C. Paz : Edunpaz, 2019.

500 p. ; 23 x 15 cm. - (Pensamiento Nacional)

ISBN 978-987-4110-35-0

1. Derecho. 2. Derecho Constitucional. I. Título.

CDD 342.009

1ª edición, septiembre de 2019

© 2019, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina

© 2019, EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISBN: 978-987-4110-35-0

Universidad Nacional de José C. Paz

Rector: **Federico G. Thea**

Secretario General: **Darío Exequiel Kusinsky**

Director General de Gestión de la Información y Sistema de Bibliotecas: **Horacio Moreno**

Jefa de Departamento Editorial: **Bárbara Poey Sowerby**

Corrección de estilo: **María Laura Romero y Nora Ricaud**

Diseño de colección: **Amalia González**

Arte y maquetación integral: **Jorge Otermin**

Ilustración de tapa: (Collage) **Jorge Otermin**

Publicación electrónica - distribución gratuita



Licencia Creative Commons - Atribución - No Comercial (by-nc)

Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales.

Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales. Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

Índice

Prólogo <i>Federico G. Thea y Mauro Benente</i>	11
El pueblo delibera y gobierna. En defensa de la regulación de las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas <i>Sebastián Linares y C. Ignacio Giuffré</i>	23
La reforma constitucional de 1994 y la participación de las mujeres en cargos de decisión: logros y desafíos <i>Liliana Ronconi y Agostina Daniela González</i>	53
Selección y disciplina de jueces y juezas. Notas críticas sobre el Consejo de la Magistratura <i>Mauro Benente</i>	73
Repensar al Ministerio Público Fiscal en clave democrática <i>Fernando Braccacini</i>	105
Decretos de necesidad y urgencia: debates doctrinarios y realidad constitucional <i>Ana María Bestard</i>	143

Que el presidente legisle. Decretos delegados o el modo en que el Congreso declara su incapacidad <i>Gonzalo Sebastián Kodelia</i>	169
Poderes militares y tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional <i>Gerardo Tripolone</i>	207
El dominio de los recursos naturales en la Constitución de 1994 (en particular, los hidrocarburos) <i>Nicolás Diana</i>	233
El olvido del poder económico en la reforma constitucional de 1994 <i>Mauro Benente</i>	265
Jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos <i>Federico G. Thea e Isaías Losada Revol</i>	293
Los derechos económicos, sociales y culturales y la reforma de 1994: pasaron 25 años y... <i>Andrés Rosetti</i>	337
El recorrido del (des)amparo colectivo en el ámbito federal <i>José María Salgado</i>	351
Medidas de acción positiva para las personas con discapacidad <i>Juan Antonio Seda</i>	385
Los derechos de los consumidores y usuarios. A 25 años de la reforma constitucional de 1994 <i>Sergio Sebastián Barocelli</i>	407

**Los derechos de los pueblos indígenas
en Argentina post reforma constitucional de 1994:
una relación en conflicto y en cuestión**

Silvina Zimmerman, Mishkila Rojas y Facundo Capurro Robles 435

**Depende del lente con que se mire:
derecho a un ambiente sano en Argentina**

María Valeria Berros 467

Sobre los autores y las autoras 491

Prólogo

Federico G. Thea y Mauro Benente

En 1937, en la *Revista de Investigación Social*, Max Horkheimer, por entonces director del Instituto de investigación social de Fráncfort, publicó un artículo titulado *Teoría tradicional y teoría crítica*, separando y contrastando un modo *tradicional* de hacer teoría y un modo crítico de construirla. Los contornos de la teoría *tradicional* estaban trazados por el positivismo metodológico, que había importado el método de las ciencias naturales a los estudios sociales (Horkheimer, 2003: 225). De esta manera, para la modalidad *tradicional*, el concepto de “teoría equivale a un conjunto de proposiciones acerca de un campo de objetos, y esas proposiciones están de tal modo relacionadas unas con otras, que de algunas de ellas pueden deducirse las restantes” (Horkheimer, 2003: 223). Bajo este paradigma, cuanto menor sea la cantidad de principios en comparación con las consecuencias y derivaciones, entonces, tanto más perfecta es la teoría. Pero, además, la validez de la teoría “consiste en que las proposiciones deducidas concuerden con eventos concretos” (Horkheimer, 2003: 223). Finalmente, y siempre para esta perspectiva *tradicional*, “teoría es la acumulación del saber en forma tal que este se vuelva utilizable para caracterizar los hechos de la manera más acabada posible” (2003: 223). Bajo esta modalidad *tradicional*, la teoría no constituye más que una generalización de lo inmediato que, entre otras cosas, se traduce en un rebajamiento conceptual: se anula toda dimensión reflexiva, se invalida todo aquello que vuelve sobre sí mismo, y lo único que se tiene como relevante es la preocupación por lo aplicado y aplicable (Entel, 2000: 55-56).

La teoría *tradicional* se reduce a describir lo existente, y si bien la teoría no debería renunciar a narrar aquello que existe, si se limita únicamente a ello, se

transforma en un mero discurso de reproducción de lo dado. Y cuando aquello que está dado es injusto, limitarse a describir lo que sucede es contribuir a que las injusticias no solamente no se detengan, sino que además se reproduzcan.

Entre las grandes preguntas de las ciencias sociales, en especial de aquellas orientadas e interesadas por la emancipación, se encuentran: ¿cómo explicar la reproducción de las relaciones sociales injustas?, ¿cómo explicar que los individuos, incluso aquellos que se encuentran en posición de sometimiento, participan activamente en la reproducción de esas relaciones injustas?, ¿por qué los individuos sometidos participan activamente en la reproducción de su sometimiento? Hacia mediados del siglo XIX, Marx y Engels planteaban que, en parte, quienes sufren situaciones de injusticia, a menudo participan activamente de su reproducción porque ellas no se presentan como tales, puesto que “en toda la ideología los hombres y sus relaciones aparecen invertidos como en la cámara oscura” (Marx y Engels, 2014: 21). Bajo esta perspectiva, la reproducción de las relaciones injustas se explica porque estas no se presentan como tales, no lucen como injustas, y esto es así porque “los hombres se han formado siempre ideas falsas acerca de sí mismos, acerca de lo que son o debieran ser” (Marx y Engels, 2014: 9).

Estos pasajes de *La ideología alemana*, escritos entre 1845 y 1846 pero recién publicados en 1932, llevaron a varios comentaristas a sostener que, en la obra de Marx, la noción de ideología alude a una “falsa conciencia” y que esta sería un elemento negativo, un obstáculo, que impide asimilar la realidad de modo cristalino (Silva, 1989: 14; Barth, 1951: 65). En definitiva, la ideología impide reconocer la injusticia de las relaciones sociales, y por ello, y con el mismo movimiento, permite explicar por qué quienes se encuentran sometidos y sometidas las reproducen activamente.

La noción de ideología como “falsa conciencia” se ha tornado impopular, y hasta quizás no sea la interpretación más apropiada de la obra de Marx (Eagleton, 1997: 34-55). Más allá de estas discusiones, aquí nos interesa remarcar que tal vez existen otras razones que permiten explicar la reproducción de las relaciones sociales injustas. En este orden de ideas, Theodor Adorno, postulaba que “no existen ya ideologías en el sentido estricto de falsa conciencia, sino sólo propaganda por un determinado mundo mediante su reproducción” (Adorno, 1962: 28). En su fuerte embate al positivismo metodológico, a la teoría *tradicional* en los términos de Horkheimer, Adorno sostenía que

para reproducir un mundo injusto ya no era necesario delinear los contornos de un discurso ideológico, sino que alcanzaba con hacer propaganda de ese mundo, con elaborar un discurso científico, pero meramente descriptivo, de ese mundo. Si en el siglo XIX Marx y Engels planteaban que invertir una realidad injusta y presentarla como justa era una herramienta para la reproducción de las injusticias, a mediados del siglo XX Adorno ponía de relieve algo más inquietante: ya no era necesario realizar tal inversión, puesto que un discurso científico acotado a la mera descripción de las injusticias, se transformaba en su más eficaz mecanismo de propaganda.

Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994 no es un libro *tradicional* de derecho constitucional. Los libros *tradicionales* de derecho constitucional, la teoría *tradicional* del derecho constitucional, se limitan a realizar una descripción de las reglas y principios que se encuentran en los textos constitucionales, un resumen de las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y una madeja de citas de autoridad de supuestos maestros de la materia —que, a su vez, describían reglas y principios, y resumían sentencias—. Cuando las reglas o principios incluidos en los textos constitucionales y/o las sentencias resultan injustas, la teoría *tradicional* del derecho constitucional se transforma en un discurso de reproducción de esas injusticias, en una narración propagandística de grandes tragedias.

Con *Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994* quisimos apartarnos de la matriz *tradicional* y, además de describir lo que ha sucedido en estos veinticinco años de vigencia de la Constitución, además de dar cuenta de los desarrollos legislativos y jurisprudenciales, la apuesta fue profundizar sobre aquello que no ha sucedido.

Las deudas de la reforma constitucional de 1994 aluden a aquellos aspectos que, por entonces, ni siquiera fueron pensados o analizados por los/as legisladores/as que sancionaron la ley que declaró la necesidad de la reforma de la Constitución en diciembre de 1993, y por los/as convencionales constituyentes que sesionaron en las ciudades de Santa Fe y Paraná entre el 25 de mayo y el 22 de agosto de 1994. Pero además, las *deudas* aluden a aquellas materias sobre las cuales la teoría *tradicional* del derecho constitucional rara vez se detiene, a las perspectivas conceptuales y a las herramientas metodológicas escasamente empleadas. Por su parte, las *promesas incumplidas* refieren a algo distinto. A aquellos objetivos que, en mayor o en menor medida, eran compartidos por

las y los constituyentes pero que, por diversas razones, se encuentran total o parcialmente incumplidos.

Ubicar el foco en las *deudas* y en las *promesas incumplidas* implica, justamente, apartarse de la matriz más *tradicional* del derecho constitucional. Supone no descuidar el plano de la descripción e indagación de lo sucedido, pero implica dar un paso más y revisar aquello que no ha sucedido. Esta revisión de lo sucedido y la apuesta por lo que no ha sucedido, la planteamos en vistas de una *promesa*, o más bien de nuestros *sueños* de mayor igualdad y más democracia, que todavía se encuentran *incumplidos*.

Estructura del libro

A lo largo de los capítulos hemos querido dar cuenta de los aspectos que nos resultaban más sustanciales de la reforma de 1994. Si bien cada uno de los artículos se focaliza en algún aspecto central, ello no quita que en mayor o menor medida, todos tienen una perspectiva de totalidad de la reforma. Por su parte, temas como el nuevo *status* de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Defensoría del Pueblo y la Auditoría General de la Nación no han alcanzado a integrar esta edición no porque consideremos que sean de menor importancia, sino porque las demoras en la escritura estaban poniendo en peligro llegar a tiempo al cumpleaños número veinticinco de la Constitución de 1994, pero son asignaturas que serán abordadas en la segunda edición del libro.

En “El pueblo delibera y gobierna. En defensa de la regulación de las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas”, Sebastián Linares y C. Ignacio Giuffré analizan la inclusión de la iniciativa legislativa popular y la consulta popular. Además de estudiar con precisión cada una de estas instituciones, los autores plantean que, si el texto constitucional originario marcaba una tensión entre una dimensión antidemocrática anclada en el artículo 22, y los principios republicanos (artículo 1) y de soberanía popular (artículo 33), con la inclusión de estos mecanismos de democracia semidirecta, el nuevo texto constitucional inclina la balanza hacia la intensa participación popular.

Liliana Ronconi y Agustina Daniela González, en “La reforma constitucional de 1994 y la participación de las mujeres en cargos de decisión: logros y desafíos”, se sitúan en las medidas de acción positiva respecto de las mujeres,

consagradas en el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional. Analizan especialmente las leyes de cupo y paridad en las legislaturas provinciales y en el Congreso de la Nación, y a la luz de las delimitaciones de la igualdad como no discriminación y como no sometimiento, estudian la pertinencia de las acciones reparadoras y transformadoras para resolver las distintas dimensiones de las desigualdades.

En “Selección y disciplina de jueces y juezas. Notas críticas sobre el Consejo de la Magistratura”, Mauro Benente realiza una evaluación sobre el perfil de jueces y juezas moldeado en el proceso de selección que se desarrolla en el ámbito del Consejo de la Magistratura, y sobre los mecanismos de rendición de cuentas de magistrados y magistradas que también se sitúan en la órbita del Consejo. Respecto del primer asunto, muestra cómo el sistema de evaluación privilegia a quienes ya se desempeñan en la burocracia judicial, mientras que, sobre el segundo aspecto, destaca la escasísima operatividad de los mecanismos de contralor de magistrados y magistradas.

Fernando Braccacini, en “Repensar al Ministerio Público Fiscal en clave democrática”, realiza una breve historia del derrotero institucional del Ministerio Público hasta su inclusión en el artículo 120 de la Constitución. En su trabajo se centra en el Ministerio Público Fiscal, critica que su estructura se haya edificado en espejo al Poder Judicial de la Nación y enuncia una serie de posibles reformas a su diseño institucional. Particularmente, enfatiza en la elección democrática del/la Procurador/a general, y en el establecimiento de un mandato delimitado de sus funciones, mecanismos que se inscriben en una democratización de los lineamientos de la política criminal que lleva adelante el Ministerio Público Fiscal.

Ana María Bestard, en “Decretos de necesidad y urgencia: debates doctrinarios y realidad constitucional”, analiza la inclusión constitucional de los decretos de necesidad y urgencia como una de las atribuciones del Poder Ejecutivo. A la luz del proceso de sanción de la Ley N° 24309, que en 1993 declaró la necesidad de la reforma constitucional, y los debates de la Convención Constituyente de 1994, Bestard realiza un estudio crítico de la Ley N° 26122 –que regula el trámite parlamentario de los decretos de necesidad y urgencia, delegados y los vetos parciales– y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En “Que el presidente legisle. Decretos delegados, o el modo en que el Congreso declara su incapacidad”, Gonzalo Sebastián Kodelia traza el mapa de la división de poderes en Argentina, antes y después de la reforma constitucional de 1994. En su trabajo se focaliza en los decretos delegados, marcando el desafío que representa una Constitución muy restrictiva con la delegación legislativa y una práctica institucional que, a través de órganos como la ANSES, la AFIP y el Banco Central, regula cotidianamente distintos aspectos de la vida en común haciendo uso de facultades delegadas.

Gerardo Tripolone, en “Poderes militares y tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional”, avanza sobre un aspecto no tan explorado sobre la constitucionalización de los tratados internacionales sobre derechos humanos: su impacto en los poderes militares. En general, los estudios sobre el tema revisan la relación entre los derechos humanos consagrados en el plano interno y el internacional, pero Tripolone revisa el impacto que puede tener el derecho internacional de los derechos humanos en la organización del poder militar. En particular, y en el marco del debate sobre el papel de las Fuerzas Armadas en la seguridad interior, se pregunta si a la luz de la jerarquía constitucional de los tratados y convenciones debería modificarse la interpretación sobre las atribuciones del Congreso y el Poder Ejecutivo en relación a las Fuerzas Armadas.

En “El dominio de los recursos naturales en la Constitución de 1994 (en particular, los hidrocarburos)”, Nicolás Diana traza un recorrido histórico sobre la legislación y la jurisprudencia en materia de bienes comunes—considerados recursos naturales—, con especial énfasis en los hidrocarburos. Asimismo, y tras detallar los contornos del dominio provincial y la jurisdicción del Estado federal, despliega un repaso de la manera en que los distintos Estados latinoamericanos han regulado la situación de los bienes comunes en sus textos constitucionales.

Mauro Benente, en “El olvido del poder económico en la reforma constitucional de 1994”, registra el modo en que los y las constitucionalistas plantean que la misión del constitucionalismo es regular y limitar el poder. Sin embargo, a la luz de los debates parlamentarios que en 1993 declararon la necesidad de la reforma constitucional, y de los proyectos de reforma presentados entre 1990 y 2018, expone que generalmente hay una doble reducción del poder: se regula y limita solamente el poder del Estado y se olvidan los poderes económicos; y el poder del Estado se reduce al poder del Presidente.

En “Jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos”, Federico G. Thea e Isaías Losada Revol estudian las discusiones y proyecciones de la jerarquía constitucional de los tratados y convenciones de derechos humanos. Por una parte, destacan el modo en que los debates de la convención constituyente y el texto de 1994 pretendieron saldar las discusiones sobre la relación entre derecho interno y derecho internacional. Por otra parte, analizan la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto de la obligatoriedad de la interpretación que hacen la Comisión y Corte Interamericana del Pacto de San José de Costa Rica, y de la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana en los casos en los cuales el Estado argentino es parte. Finalmente, enumeran deudas pendientes, fundamentalmente vinculadas a los procesos de implementación de sentencias de tribunales internacionales y a la coordinación entre poderes para realizar tal labor.

Andrés Rossetti, en “Los derechos económicos, sociales y culturales y la reforma de 1994: pasaron 25 años y...”, enuncia que, aunque la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales no estaba prevista en el Núcleo de Coincidencias Básicas, tuvieron reconocimiento a partir de la jerarquía constitucional de los tratados y convenciones de derechos humanos. En su trabajo, Rossetti plantea una serie de interrogantes: ¿cómo explicar que el proceso político que empeoró todos los indicadores sociales haya incluido los derechos sociales en la Constitución?, ¿cómo explicar que, a pesar de su consagración constitucional, los derechos sociales no se materialicen? Estos interrogantes llevan a Rossetti a preguntarse por la relevancia de las constituciones formales y su fuerza normativa.

José María Salgado, en “El recorrido del (des)amparo colectivo en el ámbito federal”, estudia el derrotero de la inclusión constitucional del amparo colectivo. Ante la ausencia de regulación legislativa, Salgado centra su mirada en el accionar de la Corte Suprema. Por una parte, destaca las sentencias que fueron perfilando las reglas sobre la presentación y admisión de amparos colectivos. Por otra parte, destaca una serie de acordadas que ampliaron la dimensión individual de los casos a matrices más colectivas—como la acordada sobre *Amicus curiae* o de Audiencias públicas—, hasta llegar a la instauración del Registro Público de Procesos Colectivos radicados ante tribunales del Poder Judicial de la Nación.

Juan Seda, en “Medidas de acción positiva para las personas con discapacidad”, traza un recorrido del plano legislativo, constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos sobre las acciones positivas para personas con discapacidad. Por una parte, pone de relieve cómo los ordenamientos jurídicos, al referirse a las personas con discapacidad, reformulan las ideas más clásicas de justicia e igualdad. Por otra parte, sin dejar de subrayar la importancia de los reconocimientos legislativos y constitucionales, remarca las dificultades que existen para que esa igualdad y esa justicia tengan impactos directos en nuestras sociedades.

Sergio Sebastián Barocelli, en “Los derechos de los consumidores y usuarios. A 25 años de la reforma constitucional de 1994”, repasa la incorporación de los derechos de consumidores/as y usuarios/as en el derecho constitucional comparado y aborda con detalle el caso argentino. Además de destacar el hito de la sanción de la Ley N° 24240, de Defensa del Consumidor, y la reforma constitucional de 1994, revisa las diferentes aristas que plantea la inclusión de estos derechos, que, entre otras, incluyen el reconocimiento de la vulnerabilidad estructural de consumidores y consumidoras, el cambio de matriz económica y la participación ciudadana como dispositivo de su efectiva protección.

En “Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina post reforma constitucional de 1994: una relación en conflicto y en cuestión”, Silvina Zimmerman, Mishkila Rojas y Facundo Capurro Robles plantean que, si en el siglo XIX los Estados latinoamericanos desplegaron condiciones de negación, asimetría, despojo y desigualdad respecto de las comunidades indígenas, hacia fines del siglo XX se inició un sendero de reconocimiento de derechos, tanto a nivel constitucional cuanto internacional. A pesar de este importante cambio de matriz, Zimmerman, Rojas y Capurro Robles destacan las dificultades que tienen las comunidades indígenas tanto en el reconocimiento del derecho a la tierra y el territorio, como en su relación con el Poder Judicial.

Valeria Berros, en “Depende del lente con que se mire: derecho a un ambiente sano en Argentina”, estudia las potencias y límites del reconocimiento constitucional del derecho a un ambiente sano. Por una parte, plantea algunas deficiencias en la aplicación concreta de los aspectos más potentes del texto constitucional y las leyes de presupuestos mínimos. Por otra parte, y a pesar de estas insuficiencias, subraya que el acervo constitucional y legislativo

se erige como un dispositivo para reclamar e intentar solucionar judicialmente algunas de estas falencias.

Antes de iniciar la reseña de la estructura del libro, mencionamos nuestros sueños de mayor igualdad y democracia. Al finalizar este prólogo, queremos destacar que este es un sueño compartido con los autores y las autoras de este libro, y esperamos que sea un sueño que también posean los lectores y las lectoras. Es en vistas de compartir los sueños que, EDUNPAZ, la editorial de nuestra universidad, se aparta de los cánones *tradicionales* y publica sus libros en formato digital de acceso abierto, y en formato papel con precios muy accesibles. Creemos que nuestros sueños de mayor igualdad y democracia deben ser compartidos, porque quien sueña solo, solo sueña.

José Clemente Paz, agosto de 2019

Federico G. Thea

Rector de la Universidad Nacional de José C. Paz

Mauro Benente

Director del Instituto Interdisciplinario de Estudios
Constitucionales de la Universidad Nacional de José C. Paz

Referencias

- Adorno, T. (1962). La crítica de la cultura y de la sociedad. En *Prismas* (pp. 9-29). Barcelona: Ariel.
- Barth, H. (1951). *Verdad e ideología*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Eagleton, T. (1997). *Ideología. Una introducción*. Barcelona: Paidós.
- Entel, A. (2000). *Escuela de Frankfurt*. Buenos Aires Eudeba.
- Horkheimer, M. (2003). Teoría tradicional y teoría crítica. En *Teoría Crítica* (pp. 223-271). Buenos Aires: Amorrortu.
- Marx, K. y Engels, F. (2014). *La ideología alemana*. Madrid: Akal.
- Silva, L. (1989). *Teoría y práctica de la ideología*. México: Nuestro Tiempo.

**El pueblo delibera y gobierna.
En defensa de la regulación
de las iniciativas ciudadanas
de referéndum indirectas**

Sebastián Linares y C. Ignacio Giuffré

1. Introducción

El contenido de la Constitución argentina, vigente desde 1853/60, resultó profundamente influenciado por el constitucionalismo norteamericano, como así también, pese a que no fue convencional constituyente, por el pensamiento de su autor intelectual: Juan Bautista Alberdi. Así, el modelo constitucional fue fruto de *pactos acumulativos*, signados en su mayoría por posicionamientos liberales y conservadores. A contraluz de las tradiciones radicales que defendían la intervención ciudadana en los procesos de toma de decisiones, ambas corrientes triunfantes coincidieron en lo vinculado al modo de articular los asuntos políticos.¹ Así pues, la Constitución originaria resultó adversa a la participación social y más bien institucionalizó la desconfianza (Gargarella, 2009, 2015, 2016). El artículo 22 de la Constitución Nacional fue expresión cabal de esa desconfianza original hacia la participación de las personas en la política: “el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes”.

1. A más de lo referido a la participación ciudadana, esta estrategia para definir el contenido de la norma constitucional se materializa, al menos, en los siguientes pasajes. *Por un lado*, en lo que atañe a la división vertical del poder, la ingeniería fue el resultado de un pacto acumulativo entre centralistas y federalistas. Esta fórmula mixta dio lugar a lo que Alberdi denominaría *Federación Unitaria* o *Unión Federativa*. *Por otro lado*, se advierte una fórmula similar en lo vinculado con la división horizontal del poder mediante un sistema de *checks and balances* junto con un sistema presidencial fuerte. Otro tanto sucede con lo relativo al reconocimiento de derechos y principios constitucionales. Así, las referencias al “orden y moral pública” (art. 19), “(acciones) reservadas a Dios” (art. 19) o “el sostenimiento del culto católico” (art. 2), “la protección de Dios” (preámbulo), constituyen notas eminentemente conservadoras. En cambio, las libertades del artículo 14 –v. gr. culto, asociación– o la referencia a “las acciones privadas” (art. 19) son notas liberales.

Pese a que a lo largo de la historia el artículo 22 fue concebido como un cerrojo para la intervención ciudadana de cualquier carácter –vinculante o no vinculante–, dicha lectura se hallaba en tensión con la recepción normativa del principio republicano (art. 1, vigente desde 1853), como así también con formas de participación no contempladas explícitamente y que surgen del principio de soberanía popular (art. 33, vigente desde 1860). Sin embargo, la reforma constitucional de 1994 acogió nuevos elementos participativos, principalmente la *iniciativa legislativa popular* (art. 39) y la *consulta popular* (art. 40), los cuales vinieron a poner en entredicho la pretendida animadversión a la participación ciudadana de la Constitución originaria.

En el presente trabajo, el *objetivo general* consiste en ofrecer una interpretación de esta tensión, a los efectos de armonizar el espíritu de la reforma constitucional de 1994 con el espíritu del artículo 22 y las intenciones de los convencionales de 1994. En ese marco, la *tesis* que vamos a defender es que, desde la modificación de 1994, la balanza se inclina a favor de la participación ciudadana en cuestiones políticas y, derivadamente, a favor de un modelo de democracia más robusto. Asimismo, argumentaremos que las *iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas* no resultan contradictorias con el plexo constitucional vigente y que el nuevo artículo 39 no descarta su regulación legislativa.

A fin de cumplir dicha tarea, este trabajo se desagrega en cuatro *objetivos específicos*. *Primero*, explicitaremos la influencia del constitucionalismo norteamericano en la Constitución Nacional originaria respecto de la expulsión de la ciudadanía hacia los márgenes de la toma de decisiones políticas. *Segundo*, examinaremos los avances y limitaciones de la reforma constitucional de 1994 en torno a la participación ciudadana. *Tercero*, reconstruiremos el artículo 22 como un tipo especial de *principio jurídico*, y examinaremos sus implicaciones en torno a las iniciativas ciudadanas de referéndum. *Cuarto*, desarrollamos una propuesta de diseño institucional de las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas, de acuerdo con los parámetros constitucionales vigentes y con las auspiciosas prácticas participativas que ofrece la literatura contemporánea y el derecho comparado. *Finalmente*, terminaremos con algunas conclusiones sobre los avances, retrocesos y desafíos institucionales aún pendientes en lo que respecta a la participación ciudadana a veinticinco años de la reforma de 1994.

2. Los orígenes del artículo 22 de la Constitución de 1853/60

En este apartado daremos cuenta de la influencia del constitucionalismo norteamericano en la Constitución originaria de Argentina, respecto de la expulsión de la ciudadanía hacia los márgenes de la toma de decisiones políticas. También argumentaremos que esta marginación da lugar a tensiones y contradicciones al interior del texto normativo sancionado en 1853/60.

Tal como anticipamos, la exclusión política de la sociedad se advierte, principalmente, en el *principio jurídico* que establece el artículo 22 desde la Constitución originaria y que perdura vigente:

El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición.

A su vez, esta idea se materializa en, al menos, los siguientes *arreglos institucionales de rasgos elitistas*: un presidencialismo con poderes fuertes del presidente; la ausencia de canales institucionales de intervención ciudadana en el gobierno de los asuntos comunes; un sistema de pesos y contrapesos basado en la desconfianza y la ambición de poder, antes que un sistema de diálogo cooperativo entre las ramas de gobierno, a la vez que entre aquellas y la ciudadanía. Tanto el artículo 22 como sus derivas institucionales encuentran fundamento filosófico en la obra *El Federalista* (1788), que contiene los textos escritos por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay.

Así, el espíritu de la *primera parte del artículo 22* no puede leerse sino en referencia directa a numerosos pasajes de *El Federalista*. Por ejemplo, en el N° 63 se dice:

el principio de representación no fue desconocido en los antiguos regímenes [republicanos: Roma, Cartago, Grecia] ni completamente desechado por éstos. Pero la verdadera distinción entre estos regímenes antiguos, y las nuevas repúblicas americanas, descansa en la total *exclusión del pueblo* en la capacidad colectiva de gobernar en los últimos (Hamilton et al 2010: 270; el resaltado es agregado).

De esta forma, se cuestionaba a los gobiernos basados en asambleas ciudadanas, en las que el pueblo directamente discutía y votaba por todos los asuntos, sin representantes. En su lugar, se concibió un modelo institucional orientado no a valer como sustituto pragmático de la soberanía del pueblo, sino como *un bien superior* y preferible a la democracia directa asamblearia. Así el propósito fue el de impedir –lisa y llanamente– la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones y separar a los mandatarios de los representados, autonomizando a aquellos en lugar de estos (Bessette, 1980: 102, 116; Gargarella, 1995: 69, 70; Rosanvallon, 2007: 38). De esa manera, prevaleció un sistema de gobierno imbuido de una filosofía completamente adversa a cualquier expresión de democracia directa en los asuntos de gobierno ordinario, ni siquiera en clave consultiva.

Por su lado, pero vinculado con el primer párrafo, el espíritu de la *segunda parte del artículo 22* está orientado a doblregar lo que Alberdi consideró el desafío principal de la nueva forma de organización constitucional: el problema de la anarquía, es decir, las sediciones provinciales y los conflictos armados entre partidos o movimientos provinciales. Este problema, aunque no en términos idénticos, se vincula con lo que Madison llamó el *problema de las facciones*, el cual expuso inmortalmente en *El Federalista* N° 10. El término *facciones* es una etiqueta algo vaga que, según el propio Madison, se refiere a grupos de individuos unidos por una misma causa, que es adversa a los intereses legítimos o derechos básicos de otros individuos o a los intereses legítimos agregados de la comunidad. Esos grupos pueden estar respaldados por una minoría o por una mayoría social, pero el *peligro*, según él, aparece cuando un grupo se hace con el poder político o simplemente se arroga el monopolio de la fuerza y gobierna quebrantando las libertades básicas. Madison tenía en mente las asambleas legislativas de los Estados locales soberanos del período fundacional 1776-1789, que dictaron leyes de emisión de moneda y de prórroga de deudas. Así pues, si el peligro a erradicar en los Estados Unidos consistía en la tiranía de la mayoría –que una facción adversa a los intereses de la Nación tomara el poder y gobernara vulnerando los derechos básicos–, en Argentina el peligro a erradicar fue la anarquía y la sedición provincial –que fuerzas locales desconocieran el poder central y se arrogaran el derecho a gobernar en nombre del pueblo, circunvalando completamente a las autoridades electas–. Ambos peligros, aunque no idénticos, están conectados, y

las cautelas institucionales ideadas por Madison para evitar las facciones son enteramente aplicables al desafío de Alberdi.

Dado que las facciones no pueden ser eliminadas sin abolir la libertad, el desafío –para Madison– consistía en mitigar sus efectos. Para evitar este *mal*, el pensador norteamericano ideó *precauciones institucionales*. Una de ellas fue el *gobierno representativo puro*, por contraposición a la *democracia pura* –por la que entendía el gobierno del pueblo a través de la participación directa de las personas en asambleas, al estilo de la antigua Atenas–. Según Madison, las asambleas populares son proclives a los arrebatos pasionales y al quebrantamiento de las libertades individuales.² En contraposición, entendía que un gobierno representativo puro está mejor preparado para atenuar la tiranía de la mayoría: los representantes son menos propensos a incurrir en pasiones y arrebatos violentos, ya que deben poner en balance las demandas conflictivas provenientes de todos los sectores sociales y territorios. Asimismo, el *sistema de frenos y contrapesos* y el *federalismo* contribuían –respectivamente– a dispersar el poder en términos *verticales* y en términos *horizontales*, como así también a extender la diversidad de intereses contrapuestos en la población. De esta forma, se volvía improbable que una facción terminara congregando un respaldo social mayoritario en todas y cada una de las causas o asuntos sobre los que había que gobernar. En suma, representación política pura, frenos y contrapesos, y federalismo, fueron los principales diseños institucionales para evitar el riesgo de la tiranía de la mayoría. A estas precauciones institucionales, Alberdi recomendó agregar una más, orientada a remediar el peligro de la anarquía: un poder Ejecutivo fuerte, con poderes suficientes para poner a raya las sediciones provinciales –al respecto,

2. Son muchos los pasajes en los que hace referencia a esta proclividad: “La falta de fijeza, la injusticia y la confusión a que abre la puerta en las asambleas públicas, han sido realmente las enfermedades mortales que han hecho perecer a todo gobierno popular” (Hamilton et al, 2010: 36), luego insiste en “la confusión que produce la multitud” (ibídem: 40). Más adelante reitera: “La historia de casi todas las grandes asambleas... es una historia de facciones, contiendas y desengaños, y puede clasificarse entre los espectáculos más tristes y deshonorosos que descubren la depravación y las taras del carácter humano” (ibídem: 151-152). Y continúa así: “Lo cierto es que determinado número mínimo parece indispensable en todos los casos para asegurar los beneficios de la libre deliberación y consulta y para precaverse contra fáciles combinaciones para propósitos indebidos, en tanto que, por otra parte, dicho número debe mantenerse dentro de cierto límite con el objeto de impedir la confusión y los excesos de la multitud. En todas las asambleas muy numerosas cualquiera sea la índole de su composición la pasión siempre arrebató su cetro a la razón” (ibídem: 236).

resulta ilustrativo el capítulo XXV de la obra alberdiana *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*—.

Así pues, el artículo 22 de la Constitución argentina expresa, en su primera parte, la filosofía política que caracterizó los orígenes del constitucionalismo norteamericano, cuyo rasgo fue la desconfianza hacia la democracia asamblearia directa, y en su segunda parte expresa el desafío vernáculo de poner a raya las sediciones provinciales. Como derivado, se estableció la prohibición de cualquier circunvalación de las autoridades representativas, junto con el castigo a la irrupción de movimientos que aspiren ejercer el gobierno por su cuenta y en nombre del pueblo. Por lo tanto, la *primera parte del artículo* debe entenderse en consonancia con la filosofía de *El Federalista*, en el sentido de que la representación política es necesaria y que ninguna decisión colectiva puede tomarse sin la intermediación de los representantes. Por su lado, la *segunda parte del artículo* debe entenderse como una amenaza de castigo a la irrupción violenta de las asonadas provinciales o los golpes de Estado.

Ahora bien, en lo que concierne ya no a la filosofía de *El Federalista*, sino a las normas que existen al interior de la Constitución norteamericana, cabe destacar los siguientes matices en el texto constitucional argentino. En cuanto a la *primera parte del artículo 22*, advertimos que en la Constitución de los Estados Unidos no existe ninguna referencia análoga a dicha cláusula. Es más, a diferencia de la Constitución norteamericana, en cuyo *preámbulo* se hace depositario de la soberanía directamente al pueblo —“Nos, el Pueblo...”—, la Constitución argentina parece atribuir dicha soberanía a los representantes políticos —“Nos, los Representantes del pueblo...”—. Esto robustece aún más la concepción restrictiva de la participación ciudadana en la Constitución argentina.

En cuanto a la *segunda parte del artículo 22*, hay que entenderla a la luz de las facultades ejecutivas de intervención federal y de declarar el estado de sitio. Es necesario remarcar que estos amplios poderes que la Constitución argentina situó originariamente en manos del órgano ejecutivo implican un rasgo cesarista que no está presente en la Constitución liberal de Estados Unidos. Estas facultades fueron pensadas para poner a raya cualquier irrupción violenta de facciones provinciales que desconocieran la legitimidad de las autoridades políticas. Son famosas las palabras de Alberdi, en ese sentido, alegando que el presidente tenía que estar en condiciones de asumir las facultades de un Rey para doblegar a *las desobediencias de la anarquía* (Alberdi, 2017: 162).

A su vez, queremos resaltar que esta filosofía adversa a la participación ciudadana directa en el manejo de los asuntos de gobierno encuentra un correlato manifiesto en el mecanismo previsto para la *reforma constitucional*. En efecto, la Constitución argentina, inspirada en los federalistas norteamericanos, prevé que el proceso de revisión constitucional debe canalizarse sin instancias de participación de la sociedad en la deliberación y en la toma de decisiones. De forma tal que, el poder constituyente del pueblo ha sido relegado a *un poder meramente simbólico o fáctico* (Negretto, 2016: 792), antes que institucionalizado. En efecto, nuestra Constitución dispone que se requiere tanto una Ley del Congreso Nacional que declare la necesidad de la reforma, así como la conformación de una Convención Constituyente, cuyos miembros sí son elegidos por sufragio popular, para llevar adelante tal meta (art. 30). Todo esto cierra la puerta a la inclusión política de la ciudadanía, por medio de canales legales, para requerir, aprobar o desechar modificaciones normativas.

En definitiva, hay un lazo o puente entre, por un lado, la filosofía constitucional poco proclive a la participación ciudadana que impera en la Constitución de Estados Unidos desde el siglo XVIII y, por el otro, la filosofía que dio origen a la Constitución de Argentina de 1853/60. Esa vinculación entre ambos sistemas no es exacta, pero tiene puntos en común. El primer punto en común está dado por el hecho de que ambos modelos constitucionales apuntan al mismo cometido: la institucionalización de la desconfianza. En efecto, en las dos constituciones se aspiró a apartar a la ciudadanía de la participación en la deliberación y en la toma de decisiones, tanto en los asuntos de gobierno cuanto en los aspectos de reforma constitucional. Sin perjuicio de esto, en Argentina, tal como señalamos, hay elementos aún más elitistas en lo que atañe a la explicitación de la marginación ciudadana –v. gr. en el preámbulo y en el artículo 22– y más cesaristas en lo atinente a la concentración de poderes en el Poder Ejecutivo –v. gr. intervención federal o declaración del estado de sitio–.

Con todo, queremos señalar que la expulsión de la ciudadanía de la toma de decisiones políticas genera tensiones al interior del texto constitucional argentino. Así pues, la Constitución prevé, de un lado, el principio republicano (art. 1, desde 1853 y hasta la actualidad) junto con el principio de soberanía popular (art. 33, desde 1860 y hasta la actualidad), por el cual entendemos el poder del pueblo a ser portador del derecho subjetivo a participar en pie de igualdad en la formación democrática de la voluntad política. A su vez,

del otro lado, la Constitución posterga a la ciudadanía en la dirección de los asuntos de gobierno (art. 22, desde 1853 y hasta la actualidad), cuanto en el proceso de revisión constitucional (art. 30, desde 1853 y hasta la actualidad). Sin embargo, si se reconoce el principio de soberanía popular y si se acepta que la validez de la Constitución encuentra respaldo en el consentimiento del pueblo (Paine, 1995: 468)³ o que el pueblo constituye la única fuente de la legitimidad de ella (Hamilton et al, 2010: 214), luego, resulta dudoso prohibir la regulación de resortes legales para que el pueblo pueda participar directamente en los asuntos legales y constitucionales.

La referida tensión halla uno de sus hitos más álgidos en las previsiones del artículo 14 y de la segunda parte del artículo 22. El punto de partida es que una *reunión de personas*, en sí misma, es el resultado del ejercicio de los derechos liberales a *reunirse* e, incluso, a *asociarse*, que están reconocidos desde la Constitución originaria (art. 14). Más aún, el texto constitucional también admite el derecho a *peticionar a las autoridades* (art. 14). Sin embargo, el artículo 14 prevé que “toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición” (art. 22). En este marco, surgen las controversias: la Constitución, por un lado, habilita la reunión, asociación y petición a las autoridades (art. 14) y, por el otro lado, da lugar a la atribución del delito de sedición por igual tanto a una fuerza armada *que se arrogue los derechos del pueblo*, como a una *reunión de personas que peticione pacíficamente a las autoridades en nombre de este* (art. 22). No obstante la tensión expuesta, entendemos que el artículo 22, en combinación con el artículo 14, solo puede ser interpretado como prohibición de toda fuerza armada que se arrogue para sí los derechos del pueblo, esto es, el derecho a ostentar el monopolio de la fuerza y circunvalar por la vía del ejercicio de la fuerza la legitimidad de las autoridades representativas.⁴ Mientras que en el resto de los casos debe primar una interpretación lo más amplia posible de las libertades políticas.

3. Al respecto, también puede verse la Declaración de Independencia de Estados Unidos, donde se expresó: “Que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que *derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados*” (el resaltado es agregado).

4. En línea con esta interpretación, pueden verse las intervenciones del representante Rodríguez Sañudo en la Convención Nacional Constituyente de 1994 (*Diario de Sesiones*, 1994).

3. El artículo 22 ante la reforma constitucional de 1994

En 1994 la Constitución argentina experimentó una reforma que mutó significativamente varios aspectos de su contenido. Sobre todo, incorporó en el texto normativo una concepción que transformó radicalmente la manera de concebir la participación ciudadana y, derivadamente, el modelo de democracia. Bajo el presente apartado nos proponemos examinar el artículo 22 de la Constitución Nacional ante los avances y retrocesos que fueron debatidos y reformados en 1994. Nuestro argumento es que si antes de 1994 existían dudas en torno a la compatibilidad o incompatibilidad de la participación ciudadana con la letra del artículo 22, ahora, con los nuevos contenidos constitucionales, aquellas dudas quedaron disipadas: los mecanismos de participación ciudadana, explícita o implícitamente, están permitidos.

Ante todo, debemos señalar que la Ley N° 24309, declarativa de la necesidad de reforma constitucional, le prohibió a la Convención Nacional Constituyente que modifique el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución (art. 7), razón por la cual el artículo 22 no pudo ser revisado. Sin perjuicio de ello, la reforma de 1994 implicó ciertos *avances* en términos de profundización de la democracia. En tal sentido, es destacable la inclusión de, por lo menos, los siguientes aspectos: la defensa de la democracia, el derecho de resistencia (art. 36); los derechos políticos, sufragio e igualdad de oportunidades (art. 37); los partidos políticos (art. 38); la participación ciudadana en el control de los servicios públicos (art. 42); las acciones de incidencia colectiva (art. 43); los derechos de minorías, de mujeres, de las víctimas de crímenes de lesa humanidad, de la ancianidad, de la niñez y de los pueblos originarios (art. 75 incs. 17, 22 y 23); el deber del Congreso de promover los valores democráticos (art. 75 inc. 19); la facultad de intervención federal en manos del Congreso (art. 75 inc. 31); la elección directa de los senadores (art. 54), de la fórmula presidencial (art. 94) y del jefe de gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129).

En lo que concierne a nuestro tema, particular relevancia reviste la incorporación de la iniciativa popular (art. 39) y la consulta popular (art. 40). Ambos instrumentos estuvieron habilitados por el inciso c del artículo 3 de la Ley N° 24309, que declaró la necesidad de reforma constitucional. La *iniciativa popular* es regulada del siguiente modo:

Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa. No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

No obstante que volveremos sobre este tema, cabe adelantar que el artículo 39 descarta claramente las *iniciativas ciudadanas de referéndum directas*, ya que exige presentar los proyectos ante la Cámara de Diputados y establece que el Congreso debe darles expreso tratamiento. Sin embargo, existen dudas en relación a si esta disposición recepta la facultad del Poder Legislativo de reglamentar por vía legal solo *iniciativas de agenda*, o también las *iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas*.⁵ Para esclarecer esto debemos definir estas tres formas de participación. Tanto las *iniciativas de agenda* como las *iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas* otorgan a un número o porcentaje de la población el derecho a presentar proyectos de ley ante el Congreso. Pero sus efectos son distintos. La *iniciativa de agenda* consiste en la facultad de la ciudadanía de peticionar la sanción, reforma o derogación de una disposición legal, pero el Congreso tiene autoridad final para aprobar, rechazar o simplemente omitir pronunciamiento sobre las presentaciones, sin que nada de eso desemboque en un referéndum. En cambio, en las *iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas*, cuando un proyecto presentado por la ciudadanía alcanza el número de firmas exigido y el Congreso rechaza o no se pronuncia sobre la misma en el plazo fijado, las autoridades están obligadas a convocar un referéndum. Las *iniciativas ciudadanas de referéndum directas*, por su parte, no pasan por ninguna fase legislativa, es decir, si una propuesta de la sociedad reúne el umbral de firmas requerido, las autoridades están obligadas a convocar un referéndum directamente. De la lectura del artículo 39 no queda claro,

5. Véase, por caso, la intervención del convencional Guzmán (Frente Cívico y Social), que adhiere al despacho de mayoría y, sin embargo, deja entrever que la iniciativa ciudadana de referéndum podría en un futuro ser reglamentada por el Congreso (*Diario de Sesiones*, 1994).

pues, si permite solo las iniciativas de agenda, o también la regulación de las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas.

La *consulta popular* está regulada del siguiente modo:

El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática. El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular.

Este artículo permite distinguir los siguientes *dos supuestos*. El *primero*, se refiere a una consulta popular vinculante y voto obligatorio, bajo la autoridad del Congreso –a iniciativa de la Cámara de Diputados–. El *segundo*, se refiere a una consulta popular no vinculante y voto no obligatorio, que aplica solo para facultades privativas del Congreso –v. gr. destitución del jefe de gabinete, intervención federal– y del Poder Ejecutivo –v. gr. indulto, veto–.

Tanto la iniciativa popular legislativa como la consulta popular tienen una enorme relevancia, pues abren las puertas a la participación ciudadana. Pero la incorporación de ambos instrumentos vino a agudizar la tensión entre la filosofía originaria del artículo 22 –según la cual cualquier mecanismo de participación ciudadana debería quedar excluido– y el principio de soberanía popular –según el cual el pueblo tiene la facultad de autogobierno y auto-legislación–; o, más bien, vino a inclinar la balanza hacia este último lado. De ahora en más, con el ingreso de ambas instancias, la participación de la sociedad ya no es más un anatema, como así tampoco es posible sostener que la soberanía del pueblo reside en la práctica única y exclusivamente de *sus representantes*. Creemos, entonces, que estos dos nuevos elementos transformaron radicalmente la manera de concebir la participación ciudadana dentro de la Constitución reformada. Ahora, el artículo 22 no debe concebirse como un cerrojo contra la participación ciudadana.

Sin perjuicio de los referidos avances, la reforma constitucional de 1994 también supuso *limitaciones* en términos de participación ciudadana. En esa línea, prohibió la iniciativa popular sobre algunos puntos de la fibra más ín-

tima de toda sociedad: la reforma constitucional, los tratados internacionales, los tributos, el presupuesto y la materia penal (art. 39). En lo atinente a estas materias vedadas, podría plantearse la duda respecto a si aplican también para los casos de consulta popular (art. 40). Sin embargo, ante la ausencia de prohibición literal, y a la luz del principio republicano (art. 1) y del principio de soberanía popular (arts. 33 y 37), corresponde interpretar que el Congreso está habilitado para plantear una consulta popular sobre cualquier asunto.

Dilucidado el nuevo marco normativo que vino de la mano de la reforma de 1994, a continuación queremos exponer los *posicionamientos partidarios* al interior de la Convención Nacional Constituyente, los cuales culminaron en la recepción de los citados artículos 39 y 40. De las intervenciones en la convención surge que la gran mayoría de los convencionales no supo distinguir entre las iniciativas de agenda y las iniciativas ciudadanas de referéndum, y tampoco entre iniciativas ciudadanas de referéndum directas e indirectas. Las principales posturas sobre este tema fueron, al menos, las tres siguientes (*Diario de Sesiones*, 1994).

Por un lado, el Frente Grande (FG) junto con la Fuerza Republicana (FR) defendieron la propuesta de incluir en la Constitución Nacional no solo a la consulta popular y la iniciativa legislativa popular, sino también a la iniciativa ciudadana de referéndum indirecta. En tal sentido, consideraron que dichos institutos eran compatibles con el artículo 22. Para este posicionamiento, la democracia semidirecta era compatible con la Constitución entonces vigente, puntualmente entendían que este modelo de democracia se desprendía del juego de los artículos 22 y 33. A su vez, debemos destacar que el bloque Fuerza Republicana (FR) se opuso, aunque sin éxito, a la veda de materias que pueden ser objeto de iniciativas popular (art. 39) y, en cambio, defendió una postura profundamente amplia según la cual este instituto debía versar sobre cualquier asunto. Ahora bien, de la intervención del Frente Grande (FG) queda claro que, al menos una parte de la Convención Constituyente consideró que el artículo 39 no obstaculizaba la posibilidad de reglamentar, a través de una ley, las iniciativas ciudadanas de referéndum *indirectas*. En efecto, entendieron que dicho artículo simplemente menciona que la sociedad, tras reunir un número de firmas, podrá presentar proyectos de ley y el Congreso deberá expedirse en un plazo de doce meses, pero nada dice sobre los efectos del rechazo o el silencio

legislativo. Al respecto, pueden verse las intervenciones de los convencionales Cardesa (FG) y Conesa Mones Ruiz (FR) (*Diario de Sesiones*, 1994).⁶

Por otro lado, el Movimiento por la Dignidad y la Independencia (MODIN) junto con la Unión del Centro Democrático (UCD) adoptaron la postura según la cual ni la iniciativa legislativa popular ni la consulta popular de los artículos 39 y 40 podían ser incorporadas en la Constitución Nacional. A contrapelo de la perspectiva anterior, consideraron que estos institutos eran incompatibles con el sistema representativo que surge de los artículos 1 y 22. No obstante lo anterior, el MODIN consideró la viabilidad de regular las iniciativas legislativas en cabeza de las entidades intermedias corporativas, específicamente como facultad del Consejo Económico Social. En suma, la posición de ambos partidos fue la más conservadora y restrictiva. Al respecto, son claras las presentaciones de los convencionales Núñez y Frontera (ambos del MODIN) (*Diario de Sesiones*, 1994). Sin embargo, esta posición fue la que perdió.

Por último, la Unión Cívica Radical (UCR) y Partido Justicialista (PJ) sostuvieron la posición relativa a que la consulta popular y la iniciativa popular legislativa eran compatibles con el artículo 22.⁷ Sin embargo, de las intervenciones del bloque mayoritario no queda claro si las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas están permitidas. Al respecto, resulta ilustrativa la intervención de Rodríguez Sañudo (PJ), quien sostuvo que el artículo 22

6. Además, el Frente Grande (FG) consideró que el término iniciativa legislativa popular del artículo 39 debía ser reglamentado en la forma de una iniciativa ciudadana de referéndum. En palabras del convencional Cardesa: "nuestra propuesta tiene continuidad con una consulta popular de carácter vinculante cuando el Congreso rechace, ignore o modifique de manera inaceptable el proyecto presentado. Si la iniciativa continuase con una consulta, el Congreso puede presentar un contraproyecto alternativo a la propuesta de quienes presentaron la iniciativa popular. Esta fórmula de ningún modo limita la iniciativa popular a una simple petición frente a las autoridades, ya que será el electorado quien tendrá la decisión definitiva cuando los legisladores no hayan prestado acuerdo al proyecto de derogación o sanción de una ley" (*Diario de Sesiones*, 17° Reunión). Por otro lado, este bloque propuso la iniciativa popular en materia administrativa para obligar al Ejecutivo a dictar decretos o normas administrativas en caso de silencio o desvío del espíritu de la ley. También sugirió que un proyecto aprobado por ocho legislaturas provinciales puede ser sometido a consulta popular vinculante cuando es ignorado, rechazado o modificado inaceptablemente por el Parlamento, pudiendo este presentar su propio proyecto. Así, cuando las provincias dispongan de un consenso regional suficiente, contarían con un dispositivo institucional para canalizar iniciativas políticas ante el poder central.

7. A su vez, los dos bloques coincidieron en que era compatible con el artículo 22 dotar al Poder Ejecutivo de la autoridad de convocar plebiscitos no vinculantes (art. 40), en contradicción con las prácticas de países como Suiza o Uruguay, que confieren dicha autoridad solo al Congreso. Este punto fue cuestionado, aunque sin éxito, por el Partido Demócrata (PD) y el Frente Grande (PG).

solo rechaza la anarquía y el resquebrajamiento de las instituciones políticas, pero no la participación ciudadana en sus diversas expresiones. A su vez, la ponencia de la diputada Roque (UCR) expresó que el artículo 33 permite la regulación de diversos mecanismos de participación directa de la ciudadanía, pero sin especificar cuáles. Aún más interesante es la exposición del convencional Brusca (PJ), quien mencionó como ejemplos de instancias semidirectas permitidas por el artículo 22 a las receptadas por algunas constituciones provinciales, entre las cuales nombra a la de Río Negro (1988), que es la única que incluye una iniciativa ciudadana de referéndum vinculante.⁸ Asimismo, es destacable la intervención de Cafero (PJ), en tanto sostuvo que el procedimiento y los efectos de la iniciativa deben ser librados a lo que una ley reglamentaria establezca. Por su parte, el convencional Menem (PJ), en los fundamentos que pidió insertar al final de la versión taquigráfica, menciona las formas semidirectas de los cantones suizos como ejemplos paradigmáticos de participación ciudadana que podrían ser adoptados por la nueva Constitución. A juzgar por las premisas vertidas y por los ejemplos de derecho comparado que brindaron desde ambos bloques, no parece que las intenciones de estos convencionales haya sido la de prohibir las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas, ni la de cerrar la puerta a que el Congreso las reglamente mediante una ley. De cualquier manera, cabe inferir que si –como sostuvieron– el artículo 22 prohíbe la anarquía y el gobierno directo del pueblo circunvalando a las autoridades representativas, entonces no hay obstáculo para regular las iniciativas ciudadanas de referéndum *indirectas*. Esto es así porque ellas no instrumentan el gobierno *directo* del pueblo, sino que pasan obligatoriamente por una fase de discusión legislativa, es decir, una etapa que las caracteriza como compatibles con el artículo 22.

En definitiva, las intervenciones de los distintos bloques de la Convención Nacional Constituyente no hicieron una distinción clara entre las iniciativas de agenda y las iniciativas ciudadanas de referéndum, y menos aún entre iniciativas ciudadana de referéndum directas e indirectas. Todavía más: en muchas intervenciones se ofrecieron ejemplos de mecanismos semidirectos de democracia que incluían de manera indiscriminada todas las formas de parti-

8. Se trata de la iniciativa ciudadana de referéndum abrogativo de las leyes.

cipación ciudadana. Esto pone en entredicho cualquier lectura que pretenda hacerse de las intenciones de los convencionales en el sentido de prohibir las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas. El único punto remarcado en los debates fue que la intervención de los representantes siempre es necesaria, pero precisamente esta condición es compatible con las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas.

Si bien antes de 1994 los defensores de una concepción democrática más robusta consideraban que estas formas de participación se hallaban implícitas (art. 33) y eran compatibles con el artículo 22, también estaban presentes posicionamientos contrarios.⁹ Pero lo que queda claro es que, luego de la reforma constitucional de 1994, este debate devino zanjado, pues la participación ciudadana en los asuntos de gobierno ante el artículo 22, de la mano con las nuevas incorporaciones de los artículos 39 y 40, resultó notablemente ampliada, pese a que se dispusieron restricciones como las materias vedadas del artículo 39 –la reforma constitucional, los tratados internacionales, los tributos, el presupuesto y la materia penal–.

4. El artículo 22 como *principio jurídico* y sus implicaciones

Aquí reconstruiremos el artículo 22 como un tipo especial de *principio jurídico* y examinaremos sus implicaciones en relación a las iniciativas ciudadanas de referéndum. Puntualmente, en lo que sigue queremos, de *lege lata*, justificar que la regulación, por vía legal, de las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas se encuentra permitida por la Constitución argentina.

Si se recuerda, la primera parte del artículo 22 establece que “el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes”. Frente a esta redacción, cabe preguntarse qué clase de enunciado es este. A los efectos de despejar la pregunta debe tenerse presente la distinción entre *principios jurídicos* y *reglas jurídicas*. Aunque hay muchos criterios para diferenciar ambos enunciados normativos (Martínez Zorrilla, 2007), aquí diremos lo siguiente.

9. Dentro de este último grupo se afirmaba la inconstitucionalidad de los instrumentos participativos en virtud de su supuesta contradicción con el régimen representativo, estipulado en los artículos 1 y 22 de la Carta Fundamental (v. gr. Linares Quintana, 1959: 73, 74).

Las *reglas* son imperativos específicos que enlazan las condiciones de aplicación o el supuesto de hecho con la consecuencia jurídica, de forma tal que, si no se dan esas condiciones, no se aplican las consecuencias. En cambio, los *principios* son imperativos que disponen de una dimensión de peso, pues funcionan como razones que deben tenerse en cuenta y ponderarse entre sí a los fines de su aplicación. Esto se traduce en que las *reglas* definen razones definitivas o perentorias, mientras que los *principios* ofrecen razones *prima facie* o no concluyentes. Como correlato, la aplicación de las *reglas* es una cuestión de todo o nada –en el sentido de que se cumplen o se incumplen–, mientras que la aplicación de los *principios* es una cuestión gradual –en el sentido de que se aplican en mayor o menor medida– (Dworkin, 1977).

A su vez, dentro de la categoría de principios existe dos distinciones relevantes. Por un lado, Alexy distingue entre los *mandatos de optimización* y los *derechos fundamentales*. Los *primeros* son directrices que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida que permiten las posibilidades jurídicas y reales existentes, en tanto que los *segundos* prescriben una solución determinada (1986: 86). Por otro lado, Waldron (2019) recientemente distingue dos tipos de principios jurídicos: los *caracterizadores* –*characterizing principles*– y los *normativos* –*normative principles*–. Los *principios caracterizadores* son los rasgos descriptivos que se encuentran en un determinado sistema legal –v. gr. el principio de *soberanía parlamentaria* en el régimen político británico–. Los *principios normativos*, en cambio, tienen una función normativa, en el sentido de que se supone que guían la conducta de los operadores del derecho –v. gr. legisladores, jueces, ciudadanos–. En ese contexto, los *principios normativos* –sean derechos o mandatos de optimización– pueden tener anclaje en el texto legal o constitucional –por ejemplo, cuando dice suscribir el principio de la *separación de poderes*, *democracia*, o *Estado de Derecho*–, o no tener ningún anclaje formal y emerger como un reflejo moral o abreviatura del conjunto de reglas y prácticas jurídicas de una comunidad. Dicho sea de paso, estos últimos forman el eje central del pensamiento no positivista de Dworkin (1977), para quien existen principios que emergen del conjunto de reglas jurídicas pese a que no han sido promulgados formalmente por las autoridades competentes para producir derecho. Es decir que ellos no tienen asidero en ninguna regla de reconocimiento, ni poseen formulación canónica, pero

forman parte del derecho y pueden ser usados por los operadores jurídicos para resolver *casos difíciles*.¹⁰

Hechas estas consideraciones conceptuales, debemos dilucidar qué clase de norma es el artículo 22. A nuestro juicio, la primera parte del artículo 22 de la Constitución formula un *principio de tipo jurídico normativo* de la especie de *mandato de optimización*, en el sentido de que señala un fin que debe ser alcanzado en mayor o menor grado de acuerdo a las posibilidades reales o jurídicas. Aquel no puede ser un *principio caracterizador* porque se encuentra dentro de un texto que es esencialmente normativo, que aspira a guiar la conducta de la ciudadanía en el acceso al poder, en el ejercicio del poder, y en la distribución de cargas y beneficios de la cooperación social. Tampoco puede ser un *derecho fundamental*, ya que los elementos centrales del enunciado son *participa y delibera por medio de sus representantes*, que introducen dimensiones de peso y que indican un estado de cosas que debe alcanzarse en la mayor medida de lo posible, más desde la reforma de 1994 con la introducción de los artículos 39 y 40.

El carácter de principio jurídico del artículo 22 hace que sus implicaciones normativas no sean como las que caracterizan a las reglas jurídicas. Su función es la de aportar razones orientadas *en un cierto sentido*, pero dichas razones deben siempre sopesarse con otros principios que compiten por definir una solución concreta. Y es que así funcionan los principios, pues no son como algoritmos que despliegan un camino automático y sencillo una vez que se introducen ciertas coordenadas. Como dijimos, no operan como razones perentorias una vez que se cumplen unas condiciones detalladas de aplicación. Los principios son *prima facie* y deben ser ponderados frente a otros principios que pugnan en direcciones contrarias (Waldron, 2019).

Una vez caracterizada la primera parte del artículo 22 *como principio jurídico normativo* —específicamente como *mandato de optimización*—, podríamos apresurarnos a preguntar: ¿qué reglas jurídicas concretas se derivan del artículo 22? Para debe tenerse en consideración que ninguna regla se deriva

10. El ejemplo famoso de Dworkin es el caso *Riggs vs. Palmer*, en el cual un juez debía declarar heredero a una persona que había contribuido a la muerte del causante, pese a que la ley no estipulaba dicho extremo como causal de desheredación. La Corte, para resolver el caso, apeló al principio de que *nadie puede aprovecharse de su propio fraude, sacar ventaja de sus errores, o adquirir propiedades de sus víctimas*. Así, entendió que este principio encontraba fundamento en el espíritu de la ley, aun cuando no se encontraba plasmado en ningún texto jurídico concreto (Dworkin, 1977).

de un único principio jurídico. Más bien, las reglas son el resultado práctico de la confluencia de una pluralidad de principios jurídicos que coexisten al interior de las constituciones con el cometido de orientar la acción del Estado y la sociedad. De hecho, como venimos argumentando, en la Constitución Nacional, el referido principio del artículo 22 convive con otros principios –en particular, con la soberanía popular–. Entonces, tenemos que ponderar todas las directrices involucradas, por lo que cabe reformular la pregunta del modo siguiente: ¿qué reglas jurídicas atinentes a la participación ciudadana en el manejo de los asuntos políticos pueden ser derivadas del conjunto de principios reconocidos por la Constitución argentina?

Tal como lo hemos señalado, la respuesta no se halla libre de tensiones contrapuestas. Así pues, en la actualidad encontramos las siguientes guías normativas. *En primer lugar*, tenemos el artículo 22, que dice, en términos generales, que el pueblo no gobierna ni delibera sino *por medio* de sus representantes. *En segundo lugar*, tenemos el artículo 1, que reconoce el principio republicano, junto con formas de participación no contempladas explícitamente y que surgen del principio de soberanía popular (art. 33, vigente desde 1860, y art. 37, vigente desde 1994).¹¹ *En tercer lugar*, tenemos el artículo 39, que reconoce la facultad de la ciudadanía de plantear propuestas de leyes mediante la recolección de firmas, y que deja para una ley reglamentaria la regulación tanto de sus efectos como del procedimiento. *En cuarto y último lugar*, tenemos el artículo 40, que concede –por un lado– al Congreso la potestad de consultar al pueblo con carácter vinculante, y –por otro lado– al Congreso y al Poder Ejecutivo la potestad de realizar consultas no vinculantes en aquellas materias que forman parte de las facultades privativas de ambos.

A la luz de estos principios y piezas de derecho, entendemos que resulta infundado sostener que la Constitución Nacional prohíbe la adopción –por vía legal– de las *iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas*. Esa supuesta prohibición o regla jurídica no surge del artículo 22, que simplemente sostiene que *el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes*.

11. Por su parte, los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional a partir del nuevo artículo 75 inciso 22, contemplan el derecho a la participación ciudadana con la finalidad de promover la democracia directa en los asuntos relacionados con la política en general (art. 23.1 Convención Americana de Derechos Humanos; art. 21.1 Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 25 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 20 Declaración Americana de Derechos Humanos).

Este principio es perfectamente compatible con la recepción de las iniciativas ciudadanas de referéndum *indirectas*, por cuanto en ellas la intermediación de los representantes está asegurada. El artículo 22 establece un mandato de optimización en materia de participación ciudadana, con la condición de que se asegure la intermediación de los representantes. El Congreso tiene libertad para decidir qué asuntos, bajo qué procedimientos y con qué efectos, se regula la participación ciudadana, siempre que se asegure la intermediación de las autoridades representativas.

Luego de la reforma de 1994, la expresión *por medio de* no puede significar que la autoridad final tiene que estar exclusivamente en manos del Congreso, toda vez que este puede decidir delegar dicha autoridad al pueblo en su conjunto –conforme al nuevo artículo 40–. La frase *por medio de* solo puede significar *intermediación*, de lo contrario el propio artículo 40 sería inconstitucional. Esta implicación se robustece cuando traemos a colación el principio de soberanía popular, reconocido en el artículo 33 y reafirmado en 1994 por el nuevo artículo 37. En este cuadro, *soberanía popular* no puede significar algo distinto que facultar al conjunto de personas de una comunidad para expresarse y votar con carácter vinculante sobre una cuestión que les importa.

En otras palabras, a partir de la reforma constitucional de 1994, consideramos que el balance razonable entre el principio del artículo 22 –por un lado– y los postulados de los artículos 1, 33, 37, 39 y 40 –por el otro–, permite concluir que la adopción de las iniciativas ciudadanas de referéndum *indirectas* está permitida. Asimismo, si el Congreso tiene autoridad para llamar a una consulta popular vinculante (art. 40) sin entrar en contradicción con el artículo 22, entonces no existen razones para negar su autoridad en aras de regular las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas. De hecho, y como ya mencionamos, algunas intervenciones del bloque mayoritario y de otros partidos en la Convención Constituyente de 1994 entendieron que el artículo 39 no cierra la puerta a ninguna forma de participación ciudadana, sino que deja abierta la cuestión para que una ley reglamentaria lo decida en el futuro.

Distinto es el supuesto de las iniciativas ciudadanas de referéndum *directas*, las cuales sí quedan claramente prohibidas. Dicha lectura obedece a que esta modalidad no asegura la intermediación de las autoridades representativas que exige el artículo 22. De cualquier manera, creemos que esta prohibición es una buena noticia, ya que hoy en día se entiende que los mecanismos

de democracia directa activados por la ciudadanía no aspiran a circunvalar a las autoridades representativas, sino que funcionan como un instrumento más de la democracia representativa. Aún más, ellas mismas canalizan una especie de representación política —la del grupo promotor con sus firmantes—.

En síntesis, no queremos defender que la Constitución argentina obliga a adoptar las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas. Nuestro argumento es que de la lectura en balance de, por un lado, el artículo 22 y, por otro lado, el principio de soberanía popular no cabe derivar ninguna regla jurídica precisa que las prohíba. Tampoco tiene asidero empírico ni teórico ver a las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas como amenaza a la democracia representativa (Altman, 2019; Qvortrup, 2014; Ruth, Welp y Whitehead, 2017). Según creemos, ningún tribunal podría ofrecer razones de peso, a la luz de estos principios, para declarar la inconstitucionalidad de una ley que recepte las iniciativas ciudadanas de referéndum en su formato *indirecto*.

5. Propuesta de regulación legislativa de las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas

En respuesta a las críticas que hemos explicitado respecto de la exclusión política de la ciudadanía, y una vez despejada la posibilidad de que el Congreso reglamente las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas, a continuación, propondremos los rasgos que podrían asumir dichas instancias participativas en una eventual y futura regulación legislativa.

En la ley reglamentaria de las iniciativas ciudadanas de referéndum de tipo indirecto en Argentina, creemos que deberían tenerse en consideración los siguientes aspectos. Ante todo, del análisis comparado surge que la regulación en América Latina durante la etapa fundacional ha sido, con la excepción de Uruguay, bastante deficitaria, al punto de que allí donde han sido receptadas, su implementación práctica ha sido escasa (Welp, 2013). Una explicación plausible de este pobre uso reside en los obstáculos legales: umbrales elevados, materias prohibidas muy amplias, controles sustantivos muy exigentes, incertidumbre acerca de los requisitos para recoger firmas, falta de información acerca de los plazos para que las autoridades certificadoras se

expidan, o incluso, la necesidad de contar con la autorización del Congreso una vez que se reúnen las firmas (Linares y Welp, 2019).

La exigencia de umbrales demasiado elevados en poblaciones muy grandes vuelve inviables a las iniciativas ciudadanas de referéndum en la práctica. En Uruguay, por caso, a pesar de que los umbrales son altos en perspectiva comparada –10% para las iniciativas ciudadanas de reforma constitucional y 25% para las derogatorias–, el tamaño pequeño de su población de votantes hace que no sean insuperables. Pero en un país como Argentina, el 25% significaría condenar las iniciativas ciudadanas de referéndum al cementerio de las normas *vigentes en los libros*, pero inaplicables en la práctica. Por ello, el 1% parece resultar razonable, quizá con un criterio de distribución geográfica –por ejemplo, aquel según el cual es necesario que al menos 4 provincias aporten por separado un 5% de las firmas–.

Otra regulación inapropiada es la de consignar *prohibiciones genéricas substantivas*;¹² nos referimos a expresiones tales como las que aluden a *leyes que restrinjan los derechos*. Sin perjuicio de ello, la consignación de *materias prohibidas* –v. gr. penal, presupuestaria–, tal como lo estatuye el artículo 39 vigente, a nuestro modo de ver implican restricciones a la participación ciudadana sobre asuntos públicos de relevancia. Sin ir más lejos, con arreglo al texto constitucional, estaría prohibido recoger firmas para convocar un referéndum sobre la regulación del aborto, un asunto sobre el cual no tenemos ningún reparo en que sea delegado a la decisión de la ciudadanía –no obstante, creemos que el Congreso puede convocar una consulta popular sobre el aborto, pues las restricciones del artículo 39 no aplican al artículo 40–. En ese sentido, vemos con simpatía la tradición suiza, donde prácticamente no existen prohibiciones sustantivas. De ser viable una reforma constitucional, nosotros propugnamos eliminar dichas prohibiciones. Sin embargo, mientras dicha reforma no tenga lugar, deben respetarse las distintas restricciones que

12. De añadirse nuevas limitaciones, sería importante que la nueva reglamentación evite la fórmula de las *prohibiciones genéricas substantivas*, del estilo *leyes que restrinjan los derechos humanos* o *leyes que afecten los egresos del Estado*. Estas fórmulas requieren de evaluaciones empíricas sobre las consecuencias prácticas de las leyes, una evaluación que, en abstracto y *a priori*, siempre es difícil de realizar y se presta a arbitrariedades. El margen de estas arbitrariedades se amplía aún más en sistemas judiciales con tribunales constitucionales que ejercen el control previo y concentrado de constitucionalidad, pues por regla general estos tribunales están llamados a intervenir en materia abstracta.

establece la norma. De hecho, la iniciativa ciudadana de referéndum tramitaría previamente como una iniciativa de agenda, por lo que las prohibiciones del artículo 39 se le aplicarían directamente y una ley reglamentaria podría desconocerlas, so pena de inconstitucionalidad.

A su vez, entendemos que convocar a un referéndum, cuando se reúnen las firmas y se cumplen con los requisitos legales, no requiere de autorización o aprobación del Congreso, ni de ninguna otra autoridad. Al contrario, supeditar el referéndum a una previa autorización del Parlamento significa desvirtuar la naturaleza del instituto (Linares y Welp, 2019). Es importante, además, que la ley consigne los plazos en los que las autoridades deban expedirse para admitir o no el proceso de recolección de firmas o certificar su validez, ya que muchas iniciativas pueden ser paralizadas mediante la falta de pronunciación al respecto. Para resolver este punto, debiera establecerse el silencio positivo, según el cual la ausencia de decisión en un determinado plazo significa admisión del proceso de recolección o certificación de las firmas.

Una eventual y futura ley reglamentaria de estas formas de participación tampoco debiera soslayar los recientes desafíos que se abren con los avances tecnológicos. Las nuevas tecnologías están desafiando la concepción clásica sobre las iniciativas ciudadanas de referéndum. En esa línea, se vislumbran, por lo menos, los siguientes cuatro *modelos de recogimiento de firmas*:

a) *Modelo clásico*: se trata de recoger firmas manuales, como tradicionalmente se hace en Suiza y en los Estados de Norteamérica (Qvortrup, 2014). Aquí existen dos variantes: *con plazo legal* y *sin plazo legal*. En el *primer supuesto*, la autoridad competente es la encargada de proveer los formularios oficiales, y los responsables de recoger las firmas deben hacerlo dentro del plazo legal indicado. En el *segundo supuesto*, la gente puede descargar los formularios de la web o solicitarlos a la autoridad competente, y firmarlos, hasta completar el umbral. Una vez completado, se entregan ante las autoridades respectivas para activar el trámite del referéndum (Hoesly, 2005).

b) *Modelo digital*: consiste en autorizar, a veces en conjunción con la recolección manual de firmas, el recogimiento de firmas digital —*blockchain* podría alzarse como una plataforma útil en ese sentido—. Finlandia, por caso,

ya permite el recogimiento de firmas digital para las iniciativas de agenda, lo mismo que la iniciativa ciudadana de agenda europea.¹³

c) *Modelo de prerreferéndum*: este es el prototipo uruguayo, según el cual el grupo promotor, tras reunir un mínimo de firmas de respaldo, puede designar cuatro o cinco días para que la ciudadanía concurra a los sitios oficiales, previamente definidos por la autoridad electoral, con el fin de depositar su apoyo a la propuesta. Si se reúnen los apoyos necesarios, la iniciativa pasa a sede legislativa para su tratamiento. La virtud que tiene el prerreferéndum es que garantiza la confidencialidad de los firmantes y socializa parte de los gastos de la campaña (Linares y Welp, 2019).

d) *Modelo deliberativo*: radica en combinar un umbral de firmas bajo –v. gr. el 0,2%–, que puede ser recolectado por vía digital, manual o ambas, de la mano de una asamblea de ciudadanos sorteados con competencia para autorizar o no la iniciativa. Si la autoriza, la iniciativa prosigue su camino en sede legislativa, mientras que si es rechazada –o el Congreso no la trata– entonces desemboca en un referéndum. Este modelo *condorceteano* (Linares, 2017) de iniciativas ciudadanas de referéndum aún no ha sido experimentado plenamente en ningún país en el nivel nacional, y solo el municipio de Madrid –a través de *Decide Madrid*¹⁴– ha avanzado en este formato, pero su desempeño es muy reciente como para sacar conclusiones.¹⁵ A primera vista, este modelo parece maximizar las ventajas de la democracia deliberativa, por cuanto una asamblea de ciudadanos comunes, en pie de igualdad, con información adecuada y en un entorno discursivo, sería la responsable de decidir llevar adelante una iniciativa. Al mismo tiempo, atempera o evita los problemas del recogimiento de firmas clásico –v. gr. fraude, coacción, mercantilización del proceso, ignorancia de los firmantes–. Sin embargo, trae otros problemas, como el de su financiamiento, ya que reunir una muestra descriptiva de la población durante un mes o más tiempo tiene un costo económico bastante alto, aunque parangonable con el costo que demanda el recogimiento de firmas clásico con una población muy grande.

13. Al respecto, véase <https://citizensclimateinitiative.eu/es/>

14. Al respecto, véase <https://decide.madrid.es>

15. Véase *La Vanguardia* (2008).

A la luz de estas cuatro posibilidades expuestas, se nos ocurre que una ley futura en Argentina bien podría dejar en manos del grupo promotor la decisión atinente a cuál de los cuatro modelos seguir, con el añadido de que la financiación de la asamblea de sorteados debería correr por cuenta del grupo promotor. No obstante ello, la organización y administración de la asamblea, debería estar siempre en manos de una institución oficial neutral —como la autoridad electoral, en este caso la Cámara de Casación Electoral—.

Si se opta por el modelo de recogimiento clásico de firmas, la ley debería estipular recaudos tales como: los recolectores de firmas deben llevar consigo el texto completo de la iniciativa; los firmantes deben rellenar por su cuenta todos los datos, so pena de invalidación del formulario; los formularios deben contener el título y la síntesis; y si recolectores son contratados, deben llevar consigo, en un lugar visible, la advertencia *algunos recolectores están siendo pagados*¹⁶ (Hoesly, 2005). Pero quizá sería interesante emplear un sistema mixto, de modo tal que, si las firmas recogidas alcanzan, por ejemplo, un 2%, la asamblea de sorteados ya no tiene el poder de autorizar la iniciativa y pasa simplemente a expedirse —en carácter informativo— sobre las virtudes o defectos de la propuesta, la cual seguirá su curso y el votante al final del día, en caso de convocarse un referéndum, tendrá acceso a la opinión de la asamblea de sorteados.

Además, la ley reglamentaria tendría que asegurar que cuando se reúnan las firmas o cuando la asamblea de sorteados lo autorice, el grupo promotor de la propuesta se reunirá con los legisladores en la comisión legislativa respectiva, en sesiones cerradas y abiertas. Debe asegurarse que al menos una de esas sesiones sea pública. Los legisladores y el grupo promotor pueden acercar posiciones y cambiar el texto de la propuesta. Si hay consenso y si los delegados de los firmantes aceptan la contrapropuesta de los legisladores, luego pasará al plenario y será aprobada. Si no hay consenso y si en comisión plenaria se rechaza la iniciativa ciudadana, entonces el Congreso podrá plantear una contrapropuesta legal, caso en el cual se convocará un referéndum popular en el que se someterá a votación la propuesta ciudadana y la contrapropuesta del

16. El régimen de Oregon, por caso, es interesante en esta línea, pues establece como delito mentir sobre el contenido de las iniciativas y recoger firmas falsas o inválidas, así como hacer firmas falsas o firmar dos veces. Es un delito dar y recibir dinero a cambio de una firma. Es ilegal vender o comprar formularios firmados. El jefe de la comisión es responsable por los delitos de sus recolectores, a menos que lo haya notificado al Secretario de Estado. La publicidad falsa sobre las iniciativas está prohibida (Hoesly, 2005: 1199).

Congreso. Los votantes podrán votar por *sí* o por *no* de ambas propuestas, como así también expresar cuál de ellas ha de prevalecer en el supuesto de que las dos reciban la mayoría absoluta de votos.

Por otro lado, para ahorrar costos, el referéndum podría realizarse de manera concurrente con las elecciones de representantes o con las elecciones de precandidatos (Primarias Abiertas Simultáneas y Obligatorias). Como contracara de este ahorro, debe tenerse presente el hecho de que acumular en un único sufragio tanto la elección de representantes como la decisión sobre determinados asuntos, dificulta la deliberación pormenorizada de cada aspecto por separado. A su vez, si se opta por el recogimiento clásico de firmas, detrás de las papeletas debe figurar el argumento central de la mayoría de la asamblea de sorteados –en caso de haberse optado por esta vía–, con los votos que lo respaldan, el argumento central de la mayoría legislativa que se opone, con los votos que la respaldan, y los dos principales financiadores de cada propuesta con los montos gastados en publicidad. ¿Por qué detrás de las papeletas? Porque hay estudios empíricos que revelan que solo la mitad de los votantes leen los boletines o guías del votante que se entregan a la ciudadanía antes de emitir el voto en referéndum (Burnett, Garrett y McCubbins, 2010).

Finalmente, si se aprueba la iniciativa en referéndum, el Congreso solo puede modificarla durante el período legislativo en caso de reunir 2/3 de los votos de los miembros.¹⁷ El Congreso del período legislativo subsiguiente puede modificarla o derogarla por mayoría absoluta de votos de los miembros, siempre que haya pasado un año de instrumentación de la misma.

En suma, estos son, sin pretensión de exhaustividad, algunos de los recaudos más importantes que debería tener presente una eventual ley reglamentaria de las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas. Argentina debería aprovechar lo mejor de las experiencias comparadas sobre la materia, pero sin tener miedo a innovar frente a los desafíos que presentan las nuevas tecnologías.

17. Garret y McCubbins adoptan un posicionamiento similar (2007). A su vez y por su parte, la Constitución de California prohíbe a la Legislatura derogar o modificar una iniciativa aprobada en referéndum. Esta regla prácticamente supone instaurar una especie de *rigidez* popular de algunas normas.

6. Conclusiones

A veinticinco años de la reforma constitucional de 1994, son muchos los balances críticos que pueden esbozarse. Particularmente, aquí nos propusimos evaluar los avances, retrocesos y desafíos institucionales aún pendientes de la participación ciudadana en la articulación de los asuntos políticos ante el artículo 22 de la Constitución Nacional y la reforma de 1994. Dicho cometido estuvo motivado por las siguientes preguntas críticas: ¿la reforma supuso avances en términos democráticos o, más bien, supuso retrocesos?, ¿cuáles son los desafíos actuales de la participación ciudadana y qué posibilidades ofrece la Constitución?, ¿qué arreglos institucionales podrían proponerse para revertir la exclusión política y legitimar las decisiones públicas?

En respuesta a ese escenario, podemos afirmar que el artículo 22 –vigente desde la Constitución originaria y fruto de la influencia del constitucionalismo norteamericano– fue promulgado como una barrera a la participación ciudadana en la deliberación y adopción de decisiones constitucionales. A su vez, dicha interpretación ha estado en tensión con el principio republicano (art. 1, vigente desde 1853), como así también con formas de participación no contempladas explícitamente y que surgen del principio de soberanía popular (art. 33, vigente desde 1860). Sin embargo, desde la reforma constitucional de 1994, puntualmente con la incorporación de los artículos 39 y 40, la balanza se inclina a favor de la participación ciudadana y, derivadamente, a favor de un modelo de democracia más robusto. En ese marco, argumentamos que las iniciativas ciudadanas de referéndum, en su formato indirecto, están constitucionalmente permitidas. No obstante lo anterior, advertimos que la reforma de 1994 exhibe restricciones injustificadas desde una perspectiva democrática robusta, tal como sucede con las materias vedadas que trajo el nuevo artículo 39.

Después de todo, una *primera conclusión* es que, a la luz de las normas vigentes, el pueblo está constitucionalmente habilitado para deliberar y gobernar. Una *segunda conclusión* es que la regulación legislativa de las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas contribuirá a que la sociedad se sitúe en el centro de la escena constitucional. Una *última conclusión* es que, de cara al porvenir, el Congreso puede conservar las cosas tal como están –manteniendo solo las iniciativas de agendas– o avanzar hacia una democracia más participativa –regulando también las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas–.

Bibliografía

- Alberdi, J. B. (2017). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Biblioteca del Congreso de la Nación.
- Alexy, R. (1986). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Altman, D. (2019). *Citizenship and Direct Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Argentina. Convención Constituyente (26/07/1994). *Diario de Sesiones*. 17° Reunión –Tercera sesión ordinaria (continuación)–. Santa Fe: Convención Nacional Constituyente.
- Besette, J. (1980). Deliberative democracy: The Majority Principle in Republican Government. En R. Goldwin y W. Schambra (eds.), *How democratic is the Constitution?* Washington: American Enterprise Institute.
- Burnett, G., Garrett, E. y McCubbins, M. (2010). The Dilemma of Direct Democracy. *Election Law Journal*, 9(4).
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Gargarella, R. (1995). *Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo*. Buenos Aires: Miño y Dávila.
- (2009). Injertos y rechazos: radicalismo político y trasplantes constitucionales en América Latina. En R. Gargarella (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional: tomo I*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (2015). *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores.
- (2016). Creación constitucional en sociedades plurales. La estrategia de acumulación. *Anales de la Universidad de Chile*, (10).
- Habermas, J. (2008). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (2010). *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Hoesly, C. (2005). Reforming Direct Democracy: Lessons from Oregon. *California Law Review*, 93(4), 1191.
- La Vanguardia (17/11/2008). *Dos sorteos elegirán a los vocales del renovado Observatorio de la Ciudad, que tendrán dietas de 60€ por asistencia*. Recuperado de <https://www.lavanguardia.com/local/madrid/20181117/452984630426/dos-sorteos-elegiran-a-los-vocales-del-renovado-observatorio-de-la-ciudad-que-tendran-dietas-de-60-por-asistencia.html>
- Linares Quintana, S. (1959). *Gobierno y administración de la República Argentina: tomo I*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- Linares, S. (2017). Democracia y sorteo de cargos. *Daimon Revista Internacional de Filosofía*, (72).
- Linares, S. y Welp, Y. (2019). Las iniciativas ciudadanas de referéndum en su laberinto. *Revista Latinoamericana de Política Comparada, CELAEP*. (En Prensa).

- Martínez Zorrilla, D. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons.
- Negretto, G. E. (2016). El poder constituyente en la tradición constitucional americana: el legado problemático de los escritos federalistas. *Revista chilena de derecho*, 43(3).
- Paine, T. (1995). *Rights of Man. Collected Writings*. Nueva York: Library of America.
- Qvortrup, M. (2014). *Referendums around the World*. Londres: Palgrave MacMillan.
- Rosanvallon, P. (2007). *La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Ediciones Manantial.
- Ruth, S., Welp, Y. y Whitehead, L. (eds.) (2017). *Let the people rule? Direct democracy in the twenty-first century*. Colchester: ECPR Press.
- Waldron, J. (2019). *Non-normative Principles*. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=3400296>
- Welp, Y. (2013). Mucho ruido y pocas nueces: mecanismos de democracia directa y poder ciudadano. Recuperado de <http://www.condistintosacentos.com/mucho-ruido-y-pocas-nueces-mecanismos-de-democracia-directa-y-poder-ciudadano/>

La reforma constitucional de 1994 y la participación de las mujeres en cargos de decisión: logros y desafíos

Liliana Ronconi y Agustina Daniela González

Introducción

Pese a la existencia de una norma que garantiza la igualdad ante la ley desde la sanción de la Constitución (art. 16), la ausencia de mujeres en lugares de toma de decisiones es una problemática que se ha manifestado en distintos ámbitos, entre los que se destacan los puestos a ocupar en los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.¹ En Argentina el sufragio femenino universal se consagró en 1947 mediante la aprobación de la Ley N° 13010. Posteriormente (1983), con el restablecimiento de la democracia y la puesta en funcionamiento de los partidos políticos nuevamente, comenzó una etapa de masiva participación de las mujeres en la política. Pese a ello, había una escasa representación femenina en los cargos de decisión electivos. Así comienzan las demandas por la necesidad de establecer acciones positivas a favor de las mujeres, traducidas en el pedido de “cupos femeninos” en las listas.²

En 1991, en el ámbito nacional, se logró la sanción de la Ley N° 24012, que modificó el Código Nacional Electoral y estableció que las listas de can-

1. Esto se ve reflejado también en otros espacios, por ejemplo, la participación de mujeres en la Justicia (OM, 2018), en los organismos internacionales (Centro de Derechos Humanos y GQUAL, 2017), en los cargos docentes en las universidades (Kohen, Ariza y Ramallo, 2019) y, en general, en los cargos de toma de decisiones en el ámbito privado.

2. Asumimos, asimismo, que la mayor presencia de mujeres en ciertos espacios no origina de por sí una mayor (o mejor) representación de los intereses de este colectivo. Sobre el debate de la importancia de que las mujeres ocupen ciertos espacios ver Celis, Childs, Kantola y Krook (2008).

didatas/os debían estar compuestas por un mínimo de 30% de mujeres.³ De esta manera, nuestro país fue el primero de América Latina en aplicar un sistema de cuotas en las listas para garantizar la participación de las mujeres en cargos electivos, lo que a su vez fomentó este tipo de legislación en el resto de los países de la región (ELA, 2011: 9). Las provincias también fueron sancionando leyes de cupo femenino similares a la ley nacional. En este sentido, en la actualidad, casi todas las provincias tienen leyes de cupo.⁴

Este debate, y la garantía de un piso mínimo en la participación de las mujeres, fueron incorporados a la Constitución Nacional en el año 1994, básicamente mediante la sanción de los artículos 37 y 75, inciso 23.⁵ En estos se reconoce que no alcanza con una noción de igualdad ante la ley, sino que es necesario, para ciertos grupos, establecer acciones positivas a fin de garantizar que efectivamente puedan gozar de sus derechos.

Ahora bien, pese a los avances que significaron las leyes de cupo femenino en los cargos electivos, el porcentaje que establecieron ha operado como un “techo” más que como un piso mínimo de mujeres en las listas.⁶ Más recientemente, comenzaron a aparecer las leyes de paridad de género en las

3. Hasta ese momento la integración femenina en el Congreso Nacional no superaba el 10%. Conf. Información disponible en <http://www.senado.gov.ar/> y <http://www.hcdn.gob.ar/>. La proporción histórica de participación de mujeres era cercana al 5% y 6% en la Cámara de Diputados y Senadores, respectivamente (ELA, 2009: 73).

4. Las primeras provincias en incorporar leyes de cupo fueron Corrientes (Ley N° 4673), Chaco (Ley N° 3747), La Rioja (Ley N° 5705), Mendoza (Ley N° 5888), Santa Fe (Ley N° 10802) y Santa Cruz (Ley N° 2302) en 1992. En 1993 sancionan sus leyes de cupo Misiones (Ley N° 3011) y Río Negro (Ley N° 2642). En 1994, se suman Córdoba (Ley N° 8365), La Pampa (Ley N° 1593), San Juan (Ley N° 6515) y Tucumán (Ley N° 6582). La provincia de Buenos Aires sancionó su propia ley de cupo en 1995 (Ley N° 11733); al igual que Formosa (Ley N° 1155) y que Salta (Ley N° 6782). En 1996 sancionan sus respectivas leyes de cupo Neuquén (Ley N° 2161) y Santiago del Estero (Ley N° 6286). En el caso de Catamarca, la ley de cupo femenino se sancionó en 1997 (Ley N° 4916); al igual que San Luis (Ley N° 5105). Tierra del Fuego sanciona su ley de cupo en 1998 (Ley N° 408). Finalmente, Chubut adhiere a la Ley N° 24012 a través del Decreto N° 813, mientras que Entre Ríos y Jujuy nunca sancionaron leyes de cupo. Al respecto véase Ronconi y Ramallo (2019).

5. Así, tenemos que algunas provincias han avanzado en el reconocimiento constitucional de la igualdad de género en el acceso a cargos electivos y partidarios. En este sentido, por ejemplo, el art. 261 de la Constitución de Chubut establece que una ley de partidos políticos garantizará la “distribución de cargos partidarios que respete el principio de igualdad entre sexos”. En el mismo sentido, el art. 81 de la Constitución de la Rioja establece que “la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”. La mayoría de las provincias ha sancionado leyes de cuotas, sin embargo, esta garantía de participación de las mujeres muchas veces no se ve reflejada en la composición de las Cámaras.

6. Y en general, en los espacios de poder.

listas electorales, que cambian el foco del porcentaje mínimo. En 2017 se sancionó en el ámbito nacional la Ley N° 27412, la cual determinó que las listas de candidatas/as “deben integrarse ubicando de manera intercalada a mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a titular hasta el/la último/a candidato/a suplente” (art. 1).⁷

El marco normativo referido evidencia el reconocimiento que se le ha otorgado en nuestro país a la problemática de la falta de participación de mujeres en los cargos electivos; sin embargo, es posible afirmar que dichas normas se tornan insuficientes si no son vistas desde una mirada estructural. En este trabajo nos proponemos, en primer lugar, (1) analizar cómo han funcionado las “cuotas” en la normativa argentina y determinar los logros que han implicado para garantizar la igualdad de trato de las mujeres en el ámbito político. Para ello, desarrollaremos el estado de implementación de las leyes de cupo femenino, así como la situación actual de la participación femenina en otros espacios de toma de decisiones.⁸ Luego, nos detendremos en (2) caracterizar las concepciones de igualdad que fundamentan las acciones positivas o afirmativas. Finalmente, (3) realizaremos un análisis de los resultados obtenidos a la luz de los conceptos de acciones reparadoras y acciones reformadoras a fin de poder identificar los desafíos que aún quedan pendientes para garantizar la efectiva participación de las mujeres. Por último, estableceremos algunas reflexiones finales.

7. Entre las provincias, las leyes de paridad más antiguas son del año 2000 y se trata de las provincias de Córdoba (Ley N° 8901) y Santiago del Estero (Ley N° 6509), mientras que Río Negro sanciona la propia en el 2002 (Ley N° 3717). Más recientemente, en el año 2016 incorporan el sistema de paridad Buenos Aires (Ley N° 14848), Salta (Ley N° 7955), Neuquén (Ley N° 11332) y Chubut (Ley N° XII 12); mientras que en el año 2018 sancionan sus respectivas leyes Catamarca (Ley N° 5539), Mendoza (Ley N° 9100), Santa Cruz (Ley N° 3617), Chaco (Ley N° 2923), la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley N° 6031) y Misiones (Ley N° XI-10). Aún queda pendiente que diez provincias sancionen sus propias leyes de paridad.

8. Nos centraremos en el caso de las leyes de cupo femenino, dado que aquellas han permanecido vigentes entre 20 y 10 años, dependiendo el caso de cada provincia, mientras que en algunos casos las leyes de paridad tendrán aplicación por primera vez en 2019.

1. La implementación de las leyes de cupo y la situación actual de las mujeres en otros cargos de toma de decisiones

Pese al robusto marco normativo que existe en nuestro país en materia de cupo femenino y más recientemente sobre paridad de género, la efectiva implementación de esas normas no ha sido nada fácil. Uno de los principales problemas ha sido la interpretación del cupo femenino como techo y no como piso mínimo. Por ello, desde que se encuentran vigentes estas normas, se han impulsado distintas estrategias por parte de la sociedad civil para controlar el efectivo cumplimiento de estas (véase, por ejemplo, ELA, 2017a y 2017b).

La influencia de las leyes de cupo se ha reflejado, en general, en la composición por género tanto del Poder Legislativo Nacional como de las Legislaturas provinciales. A nivel nacional,⁹ en septiembre de 2017 la Cámara de Senadores estaba compuesta por 41 varones (56,9%) y 31 mujeres (43,1%); mientras que en la Cámara de Diputados había 159 varones ocupando cargos (61,87%) y 98 mujeres (38,13%). En cuanto a las legislaturas provinciales, algunas de ellas tenían una alta participación de mujeres. En este sentido, se encontraba la provincia de Córdoba, que contaba con 29 mujeres (41,4%) y 41 varones (58,57%) en su Legislatura; y la de Chaco, que tenía 19 varones (59,4%) y 13 mujeres (40,6%) como representantes. Por otro lado, se encontraba la provincia de Río Negro, donde había 21 mujeres (45,7%) y 25 varones (54,3%) ocupando cargos; y La Pampa, donde contaban con 12 mujeres (40%) y 18 varones (60%). En Santiago del Estero había 22 varones (55%) y 18 mujeres (45%) como representantes. Finalmente, en Tierra del Fuego contaban con 7 mujeres (46,7%) y 8 varones (53,3%) en la Legislatura.

Sin embargo, en el resto de las provincias, existían muchas en que se alcanzaba el cupo de 30% de participación de mujeres como un techo máximo.¹⁰ Así, se encontraba la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde la Legislatura tenía 38 varones (63,3%) y 22 mujeres (36,7%) entre sus in-

9. Los datos que aquí se reflejan forman parte de una investigación realizada en el curso Constitución, Género y Derechos Humanos, dictado en el primer semestre del año 2017 en la Facultad de Derecho de la UBA. Al respecto, véase Ronconi y Ramallo (2019).

10. Sostenemos que ha sido interpretado como un techo, ya que el porcentaje supera solo en algunos casos en forma muy limitada el 30%. Agradecemos a Mauro Benente el comentario sobre el punto.

tegrantes. Por su parte, Chubut contaba con 10 mujeres (37%) y 17 varones (63%) y Formosa, con cifras similares, poseía 20 varones (66,7%) y 10 mujeres (33,3%) en los cargos de su Legislatura. Asimismo, en Mendoza, la Cámara de Diputados estaba conformada por 17 mujeres (35,4%) y 31 varones (64,6%) y la Cámara de Senadores por 11 mujeres (29%) y 27 varones (71%). En Misiones, su Cámara se componía de 10 mujeres (25%) y 30 varones (75%). La provincia de Neuquén tenía 12 representantes mujeres (34,3%) y 23 varones (65,7%). En San Luis, del total de cargos en la Cámara de Diputados, 29 eran varones (67,4%) y 14 mujeres (32,6%), y del total de la Cámara de Senadores, 6 eran varones (66,6%) y 3 mujeres (33,3%).

Por otro lado, existían casos en que las Legislaturas provinciales se encontraban divididas en dos Cámaras, una de las cuales tenía una alta participación femenina y la otra, una escasa o nula participación. Era el caso de la Cámara de Diputados de Catamarca, que estaba compuesta por 17 mujeres (41,5%) y 24 varones (58,5%). Sin embargo, en la Cámara de Senadores, los 16 miembros (100%) eran varones. En este último caso, es preocupante la nula participación de mujeres. En el mismo sentido se encontraba Corrientes, donde ocupaban el cargo 22 varones (73,3%) y 8 mujeres (26,6%) en su Cámara de Diputados, pero a su vez contaban con 8 varones (53,3%) y 7 mujeres (46,6%) en su Cámara de Senadores. En el caso de Entre Ríos, el cupo garantizado es del 25% y los cargos en la Cámara de Diputados estaban ocupados por 9 mujeres (39,1%) y 14 varones (60,9%), mientras que en la de Cámara de Senadores había 2 mujeres (11,7%) y 15 varones (88,2%) en los cargos, incumplándose ampliamente en este último caso el cupo femenino mínimo para esa provincia. Algo similar sucedía en Santa Fe, ya que en la Cámara de Diputados contaban con 17 mujeres (34%) y 33 varones (66%), pero en la de Senadores, tenían 18 varones (94,7%) y solo una mujer (5,3%).

Finalmente, en otros casos, el porcentaje de participación alcanzado no llega a representar el 30% de la totalidad de los cargos. En Jujuy, los puestos eran ocupados por 13 mujeres (27%) y 35 varones (73%); al igual que La Rioja, donde tenían 10 mujeres (27,8%) y 26 varones (72,2%). En la provincia de Buenos Aires ocupaban la Cámara de Diputados 24 mujeres (26,1%) y 68 varones (73,9%) y la Cámara de Senadores 12 mujeres (26,6%) y 33 varones (73,3%). Existían casos más preocupantes donde el porcentaje de participación se encontraba más cercano al 20%, como en la provincia de

Salta, donde se contaba con 5 mujeres (21,7%) y 18 varones (78,3%) en la Cámara de Senadores y 15 mujeres (25%) y 45 varones (75%) en la Cámara de Diputados. La misma situación se replicaba en San Juan, donde se ocupaban 37 cargos de diputados/as, de los/as cuales 8 eran mujeres (21,6%) y 29 varones (78,4%); cifras similares a lo que sucedía en Santa Cruz, donde ocupaban el cargo solo 5 mujeres (20,8%) y 19 varones (79,2%). Por último, en Tucumán tenían 12 mujeres (24,4%) y 37 varones (75,5%).

Ahora bien, distinta era la situación de las mujeres en lo que respecta a cargos no electivos. En este sentido, en el caso del Poder Ejecutivo y sus distintos ministerios, es posible identificar que solo en la provincia de San Luis existía paridad en la participación de cargos y solo en la provincia de Santa Cruz las mujeres eran mayoría. En el resto, la mayoría estaba compuesta por varones, e incluso había 4 jurisdicciones (Catamarca, Córdoba, Mendoza y Buenos Aires) donde no existían mujeres en los ministerios; de los 246 ministerios existentes en todas las provincias, solo 45 eran ocupados por mujeres. Esto representaba solo el 18,3% de los cargos. Por su parte, en el caso de Córdoba, el Poder Ejecutivo (tomando en cuenta gobernación, vicegobernación y ministerios) estaba compuesto en su totalidad por varones (Ronconi y Ramallo, 2019). De esta manera, podemos observar que la participación de las mujeres en cargos del Poder Ejecutivo era muy escasa.

Lo mismo sucedía con el Poder Judicial: no existen leyes que reglamenten la paridad, con excepción de la Constitución de CABA que en su artículo 111 establece que no todos/as los/as integrantes del Tribunal Superior de Justicia pueden ser del mismo sexo, y de la provincia de Río Negro, donde la Ley N° 5190 establece que el Superior Tribunal de Justicia debe integrarse con vocales de ambos sexos, procurando una equilibrada representación de las distintas circunscripciones judiciales (art. 38). Pese a estas dos excepciones, de los 129 cargos efectivamente ocupados en los Tribunales Superiores o Supremas Cortes provinciales en 2017, solo 35 eran ocupados por mujeres (27,13%) y el resto (94 cargos) eran ocupados por varones. Además, en 8 jurisdicciones no existían mujeres en la composición del alto tribunal provincial (Ronconi y Ramallo, 2019). De esta manera, es evidente la falta de mujeres en los altos cargos en la esfera de la Justicia.

Para finalizar, debemos resaltar que “la necesidad de tener más mujeres en el poder no depende de los resultados que producirán, sino de que estén

presentes en el proceso de representación política, en los momentos de definición de los temas en la agenda pública y dentro de los espacios de poder” (ELA, 2012: 82).¹¹ En este sentido, podemos concluir que, en general, las leyes de cupo han logrado una mayor participación de las mujeres en el ámbito del Poder Legislativo. Si bien eso no asegura la representación del grupo “mujeres” por su amplia heterogeneidad, sí otorga mayor legitimidad democrática a la composición del órgano en cuestión (ELA, 2011: 9). Sin embargo, ha quedado en evidencia que muy distinto es el panorama del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, en los que no operan ni leyes de cupo ni de paridad.

De esta manera, los datos analizados exigen preguntarnos si efectivamente las acciones positivas han logrado garantizar la igualdad de las mujeres en los espacios de toma de decisiones. Para ello, debemos partir de considerar las distintas concepciones de igualdad en juego y la noción de acciones reparadoras y transformadoras. A esto nos dedicaremos en lo que sigue.

2. La igualdad real de oportunidades, acciones reparadoras y transformadoras

El análisis de la normativa constitucional y convencional permite identificar dos concepciones de igualdad. Una, la *igualdad jurídica* (como no discriminación), más cercana al pensamiento liberal clásico, de cariz individualista y que es predominante en la discusión y aplicación del principio de igualdad (Saba, 2016; Clérico, Ronconi y Aldao, 2013) pero que, sin embargo, se torna insuficiente ante situaciones estructurales de discriminación. La otra concepción de igualdad, *igualdad real* (como no sometimiento o no dominación), más cercana a los reclamos estructurales, está surgiendo en forma incipiente, considerando las situaciones de subordinación en que se encuentran ciertos grupos y la necesidad de realizar acciones a fin de erradicar la situación de sometimiento. Esta concepción de igualdad requiere no solo tomar en

11. En el momento en que escribimos este artículo se está llevando a cabo en las redes sociales una campaña por la incorporación de mujeres feministas en las listas de candidaturas para las elecciones nacionales de 2019 #FeministasEnLasListas.

cuenta lo que sucede en el derecho, sino que exige analizar la situación de hecho en la que se encuentran ciertos grupos.

Ahora bien, 1.a) la *concepción de igualdad como no discriminación* implica, entonces, que no deben existir tratos diferentes injustificados (Saba, 2016; Ronconi, 2018).¹² Sin embargo, esta concepción presenta algunos problemas cuando entran en escena las circunstancias de hecho en las que se encuentran ciertas personas o grupos. El grave defecto que presenta la concepción de igualdad como no discriminación es que garantiza un trato (que parece) neutral y que “favorece la noción de que tratar a las personas de igual modo significa lo mismo que tratarlos como iguales” (MacKinnon, 2005: 168). Sin embargo, ese trato neutral dispuesto en la norma permite que ella tenga un impacto negativo sobre ciertos grupos. Son casos en donde quizá no existe en el/la legislador/a el ánimo de discriminar, pero sin embargo las condiciones estructurales lo permiten.

En caso de que desde el derecho no se tomen en cuenta esas circunstancias de hecho, el mismo orden jurídico se convierte en un instrumento de opresión que refuerza las desigualdades. El establecimiento de criterios neutrales para definir la concepción de igualdad tiene efectos muy graves sobre ciertos grupos, ya que opaca las estructuras en las que se fundamenta la desigualdad. Estas insuficiencias en la concepción de igualdad como no discriminación dieron origen a una reformulación de la interpretación del principio de igualdad.

De esta manera, surge la noción de 1.b) *igualdad como no sometimiento o no dominación*, la cual implica considerar a) la situación de hecho y b) del grupo antes de la clasificación o selección que realiza la norma. Así, no trata de hacer justicia a la situación individual de una persona, sino que toma en cuenta su pertenencia a un grupo determinado que padece una situación de sometimiento o subordinación por parte de otro/s grupo/s. La concepción de igualdad como no sometimiento indica que el Estado debe hacer algo respec-

12. La CSJN ha sostenido esto en forma reiterada en los casos: CSJN (24/02/1998), “Calvo y Pesini, Rocio c/ Córdoba, Provincia de s/amparo”, *Fallos*, 321:194; CSJN (08/08/2006), “Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo”, *Fallos*, 329:2986; CSJN (16/11/2004), “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, *Fallos*, 327:5118; CSJN (21/02/2013), “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Pérez Ortega, Laura Fernanda c/ Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ empleo público”, *Fallos*, 336:131.

to de esos grupos que se encuentran en situación de desventaja estructural.¹³ No solo no debe discriminar (igualdad como no discriminación), sino que debe eliminar aquellas barreras estructurales que impidan disfrutar de los derechos en condiciones de igualdad real.¹⁴ El giro transformador de la igualdad como no dominación está en poner en tela de juicio la ficción de un *status quo* igualitario de partida, ficción en la que descansa el examen de igualdad como no discriminación arbitraria.

Ahora bien, la manera de paliar las situaciones de injusticia, como la falta de mujeres en los espacios de toma de decisiones, ha sido la implementación de medidas de acción positiva. La obligación de la incorporación de estas medidas ha sido expresamente referida en la Constitución Nacional en el caso de las mujeres (art. 37, párr. 2 y 75 inc. 23, párr. 1). Así, las acciones afirmativas han sido concebidas de dos maneras: a) como acciones reparadoras y b) como acciones transformadoras. Cada una de estas concepciones tiene implicancias diferenciadas de acuerdo con la noción de igualdad que se busque alcanzar.

Las *acciones reparadoras* son aquellas que reconocen la situación de desigualdad o subordinación de determinado grupo, generando un trato preferente dirigido a estos grupos y/o situaciones de personas a fin de lograr la igualdad real. Implican principalmente un trato preferente dirigido a grupos y/o situaciones de personas a fin de lograr la igualdad real, esto es que las mismas puedan gozar de los derechos efectivamente en condiciones de igualdad y que estos no se queden solo en los papeles. Se reconoce la situación de subordinación en que ese grupo se encuentra y mediante tales medidas se busca remediarla. En general, implican que el acceso a ciertos bienes o recursos estarán garantizados para ciertos grupos identificados como desaventajados, en condiciones diferentes al

13. Esta postura fue asumida en el voto del Juez Petracchi en el caso CSJN (12/09/2000), "González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nacional de Córdoba", *Fallos*, 323:2359. Asimismo, en el caso CSJN (20/05/2014), "Sisneros, Mirtha Graciela y otros c. Taldelva SRL y otros", *Fallos*: 337:611. Para ser considerados como un grupo desaventajado el grupo debe padecer de a) una errónea distribución de bienes, o b) falta de reconocimiento de las características particulares del grupo, de sus identidades, que incrementan la c) insuficiente o errónea representación política (Fraser, 2006; 2010). Alcanza con que se verifique alguna de esas situaciones para tratar al grupo como oprimido (Fiss, 2002: 23), aunque se darán generalmente en forma conjunta e invisibilizada.

14. La Corte de EE.UU. en el caso "Brown v. Board of Education of Topeka", 349 U.S. 294, sentencia del 31 de mayo 1955, reconoce que no alcanza solo con eliminar normas o incluso prácticas para lograr que desaparezcan las escuelas segregacionistas.

resto de quienes pretenden obtener esos bienes y/o recursos. Así, una acción de este tipo ha sido la implementación de leyes de cupo para las mujeres en los cargos políticos. Lo que se busca es garantizar la existencia de mujeres en los cargos electivos y, mediante un cupo, se garantiza ese mínimo.

Sin embargo, las acciones reparadoras se tornan insuficientes en ciertos casos. Una mirada a los datos de la situación de las mujeres como mostramos en el acápite anterior es una clara muestra de ello. Por esto, resulta necesario tener presente que la igualdad real de oportunidades que garantiza el artículo, 75 inciso 23 implica no solo que el Estado debe generar las condiciones para garantizar que ciertos grupos alcancen determinados lugares, sino que debe transformar todas las prácticas, instituciones, entre otras, que aún persisten y que continúan produciendo la situación de desigualdad. Esto es lo que buscan las acciones transformadoras. Implica, entonces, que los cambios deben ser profundos, radicales sobre las distintas instituciones –y sectores– existentes (familia, escuela, medios masivos de comunicación, Estado y demás instituciones sociales). La diferencia, entonces, entre las acciones positivas reparadoras y las acciones transformadoras, es que las primeras apuntan a obtener ciertos resultados finales, en cambio las segundas implican desarmar (para cambiar) los procesos que generan las injusticias (Fraser, 1997: 38).

Las acciones transformadoras buscan romper con las desigualdades sistémicas, y para eso es necesario erradicar las relaciones o situaciones que mantienen la situación de opresión (Dubet, 2011). Así, van mucho más allá sosteniendo que es obligación del Estado eliminar la dinámica social responsable de la perpetuación de las situaciones de dominación sobre ciertos grupos. Para esto, debe emprender todas las medidas necesarias para poner fin a los procesos sociales que continúan perpetuando las estructuras de castas (Fiss, 2000: 9).

En el acápite siguiente, partiendo de estas concepciones de igualdad y de los conceptos de acciones reparadoras y acciones transformadoras, esbozaremos algunas reflexiones en relación con las medidas adoptadas para garantizar la participación de las mujeres.

3. ¿Participación igualitaria de mujeres?

Como hemos mostrado, el cupo no ha funcionado como un piso mínimo sino como un techo, por lo que las mujeres no han podido ascender mucho más en la representación de cargos electivos. En este sentido, y en términos de interpretación del cupo y su finalidad, es interesante el análisis de la sentencia recaída en el caso “Ciudad Futura”,¹⁵ donde la Cámara Nacional Electoral resolvió sobre la invalidez de la lista electoral presentada por el partido “Ciudad Futura” por haber sido integrada en su totalidad por precandidatas mujeres y, a partir de ello, le impuso la obligación de presentar una nueva nómina de precandidatos/as compuesta por varones y mujeres. El voto de la mayoría (jueces Dalla Vía e Irurzun) entendió que la lista presentada no cumplía con los requisitos establecidos por la Ley N° 26571, en cuanto dispone que las listas de precandidatos/as deberán integrarse “respetando el porcentaje mínimo de precandidatos de cada sexo de conformidad con lo dispuesto por la ley 24.012 y su decreto reglamentario” (cons. 2). Interpretan que, “si bien es cierto que la ley 24.012 se sanciona en resguardo de los derechos de las mujeres a gozar de iguales oportunidades que los hombres en la postulación para cargos electivos, ello no implica que no deba resguardarse idéntico derecho para los hombres” (cons. 3). En minoría, el juez Corcuera resolvió habilitar la presentación de la lista con sólidos argumentos basados en el principio de igualdad.

Este tipo de decisiones ignoran los motivos por los cuáles se han implementado las leyes de cupo que actúan como acciones reparadoras para las mujeres, quienes han sido históricamente excluidas de lugares de toma de decisión, como son los cargos legislativos. En este sentido, la norma tuvo como objeto lograr que las mujeres comiencen a ocupar esos espacios de poder, imponiendo un piso mínimo para ello. De esta manera se resguarda su derecho a participar en cargos electivos. Sin embargo, en el caso de los varones, este tipo de medidas resultan innecesarias, ya que son quienes predominantemente han ocupado estos espacios, por lo que no requieren de ninguna norma que determine un cupo para ver resguardado su derecho a participar en cargos electivos.

15. Cámara Nacional Electoral (13/07/2017), “Incidente de Ciudad Futura Nro. 202 – distrito Santa Fe en autos Ciudad Futura Nro. 202 –distrito Santa Fe s. Elecciones primarias- elecciones 2017” (Expte. N° CNE 5385/2017/1/CA1).

Otra clara muestra de la situación de desigualdad que aún padecen las mujeres en términos políticos (pese a los avances constitucionales posreforma de 1994), es lo que sucede en los altos cargos en el Poder Judicial, o en los cargos que no son elegidos directamente por voto popular, como el de las personas que ocupan los ministerios que componen el Poder Ejecutivo. Es necesario, entonces, preguntarse sobre la suficiencia (o insuficiencia) de las acciones positivas reparadoras como garantía de la igualdad real de las mujeres en la efectiva ocupación de cargos de toma de decisiones. Los números analizados nos muestran a) que, pese a los avances notorios en la participación de las mujeres, este grupo ha padecido las normas de cupo como leyes que les han impuesto un techo de participación en ciertos cargos electivos; mientras que no pudo avanzar o avanzó muy lentamente en otros espacios. En este sentido, aparece el concepto de “acciones positivas transformadoras”, que no buscan solo lograr un resultado (la presencia de mujeres en cargos), sino que implican el análisis y la modificación de la situación estructural que impide a ese grupo alcanzar esos lugares. Así, debemos preguntarnos qué es necesario modificar para que existan más mujeres en los cargos electivos (que representan lugares de poder), esto es, qué más hace falta cambiar para que las mujeres participen en condiciones de igualdad real de oportunidades.

Para ello, entendemos que es necesario cambiar el diseño institucional para lograr la igualdad. Este sería el objetivo de las acciones transformadoras: poner fin en forma radical al problema de la dominación. Así, tienden a ver el problema como un problema estructural. En este sentido, por ejemplo, es imposible modificar el rol subordinado de la mujer en la sociedad solo mediante el sistema de cuotas, sino que se requiere mucho más: cambio de prácticas culturales, cambio de roles en la familia. Las acciones transformadoras van de la mano de una versión fuerte sobre cómo lograr la igualdad real. En lo que respecta a la efectiva ocupación de las mujeres de cargos de toma de decisión, es posible destacar la necesidad de a) realizar cambios en las tareas de cuidado que siguen estando a cargo de las mujeres. En este sentido, un análisis del PNUD (2017: 19) destaca que las mujeres dedican el 75% de su tiempo a realizar tareas domésticas no remuneradas, contra un 24% del tiempo que dedican los varones; mientras que ganan, en promedio, un 27,2% menos que los varones. Estos datos no son menores, especialmente cuando la participación de los varones en las tareas domésticas y de cuidado ni siquiera es fomen-

tada desde la legislación. Actualmente, la Ley de Contrato de Trabajo prevé solo 2 días de licencia por paternidad (cfr. art. 158), mientras que establece la creación de guarderías y salas maternas en aquellos establecimientos donde haya una cantidad mínima de *trabajadoras* (cfr. art. 179), desconociendo que los trabajadores también son padres y deben asumir sus responsabilidades de cuidado.¹⁶ La licencia por paternidad extendida sigue siendo un reclamo de aquellos varones que desean asumir plenamente las responsabilidades que les tocan en la crianza y educación de sus hijas/os; así como de aquellas mujeres que intentan romper con el estereotipo de que esas tareas deben estar exclusivamente a su cargo. En este sentido, una encuesta en materia de violencia política efectuada por ELA (2018) muestra que entre los factores que actúan mayoritariamente como obstáculos para la participación de las mujeres en la política se encuentran las responsabilidades familiares (91%), el rol atribuido a las mujeres en la sociedad (89%) y la falta de apoyo de los varones (76%).

Por otro lado, surge la necesidad de considerar b) la violencia contra las mujeres en la política, entendida de acuerdo con la “Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en la Vida Política” de la Organización de los Estados Americanos (OEA), como toda acción, conducta u omisión basada en su género, que tenga por objeto menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos políticos (cfr. art. 3). La mencionada encuesta de ELA (2018) muestra como resultado que la violencia política contra las mujeres se encuentra muy extendida en nuestro país: 8 de cada 10 encuestadas afirmó haber sufrido alguna situación de violencia a lo largo de sus carreras políticas. En este sentido, se destacan algunas prácticas que mayoritariamente sufren las mujeres, como el acoso sexual y la descalificación por atributos físicos o por su vestimenta (82%). Asimismo, de 45 casos recabados, las encuestadas han manifestado haber vivido violencia psicológica (50%), incluyendo amenazas, presiones, insultos y restricciones al uso de la palabra; violencia simbólica (28%), incluyendo la divulgación de información personal, privada o basada en su género y la imposición de no participar en reuniones de toma de decisiones; así como violencia económica (22%), física (9%) y sexual (7%). Del total de agre-

16. Sobre las críticas a este artículo y su falta de aplicación, véase González y Ramallo (2018).

siones manifestadas, un 63% señaló que generalmente son perpetradas por varones, a través de internet (62%), en alguna actividad del partido (44%) y en el recinto (40%). Indudablemente, esta problemática afecta severamente el ejercicio efectivo del derecho a la participación de las mujeres y debe ser atendida de manera integral. Difícilmente podemos revertir esta situación estableciendo la garantía del cupo femenino o la paridad de género en la legislación vigente. Si bien se trata de cambios normativos necesarios, no serán suficientes (ELA, 2018: 26).

Finalmente, podemos decir que c) estas dos situaciones demuestran que la política en términos partidarios y, en general, todos los cargos de toma de decisión, siguen siendo cuestión de varones (es decir, siguen atravesados por lógicas patriarcales). Asimismo, que las tareas de cuidado aún se encuentren mayoritariamente a cargo de las mujeres y que, a su vez, estas sufran violencia política, podrían ser algunos de los factores que expliquen por qué pese a que las mujeres tienen una formación significativamente mayor que los varones en los niveles educativos más altos, ello no se ve reflejado en su desempeño en el mercado laboral (PNUD, 2017: 19). En este sentido, de acuerdo con los datos históricos del Congreso de la Nación, recabados por Directorio Legislativo (2018), el nivel educativo alcanzado en ambas Cámaras incluía un 87% de las mujeres que tenían título de grado en contraposición a un 76% de varones; mientras que el 26% de mujeres poseía un título de posgrado contra el 15% de varones. Efectivamente, estos números evidencian que la falta de mujeres en cargos políticos no puede ser aducida a la ausencia de mujeres “capacitadas” para ocupar esos puestos. Mientras no se aborden estas problemáticas (a, b y c) parece difícil pensar que solo una modificación legislativa (como la sanción de leyes de cupo y paridad) pueda prosperar en la superación del techo alcanzado por las mujeres.

Por ello, podemos concluir que las acciones reparadoras consistentes en la sanción de leyes que garanticen el ingreso de mujeres a cargos políticos no son suficientes en sí mismas, dado que aún persisten ciertas prácticas que las mantienen en una situación de desigualdad a diferencia de los varones. En consecuencia, es necesario pensar en acciones transformadoras que aborden la problemática de una manera integral y modifiquen esas prácticas que perpetúan las desigualdades.

4. Reflexiones finales. Logros y deudas

Analizamos en este trabajo los avances que representaron las acciones afirmativas en términos de igualdad para las mujeres en lo que respecta al acceso a cargos electivos. Demostramos también la insuficiencia que estas “cuotas” representan. De esta manera, es posible caracterizarlas como *acciones positivas limitadamente transformadoras*,¹⁷ pues se trata de acciones que buscan (y han tenido) un efecto potencial de transformación (Albertyn, 2011: 151) a una escala más reducida. No han modificado la situación de las mujeres en la sociedad, sino que solo han garantizado el acceso de mujeres en mínimos porcentajes a cargos electivos.

Debe tenerse presente que, en el caso de las mujeres, la desigualdad ha sido la norma imperante y el punto de partida en el que se han encontrado al momento de la distribución de recursos. Por ello, no podemos esperar que la igualdad abstracta de oportunidades sea capaz de asegurarles una igualdad de resultados. Por lo tanto, la noción de igualdad entendida como no sometimiento nos obliga a exigir que el Estado diseñe políticas públicas que no solo no contribuyan a perpetuar la subordinación de los grupos, sino que además dismantelen las estructuras sociales en las que se asienta esa subordinación (Saba, 2016: 81).

Estas cuestiones deben ser consideradas al momento de elaborar políticas públicas dirigidas a lograr la paridad de género y la efectiva participación de las mujeres en los lugares de toma de decisión. Ha quedado en evidencia que difícilmente las mujeres podrán ejercer adecuadamente su derecho a participar en la política y a ocupar cargos de poder si aún continúan a cargo de las tareas de cuidado, si sufren violencia política, y si deben desempeñarse en condiciones claramente desventajosas a diferencia de sus pares varones. No podemos desconocer el efecto que han tenido las leyes de cupo en Argentina: han sido la puerta de ingreso de las mujeres a un espacio tradicionalmente ocupado por varones. Actualmente, se ha cambiado el eje del cupo mínimo al principio de paridad en la composición de las listas, lo que ha constituido un nuevo avance normativo en la materia. Sin embargo, debemos pensar en acciones que transformen las

17. Llamadas por Fraser (2006: 77) “reformas no reformistas”.

prácticas que perpetúan las desigualdades en los espacios en que las mujeres deben ocupar sus cargos. Solo así podremos decir que hemos cumplido con el mandato constitucional de implementar medidas de acción positivas para lograr la igualdad real de las mujeres en el ejercicio de sus derechos.

Bibliografía

- Albertyn, C. (2011). Law, Gender and Inequality in South Africa. *Oxford Development Studies*, 39(2), 139-162.
- Celis, K., Childs, S., Kantola, J. y Krook, M. (2008). Rethinking Women's Substantive Representation. *Representation*, 44(2), 99-110.
- Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho (UBA) y GQUAL (2017). *La inequitativa participación de las mujeres en organismos internacionales. ¿Responsabilidad de los Estados?* Recuperado de http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-derechos-humanos/pdf/2017_informe2-gqual.pdf
- Clérico, L., Ronconi, L. y Aldao, M. (2013). Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento. *Rev. Direito GV*, 9(1), 115-170.
- Directorio Legislativo (2018). *El Congreso argentino en #DatosAbiertos: apertura de información del #DLHistórico (1999-2019)*. Recuperado de <https://directoriolegislativo.org/blog/2018/12/21/el-congreso-argentino-en-datosabiertos-apertura-de-informacion-del-dlhistorico-2000-2018/>
- Dubet, F. (2011). *Repensar la Justicia Social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- . (2012). Los límites de la igualdad de oportunidades. *Nueva Sociedad*, (239), 42-50.
- Equipo Latinoamericano de Justicia y Género - ELA (2009). *Informe sobre género y derechos humanos: vigencia y respeto de los derechos de las mujeres*. Buenos Aires: Biblos.
- . (2011). *Participación política de las mujeres y acceso a espacios de decisión: Algunos argumentos de sentencias judiciales para recuperar y reflexionar*. Recuperado de <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?muestra&codcontenido=944&plcontampl=43&aplicacion=app187&cni=87&opc=53>
- . (2012). *LIDERA: Participación en democracia. Experiencias de mujeres en el ámbito social y político en Argentina*. Buenos Aires: ELA. Recuperado de <http://www.ela.org.ar/a2/objetos/adjunto.cfm?codcontenido=1010&codcampo=20&aplicacion=app187&cni=14&opc=49>
- . (2017a). *Ser elegidas s un derecho: Monitorear su cumplimiento es un compromiso colectivo*. Recuperado de <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?muestra&codcontenido=2937&plcontampl=43&aplicacion=app187&cni=15&opc=49>
- . (2017b). *Monitoreo Listas PASO 2017*. Recuperado de <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?muestra&codcontenido=2952&plcontampl=43&aplicacion=app187&cni=15&opc=49>

- (2018). *Violencia política contra las mujeres en Argentina: experiencias en primera persona*. Recuperado de <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?muestra&codcontenido=3242&plc ontamp=43&aplicacion=app187&cnl=15&opc=49>
- Fiss, O. (2000). What should be done for those who have been left behind? *Boston Review* (Summer), 4-8. Recuperado de <https://law.yale.edu/system/files/documents/faculty/papers/leftbehind.pdf>
- (2002). *Una comunidad de iguales*. Buenos Aires: Miño y Dávila.
- Fraser, N. (1997). *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*. Santa Fe de Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- (2006). La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación. En N. Fraser y A. Honneth, *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid: Ediciones Morata.
- (2010). *Scales of Justice: Reimagining Political Space in a Globalizing World*. Nueva York: Columbia University Press.
- González, A. D. y Ramallo, M. A. (2018). Comentario al fallo "Etcheverry, Juan Bautista c/ EN s/ amparo ley 16.986": Pautas para la reglamentación del artículo 179 de la Ley de Contrato de Trabajo. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 16(1), 113-128.
- Kohen, B., Ariza, S. y Ramallo, A. (2019). Women in the legal academy at the Law School of the University of Buenos Aires. En U. Schultz et al, *Gender and Careers in the Legal Academy*. Londres: Hart Publishing.
- MacKinnon, C. (2005). Integrando el feminismo en la educación jurídica. *Academia, Revista de Enseñanza del Derecho*, (6), 157-174.
- Oficina de la Mujer - OM (2018). *Mapa de género en la Justicia argentina: Informe edición 2018*. Recuperado de <https://om.csjn.gob.ar/mapagenero/pages/view/public/informes/informemapa2018.pdf>
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD (2017). *La paridad política en Argentina: avances y desafíos*. Recuperado de <http://www.ar.undp.org/content/argentina/es/home/presscenter/pressreleases/2017/06/23/-la-paridad-pol-tica-en-argentina-avances-y-desaf-os.html>
- Ronconi, L. (2018). *Derecho a la educación e Igualdad como no sometimiento*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Ronconi, L. y Ramallo, M. (Coord.) (2019) *Género y Derecho Público Local*. Buenos Aires: Universidad de Palermo (en prensa).
- Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo XXI.

Selección y disciplina de jueces y juezas. Notas críticas sobre el Consejo de la Magistratura

Mauro Benente✉

1. Introducción

La reforma constitucional de 1994 incluyó importantes innovaciones institucionales. Algunas de ellas, como los mecanismos de democracia participativa, el Defensor del Pueblo, la Auditoría General de la Nación, prácticamente no se han puesto en práctica, o sus efectos han sido mucho menos importantes que los deseados y esperados. Otras innovaciones institucionales sí se perciben con nitidez, y entre ellas se puede destacar la jerarquía constitucional de tratados y declaraciones de derechos humanos, la reelección presidencial, la elección directa de los senadores y las senadoras –que además son tres y ya no dos por provincia–, la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, y el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento. Aquí me enfocaré en estas dos últimas instituciones que, al menos en principio, podemos suponer que han modificado las racionalidades de funcionamiento del Poder Judicial.

El Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento fueron objeto de reflexión a poco de concluirse el proceso de reforma constitucional porque, aunque ya existían en el derecho público provincial, se leyeron como instituciones de la Europa continental que se implantaban en un diseño judicial más parecido al de los Estados Unidos. Luego, en 1997, 2006 y 2013, años en los cuales el Consejo y el Jurado estuvieron en el centro del debate parlamentario, buena parte de las discusiones giraron en torno a la integración de estas instituciones, y a los modos de selección. De todas maneras, más

* El presente capítulo resume parte de los resultados del Laboratorio de Estudios sobre Administración del Poder Judicial, que dirijo en la Universidad Nacional de José C. Paz.

allá de estas grandes discusiones, casi no existen trabajos que hayan focalizado la atención en el funcionamiento de ambas instituciones.

El Consejo de la Magistratura, regulado en el artículo 114 de la Constitución Nacional, se incluyó en el diagrama institucional con el objetivo de quitarle a la Corte Suprema de Justicia de la Nación las funciones administrativas y disciplinarias sobre el Poder Judicial. Se estructuró en vistas de modificar los mecanismos de designación y remoción de jueces y juezas, y comenzó a funcionar en el mes de noviembre de 1998, luego que la Ley N° 24937, sancionada el 10 de diciembre de 1997, estableciera su primera estructura de funcionamiento. Por su lado, el Jurado de Enjuiciamiento, que decide sobre la remoción o la confirmación en los cargos de los/as acusados, se encuentra regulado por el artículo 115 de la Constitución Nacional, y por la mencionada Ley N° 24937. Esta ley fue reformada en febrero de 2006 con la sanción de la Ley N° 26080, y la Ley N° 26855, sancionada el 6 de mayo de 2013, también incluyó importantes transformaciones en el funcionamiento y en la elección de los miembros del Consejo, pero fue declarada inconstitucional –no en su totalidad, pero sí en partes sustanciales– por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al mes siguiente, el 13 de junio de 2013.¹

De acuerdo con la Ley N° 26080, el Consejo está integrado por trece miembros: tres jueces/zas, tres representantes de la Cámara de Senadores, tres representantes de la Cámara de Diputados, dos representantes de los/as abogados/as matriculados/as, un/a representante del ámbito académico y un/a representante del Poder Ejecutivo nacional. La actual integración representa una disminución respecto de la prevista por la Ley N° 24937, que había estructurado un Consejo con veinte miembros: el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; cuatro jueces/zas, cuatro representantes de la Cámara de Diputados de la Nación, cuatro representantes del Senado de la Nación, cuatro representantes de los/as abogados/as, dos representan-

1. CSJN, "Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c. Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N°3034/13)". Por su parte, el 19 de noviembre de 2015, algunos aspectos de la Ley N° 26080 fueron declarados inconstitucionales por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, y actualmente la causa se está tramitando en la Corte Suprema. Conf. la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/E. N. - Ley 26.060 - Dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento".

tes del ámbito académico y un/a representante del Poder Ejecutivo. Por su parte, para su funcionamiento, el Consejo se encuentra dividido en cuatro comisiones: Administración y financiera, Disciplina y acusación, Selección de magistrados y escuela judicial, Reglamentación. Finalmente, también de acuerdo con lo estipulado por la Ley N° 26080, el Jurado de Enjuiciamiento está conformado por siete integrantes: dos jueces/zas de Cámara, uno del fuero federal del interior de la República y otro/a de la Capital Federal; dos senadores/as; dos diputados/as y un abogado/a. Los miembros se eligen por sorteo semestral a realizarse en diciembre y julio de cada año, entre las listas de representantes de cada uno de los sectores.

En este trabajo no analizaré todas las funciones que tiene el Consejo de la Magistratura, sino que me concentraré en dos aspectos, que son los que considero más relevantes: la selección de jueces y juezas y el proceso para sancionarlos/as y/o destituirlos/as, aspecto para el que también revisaré, con menos detalle, el funcionamiento del Jurado de Enjuiciamiento. En general, no trabajaré con los textos publicados por académicos y académicas sobre el asunto, sino que optaré por el análisis de reglamentos y la construcción de ciertos datos sobre la labor del Consejo y el Jurado.²

2. Selección y perfiles de jueces y juezas

En un sistema de democracia representativa, los mecanismos de selección de autoridades políticas merecen una especial atención. Según creo, no debemos reducir la democracia a la democracia representativa o, dicho de otro modo, no debemos reducir la democracia a una mera competencia entre élites que disputan el voto. Más bien, hay que apuntar a que la democracia representativa sea lo más democrática posible, a que se institucionalicen espacios de democracia autogestionada y, por ello, que la democracia sea lo menos representativa y más democrática posible. Pero incluso dentro de la matriz representativa, la discusión sobre los sistemas de elección de autoridades po-

2. En general, los datos que mencionaré fueron construidos y sistematizados a partir de resoluciones y expedientes que se tramitan en el Consejo y en el Jurado, en el marco del Laboratorio de Estudios sobre Administración del Poder Judicial de la Universidad Nacional de José C. Paz.

líticas debe estar en el centro de nuestra atención. Siempre es posible hacer más democrática esa elección, y siempre es posible que más espacios estén sujetos a elección popular. De todas maneras, en el caso del Poder Judicial, nos encontramos frente a una regla que debería ser una extremísima excepción: los jueces y las juezas no se eligen democráticamente. Esta extrema excepción devenida en regla, hace que debamos ser más rigurosos y exigentes con los mecanismos de selección y nombramiento de los magistrados y magistradas. Como jueces y juezas son una excepción a la regla democrática basada en la elección popular, entiendo que debemos ser más puntillosos en nuestro análisis y más implacables en nuestras críticas.

De acuerdo con el diseño institucional de la Constitución de 1853, los/as magistrados/as eran elegidos/as por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado de la Nación, mecanismo que se mantiene luego de la reforma constitucional de 1994, pero para jueces/zas inferiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación se requiere una previa intervención del Consejo de la Magistratura: el Consejo debe elaborar una terna de candidatos/as, entre los/as cuales el/la presidente/a debe escoger uno/a para ser sometido al Senado. La terna se confecciona luego de un proceso de selección que incluye un concurso de oposición, antecedentes y una entrevista con los/as postulantes/as.

Tal como desarrollaré más adelante, el sistema de pruebas de oposición y antecedentes es de suma importancia, porque define el perfil de juez o jueza que, de alguna manera, luego conformará la terna. Más allá de que sea el Poder Ejecutivo el que envíe el pliego al Senado, qué se evalúa en la prueba de oposición y cuáles antecedentes se tienen en cuenta, son aspectos que moldean los contornos de los magistrados y las magistradas, estilizan un modelo de juez o jueza, y por ello se trata de asuntos de especial relevancia.

La aprobación de los concursos y la elevación de las ternas es atribución del plenario del Consejo de la Magistratura, y para adoptar estas decisiones se necesita de la mayoría especial de los dos tercios de los miembros presentes (art. 13, inc. c de la Ley N° 24937 y modificatorias). Más allá de esta aprobación final, que es fundamental, gran parte del trámite es llevado adelante por la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial, que está integrada por: los/as tres jueces/zas que integran el Consejo, los/as tres diputados/as, el/la representante del Poder Ejecutivo y el/la representante del *ámbito* académico y científico (art. 12 de la Ley N° 24937 y modificatorias).

De la Comisión de Selección no participan los/as tres senadores ni los/as dos representantes de los/as abogados/as.

Una parte importante del funcionamiento de los concursos, las evaluaciones y el proceso de conformación de ternas, se encuentra en reglamentaciones que dicta el propio Consejo,³ pero la ley estipula los siguientes parámetros:

- a- En la convocatoria al concurso, se debe publicar la fecha de las pruebas de oposición y la integración del jurado que realizará la evaluación.
- b- A propuesta de la Comisión de Selección y Escuela Judicial, de modo periódico, el plenario del Consejo debe elaborar listas de jurados para cada especialidad. El Reglamento de Concursos Públicos de Oposición y Antecedentes para la Designación de Magistrados del Poder Judicial de la Nación [en adelante Reglamento de CPOADMJPJN], aclara que las listas deben integrarse por abogados/as que sean profesores/as titulares, asociados/as y adjuntos/as regulares, eméritos/as o consultos/as de derecho, de cada especialidad y de áreas generales, designados/as por concurso en universidades públicas nacionales, que además deben contar con los requisitos exigidos para ser integrantes del Consejo.
- c- De la lista de jurados, la Comisión debe sortear cuatro integrantes que, de acuerdo con el Reglamento de CPOADMJPJN, al menos un/a debe revestir la calidad de juez o jueza y otro/a provenir de una universidad pública.
- d- La prueba de oposición debe ser igual para todos/as los/as postulantes, y “versar sobre temas directamente vinculados a la función que se pretenda cubrir y evaluará tanto la formación teórica como la práctica” (art. 13, Ley N° 24309 y modificatorias).
- e- El jurado debe tomar el examen y calificar las pruebas de oposición, mientras que la Comisión es la facultada para evaluar y asignar los puntajes de los antecedentes. Las calificaciones deben ser informadas

3. El Reglamento de Concursos Públicos de Oposición y Antecedentes para la Designación de Magistrados del Poder Judicial de la Nación fue aprobado por la Resolución N° 7/14 del plenario del Consejo y modificado por las resoluciones N° 95/15 y N° 235/18. El primer Reglamento había sido aprobado por la Resolución N° 288/02 y modificado por las resoluciones N° 367/02, 203/03, 333/03, 52/04, 580/06, 331/07, 350/07 y 47/08; y el segundo Reglamento había sido aprobado por Resolución N° 614/09 y modificado por las resoluciones N° 36/11, 84/11 y 181/12.

- a los/as interesados/as, quienes tienen derecho a impugnar, y la Comisión de Selección es la facultada para resolver las impugnaciones.
- f- Sobre la base de las calificaciones de la prueba de oposición, los antecedentes y de una entrevista personal mantenida con los/as postulantes, la Comisión debe elevar al plenario un orden de prelación.
 - g- Una vez recibido el dictamen de la Comisión, el plenario del Consejo debe convocar a audiencia pública, al menos, a los/as integrantes de la nómina propuesta. Allí se debe evaluar la idoneidad, aptitud funcional y vocación democrática de los/as aspirantes.
 - h- Teniendo en cuenta el dictamen de la Comisión, y los resultados de la audiencia pública, el plenario debe decidir, con la mayoría absoluta de sus miembros, acerca de la aprobación del concurso y, en este caso, remitir al Poder Ejecutivo la terna vinculante de candidatos/as.
 - i- Si el Senado de la Nación rechaza el pliego del/la candidata/a enviado por el Poder Ejecutivo, se debe convocar a un nuevo concurso para cubrir la vacante.

2.1. Evaluación de antecedentes

En la reunión de la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial, posterior a la realización de la prueba de oposición, debe sortearse al/la consejero/a responsable de la evaluación de antecedentes entre quienes se hubieran presentado al examen escrito. El extensísimo artículo 35 del Reglamento de CPOADM/PJN estipula el sistema de calificación de los antecedentes, con distintos puntajes y diversos sistemas de puntuación de acuerdo a los cargos a concursar. Los antecedentes deben ser calificados sobre un sistema máximo de 100 puntos y la primera clasificación distingue entre: 1. antecedentes profesionales, que cubren hasta 70 puntos; 2. antecedentes académicos, que alcanzan hasta 30 puntos.

Dentro de los antecedentes profesionales, se reconocen los siguientes aspectos, con sus respectivos puntajes máximos: 1.a trayectoria, hasta 30 puntos; 1.b especialidad, hasta 40 puntos.

Dentro de la trayectoria, se tienen en cuenta:

1.a.1 Los antecedentes en el Poder Judicial o en el Ministerio Público, y se califica en función del cargo desempeñado y la antigüedad. A modo de ejemplo, para los concursos a juez/a de Primera Instancia –para juez/a de Cámara o de Casación, los puntajes son distintos–: ser empleado/a suma 1 punto por año; ser secretario/a de Primera Instancia suma 2 por año durante los primeros cinco años de antigüedad, y 2,5 puntos a partir del quinto año y hasta el décimo año; ser magistrado/a de Primera Instancia suma 3 puntos por año.

1.a.2 Antecedentes en el “ejercicio privado de la profesión, y/o desempeño de funciones públicas, y/o la actividad académica y/o la actividad científica” (art. 35 I.b del Reglamento de CPOADM/PJN). Aquí aparecen mezclados distintos tipos de “antecedentes” y el criterio a evaluar es exclusivamente la antigüedad, sin tenerse en cuenta el cargo ocupado. A modo de ejemplo, para un concurso de juez/a de Primera Instancia: los primeros años de antigüedad suman 1,5 puntos por año; entre los tres y cinco años, suman 1,75 puntos, y entre los cinco y los diez años suman 2 puntos, sin distinción en cuanto a si esa antigüedad es como litigante particular, profesor/a titular de una universidad pública o investigador/a del CONICET. Pero además de que no se realizan estas distinciones, estas trayectorias tienen menos puntaje en los antecedentes en el Poder Judicial o el Ministerio Público: por ejemplo, a partir del quinto año, un/a secretario/a de Primera Instancia suma 2,5 puntos por año, mientras que un/a investigador/a del CONICET, con la antigüedad, suma 2 por año.

Por su parte, dentro del apartado relativo a la especialidad, se observa:

1.b.1 El tiempo desempeñado en cargos que estén vinculados con el área cargo a concursar.

1.b.2 No se tienen en cuenta los cargos y las jerarquías. De esta manera, para un concurso a juez/a de Primera Instancia, suman 20 puntos por 2 años de antigüedad en la especialidad requerida, independientemente de que esos años sean de funcionario/a judicial, abogado/a litigante, profesor/a titular concursado en una universidad nacional o investigador/a del CONICET. Que el puntaje por especialidad no tenga en cuenta el tipo de cargo no es un aspecto menor, puesto que no tienen el mismo rigor las evaluaciones para el ingreso y permanencia al CONICET que el acceso a cargos de funcionario/a judicial, mientras que en el ejercicio de la profesión litigante no hay exámenes.

Finalmente, los 30 puntos que acreditan los antecedentes académicos, se distribuyen de la siguiente manera:

2.a Publicaciones (hasta 10 puntos): se otorgan hasta 3 puntos por libro en calidad de autor/a sobre la especialidad y hasta 1,5 puntos si es de otra materia; hasta

0,5 puntos por artículo si es de la especialidad y hasta 0,25 si no lo es. En este apartado llama la atención que no se valore la publicación en revistas indexadas, que suele ser de lo más tenido en cuenta en los ámbitos científicos rigurosos.

2.b Docencia (hasta 10 puntos): a diferencia del rubro trayectoria, en este apartado –que otorga un tercio del puntaje que la trayectoria– sí se tiene en cuenta el cargo docente ocupado: siendo que un puesto de titular concursado suma hasta 10 puntos y uno de auxiliar hasta 3. En todos los casos se debe acreditar una antigüedad mínima de dos años, pero a diferencia del sistema de la trayectoria y la especialidad, superado ese plazo mínimo, el tiempo en el cargo no es una variable a tener en cuenta.

2.c Posgrados (hasta 10 puntos): en este rubro, el sistema de puntaje no es tan cristalino ni detallado. Se consideran hasta 10 puntos por el título de doctor/a, y si se finaliza el ciclo formativo de la Escuela Judicial se asignan 8 puntos. De esta manera, en un escenario de escasa claridad, no parece muy prudente asignar casi el mismo puntaje a un título de doctor/a que a un ciclo formativo.

Este sistema de calificaciones moldea y estimula un tipo muy particular de juez o jueza, que analizaré luego que detalle las características de la prueba de oposición.

2.2. La prueba de oposición

Además de la calificación de los antecedentes, de la decisión de qué cuenta y qué no cuenta como mérito y cuáles méritos son más valorados que otros, la otra variable que condiciona el perfil de juez o de jueza es aquella que define qué se evalúa y qué no se evalúa en la prueba de oposición. Sobre la prueba de oposición, la Ley N° 24937 (y sus modificatorias) casi no brinda directivas, solamente menciona que debe ser escrita –anteriormente también tenía una parte oral– y que deben evaluarse aspectos teóricos y prácticos (art. 13 A.3). Por su parte, el artículo 31 del Reglamento de CPOADMJN articula la evaluación de estos aspectos prácticos y teóricos en la proyección de una sentencia o una resolución. Es el jurado el órgano encargado de confeccionar el temario de la prueba escrita, que debe ser informado a los/as aspirantes con 7 días hábiles de anticipación. El jurado también debe calificar la evaluación sobre 100 puntos, y si no hubiera acuerdo en el puntaje, debe surgir del promedio de las calificaciones que efectúe cada uno/a de sus integrantes.

En la evaluación a través de una prueba escrita, hay numerosos aspectos que quedan fuera: cualidades para formar equipos de trabajo, habilidades de trabajo en equipo, capacidades para preguntar y repreguntar –importante para procesos orales–, habilidades de redacción y escritura para que las sentencias no sean crípticas, entre otros. De todas maneras, qué contenidos se evalúan y cuáles no en el examen escrito, también definen los perfiles de jueces y juezas, y sobre ello creo que es posible realizar una revisión crítica.

Más allá de las particularidades que puedan tener los fueros penales, civiles, comerciales, laborales, administrativos y electorales, los juzgados y tribunales resolverán casos en un país atravesado por múltiples injusticias. Más allá del fuero y la instancia, el contexto de injusticias estructurales rodeará a todos y cada una de las controversias que resolverán los jueces y las juezas. Si bien es un tema ampliamente discutido en la teoría política contemporánea, al menos en principio y analíticamente, las situaciones de injusticias podrían reordenarse en injusticias de redistribución e injusticias de reconocimiento. Las primeras se vinculan con situaciones injustas en términos de distribución de bienes materiales –ingresos y riquezas–, las segundas se encuentran relacionadas con el menosprecio a ciertas prácticas identitarias o formas de vida. En principio, podríamos decir que la injusticia en la distribución de bienes materiales se resuelve con la igualdad en la distribución, mientras que la injusticia en el reconocimiento, se soluciona con el reconocimiento de las diferencias y el respeto por los distintos modos de vida. Finalmente, para cerrar este párrafo más conceptual, es importante tener en cuenta que las injusticias por redistribución y por reconocimiento operan de modo simultáneo en buena parte de los grupos sociales, y se retroalimentan –aunque ninguna es, necesariamente, causa ni consecuencia de la otra–.⁴

Teniendo en cuenta lo anterior, es interesante analizar si en los temarios de las evaluaciones se incluyen aspectos vinculados a la injusticia por redistribución y/o por reconocimiento. Dicho en otros términos, cobra relevancia indagar si los/as aspirantes jueces y juezas son evaluados y evaluadas respecto del contexto de injusticias en el que impartirán justicia. Para revisar este asunto, en el marco del Laboratorio de Estudios sobre Administración del Poder

4. Sobre la distinción entre injusticias por redistribución y por reconocimiento, sin que unas deriven de las otras, pero se retroalimenten de modo negativo, ver Fraser (2003, 2010).

Judicial, hemos analizado los temarios de las pruebas de oposición, para lo cual operativizamos el concepto de redistribución y reconocimiento mediante un indicador jurídico y otro conceptual. Con el indicador jurídico revisamos si se incluye en los temarios el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (vinculado a la injusticia por redistribución), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –también conocida como Convención Belém do Pará– y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (vinculadas a la injusticia por reconocimiento). Los indicadores conceptuales los hemos denominado perspectiva de clase y perspectiva de género, y no han sido elaborados de modo tan cerrado ni tan taxativo. Para la perspectiva de clase –indicador de la injusticia por redistribución–, revisamos si en el temario se incluyen asuntos vinculados a pobreza, indigencia, coeficiente de Gini, grupos en condición de vulnerabilidad, problemas de acceso a servicios públicos básicos. Por su parte, para construir el indicador de la perspectiva de género –vinculado a la injusticia por reconocimiento–, rastreamos si los temarios incluían alguno de estos asuntos: violencia contra las mujeres, géneros e identidades sexuales disidentes; protección de grupos vulnerables; brecha salarial; techo de cristal y piso pegajoso. Al construir estos indicadores conceptuales, indagamos no la regulación jurídica de estos asuntos, sino su inclusión en tanto categoría social, económica y política.⁵

Es importante destacar que, en el marco del Laboratorio, hemos construido los indicadores jurídicos y conceptuales pensando en que son temas que deberían ser oblicuos a cualquier caso judicial. En Argentina toda controversia judicial se resuelve en un contexto atravesado por injusticias de redistribución y reconocimiento, y aquello que, entiendo, resulta de relevancia, es si el sistema de evaluación incentiva las aproximaciones jurídicas y conceptuales sobre las injusticias por redistribución y por reconocimien-

5. Por ejemplo, el asunto de la indigencia tiene su tratamiento jurídico en el PIDESC, pero en la variable conceptual quisimos revisar si los y las aspirantes a jueces y juezas son evaluados y evaluadas por su conocimiento acerca de cómo se configura una situación de indigencia, cuáles son sus problemas en términos económicos, sociales, culturales, etc. De la misma manera, para construir el indicador de la perspectiva de género, hemos excluido aspectos que generalmente están vinculados a la violencia de género, pero se incluyen en el temario bajo su formulación jurídica, como es el caso del delito de trata de personas con fines de explotación sexual.

to. Dicho de otra manera, se trata de indagar si el perfil del juez o jueza esperado es un perfil situado, que conozca el contexto de injusticias por redistribución y reconocimiento y tenga las herramientas conceptuales y jurídicas para abordarlas o, más bien, se trata de un modelo de juez/a que resuelva sus casos con independencia de ese contexto. Para lograr nuestro cometido, hemos analizado los temarios que fueron publicados del 19 de octubre de 2010 al 22 de octubre de 2018, y de los 144 temarios que han sido indagados, los resultados son los siguientes:

- Solamente en 3 concursos se incluyó el PIDESC.⁶
- En ningún concurso se evaluaron los alcances de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, mientras que en 2 concursos sí se incluyó en el temario la Convención de Belém do Pará.⁷
- En 8 temarios apareció la perspectiva de género.⁸
- Solamente en un concurso se incluyó como tema la perspectiva de clase.⁹

De acuerdo con estos resultados, de 144 temarios que fueron publicados desde el 19 de octubre de 2010 hasta el 22 de octubre de 2018, en 133 (92,36%) no se evaluaron cuestiones vinculadas a injusticias por redistribución y por reconocimiento. Asimismo, es importante destacar que en los 10 concursos que sí se evaluaron, lo que representa solo algo más del 7% de los concursos, en 3 casos se incluyeron 2 de los indicadores (Concursos 369, 393 y 413).¹⁰

6. Concurso 314, para ocupar un cargo en el Juzgado Federal de General Roca; Concurso 404, para ocupar un cargo en el Juzgado Federal de Mendoza; y Concurso 413, para ocupar un puesto en la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal de la Capital.

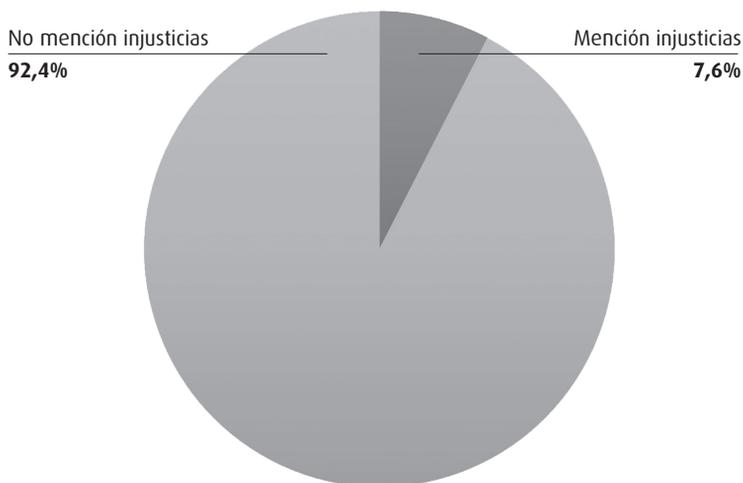
7. Concurso 369, para ocupar un cargo en la Cámara Nacional Civil; y Concurso 413, para ocupar un cargo en la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal de la Capital.

8. Concurso 267, para ocupar un cargo en el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 1 de la Capital Federal; Concurso 367, para ocupar un cargo en el Tribunal Oral en lo Criminal; Concurso 369, para ocupar un cargo en la Cámara Nacional Civil; Concurso 306, para ocupar un cargo en los Tribunales Orales en lo Criminal; Concurso 365, para ocupar cargos en juzgados nacionales de Primera Instancia del Trabajo; Concurso 366, para ocupar cargos en los tribunales orales en lo Criminal de La Plata; Concurso 400, para ocupar un cargo en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 26; y Concurso 393, para ocupar una vacante en la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata.

9. Concurso 393, para ocupar un cargo en la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata.

10. Para un análisis más detallado de los temarios, ver Laboratorio de Estudios sobre Administración del Poder Judicial (2019: 41-46 y Anexo 1).

Gráfico 1. Injusticias por redistribución y/o reconocimiento en los temarios de concursos (2010-2018)



Fuente: Laboratorio de Estudios sobre Administración del Poder Judicial (2019).

La omisión de la evaluación de los temas vinculados a injusticias por redistribución y/o reconocimiento, tanto en su faz más conceptual como en sus aspectos más jurídicos, no solamente es una debilidad de los jurados –que son los que estructuran los temarios–, sino también del propio Consejo de la Magistratura y hasta del Congreso de la Nación. Esto es así porque la evaluación de estas injusticias podría estipularse tanto en la ley que regula el Consejo como en el Reglamento de CPOADMJPJN dictado por el Consejo. Por otra parte, aunque este no será motivo de desarrollo, la inclusión de los temarios de perspectivas vinculadas a las injusticias por redistribución y reconocimiento debería traducirse en un jurado no conformado exclusivamente por abogados/as.

2.3. La entrevista personal

Corregida la prueba de oposición y finalizado el proceso de calificación de los antecedentes, la Comisión de Selección y Escuela Judicial debe realizar un primer orden de mérito. Se trata de un orden de (?)mérito(?) en el cual uno de los aspectos más relevantes es la antigüedad en la estructura judicial o

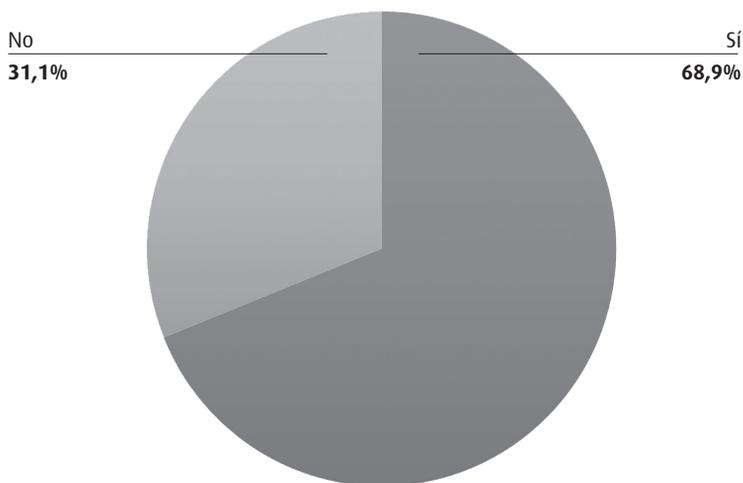
del Ministerio Público, y la evaluación escrita se limita a revisar la reproducción de contenidos estrictamente legales. Ahora bien, es importante tener en cuenta que este dudoso orden de mérito –dudoso por el exagerado puntaje asignado al paso del tiempo y los límites de los temas a evaluar en la prueba escrita– puede ser modificado por la entrevista personal.

De acuerdo con el artículo 40 del Reglamento de CPOADMPJN, la Comisión debe convocar para una entrevista personal, como mínimo, a los/as postulantes que se hubiesen ubicado en los primeros seis lugares del orden de mérito resultante de las pruebas de oposición y antecedentes. La entrevista tiene por objeto

valorar su [la del/la postulante] motivación para el cargo, la forma en que desarrollará eventualmente la función, sus puntos de vista sobre los temas básicos de su especialidad y sobre el funcionamiento del Poder Judicial, su criterio respecto de la interpretación de las cláusulas de la Constitución Nacional y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos que versan sobre control de constitucionalidad, así como de los principios generales del derecho. También serán valorados sus planes de trabajo, los medios que propone para que su función sea eficiente y para llevar a la práctica los cambios que sugiera, sus valores éticos, su vocación democrática y por los derechos humanos (art. 41 del Reglamento de CPOADMPJN).

Finalizada la entrevista, que debe ser pública, la Comisión tiene que aprobar la terna de candidatos/as con un orden de prelación. El resultado de la entrevista, que no otorga un puntaje específico, puede cambiar el orden de mérito que se había establecido con la evaluación de antecedentes y la prueba de oposición. De esta manera, el orden meritocrático –incluso con todas las dudas respecto de esos méritos– puede alterarse en función de la entrevista. En este sentido, de los 45 dictámenes emitidos desde enero de 2013 hasta diciembre de 2016 por la Comisión de Selección y Escuela Judicial en los que se informaba la realización de la entrevista y se confirmaba o alteraba el orden de mérito, en 31 de ellos, es decir, en el 68,8% de los casos, en más de 2 de cada 3 concursos el orden de mérito fue modificado luego de la entrevista personal.

Gráfico 2. Modificaciones del orden de mérito postentrevista personal (2013-2016)



Fuente: Laboratorio de Estudios sobre Administración del Poder Judicial (2019).

Si releemos el artículo 41 del Reglamento de CPOADMPJN observamos que los criterios a evaluar en la entrevista se vinculan, por una parte, con aspectos relacionados al funcionamiento del Poder Judicial, el conocimiento de la Constitución Nacional y otros aspectos generales del sistema jurídico; y, por otra parte, con planes de trabajo a desarrollar, vacación democrática y respeto por los derechos humanos. Tal como se advierte, la primera parte de los aspectos a ser tenidos en cuenta se superpone con aquello que se evalúa en la prueba de oposición escrita, y lo curioso es que estas son las razones que (supuestamente) motivan el cambio de orden de mérito postentrevista. En los 31 dictámenes que se modifica el orden de mérito, se enuncian los fundamentos que sustentan la decisión, que en general se vinculan a: el conocimiento del Poder Judicial y del cargo a ocupar; el compromiso con la gestión judicial; la solvencia en el conocimiento técnico y el destacable manejo de la doctrina y la jurisprudencia; la experiencia en cargos inferiores –variable evaluada y muy relevante en el apartado de antecedentes–. Asimismo, también se enuncian razones genéricas, difícilmente corroborables y cuantificables, tales como: solidez y claridad en las exposiciones, sentido común y prudencia, uso y organización adecuada del tiempo en las respuestas, gran motivación para ocupar el cargo concursado. De

esta manera, la entrevista cambia un orden de prelación construido sobre criterios (;)meritocráticos(?) utilizando, paradójicamente, variables muy similares a las que ya habían sido analizadas para armar tal orden. La entrevista parece reiterar una lógica similar a la prueba de oposición y en menor medida un examen de antecedentes, pero sus resultados ya no se encuentran tasados (como sucede con la evaluación de antecedentes), ni se realiza una corrección de modo anónimo (como ocurre con la prueba de oposición).

3. (Falta de) criterios de selección de jueces y juezas

El proceso de selección se encuentra marcado por un sistema de evaluación que privilegia la antigüedad en cargos similares (aunque inferiores a los concursados), antigüedad que se valora sin más, por lo que su meritocracia es discutible. Además, la prueba de oposición descuida revisar los conocimientos en cuestiones vinculadas a las injusticias por redistribución y reconocimiento –tanto en un plano conceptual como en una dimensión jurídica–. Finalmente, en dos tercios de los casos, los resultados de la calificación de antecedentes y prueba de oposición son modificados con criterios bastante discrecionales que, paradójicamente, invocan aspectos que ya habían sido calificados.

Con anterioridad a la instauración del Consejo de la Magistratura, la selección que realizaba el Poder Ejecutivo al enviar al Senado un pliego con un/a candidato/a para ocupar el cargo de juez/a no se sustentaba en ningún criterio preciso. Esto no implicaba que todas y cada una de las selecciones se realizaran de modo arbitrario, pero el Poder Ejecutivo podía escoger distintos criterios según tal o cual nombramiento. Con la incorporación del Consejo de la Magistratura y la implementación de los concursos públicos de antecedentes y oposición, podríamos esperar –o exigir– la puesta en práctica de una serie precisa de criterios que, a su vez, estilizan un modelo de juez o jueza que se pretende incorporar a la estructura judicial. Ahora bien, de una lectura de los reglamentos y prácticas del Consejo, la conclusión indica que los criterios precisos no resultan atractivos y que el sistema no garantiza que los/as ternados sean los mejores/as, incluso teniendo en cuenta esos criterios poco atractivos.

Al afirmar que los criterios precisos no resultan atractivos, reitero los problemas que tiene reducir los antecedentes a la mera antigüedad en un cargo

al interior de la estructura del Poder Judicial o del Ministerio Público. El exagerado peso que tiene la antigüedad en cargos que no tienen mecanismos de rendición de cuentas ni exámenes periódicos hace del mero transcurso del tiempo la variable más importante en el puntaje de los antecedentes. Asimismo, la prueba escrita impide calificar otros aspectos de la labor judicial, a la vez que la dimensión escrita se reduce a la elaboración de una sentencia o una resolución, sin la menor evaluación sobre aspectos vinculados a las injusticias por redistribución y por reconocimiento. De esta manera, el criterio que prima en el proceso de selección es el de contar con mucha antigüedad en un cargo similar al concursado y hacer una prueba escrita bastante parecida a la labor cotidiana desempeñada en ese cargo.

El criterio mencionado, de alguna manera, supone una mera reproducción de lo existente. Implica, siempre con matices y algunas grietas, que los cargos concursados sean ocupados por aspirantes que tienen una larga trayectoria en puestos similares. Pero el sistema ni siquiera garantiza que quienes conforman la terna sean, usando este pobre criterio, los/as mejores. Eso es así porque, al menos de la muestra analizada, en más de los dos tercios de los casos la entrevista con el Consejo modifica el orden de mérito resultante de los antecedentes y las evaluaciones. De esta manera, entonces, el actual sistema solo garantiza que los/as ternados tengan aprobado un examen pobre en sus dimensiones de análisis, e incentiva a –aunque, dada las modificaciones post-entrevista no garantiza– que cuenten con experiencia en un cargo similar. En términos comparativos con lo que sucedía antes de 1994, el sistema es algo más interesante. Pero solo algo más interesante.

La revisión crítica sobre los mecanismos de selección tenía como punto de partida un aspecto sino preocupante, al menos inquietante: en un sistema democrático, jueces y juezas no son elegidos/as popularmente. Pero, esta revisión tiene una continuidad, tanto o más inquietante, que será abordada a continuación: magistrados y magistradas no rinden cuentas ante la ciudadanía y no pueden ser removidos/as por decisión popular. Es a partir de este inquietante punto de partida, y esta inquietante continuidad, que cobra relevancia analizar cuáles son los mecanismos de rendición de cuentas de cargos que no son elegidos democráticamente y que son prácticamente vitalicios.

4. Disciplina y remoción de jueces y juezas

La Constitución de 1853 contemplaba que jueces y juezas fueran vitalicios/as en sus cargos y que solo podían ser destituidos/as mediante juicio político. Este mecanismo institucional implicaba que la Cámara de Diputados acusara a los/as magistrados/as por alguna de estas tres causales: mal desempeño, delito en ejercicio de las funciones o crímenes comunes. Luego de esta acusación, el Senado era el encargado de destituir al/la acusado/a o confirmarlo/a en su cargo. El juicio político era un mecanismo bastante costoso en términos institucionales, y requería mayorías agravadas: la Cámara de Diputados debía acusar con los dos tercios de los miembros presentes y la Cámara de Senadores destituir con la misma mayoría. Con la reforma constitucional de 1994 se estipuló que los jueces que cumplieran 75 años debían contar con un nuevo nombramiento,¹¹ y el mecanismo del juicio político se mantenía solamente para los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero para los/as de instancias inferiores intervenían el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento. Por su parte, con anterioridad a la reforma de 1994, jueces y juezas solo podían ser sancionados/as disciplinariamente por alguna de sus instancias superiores: era la propia estructura judicial la que tenía la potestad sancionatoria respecto de sus integrantes. A partir de la reforma, el Consejo de la Magistratura tiene atribuciones disciplinarias sobre jueces y juezas, competencia que antes de la reforma de 1994 era exclusiva de la Corte Suprema, y que permite advertir, apercibir y multar a los/as magistrados/as con hasta el 50% de sus salarios. En lo que sigue reseñaré algunos aspectos del proceso de destitución de jueces y juezas, y luego revisaré críticamente los restantes mecanismos disciplinarios.

11. La reforma de 1994 dispuso, en el art. 99, inc. 4, que los/as jueces/zas que cumplieran 75 años debían obtener un nuevo acuerdo del Senado de la Nación, que tendría una vigencia de cinco años. En el año 1999, en el caso "Fayt", la Corte Suprema declaró la nulidad de esa disposición, pero en el año 2017, en la causa "Schiffrin", restableció la validez de la cláusula.

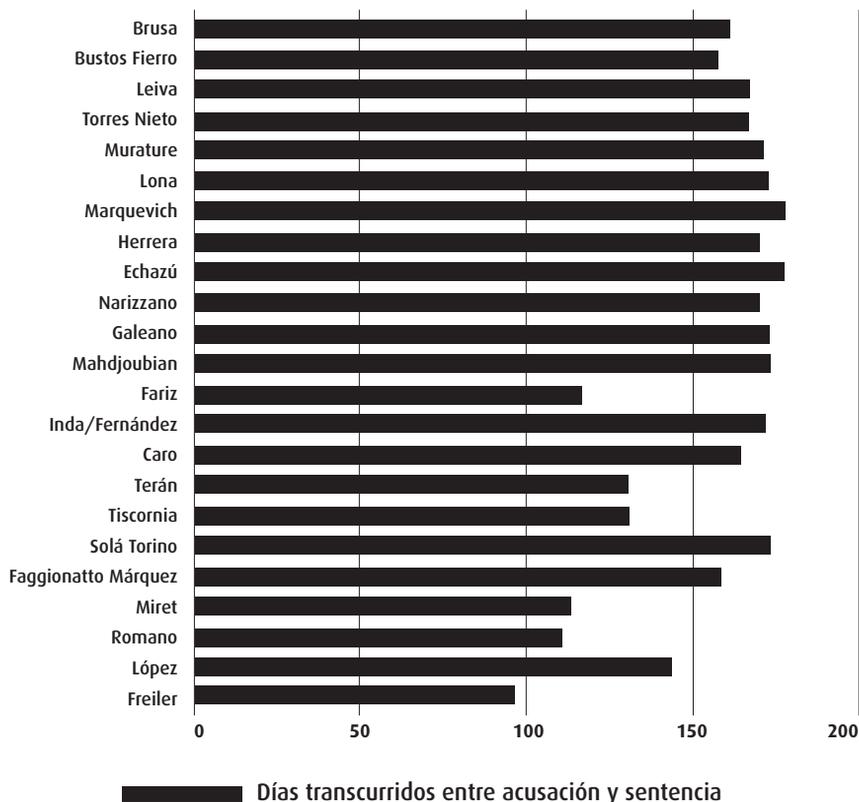
4.1. Destitución de jueces y Jurado de enjuiciamiento

El Consejo de la Magistratura puede acusar y suspender a jueces y juezas por mal desempeño, delito en el ejercicio de las funciones o crímenes comunes. La facultada para tramitar las denuncias que recaen sobre jueces y juezas es la Comisión de Disciplina y Acusación, que desde el inicio de funciones emitió 44 dictámenes con acusaciones por mal desempeño y/o delito en el ejercicio de las funciones, de los cuales 36 fueron aprobados por el plenario del Consejo de la Magistratura, mientras que 8 fueron rechazados. Por su parte, el órgano encargado de remover o confirmar en el cargo a los/as acusados/as es el Jurado de Enjuiciamiento.

En principio, el desarrollo del proceso en el Jurado de Enjuiciamiento no supone un tratamiento prolongado, puesto que el máximo estipulado es de 105 días (en ningún caso la ley aclara si se trata de días hábiles). Una vez presentada la acusación por parte del Consejo, se brinda al/la magistrado/a un plazo de 10 días para contestarla, tras lo cual se abre un período de 30 días para producir prueba, que se puede extender 15 días más. Finalizado el período de producción de pruebas, tanto el representante del Consejo de la Magistratura que acuse como el/la magistrado/a deben producir un informe final en un plazo que no puede exceder los 30 días. Producidos los informes finales, el Jurado debe resolver en un plazo no mayor a 20 días.

En ninguno de los casos tramitados por el jurado el plazo máximo de 105 días fue cumplido: el trámite que más se acercó fue el sustanciado contra el juez Romano, que duró 112 días; entre los que más se alejaron estuvieron los tramitados contra los jueces Marquevich y Echazú, que se extendieron por 180 días. El promedio de duración fue –tomado desde la formulación de la acusación hasta la resolución del caso– de 156 días.

Gráfico 3. Duración de los procesos en el Jurado de Enjuiciamiento (1999-2019)



Fuente: Laboratorio de Estudios sobre Administración del Poder Judicial (2018).

El primer proceso tramitado en el Jurado de Enjuiciamiento se inició en septiembre de 1999 y desde entonces se sustanciaron 36 acusaciones, que no se tradujeron en 36 sentencias del Jurado, porque 13 de ellas concluyeron antes de la sentencia: una por irregularidades en la acusación, otra por destitución del juez en otro procedimiento y once por renuncia del/a juez/a acusada/o. Es decir que casi uno de cada tres jueces/zas acusados/as renunció a su cargo antes de que el Jurado se expidiera, y esto no es menor, porque con la renuncia se detiene el proceso y, en definitiva, no terminan de salir a la luz las eventuales responsabilidades individuales ni los problemas estructurales que tiene el Poder Judicial.

De las 23 sentencias que el jurado efectivamente emitió, en 18 oportunidades se destituyó al/la juez/a acusado/a y en 5 casos los/as magistrados/as fueron confirmados/as en sus cargos. De las 18 destituciones, 16 fueron por mal desempeño y 2 por mal desempeño y comisión de delitos (sea en las funciones o comunes). No se produjeron destituciones por la exclusiva causal de comisión de delitos (sea en las funciones o comunes). De los 23 casos, 11 fueron resueltos por unanimidad, mientras que 12 incluyeron disidencia. Finalmente, si revisamos las competencias e instancias de cada uno/a de los/as magistrados/as sometidos/as a proceso en el Jurado, hallamos que la mayoría de los/as acusados/as y destituidos/as fueron jueces/zas de Primera Instancia de juzgados federales del interior del país.¹²

Jueces/zas sometidos a Jurado de Enjuiciamiento. Por instancias

Jueces de Primera Instancia	Jueces de cámara	Jueces de tribunal oral
17	5	1

Jueces/zas sometidos a Jurado de Enjuiciamiento. Por competencia

Jueces nacionales	Jueces federales de Capital Federal	Jueces federales de provincias
5	3	15

Jueces/zas destituidos/as. Por instancias

Jueces de Primera Instancia	Jueces de cámara	Jueces de tribunal oral
14	3	1

Jueces/zas destituidos/as. Por competencia

Jueces nacionales	Jueces federales de Capital Federal	Jueces federales de provincias
4	3	11

12. Para más detalle, ver Laboratorio de Estudios sobre Administración del Poder Judicial (2018: 29-32 y Anexo 1).

4.2. Rendición de cuentas y disciplina

La destitución de un/a magistrado/a sucede ante comportamientos extraordinariamente graves,¹³ pero podría sospecharse que jueces y juezas producen y reproducen otra serie de prácticas que son menos gravosas, que seguramente no deberían traducirse en destituciones, pero sí en algún tipo de reparación, reproche o incluso sanciones. El único mecanismo institucional de control y rendición de cuentas que tienen los jueces y juezas, es de tipo horizontal, y es el que funciona en la órbita del Consejo de la Magistratura, que los/as puede sancionar disciplinariamente como consecuencia de denuncias que sean presentadas por particulares, funcionarios/as del Poder Judicial y por los/as propios/as consejeros/as.

De acuerdo con el artículo 14 de la Ley N° 24937, las sanciones proceden ante faltas disciplinarias, que la propia ley enumera: 1. Infracción a las normas vigentes en materia de incompatibilidades y prohibiciones para la magistratura judicial; 2. Faltas de consideración y respeto a otros/as magistrados/as, funcionarios/as y empleados/as; 3. Trato incorrecto a abogados/as, peritos/as, auxiliares o litigantes; 4. Actos ofensivos al decoro de la función judicial, el respeto a las instituciones democráticas, los derechos humanos, o que comprometan la dignidad del cargo; 5. Incumplimiento reiterado de normas procesales y reglamentarias; 6. Inasistencia reiterada a la sede de trabajo o incumplimiento reiterado del horario de trabajo; 7. Falta o negligencia en el cumplimiento de sus deberes y de las obligaciones establecidas en el Reglamento para la Justicia Nacional.

Las sanciones las decide el plenario del Consejo con la mayoría absoluta de sus miembros presentes, previo trámite y dictamen de la Comisión de Disciplina y Acusación. El trámite se encuentra regulado por la Resolución N°98/2007, dictada por el propio Consejo el 22 de marzo de 2007. Recibida la denuncia, la Comisión debe sortear al/la consejero/a informante, quien podrá proponer la desestimación *in limine* de la denuncia, o abrir la investigación, en cuyo caso la denuncia deberá ser notificada al/la magistrado/a, quien tendrá 20 días para ejercer su derecho de defensa por escrito, y tam-

13. Para una breve referencia a las causales que motivaron las destituciones por mal desempeño, ver Laboratorio de Estudios sobre Administración del Poder Judicial (2017: 39-43).

bién podrá recusar a los/as consejeros por causales de parentesco o enemistad manifiesta. Luego de una investigación en la que se admiten todos los medios de prueba, el/la Consejero/a informante debe redactar un proyecto de dictamen, tras lo cual la Comisión deberá proponer al plenario del Consejo: a) desestimar la denuncia; b) aplicar una sanción disciplinaria o; c) abrir el procedimiento de remoción ante el Jurado de Enjuiciamiento y, eventualmente, suspender al/la magistrado/a. Finalmente, es importante tener en cuenta que, de acuerdo con la Ley N° 24937, “la decisión de abrir un procedimiento de remoción no podrá extenderse por un plazo mayor de tres (3) años contados a partir del momento en que se presente la denuncia contra el magistrado” (artículo 7, inciso 15). Asimismo, a renglón seguido se agrega que “cumplido el plazo indicado sin haberse tratado el expediente por la comisión, éste pasará al plenario para su inmediata consideración”. Estas disposiciones habilitan diferentes interpretaciones, por ejemplo, que pasados los tres años no puede abrirse un procedimiento de remoción, pero sí podrían aplicarse sanciones disciplinarias. De todas maneras, la práctica indica que, pasado este plazo, el Consejo desestima los expedientes con la sola invocación del tiempo transcurrido.

Para revisar, al menos parcialmente, el funcionamiento efectivo del mecanismo de control y rendición de cuentas ante el Consejo de la Magistratura, en el marco del ya mencionado Laboratorio de Estudios sobre Administración del Poder Judicial, hemos investigado todas las resoluciones del plenario del Consejo de la Magistratura, dictadas del 1° de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2017, relativas a denuncias sobre magistrados/as. En este período, el plenario del Consejo dictó 1.126 resoluciones concernientes a denuncias contra magistrados/as, desagregadas en: 281 en 2014; 167 en 2015; 444 en 2016; 234 en 2017.

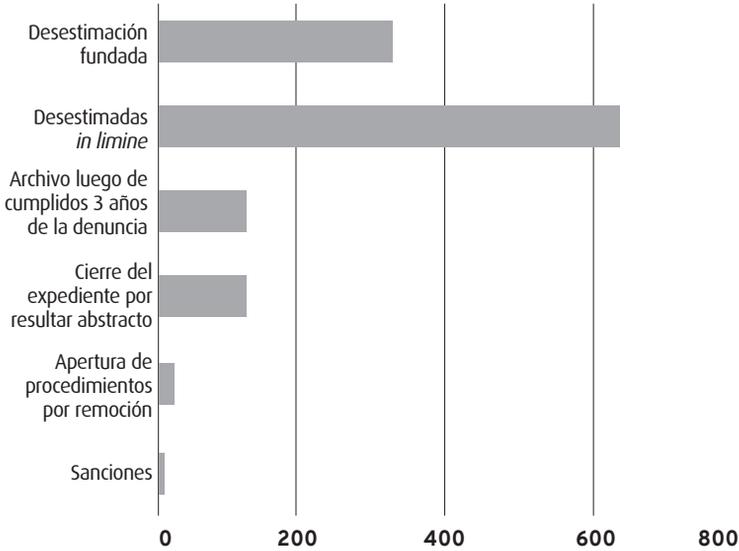
Las denuncias a magistrados/as pueden resolverse con: a- la desestimación de la denuncia; b- la aplicación de sanciones disciplinarias; c- la apertura del procedimiento de remoción y suspensión del/la denunciado/a. Las desestimaciones pueden ser: a.1- fundadas, es decir, explicitando las razones por las cuales se considera que las acusaciones no logran configurarse como una falta disciplinaria y/o no han sido debidamente probadas; a.2- *in limine*, esto es, cuando la denuncia es manifiestamente impertinente y no se profundiza en el examen de los hechos. Por su parte, las sanciones pueden ser:

b.1- advertencia, b.2- apercibimiento, b.3- multa de hasta un cincuenta por ciento (50%) de los haberes. Finalmente, existen otras posibles resoluciones: d- archivo por el transcurso de más de tres años de presentada la denuncia; e- cierre del expediente por resultar abstracto por renuncia del/a magistrado/a denunciado/a o por motivos similares; f- acumulación de la denuncia en otros expedientes.

En nuestro estudio revisamos cómo el Consejo resuelve las denuncias, y separamos entre: desestimaciones fundadas;¹⁴ desestimaciones *in limine*; archivo por el plazo de 3 años; cierre del expediente por resultar abstracto; aplicación de sanciones; apertura de procedimientos ante el Jurado de Enjuiciamiento. Si tomamos la totalidad del período analizado, los modos en que las denuncias fueron resueltas, se distribuyen de la siguiente manera: a- desestimación fundada: 27,44%. 309 casos; b- desestimadas *in limine*: 54,53%. 614 casos; c- archivo luego de cumplidos 3 años de la denuncia: 8,61%. 97 casos; d- cierre del expediente por resultar abstracto: 8,88%. 100 casos; e- apertura de procedimientos por remoción: 0,36%. 4 casos; f- sanciones: 0,18%. 2 casos. Según entiendo, hay varias maneras de leer el Grafico N° 4, pero más allá del número de sanciones y aperturas de procedimientos de remoción, la conclusión más inquietante es la que indica que casi tres de cada cuatro denuncias son resueltas sin siquiera revisar el fondo del asunto –porque se desestiman *in limine*, porque se declaran abstractas o porque se cierran al cumplirse los tres años–.

14. Para el caso de las desestimaciones fundadas podría hacerse una distinción entre aquellas que se sustentaron en razones de forma –a menudo asociadas con la ausencia de pruebas de las faltas denunciadas o con defectos formales de las propias denuncias– y las que se motivaron en razones de fondo, en las que generalmente se expone que los hechos denunciados son insuficientes para ser considerados una falta o son propios de la facultad jurisdiccional y por ello no merecen sanciones. Para un detalle sobre las desestimaciones por razones de forma y de fondo, ver Laboratorio de Estudios sobre Administración del Poder Judicial (2018: 48-54).

Gráfico 4. Denuncias resueltas por el Consejo de la Magistratura según modo de resolución (2014-2017)



Fuente: Laboratorio de Estudios sobre Administración del Poder Judicial (2018).

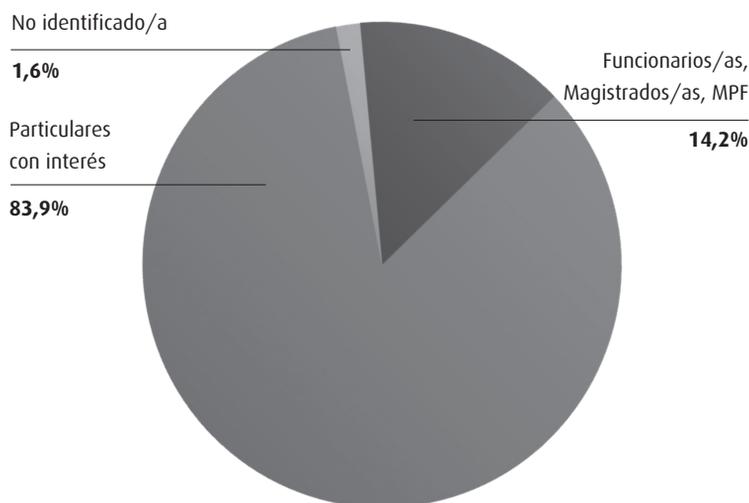
Los casos que se formalizaron en acusaciones fueron los de Eduardo Rodolfo Freiler (Res. N° 275/17), Néstor Montezanti (Res. N° 232/15), Raúl Juan Reynoso (Res. N° 268/15) y Axel Gustavo López (Res. N° 303/14). Por su parte, el 2014 se le aplicó una multa al juez Bonadío. La denuncia había sido presentada por una organización no gubernamental, por la inacción del magistrado en una causa penal vinculada con la venta de Tandano (Talleres Navales Dársena Norte). El Consejo entendió que la inacción del juez denotaba un supuesto de falta de diligencia, y aplicó una multa equivalente al 30% del haber mensual (Res. N° 313/14). De todas maneras, al año siguiente, la Corte Suprema revocó la multa porque consideró que se había aplicado luego de los tres años establecidos por la Ley N° 24937.¹⁵ Por su lado, en 2015, el Consejo aplicó un apercibimiento a la jueza Olga Pura Arrabal, quien había extraído co-

15. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Recurso- Bonadío s/ Res. 313/2014 del Consejo de la Magistratura", sentencia del 20 de agosto de 2015.

pias de un expediente que tramitaba en su juzgado para utilizarlo como prueba en otra causa patrimonial que la tenía como parte actora (Res. N° 19/15).

Agregado a lo anterior, uno de los aspectos que entiendo que cobra interés, es el relativo a los/as denunciantes. De las 1.126 denuncias que fueron resueltas en el período analizado, 945 (83,92%) habían sido presentadas por particulares con interés legítimo, 160 (14,21%) por funcionarios/as o magistrados/as del Poder Judicial o el Ministerio Público, 3 (0,27%) investigaciones se habían iniciado por denuncias de los/as propias/as consejeros/as y en 18 (1,6%) casos no se ha podido identificar el origen de la denuncia.

Gráfico 5. Denuncias resueltas por el Consejo de la Magistratura según tipo de denunciante (2014-2017)



Fuente: Laboratorio de Estudios sobre Administración del Poder Judicial (2018).

De acuerdo con los números que muestra el Gráfico n° 5, el porcentaje de denuncias presentadas por particulares sextuplica las investigaciones iniciadas por denuncias de funcionarios/as y/o magistrados/as del Poder Judicial y/o el Ministerio Público. Este interesante dato creo que merece cruzarse con otro que indica que el porcentaje de desestimaciones *in limine* de las denuncias presentadas por particulares triplica el porcentaje de las presentadas por funcionarios/as y magistrados/as: de las 945 denuncias presentadas por particulares con interés legítimo, 574 (60,74%) fueron desestimadas *in limine*; mientras que de las

160 denuncias presentadas por magistrados/as o funcionarios/as, solamente 39 (24,37%) fueron desestimadas *in limine*. Estos datos muestran una interesante e inquietante paradoja: quienes más denuncian, los/as particulares, lo hacen por razones que no motivan el análisis del Consejo. Mientras que quienes menos denuncian, los/as funcionarios/as y magistrados/as, sí suscitan un estudio sobre los alcances de los hechos denunciados. A la luz de estos datos podría sospecharse que quienes realmente están al tanto de las faltas disciplinarias cometidas por jueces y juezas son los/as funcionarios del sistema, que por distintas razones omiten denunciar actos que conocen. Un indicio que permite mantener esta sospecha es que, cuando denuncian, los motivos superan un mínimo umbral de solidez que impide al Consejo desestimarlos de modo superficial, *in limine*, y debe analizar los hechos denunciados y los argumentos que sustentan que se configura una falta disciplinaria.

4.3. ¿Rendición de cuentas y disciplina?

Realizar un balance sobre los procesos de destitución no es tarea sencilla porque necesitaría de una revisión más detallada de cada uno de los casos. En ese sentido, no habría que apresurarse a sostener que existieron muchas destituciones o, por el contrario, que se produjeron menos que las esperadas. Sin apresuramientos, sí podría sostenerse que, en términos generales, las acusaciones y destituciones se realizaron ante faltas extremadamente graves, y no es tan sencillo saber si este tipo de faltas se repiten con mayor frecuencia que las que se tradujeron en procesos de enjuiciamiento. Frente a este escenario, también sin apresuramientos, creo que podríamos preguntarnos qué sucede con faltas menores, seguramente más recurrentes y cotidianas, que no tienen tanta gravedad como para motivar una acusación ante el jurado, pero que deberían reprocharse y corregirse. Frente a este interrogante no puedo sino recuperar la contundencia de los resultados que arrojan las resoluciones de las denuncias: en el período 2013-2017, sobre 1.126 denuncias, se aplicaron solamente 2 sanciones. Y si bien no he realizado un estudio más amplio, estos cuatro años no parecen ser excepcionales, puesto que durante el período 1999-2017 se aplicaron solamente 44 sanciones, de las cuales únicamente 14 fueron multas.

Si en el período de cuatro años solamente 2 conductas de jueces y juezas merecieron algún reproche menor a la acusación ante el Jurado de Enjuiciamiento, en términos de diseño institucional, cuesta encontrarle sentido a todo el aparato de recursos económicos, simbólicos e institucionales que se ponen en funcionamiento con las denuncias que el Consejo recibe año a año, si la regla casi unánime es que jueces y juezas cumplen de modo impoluto su labor. Podríamos realizar otra lectura y suponer que en realidad jueces y juezas tienen este recto accionar porque al menor desvío saben que el Consejo de la Magistratura será implacable. Finalmente, podríamos realizar una tercera lectura y sospechar que no es tan cierto que el Poder Judicial funcione casi a la perfección, que en cuatro años se tendrían que haber reprochado y corregido muchas más que 2 conductas de jueces y juezas, pero que por diversas razones el Consejo no ha funcionado de modo adecuado o las acciones ni siquiera fueron denunciadas, las conductas quedaron impunes, y se reiteran y reproducen.

Dentro de los tres escenarios mencionados, en el segundo, el menos probable, el sistema parece funcionar (demasiado) bien. Sin embargo, en el primer escenario, el sistema de rendición de cuentas del Consejo carece de utilidad, porque carece de sentido controlar una estructura —como la judicial— que parece funcionar casi a la perfección. En el tercero de los panoramas, el sistema del Consejo también resulta bastante inútil, puesto que tal como está estructurado, resulta ineficaz para que los jueces y las juezas rindan cuentas. Esto se puede explicar por un mal tratamiento y resolución de las denuncias o porque conductas reprochables no llegan a ser denunciadas y, en ese caso, habría que instaurar mecanismos de rendición de cuentas —tales como auditorías— que permitan revisar la labor de los/as magistrados sin la necesidad de contar con denuncias. Más allá de las diferencias, los dos escenarios más probables llevan a coincidir en la necesidad de modificar el sistema de contralor: sea porque no es necesario, sea porque es inocuo.

5. Notas finales

En este trabajo he intentado mostrar algunos aspectos deficientes tanto en el sistema de selección como en la remoción y disciplina de jueces y juezas. Respecto del sistema de selección, mi intención ha sido relativizar el supuesto

critério meritocrático, que em boa parte se dilui em um sistema que premia a mera antigüidade em cargos similares a los concursados. Asimismo, puse de relieve que a situação se agrava com a matriz discrecional que, sobre este esquema dudosamente meritocrático, imprime a entrevista pessoal. Por sua parte, más allá de los casos de destitución de jueces y juezas, el sistema muestra una completa inutilidad como mecanismo de rendición de cuentas.

De esta manera tenemos un sistema de selección de jueces y juezas casi vitalicios/as que es dudosamente meritocrático, y estos jueces y juezas ocupan estructuras que carecen de mecanismos de rendición de cuentas. Está claro que estos dos problemas se retroalimentan: el sistema de selección no presenta mayores méritos y se usa para cargos que carecen de dispositivos de rendición de cuentas; leído de modo inverso, se puede afirmar que carecemos de sistemas de rendición de cuentas de cargos a los que se accede, además, sin elección popular y casi sin criterios meritocráticos.

Lo anterior no debe leerse como una acusación personal o puntual a jueces y juezas, que em muchos casos están repletos/as de méritos y realizan su labor de modo adecuado sin necesidad de ser reprochados por sus conductas y prácticas. De lo que se trata, lejos de revisar situaciones puntuales, es de evaluar estructuras más allá de los nombres propios. Lo anterior tampoco debe leerse como una apuesta por los sistemas meritocráticos con rendición de cuentas horizontales. Más bien, este análisis crítico debe situarse em un escenario em el cual todavía estamos em la trampa de asumir como regla aquello que debería ser excepcional, quizás limitado a algunos fueros e instancias: que el pueblo esté completamente ausente em los mecanismos de selección y rendición de cuentas de los cargos judiciales. Finalmente, también debe ubicarse em un panorama em el cual, aunque estemos em una mejor situación que antes de la reforma constitucional, no es posible pensar alternativas que no sean integrales, puesto que el mejor sistema de selección se vuelve obsoleto si luego no existen mecanismos de rendición de cuentas. De la misma manera, por más que tengamos los mejores sistemas de rendición de cuentas, poca utilidad tendrán si el acceso a los cargos sigue siendo tan poco atractivo.

Referencias

Fraser, N. (2003). Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation. En N. Fraser y A. Honnet, *Redistribution or Recognition*. Nueva York: Verso.

---- (2010). *Scales of Justice*. Nueva York: Columbia University Press.

Laboratorio de Estudios sobre Administración del Poder Judicial (2017). *Juicio a jueces y juezas*. José Clemente Paz: EDUNPAZ. Recuperado de <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/OMP/index.php/edunpaz/catalog/book/17>

---- (2018). *(¿)Rendición de cuentas(?) Jueces y juezas denunciados/as en el Consejo de la Magistratura*. José Clemente Paz: EDUNPAZ. Recuperado de <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/OMP/index.php/edunpaz/catalog/book/20>

---- (2019). *Elección de Jueces y Juezas. Demoras y (falta de) criterios*. José Clemente Paz: EDUNPAZ. Recuperado de <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/OMP/index.php/edunpaz/catalog/view/29/41/111-1>

Repensar al Ministerio Público Fiscal en clave democrática

*Fernando Braccini**

1. Introducción

El Ministerio Público ha sido una de las innovaciones de la reforma constitucional de 1994 en materia institucional. Desde ese entonces, el rol del Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa ha cambiado sustancialmente, ya que ambas instituciones adquirieron un protagonismo que no tenían antes de la reforma constitucional. En este trabajo reflexionaré acerca del modo en que ha sido organizado el Ministerio Público Fiscal luego de que se le reconociera *status* constitucional.

Comenzaré presentando los antecedentes de la reforma de 1994 en relación al Ministerio Público Fiscal, y cómo se encuentra regulado en el artículo 120 de la Constitución Nacional. Tras ello, analizaré críticamente cómo se ha reglamentado legalmente dicha norma constitucional. En particular, me detendré a analizar tres asuntos específicos: (i) La potestad del Congreso de la Nación para establecer el juicio político del procurador general de la nación; (ii) La organización del Ministerio Público Fiscal como reflejo del Poder Judicial; (iii) El problema democrático del Ministerio Público Fiscal. Sobre el primer asunto, argumentaré que el Congreso se encuentra facultado para establecer el juicio político como mecanismo de remoción del procurador general. Sobre las otras dos cuestiones, argumentaré que es necesario implementar reformas para corregirlas. Seguidamente, presentaré lineamientos generales para la reforma del Ministerio Público Fiscal en miras a corregir estas

* Agradezco a Mauro Benente, Gustavo Bruzzone y Sebastián Guidi por sus valiosos comentarios sobre una versión borrador de este trabajo.

cuestiones. Con ese propósito, argumentaré en favor de la elección popular del procurador general, de la periodicidad de su mandato, de dotar al procurador de herramientas para hacer cumplir sus instrucciones generales, y de mecanismos que garanticen mayor transparencia, participación y control en el ámbito del Ministerio Público Fiscal.

2. La regulación previa a la reforma de 1994: El Ministerio Público Fiscal como parte del Poder Judicial de la Nación

La primera aparición de la figura del fiscal en la Constitución fue a través del artículo 91 de la Constitución de 1853, que establecía que la Corte Suprema estaría integrada por cinco jueces y dos fiscales. Sin embargo, aquel paso de los fiscales por la Constitución fue fugaz, dado que serían eliminados de la integración de la Corte Suprema en la Constitución de 1860. Su regreso al texto constitucional debería esperar hasta 1994.

A nivel subconstitucional, los fiscales aparecieron en el sistema legal argentino a través del artículo 6 de la Ley N° 27 de Organización de la Justicia Nacional, promulgada en 1862. En dicho artículo se establecía que la Corte Suprema se encontraría compuesta por cinco jueces y un procurador general. Casi 30 años más tarde, la Ley N° 1893 de Organización de los Tribunales de la Capital Federal estableció una regulación más exhaustiva. Esta norma fijó por primera vez la misión institucional del Ministerio Público (entre otras, “defender la causa pública” y “promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales” representar y defender la causa pública”), y reguló la actuación de los “agentes fiscales” de instancias inferiores. Por otra parte, el artículo 121 de la Ley N° 1893 establecía que los fiscales debían ser nombrados de manera idéntica a los jueces ante los cuales actuarían (por ejemplo, un fiscal que actuara ante juzgados de primera instancia debía ser designado del mismo modo que un juez de primera instancia).

La figura del procurador general como integrante de la Corte Suprema de Justicia fue reiterada a través del artículo 21 de la Ley N° 13998 de Nueva Organización de la Justicia Nacional de 1950, y el artículo 21 del Decreto-Ley N° 1285/58. Incluso, el Decreto-Ley N° 1285/58 establecía, en su artículo 22, que el procurador general de la nación era el primer reem-

plazo en caso de recusación, impedimento, vacancia, o licencia de un juez de la Corte Suprema. Ni la norma de 1950 ni la de 1958 hacían mención alguna a las funciones y mecanismos de designación del procurador general o de los fiscales inferiores. Sí reiteraban que los requisitos para ser procurador general de la nación eran los mismos que para ser ministro de la Corte Suprema (art. 4 de ambas normas).

Los códigos de procedimientos también reconocieron desde muy temprano la figura de los fiscales y su potestad para ejercitar la acción penal de carácter público. En efecto, el rol de los fiscales como titulares de la acción penal pública fue establecido en el artículo 14 del Código de Procedimientos en lo Criminal para la Justicia y los Tribunales Ordinarios de la Capital y Territorios Nacionales, aprobado a través de la Ley N° 2372 de 1887. En los artículos 114 y 115 de este código se previó cómo actuaría el Ministerio Público Fiscal en los Territorios Nacionales y en la Capital Federal, y los artículos 117 y 118 establecieron las funciones de los fiscales conforme su jerarquía. Dada la asimilación legislativa entre jueces y fiscales, no resulta sorprendente que el artículo 114 del Código facultara a los jueces federales de sección y a los jueces de los territorios nacionales a nombrar procuradores fiscales especiales en caso de ausencia de los procuradores fiscales titulares. Asimismo, facultaba a los jueces a decidir acerca de las excusaciones de los fiscales (art. 120), y a determinar sus “honorarios” (art. 122).

Otra muestra de subordinación de la figura del fiscal a la del juez, y también de confusión de los roles de acusar y de juzgar, puede advertirse en el artículo 460 del Código de Procedimientos. Esta norma establecía que, si el fiscal o el acusador particular consideraban que la causa no debía pasar a la instancia de plenario para dictar sentencia, el juez solo dictaría el sobreseimiento si estaba de acuerdo con ello. Caso contrario, elevaría la causa al procurador general para que se expidiera al respecto. Una regulación similar puede encontrarse en el segundo párrafo del artículo 348 del vigente Código Procesal Penal de la Nación, declarada inconstitucional por la Corte Suprema en 2004 (*Fallos* 327:5863).

El Código Procesal Penal de la Nación de 1991 reitera en sus artículos 5 y 65 que la acción penal pública se encuentra bajo el dominio exclusivo de los fiscales. Si bien el llamado Código Levene estableció un sistema procesal penal mixto —lo cual representó un paso hacia un sistema más acusatorio—, lo cierto es que continuó asimilando, y en algunos casos subordinando, la figura

de los fiscales a la de los jueces. Por ejemplo, en el Libro I, Título IV, Capítulo I, el Código asume una organización de los fiscales que refleja a la del Poder Judicial. Por otra parte, tal cual ocurría en el Código de 1887, el Código Levene atribuyó a los jueces la facultad de decidir acerca de la procedencia de las excusaciones de los fiscales,¹ y estableció el procedimiento de elevación en consulta mencionado previamente (art. 348, segundo párrafo).

Como puede advertirse, la figura del fiscal ha sido históricamente concebida en la tradición legal argentina en términos de subordinación y dependencia a la figura del juez. Probablemente por una fuerte influencia del sistema procesal francés, el régimen procesal argentino ha tratado al fiscal como una suerte de anexo del juez. A diferencia de la tradición anglosajona, que ha separado con claridad el ejercicio de las funciones de acusación y juzgamiento, nuestro sistema las ha confundido persistentemente (Binder, 2014; Braccini, 2014; Maier, 1993 y 2004). Con estos antecedentes se llegó a la reforma constitucional de 1994.

3. La regulación constitucional del Ministerio Público

Ante la ausencia de una norma que previera el mecanismo de designación del procurador general de la nación, en septiembre de 1989 el presidente Carlos Menem nombró por decreto a Oscar Roger.² Si bien esta designación se alejaba de la práctica sostenida de designaciones de los procuradores generales (Becerra, 2004: 52), lo cierto es que la única norma que regulaba al procurador general era el mencionado Decreto-Ley N° 1285/58, que se limitaba a definir que aquel integraba la Corte Suprema de Justicia. El Poder Ejecutivo justificó su decisión en el carácter netamente ejecutivo del Ministerio Público Fiscal, y en que la Ley N° 1893 le atribuía la representación de los intereses del Estado nacional. Tras ser ampliada a nueve miembros, la Corte Suprema de Justicia convalidó en 1991 la remoción del Fiscal de Investigaciones Admi-

1. Código Procesal Penal de la Nación (Ley N° 23984), art. 71, segundo párrafo. El Código utiliza el término "inhibición" en lugar de "excusación".

2. PEN, Decreto N° 757/89.

nistrativas por medio de un decreto presidencial.³ Todo esto generó un fuerte debate acerca del Ministerio Público Fiscal, que motivó, en buena medida, la inclusión del “Ministerio Público como órgano extrapoder” en la Ley Declarativa de Necesidad de Reforma.⁴

Las diferencias acerca del diseño institucional del Ministerio Público al interior de Convención Constituyente estuvieron cerca de impedir su inclusión en el nuevo texto constitucional. El limitado acuerdo en la materia explica lo exiguo del artículo 120 de la Constitución Nacional, único artículo de la sección cuarta de la Constitución. Este artículo se limita a otorgar jerarquía constitucional al cuerpo de fiscales y a la defensa pública, a establecer las funciones principales de este órgano, a enunciar su independencia y a establecer garantías funcionales para asegurarla. La definición de cualquier otro aspecto fue dejada en manos del Congreso Nacional. De acuerdo al convencional Masnatta, miembro informante del dictamen de mayoría de la Comisión de Sistemas de Control, la norma venía a resolver los debates existentes acerca de la ubicación institucional del ministerio público, al establecerlo “como una magistratura autónoma y como un órgano extrapoder” (*Diario de Sesiones*, 1994: 4671-4672). Con ese objetivo, explicó el miembro informante, se estableció un Ministerio Público independiente de cualquiera de los tres poderes, lo cual a su juicio le permitiría cumplir mejor con sus funciones constitucionales. Para lograr esa independencia, se dotó a los miembros del Ministerio Público con inmunidades funcionales e intangibilidad en sus remuneraciones. A su vez, se les impuso el deber de obrar en “coordinación con las demás autoridades de la República”, lo cual reafirma su ajenidad respecto a los tres poderes.

Los convencionales constituyentes de 1994 fueron conscientes de que la modesta extensión del artículo 120 era insuficiente para regular el funcionamiento de la defensa pública y el cuerpo de fiscales de manera adecuada. Por esa razón, se encomendó al Congreso Nacional la definición de estas cuestiones.

3. CSJN, *Fallos* 314:1091.

4. Ley N° 24309, art. 2, inc. d, apartado G.

4. Las leyes orgánicas: la Ley N° 24946 de 1998 y la Ley N° 27148 de 2015

Tras la reforma constitucional, el Congreso dictó en 1998 la Ley N°24946 Ley Orgánica del Ministerio Público. En 2015, esa norma sería reemplazada por dos leyes orgánicas, una para el Ministerio Público Fiscal y otro para el Ministerio Público de la Defensa.

La Ley N° 24946, fue la primera que reguló de manera integral la actividad del Ministerio Público, abarcando tanto al cuerpo de fiscales como a la defensa pública. La norma reafirmó la separación entre el Ministerio Público y el Poder Ejecutivo, al establecer en su artículo 27 que el primero no tenía la función de representar en juicio al Estado o al Fisco, ni asesorar de manera permanente al Poder Ejecutivo. Si bien la norma reguló de manera independiente las obligaciones y potestades de fiscales y defensores, estableció sus funciones conjuntamente, algo problemático si se tiene en cuenta que las funciones de defensores y fiscales son muy distintas y, a menudo, contradictorias. La diversidad de funciones que debía cumplir el Ministerio Público era muy amplia, y muchas de esas funciones se encontraban en conflicto entre sí. Afortunadamente, esto fue subsanado a través de las leyes n° 27148 y 27149 de 2015.

La Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (Ley N° 27148), que era parte de un conjunto de normas orientadas a la implementación del código procesal penal aprobado en 2014, mejoró en muchos aspectos la regulación establecida por la ley orgánica anterior. Por ejemplo, fijó atribuciones, deberes, obligaciones, y principios de actuación coherentes con el ejercicio de la acción penal pública. A su vez, ha establecido algunas innovaciones en la organización del Ministerio Público Fiscal, tales como la creación del Consejo General del Ministerio Público Fiscal para asistir al procurador general en sus tareas de gobierno, o la creación de las procuradurías especializadas para brindar apoyo a los fiscales sobre temáticas específicas. Si bien este tipo de medidas contribuyeron a hacer más dinámica la estructura del Ministerio Público Fiscal, la nueva ley orgánica no modificó los engranajes institucionales más básicos, sobre los cuales se monta toda la estructura funcional del Ministerio Público Fiscal. Las Leyes N° 24946 y 27148 establecieron regulaciones idénticas en lo que se refiere a mecanismos de designación y remoción de los

miembros del Ministerio Público Fiscal, los requisitos para acceder a cargos, la estabilidad en dichos cargos, y el modo de definir salarios.

De acuerdo a las leyes orgánicas, y tal como lo establece el artículo 120 de la Constitución, el procurador general de la nación es el jefe del Ministerio Público Fiscal. Es designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, otorgado por dos tercios de sus miembros presentes (Ley N° 24946, art. 5 y Ley N° 27148, art. 11). En el caso de los fiscales inferiores, el Poder Ejecutivo debe elegir un candidato de una terna enviada por el procurador general, tras la realización de un concurso de oposición y antecedentes, y luego el Senado dar su acuerdo a la designación (Ley N° 24946, art. 5 y Ley N° 27148, arts. 48 y 49). Tanto el procurador general como los fiscales inferiores gozan de estabilidad en sus cargos hasta los 75 años, mientras dure su buena conducta. Una vez cumplida esa edad, su designación puede renovarse sucesivamente por cinco años (Ley N° 24936, art. 13, y Ley N° 27148, art. 62). No es difícil advertir la similitud de este régimen de designaciones, requisitos y estabilidad con el de los jueces.

Los requisitos para acceder a cargos en el Ministerio Público Fiscal son idénticos a sus equivalentes en el Poder Judicial: para ser procurador general y procurador fiscal se requiere ser abogado con 8 años de ejercicio y cumplir con los requisitos necesarios para ser senador, tal como se exige para ser juez de la Corte Suprema (arts. 111 de la Constitución Nacional, art. 7 Ley N° 24946 y arts. 11 y 46 Ley N° 27148); para ser fiscal general se requieren los mismos requisitos que para ser juez de las cámaras de casación penal, cámaras de apelaciones, o de tribunales orales (art. 5 del Decreto-Ley N° 1285/58 ratificado por Ley N° 14467, art. 7 Ley N° 24946, y art. 46 Ley N° 27148); para ser fiscal se requieren los mismos requisitos que para ser juez de primera instancia (art. 6 del Decreto-Ley N° 1285/58 ratificado por Ley N° 14467, art. 7 Ley N° 24946, y art. 47 Ley N° 27148). En igual sentido, el procurador general de la nación y los fiscales inferiores tienen las mismas remuneraciones que los jueces de jerarquías equivalentes (Ley N° 24946, art. 12 y art. 61, Ley N° 27148).

Algo similar ocurre con los mecanismos de remoción. Al igual que en el caso de los jueces de la Corte Suprema, la remoción de procurador general procede únicamente tras ser condenado en juicio político por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones, o por la comisión de delitos en el ejercicio de

sus funciones o delitos comunes (art. 53 de la Constitución Nacional, art. 18, Ley N° 24946 y art. 76, Ley N° 27148). El procedimiento de remoción para los fiscales inferiores se inicia a partir de una decisión del procurador general o de una denuncia, se sustancia ante un tribunal de enjuiciamiento, y consiste en un proceso público y contradictorio (art. 19, Ley N° 24946, art. 76, Ley N° 27148). Este procedimiento es muy similar al que se utiliza para la remoción de los jueces, aunque con dos diferencias. En primer lugar, mientras la apertura del procedimiento de remoción de los fiscales depende de la decisión del procurador general, en el caso de los jueces depende de una decisión de la Comisión de Acusación del Consejo de la Magistratura. En segundo lugar, el procedimiento de remoción de los fiscales no se sustancia en la órbita del Consejo de la Magistratura, como ocurre con los jueces, sino ante un tribunal de enjuiciamiento dentro del Ministerio Público Fiscal. La integración de este tribunal es, de todos modos, muy similar al jurado de enjuiciamiento del Consejo de la Magistratura, en la medida en que se encuentra integrado por representantes del Poder Ejecutivo, del Senado, de la academia, de los abogados matriculados a nivel federal y del Ministerio Público Fiscal (Ley N° 24937).

5. Aspectos problemáticos de la regulación legal del Ministerio Público Fiscal

En esta sección me detendré a analizar tres cuestiones específicas del diseño institucional del Ministerio Público Fiscal que han resultado problemáticas: (i) La discusión acerca de la creación legislativa del juicio político para remover al procurador general; (ii) La asimilación de los fiscales y los jueces; (iii) El déficit democrático del Ministerio Público Fiscal. La primera de ellas ha generado una importante discusión, sobre la cual me propongo intervenir a efectos de demostrar que el juicio político como mecanismo de remoción del procurador general es constitucionalmente admisible. Las otras dos cuestiones constituyen problemas del diseño del Ministerio Público Fiscal que, argumentaré, es necesario corregir a través de la legislación.

5.1. El juicio político como mecanismo de remoción del procurador general de la nación

En los últimos años tuvo lugar un debate acerca del mecanismo de remoción del procurador general de la nación. La discusión se produjo luego de que algunos legisladores y miembros del Poder Ejecutivo dijeran públicamente que la entonces procuradora general, Alejandra Gils Carbó, debía ser removida de su cargo. El debate continuó con un proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo⁵ que proponía, entre otras cosas, flexibilizar el mecanismo de remoción del procurador general. De acuerdo al proyecto, tanto el presidente de la nación como la Cámara de Diputados (por mayoría simple) podrían requerir su remoción al Senado, el cual podría disponerla con el voto de dos tercios de los miembros presentes.

El debate se intensificó a partir de la discusión del proyecto en el Congreso y de las declaraciones de actores políticos clave como el ministro de Justicia, Germán Garavano, y el presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, Pablo Tonelli. Mientras el ministro manifestó que el Congreso había obrado inconstitucionalmente al establecer legislativamente el régimen de juicio político del procurador general (La Nación, 2017a), el diputado Tonelli expresó que era constitucionalmente permisible para el presidente de la nación remover al procurador general por decreto (La Nación, 2017b).

Al momento en que este debate estaba teniendo lugar, la organización Será Justicia y el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires iniciaron acciones judiciales solicitando la declaración de inconstitucionalidad del artículo 76 de la Ley N° 27148, que establece el juicio político para la remoción del procurador general. El juez Pablo Cayssials hizo lugar a la demanda y declaró la inconstitucionalidad de la norma, por considerar que el legislador no se encontraba facultado a establecer legalmente el régimen de juicio político previsto en la Constitución.⁶ Sin embargo, la decisión no quedó firme debido a que, tras la renuncia de la procuradora Gils Carbó, los

5. HCDN, 5-PE-16.

6. Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal 9, "Será Justicia y otro c/ Estado Nacional s/ Proceso de Conocimiento", Expte. 24971/17, 20 de octubre de 2017.

actores desistieron de la acción y de su derecho.⁷ Al fundamentar su decisión, el juez argumentó que existía una tendencia del constituyente a acotar el número de funcionarios pasibles de remoción a través del juicio político. En favor de esa interpretación destacó que el constituyente argentino no replicó el régimen de *impeachment* de la Constitución de Estados Unidos, sino que redujo la cantidad de funcionarios a los cuales aplicó el juicio político. Reforzó su hipótesis argumentando que el constituyente de 1860 excluyó a los legisladores y gobernadores provinciales del régimen de juicio político, y que el constituyente de 1994 lo hizo respecto de los jueces de primera instancia y de cámara. Por esa razón, el juez estimó que el listado de funcionarios pasibles de juicio político previsto en el artículo 53 de la Constitución resultaba taxativo y, como tal, no pasible de ampliación legislativa.

Por otra parte, el juez citó el precedente “Molinas, Ricardo Francisco” dictado en 1991 por la Corte Suprema de Justicia (*Fallos* 314:1091), en el cual se admitió que el fiscal general de Investigaciones Administrativas fuera removido por decreto del Poder Ejecutivo. Según la Corte, la Ley N° 21383, que establecía el juicio político de este funcionario, resultaba inconstitucional. Ello, debido a que ese mecanismo de remoción solo podía ser establecido por la Constitución. El juez Cayssials también expresó que el Congreso carecía de facultades para ampliar la nómina de funcionarios pasibles de juicio político, pues los funcionarios bajo ese régimen de remoción se encontraban exentos de ser perseguidos y procesados penalmente, y semejante privilegio solo podría ser previsto constitucionalmente. Asimismo, argumentó que, si bien el procurador general había sido incorporado en el artículo 120 de la Constitución, el constituyente no lo había incluido en el listado del artículo 53. Por estas razones, el juez Cayssials concluyó que el artículo 76 de la Ley N° 27148 era inconstitucional.

A continuación, formularé algunas observaciones en virtud de las cuales entiendo que la sentencia del juez Cayssials resulta inadecuada. En primer lugar, a diferencia de lo que ocurrió con el jefe de Gabinete de Ministros —a

7. De acuerdo al sitio de consulta www.pjn.gov.ar, el 5 de septiembre de 2018, los actores renunciaron a la acción y a su derecho expresando que carecían de todo interés en el caso “pues la circunstancia determinante del presente proceso, es decir, [...] procurar la remoción de la Dra. Alejandra Gils Carbó por mal desempeño en sus funciones, carece hoy de toda actualidad con la renuncia de la citada persona”.

quien estableció como sujeto pasible de juicio político (art. 53 de la Constitución)— y al defensor del pueblo —cuya remoción se encuentra a cargo de las dos cámaras del Congreso mediante el voto de dos tercios de sus miembros presentes (art. 86 de la Constitución)—, introducidos en la reforma de 1994, en el caso del Ministerio Público Fiscal el constituyente de 1994 guardó silencio acerca del mecanismo de remoción del procurador general. Si bien podría haber establecido un mecanismo específico, como lo hizo con el jefe de Gabinete y el defensor del pueblo, la dificultad de alcanzar consensos condujo a que la Convención Constituyente delegara la definición de este asunto al Congreso Nacional. Posiblemente, bajo la convicción de que un debate más prolongado permitiría zanjar las diferencias que existían en la materia.

La delegación al Congreso Nacional fue realizada sin otro condicionamiento que el respeto de la independencia y la autonomía del Ministerio Público, expresamente previstos en el artículo 120 de la Constitución. De acuerdo al convencional Masnatta, de aprobarse la cláusula constitucional en cuestión

la ley [pondría] los matices y [debería] hacerlo con imaginación y creatividad para que sin la nostalgia de la pertenencia anterior los fiscales y los defensores [tuvieran] un marco apto para crear nuevos caminos que permitan que haya más y mejor justicia para los argentinos (*Diario de Sesiones*, 1994: 4678).

Es más, luego de que el convencional Sachem interpelara a sus pares preguntándoles: “¿Quién va a nombrar a los integrantes del Ministerio Público? ¿Quién los remueve y cómo? ¿Cuánto duran? ¿Cuándo comienza su existencia? Eso no figura en el dictamen de mayoría” (*Diario de Sesiones*, 1994: 4682), el convencional Barra replicó: “En el caso del Ministerio Público, o del ministerio fiscal en general, la Constitución sólo va a definir el modelo para que, en base a ello, el Congreso de la Nación defina su regulación en detalle” (*Diario de Sesiones*, 1994: 4683).

Ante el silencio del artículo 120 y las expresiones formuladas por varios convencionales constituyentes en el debate, corresponde interpretar que el constituyente autorizó implícitamente al Congreso a establecer el mecanismo para la remoción del procurador general y el defensor general que considerara pertinente, el juicio político incluido.

Por otra parte, resulta equivocado deducir una restricción en la potestad del Congreso basada en supuesta tendencia del constituyente a limitar la nómina de sujetos pasibles de juicio político. Si bien es cierto que la reforma de 1860 excluyó algunos sujetos del régimen de juicio político, resulta un tanto forzado concluir que existe una tendencia en esa dirección cuando la nómina no volvió a modificarse sino 134 años más tarde, en la reforma de 1994. La falsedad de dicha hipótesis deviene evidente cuando advertimos que, además de excluirse a los jueces inferiores, en 1994 también se introdujo un nuevo sujeto a este régimen de remoción: el jefe de Gabinete de Ministros. En la medida en que el constituyente ha excluido, pero también incorporado, sujetos pasibles de juicio político, entiendo que no es posible formular ninguna conclusión para limitar las potestades del Congreso sobre esta cuestión.

Existe, a su vez, una tercera razón en apoyo de la constitucionalidad del artículo 76 de la Ley N° 27148: el sometimiento de un funcionario al régimen de juicio político no vulnera el principio de igualdad ante la ley porque no excluye la posibilidad de que sea perseguido penalmente. La principal objeción de la doctrina constitucional en contra de la creación legislativa de nuevos sujetos pasibles de juicio político se asociaba a lo problemático que resultaba otorgar a un funcionario el privilegio de no ser perseguido penalmente, y es por este motivo que establecer legislativamente el juicio político se consideraba violatorio del principio de igualdad ante la ley. Más allá de lo correcto o incorrecto de esta interpretación, lo cierto es que la preocupación fundada en la existencia de un privilegio cede en la medida en que la Ley de Fueros del año 2001 (Ley N° 25320) estableció que cualquier funcionario, sea o no pasible de juicio político, puede ser perseguido penalmente e incluso condenado por la comisión de un delito. Esto es complementado por el artículo 9 inciso J de la Ley N° 27148, que establece el principio de “responsabilidad”, en virtud del cual se sujeta a todos los miembros del Ministerio Público Fiscal a la “responsabilidad administrativa y penal correspondiente”.

De tal manera, al admitirse la persecución penal de los funcionarios pasibles de juicio político, no hay motivos para sostener que este instituto viola la igualdad ante la ley. A diferencia de lo que ocurre con el proceso penal, el juicio político es un mecanismo para excluir a un funcionario de un cargo en virtud de haber dejado de reunir las condiciones exigidas por la Constitución y las leyes para ejercer este cargo (CSJN, *Fallos* 341:512). El juicio político es

un instituto conceptualmente distinto a la inmunidad de arresto, una garantía funcional que busca proteger a ciertos funcionarios públicos de eventuales presiones de parte de otros poderes. En el caso del Ministerio Público, la inmunidad de arresto se entendió implícita en la inmunidades funcionales mencionadas en el artículo 120 (Bidart Campos, 1997; Braccacini y González, 2016; Sagües, 2012: 367-369).

Por último, cabe destacar que el precedente “Molinas, Ricardo Francisco” (*Fallos* 314:1091) resulta inidóneo para resolver este caso. Fundamentalmente, porque se trata de un fallo dictado antes de la reforma constitucional de 1994 que, como tal, no ha tenido en cuenta la incorporación del Ministerio Público en el artículo 120 de la Constitución. Esta norma resulta relevante para la discusión porque (i) como argumenté, el constituyente delegó en el legislador la definición de aspectos institucionales no resueltos en el artículo 120, como el mecanismo de remoción; (ii) el artículo 120 menciona explícitamente al procurador general como cabeza del Ministerio Público, (iii) establece la independencia del Ministerio Público y (iv) otorga “garantías funcionales” a sus miembros. A ello se suma que al dictarse este fallo no se encontraba vigente la Ley de Fueros del año 2001, lo cual es relevante en la medida en que parte del razonamiento de la Corte se basó en el privilegio de no ser perseguido penalmente, implícito en el juicio político. Ambas cuestiones resultan sustanciales para la resolución del caso y podrían llevar a la Corte Suprema a tomar una decisión distinta a la adoptada en este fallo, que –cabe destacar– modificó el criterio sostenido como *obiter dictum* en “Cagliotti, Carlos” (*Fallos* 311:2195) en noviembre de 1988.

En síntesis, a diferencia de lo sostenido por el juez Cayssials en su sentencia, entiendo que el Congreso sí se encontraba constitucionalmente habilitado a establecer el juicio político del procurador general de la nación. Tal prerrogativa deriva de la discrecionalidad atribuida por el constituyente de 1994 al Congreso Nacional en relación a todos los aspectos no regulados en el artículo 120. A su vez, dado que el régimen de juicio político no impide la persecución penal, no hay razones para pensar que establecerlo legalmente viola el principio de igualdad ante la ley. Desde ya, cabe resaltar, el Congreso podría establecer un mecanismo de remoción para el procurador general distinto del juicio político, en la medida en que la opción escogida resguarde la independencia prevista en el artículo 120 de la Constitución.

5.2. Asimilación de los fiscales y los jueces

Como expliqué previamente, las leyes orgánicas aprobadas en 1998 y en 2015 regularon los aspectos institucionales más básicos del Ministerio Público Fiscal de manera prácticamente idéntica a los del Poder Judicial. Probablemente, esto haya respondido a una multiplicidad de razones, como las concepciones *judicializadas* del cuerpo de fiscales de parte de sectores del Congreso o las presiones corporativas de funcionarios del propio Ministerio Público Fiscal. Cualesquiera hayan sido las razones por la que se optó por este diseño, lo cierto es que supone cierta continuidad con una tradición jurídica que, al menos desde 1853, ha concebido a los fiscales como agentes del Poder Judicial. Si bien las leyes orgánicas establecieron algunas innovaciones y principios de regulación específicos para el Ministerio Público Fiscal, lo cierto es que el andamiaje institucional sobre el cual funciona el cuerpo de fiscales es igual al de los jueces.

Además de establecerse idénticos requisitos para acceder a los cargos de jueces y fiscales, mecanismos de designación y de remoción, garantías funcionales, y hasta salarios, la asimilación en el Ministerio Público Fiscal y el Poder Judicial se pone de manifiesto también por su organización refleja. La competencia y funciones de los fiscales han sido organizadas reflejando a las del Poder Judicial: fiscales de cámara para actuar ante jueces de cámara, fiscales de instrucción para actuar ante jueces de instrucción, fiscales de juicio para actuar ante jueces de juicio.

La *judicialización* de un órgano que tiene funciones de parte interesada, entre las cuales se encuentran definir la política criminal, ejercer la titularidad de la acción penal pública, e investigar delitos y acusar a sus responsables, resulta altamente problemática (Goransky, 2011; Maier, 1993). A continuación, exploraré dos problemas específicos derivados de la asimilación entre jueces y fiscales.

5.2.1. Jueces y fiscales como pares, imputados como extraños

La equiparación entre jueces y fiscales ha contribuido a generar la impresión de que son pares; colegas que ocupan roles diferentes en el proceso penal, pero que no dejan de ser *magistrados* del servicio de justicia. Son todos abogados, nombrados de un modo similar, con las mismas inmunidades fun-

cionales, que incluso tienen jerarquías análogas y cobran el mismo salario. Todos forman parte de la misma cofradía, al punto tal que hasta comparten la misma organización profesional.⁸

Nuestro sistema incentiva una percepción del fiscal como un par del juez, lo cual contrasta muy fuertemente con el imputado y su defensor como sujetos extraños. Si bien se podría suponer que los defensores oficiales también forman parte de esa cofradía de magistrados, hay dos razones en contra de la *percepción de paridad* entre jueces y defensores. En primer lugar, los defensores intervienen en el proceso patrocinando los intereses de un actor externo al sistema judicial: el imputado. A diferencia de los fiscales, cuyo deber de obrar con objetividad⁹ es a menudo confundido con un deber de imparcialidad (ver Gelli, 1997; Sesin, 2009), los defensores oficiales tienen el deber legal de obrar de acuerdo al “interés predominante del asistido o defendido”.¹⁰ En segundo lugar, en sistemas procesales inquisitivos –o inquisitivos moderados, como el federal argentino– durante la etapa de instrucción se produce una superposición de actividades de investigación entre el juez y el fiscal, mientras que el defensor se concentra en resguardar los intereses del imputado. Esto no solo es un problema porque el imputado debe defenderse ante un juez que a menudo conduce una investigación en su contra, sino porque su contraparte en el proceso *comparte* una actividad procesal con el juez. De tal modo, aun si es el fiscal el que conduce la investigación, el fiscal es un par del juez en el ejercicio de la actividad investigativa. Esto refuerza los incentivos para que se produzca una asimilación entre ambos sujetos procesales y no con el defensor, quien siempre permanece extraño a esa actividad. Todo ello, sumado a una tradición jurídica que desde hace más de ciento cincuenta años concibe a los fiscales como parte del Poder Judicial, genera condiciones favorables para que se creen relaciones de paridad, o incluso de camaradería, entre jueces y fiscales. No puede decirse lo mismo acerca de los defensores, debido a su rol en el proceso.

8. Conforme se desprende del sitio web de la Asociación de Magistrados, dicha organización “nuclea a los jueces de las distintas instancias que prestan funciones en la Justicia Nacional de la Ciudad de Buenos Aires y en la Justicia Federal con asiento en las 23 provincias argentinas y la Ciudad de Buenos Aires, a los magistrados del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público de la Defensa” (Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, 2019).

9. De acuerdo al art. 9, inc. D, de la Ley N° 27148.

10. De acuerdo al art. 5, inc. B, de la Ley N° 27149.

Alguien podría replicar que esta generalización ignora que muchos jueces y fiscales ejercen su cargo con profesionalismo, guardando debida distancia entre sí. Y esta réplica tendría algo de razón. Sin embargo, más allá de las excepciones, lo verdaderamente importante a la hora de discutir diseño institucional son las interacciones que nuestras instituciones *incentivan*. Y, tal cual están diseñadas, lo cierto es que incentivan relaciones de camaradería entre jueces y fiscales.

Ahora bien, ¿qué hay de problemático en estas relaciones de paridad entre los jueces y los fiscales? La respuesta es sencilla: colocan al imputado en una posición asimétrica frente a su contraparte. Si la percepción del imputado es la de un sujeto extraño, cuya actuación se orienta exclusivamente a defender sus propios intereses, y la percepción del fiscal es la de un par que orienta sus actos procesales a “la aplicación justa de la ley penal” (art. 9, inc. D, Ley N° 27148), es probable que ello conduzca a que el juez otorgue mayor crédito a los argumentos del fiscal sobre los del imputado, lo cual degrada el derecho de defensa en juicio de este último. Aun si los jueces negaran este problema, sus propios sesgos implícitos podrían conducir a que obren de este modo sin que siquiera sean conscientes de ello (Kang et al, 2012: 1128-1135). En la sección VI propondré una alternativa que, entiendo, incentivaría menos este tipo de situaciones.

5.2.2. Un problema para la unidad de actuación del Ministerio Público Fiscal

El segundo problema de definir la estructura institucional del Ministerio Público Fiscal imitando la del Poder Judicial, es que este modo de organización resulta inadecuado para cumplir con los objetivos y funciones propios del cuerpo de fiscales. En especial, obstaculiza el cumplimiento del principio de unidad de actuación del Ministerio Público Fiscal, previsto en el artículo 9 inciso A de la Ley N° 27148.

El artículo 12 inciso A de la Ley N° 27148, establece que el procurador general tiene la función de establecer “la política de persecución penal que permita el ejercicio eficaz de la acción penal pública”. A efectos de lograr uniformidad en el ejercicio de las tareas de los fiscales, el Ministerio Público Fiscal es una entidad jerárquica liderada por el procurador general de la nación y guiada por el principio de unidad de actuación. La organización jerárquica alrededor

de dicho principio resulta un componente fundamental de la organización del Ministerio Público Fiscal: cada uno de sus miembros representa al Ministerio Público Fiscal, el cual resulta *indivisible*, y los funcionarios de rango inferior tienen el deber de cumplir con las órdenes impartidas por sus superiores. Con el fin de lograr la unidad de actuación, el procurador general fue facultado a dictar instrucciones de carácter general (art. 12 inc. h, Ley N° 27148), y se impuso a todos los fiscales inferiores el deber de cumplirlas.

El problema de la estructura del Ministerio Público Fiscal es que facilita que los fiscales inferiores actúen de modo independiente, lo cual atenta contra la unidad de actuación del organismo. Los fiscales inferiores pueden ignorar las instrucciones del procurador general, sin que este último tenga demasiadas herramientas a su disposición para hacerlas cumplir. Al haberse organizado el cuerpo de fiscales como compartimentos estancos, reproduciendo la lógica de los juzgados y las cámaras de apelaciones, se incentiva la problemática *independencia interna*. A su vez, la falta de efectividad de las instrucciones generales ocurre porque, a diferencia de otros sistemas como el federal estadounidense,¹¹ el procurador general carece de herramientas efectivas para lograr su efectivo cumplimiento. El jefe de los fiscales no cuenta con instrumentos que aseguren que la práctica de los fiscales inferiores se *unifique* con las directivas emitidas por la cabeza del organismo. En caso de que un fiscal se niegue a aplicar las directivas del procurador general, este no tiene más remedio que iniciar un procedimiento disciplinario que no permite modificar la actuación del fiscal (arts. 68 inc. b, 69 inc. b, Ley N° 27148), y que de buscar la remoción requiere la intervención de otros órganos del Ministerio Público Fiscal (art. 74, Ley N° 27148), o simplemente resignarse a que la unidad de actuación no sea más que una expresión de buenas intenciones.

11. De acuerdo a 28 U.S. Code § 541 y 542, el presidente de la nación (jefe directo del procurador general y de todos los fiscales a su cargo) puede remover discrecionalmente a cualquier fiscal distrital y el procurador general puede hacerlo respecto a los fiscales asistentes.

5.3. El problema democrático del Ministerio Público Fiscal

La democracia supone la idea de autogobierno colectivo. Esto significa que en el marco de una comunidad democrática son los ciudadanos los que, conjuntamente, deciden acerca de asuntos comunes. Es por ello que, como principio general, las instituciones de gobierno deben estar directamente relacionadas a la voluntad de aquellos que son gobernados, y que cualquier desviación de este principio requiere ser debidamente justificada. De allí que dos de los tres poderes que típicamente conforman el Estado son conducidos por personas periódicamente elegidas por los ciudadanos, y que la única excepción a esa regla, la designación indirecta de los jueces, se justifique en la necesidad de establecer incentivos para contribuir a la imparcialidad de dichos funcionarios.¹²

Frente a ello, cabe preguntarse, ¿existen razones para apartar a los fiscales de la regla democrática? Como argumentaré a continuación, considero que tales razones no existen y que trasladar el diseño del Poder Judicial al Ministerio Público Fiscal conlleva un injustificable problema democrático (Braccacini, 2017). En consecuencia, el diseño institucional de las dos leyes orgánicas privó a la ciudadanía de participar en la formulación de la política criminal y, a la vez, excluyó a los fiscales del régimen de escrutinio público propio del régimen democrático.

El puntapié inicial para entender este problema es advertir que la tarea de los fiscales supone la adopción de decisiones que no son obvias ni se encuentran predefinidas. Lejos de limitarse a aplicar la ley de manera “neutra”, como si se tratara de la resolución de una ecuación matemática, el trabajo de los fiscales exige adoptar decisiones valorativas. El ejercicio de la actividad del cuerpo de fiscales requiere decidir qué casos perseguir, qué casos no, bajo qué tipo penal acusar,¹³ cómo interpretar las normas penales sustantivas y procesales, cómo aplicar precedentes judiciales relevantes, qué estrategias de

12. Este asunto es, desde ya, mucho más complejo y se vincula a la dificultad contramayoritaria del Poder Judicial. Mayores indagaciones son necesarias para saber cuál es el grado de separación adecuado entre el ámbito judicial y la democracia, y cuál es la correcta relación entre decisiones judiciales y decisiones democráticas. Al respecto, ver (Bickel 1986; Gargarella, 2012, 2016b; Nino, 2003).

13. Si bien en el sistema legal argentino rige el principio *iura novit curiae*, en virtud del cual se ha interpretado que los jueces no se encuentran limitados por lo que digan las partes para calificar penalmente un hecho (Código Procesal Penal de la Nación, art. 401), la decisión del fiscal acerca del tipo penal de la acusación es relevante en la medida en que determina el sentido de la investigación, los hechos que es necesario probar y el tipo de pruebas que deben colectarse para ello.

investigación llevar adelante, y cómo y sobre qué coordinar acciones con otras autoridades de gobierno para contribuir a alcanzar metas sociales (ver Bruzzone, 1993). Este aspecto valorativo no es parte del vicio de la práctica, sino un requerimiento fundamental del quehacer de los fiscales. En cualquier escenario imaginable, los recursos para investigar delitos y perseguir penalmente a sus autores son limitados, y es por eso que, para hacer bien su trabajo, los fiscales deben adoptar decisiones de ese tipo.

Una vez que identificamos el carácter valorativo de las decisiones en cuestión, la pregunta acerca de quién las lleva adelante deviene relevante (Gargarella, 2009) y requiere que examinemos la cuestión a la luz del ideal democrático. A diferencia de lo que ocurre con los jueces, la tarea de los fiscales no solo no exige imparcialidad, sino que necesariamente requiere adoptar una posición de parte interesada y representar los intereses de la comunidad (Binder 2014, 306-307; Braccacini, 2017). Esto no solo supone la ausencia de motivos para aislar a los fiscales de la voluntad popular –lo que, de por sí, exige someterlos a la regla democrática–, sino que, además, existen buenas razones para pensar que es muy necesario dotar al Ministerio Público Fiscal de mayor legitimidad democrática e involucrar a la ciudadanía en su actividad: ¿qué mejor para representar los intereses de la comunidad que consultarla? Se debe permitir a los ciudadanos que discutan y decidan sobre políticas de persecución penal.

Al no haber razones para apartar a los fiscales del ámbito democrático, el mecanismo indirecto para designar al procurador general y su estabilidad vitalicia en el cargo devienen injustificables. No hay ningún motivo que requiera aislar al procurador general del ámbito democrático, y hacerlo supone privar injustificadamente a la ciudadanía de expresar su voz sobre un tema fundamental como la política criminal.

6. Alternativas de reforma

En la sección anterior identifiqué algunos aspectos problemáticos de la regulación legal del Ministerio Público Fiscal. Tras defender la constitucionalidad del juicio político como mecanismo de remoción del procurador general, argumenté que: (i) la *judicialización* del Ministerio Público Fiscal (a) impacta negativamente en el derecho de defensa del imputado y (b) opera

en contra de la unidad de actuación del cuerpo de fiscales; (ii) el diseño del Ministerio Público Fiscal adolece de un grave problema democrático al haber distanciado injustificadamente a sus funcionarios de la voluntad popular. A continuación, esbozaré algunos lineamientos de iniciativas que podrían contribuir a resolver estos problemas.

6.1. Elección popular del procurador general de la nación

6.1.1. Constitucionalidad de la elección popular como mecanismo de designación del procurador general

Como expliqué, no existen razones para apartar al Ministerio Público Fiscal de la organización democrática de gobierno. Hacerse cargo de ello requiere modificar el régimen de designación indirecta del procurador general, que constituye uno de los pilares de la estructura institucional del Ministerio Público Fiscal, y sustituirlo por la elección directa. De esta forma, se aseguraría a los ciudadanos la posibilidad de que su voz sea canalizada a través de la persona que ocupa dicho cargo, quien –como todo funcionario democráticamente elegido– tendría la responsabilidad de cumplir con su mandato y rendir cuentas ante ellos.

Una regulación de este tipo resulta compatible con el artículo 120 de la Constitución, que admite cualquier mecanismo de designación del procurador general de la nación que no vulnere la independencia y la autonomía funcional del organismo a su cargo. Tanto la independencia como la autonomía del artículo 120 se refieren a la potestad del Ministerio Público de tomar decisiones sin la injerencia de otros poderes del Estado (ver *Fallos* 327:5863), y dado que la elección popular del procurador general no supondría sujetarlo a otra autoridad de gobierno, este mecanismo cumple con las exigencias del artículo 120. Por su parte, la elección popular del procurador general favorece la relación de representación que derivada de la función de “representar los intereses generales de la sociedad” prevista en el artículo 120 de la Constitución.

La constitucionalidad de la elección popular del procurador general resulta inalterada por el *obiter dictum* de la Corte Suprema en “Rizzo, Jorge Gabriel” (*Fallos* 336:760, considerando 26). De acuerdo a la Corte, una de

las razones la inconstitucionalidad de la Ley N° 26855, que estableció la elección popular de los miembros del Consejo de la Magistratura, era que el constituyente no había previsto ese modo de designación explícitamente. A criterio del tribunal, cuando el constituyente reformó mecanismos indirectos de designación (en el caso del presidente de la nación eliminó la intermediación del Colegio Electoral y en el caso de los Senadores la de las legislaturas provinciales) lo hizo explícitamente. Esto responde, según la Corte, a un criterio del constituyente según el cual la elección directa solo es admisible si fue establecida constitucionalmente, lo cual busca evitar la manipulación del mecanismo de designación de parte del Congreso Nacional (fundamentalmente, establecer la elección directa cuando la mayoría electoral favorece a la fuerza mayoritaria en el Congreso, y la elección indirecta en el caso inverso). Más allá de lo dudoso de esta interpretación (al respecto, ver Dassen y Guidi, 2016: 807-808), que restringe muy fuertemente la potestad de los poderes constituidos en base a una conjetura opinable, me limitaré aquí a explicar por qué este *obiter dictum* no resulta aplicable al caso del procurador general. Aun si la conclusión de la Corte Suprema fuera válida, no sería relevante para evaluar la constitucionalidad de la elección popular del procurador general en virtud de las siguientes razones:

(1) La incorporación del Ministerio Público a la Constitución se produjo, precisamente, en el marco de un intenso debate acerca de su naturaleza institucional y de los mecanismos para su designación y remoción. Recuérdese que una de las principales razones por las que se incluyó el Ministerio Público en la reforma constitucional fue el cambio de criterio del Poder Ejecutivo acerca de la designación y remoción de fiscales. A pesar de ello, el constituyente de 1994 se limitó a establecer en el artículo 120 la independencia del Ministerio Público y las garantías funcionales de sus miembros, dejando en cabeza del Congreso la definición de todos los demás aspectos institucionales del Ministerio Público, la designación del procurador general incluida.

(2) Los debates de la Convención Constituyente son claros en cuanto a que el Congreso se encontraría plenamente facultado para decidir discrecionalmente acerca del diseño institucional del Ministerio Público; solo debía asegurar su carácter bicéfalo y su independencia. Incluso, si bien el dictamen de mayoría de la Comisión de Sistemas de Control establecía originariamente que la designación de las cabezas del Ministerio Público debía realizarse con

acuerdo del Senado, ello fue eliminado del texto final debido a que una de las fuerzas políticas mayoritarias no estaba de acuerdo con ello (De la Rúa, 2009: 10 y 17). Por otra parte, esa discrecionalidad puede ser deducida del hecho de que, a pesar de que numerosos proyectos proponían alternativas diferentes para la designación del procurador general, incluido el voto directo (Medaura, 2010), el constituyente no eligió ni excluyó alguna de esas opciones. De haber considerado que alguno de esos mecanismos de designación resultaba especialmente problemático, el constituyente podría haber proscripto explícitamente su utilización. La ausencia de ese tipo de limitaciones explícitas, sumada a la discrecionalidad del Congreso a la que se alude en el debate de la Convención de 1994 (*Diario de Sesiones*, 1994: 4669-4688), me conducen a concluir que el constituyente autorizó al Congreso a adoptar el mecanismo designación del procurador que, de acuerdo a su criterio, mejor sirviera a su independencia y al ejercicio de las funciones encomendadas, incluidos tanto los mecanismos indirectos como la elección popular. No hay ninguna razón para excluir alguna de estas opciones.

(3) La creación de una autoridad independiente de la totalidad de los poderes públicos resulta una innovación del constituyente de 1994, que rompe con las dos tendencias hegemónicas en la materia –Ministerio Público como parte del Poder Judicial o del Poder Ejecutivo–, y ello requiere adoptar definiciones institucionales novedosas, sobre las cuales no había antecedentes en la tradición jurídica argentina. En este aspecto, la situación es distinta al Consejo de la Magistratura, cuya pertenencia al Poder Judicial resulta clara en la Constitución. La Corte pareciera haber tenido en consideración esto último para evaluar la constitucionalidad del mecanismo de designación de los miembros del Consejo de la Magistratura, al destacar que su designación indirecta resultaba coherente con su pertenencia al Poder Judicial (*Fallos* 336:760, considerando 27).

(4) La cautela que la Corte asigna al constituyente, asociada al temor de que el Congreso manipule los mecanismos de elección de funcionarios, cede una vez que advertimos que, aun siendo plenamente consciente de la posibilidad de que la designación del procurador general pudiera terminar bajo la órbita de decisión exclusiva del Congreso, el constituyente de 1994 decidió no adoptar una definición al respecto. En efecto, en la Convención Constituyente se presentaron diversos proyectos proponiendo que el procurador debía

ser designado por el Congreso (Medaura, 2010: 766-767); si el constituyente hubiera temido que el Congreso podría manipular la elección de acuerdo a sus mayorías, jamás hubiera dejado abierta esta posibilidad. De haber tenido esa preocupación, habría prohibido explícitamente que el Congreso tuviera semejante injerencia en la designación.

(5) Una vez que advertimos que la designación legislativa es uno de los mecanismos posibles, la elección popular se presenta como un mecanismo para limitar al poder discrecional del Congreso. Lejos de constituir un riesgo para la integridad institucional, el voto popular es, en todo caso, un freno a esa manipulación.

Por todo ello, el *obiter dictum* del considerando 26 del fallo “Rizzo, Jorge Gabriel” no resulta aplicable al caso del procurador general de la nación. En consecuencia, la constitucionalidad de la designación del procurador general a través del voto popular no se ve alterada por las consideraciones efectuadas en aquel caso, y el Congreso se encuentra plenamente facultado a establecer dicho mecanismo de designación.

Al respecto, también es pertinente destacar que el régimen de elección popular del procurador general de la nación no es original ni novedoso en el mundo. En 43 de los 50 estados de Estados Unidos existen regímenes de elección popular de los jefes de los fiscales estatales, la mayoría de los cuales se establecieron entre mediados y finales del siglo XIX (Ellis, 2012). También se eligen fiscales por voto popular en algunos cantones y ciudades de Suiza (Council of Europe, 1996; Gilliéron, 2014). En Ecuador, si bien la designación del Fiscal General no se realiza a través del voto directo de la ciudadanía, su nombramiento se encuentra a cargo del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, integrado en su totalidad por representantes de la sociedad civil.¹⁴

14. Arts. 207 y 208 de la Constitución de la República del Ecuador.

6.1.2. Argumentos en favor de la elección popular del procurador general de la nación

La elección popular del procurador general no solo revertiría el injustificable déficit democrático del Ministerio Público Fiscal y restituiría a la ciudadanía su voz acerca de la política criminal, sino que ofrece algunos beneficios adicionales. En primer lugar, someter la elección del procurador general al juego democrático podría generar un mayor nivel de discusión pública acerca de la política criminal, lo cual resulta positivo en la medida en que el debate democrático es un método confiable para generar decisiones con mayor valor epistémico (Nino, 2003: 154-201). En un debate democrático, inclusivo y robusto, se encuentran representados puntos de vista diversos, y es por ello que para arribar a una decisión es necesario superar una serie de “filtros” constituidos por las experiencias y opiniones de todos los que participan de la discusión. Por esta razón, cuanta más gente diversa se incluya en la discusión, mayores serán esos filtros, y más razones tendremos para pensar que la decisión que se adopte es aceptable para un número mayor de personas. Es decir, la diversidad de la discusión democrática contribuye a la imparcialidad de las decisiones. Además, las lógicas propias del debate de ideas contribuyen a detectar falencias lógicas e inconsistencias en los argumentos, lo cual genera condiciones para que las decisiones sean más sólidas.

Desde ya, la mera elección de un funcionario por medio del voto no asegura el tipo de debates robustos que caracterizan a una democracia deliberativa y, por ello, es necesario complementar la elección con dispositivos deliberativos como los que presentaré en el apartado VI.4. No obstante, y pese a sus limitaciones, el debate electoral constituye un espacio para la discusión de política criminal. Esto podría ocurrir si, por ejemplo, competidores cuestionan las políticas de quienes ocupan u ocuparon el cargo de procurador general (por ejemplo, porque no atacó la criminalidad compleja y económica, sino que su política criminal se centró en delitos simples, de bajo impacto, y cometidos por personas altamente vulnerables), ofreciendo miradas distintas y desafiando a quienes quieren defender sus políticas a argumentar en favor de ellas. El debate electoral ofrece la posibilidad de reorientar la política criminal de acuerdo a las prioridades de los ciudadanos.

El segundo beneficio adicional que ofrece la elección del procurador general es que supone la creación de una instancia de rendición de cuentas o *accountability* vertical actualmente inexistente, ya que hoy solo contamos con instancias de *accountability* horizontal entre instituciones estatales (O'Donnell 1998). Mientras la *accountability* horizontal se refiere a los sistemas de frenos y contrapesos a través de los cuales las agencias estatales se controlan mutuamente, la *accountability* vertical supone el control por parte de la ciudadanía. Incorporar la elección popular del procurador general generaría mayores instancias de control público sobre los funcionarios que ocupen ese cargo; al decidir renovar la confianza en un funcionario o depositarla en otro, los ciudadanos ejercerían este tipo de control. No obstante, mejorar el control público sobre el Ministerio Público Fiscal también requiere favorecer la existencia de *accountability* social, una forma de control caracteriza por la crítica y la exposición de la actividad del procurador general en foros públicos de parte de actores de la sociedad civil (Smulovitz y Peruzzotti, 2000). Como sugeriré en el apartado VI.4, la transparencia en la gestión del Ministerio Público Fiscal es clave para que el control ciudadano exista.

En tercer lugar, la democratización del cuerpo de fiscales puede funcionar como un mecanismo para combatir ciertos aspectos patológicos del sistema penal, tal como la alta selectividad en la persecución penal o la desproporcionalidad en el uso de la violencia estatal. Si bien ha habido una tendencia a señalar que la intervención democrática en instituciones penales es riesgosa porque puede conducir a procesos de endurecimiento de los sistemas penales y a la opresión de las minorías (ver Ferrajoli, 2008; Garland, 2001: 13-14), lo cierto es que ello no solo resulta cuestionable teóricamente (ver Bennet, 2016; Braccini, 2017; Duff, 2001, 2018; Gargarella, 2008, 2016a, entre otros) y empíricamente (ver Bergoglio, 2009; Johnstone, 2000; Luskin, Fishkin y Jowell, 2002), sino que ignora las posibilidades que la democratización de las instituciones penales ofrece para promover reformas del sistema penal (Davis, 2017). Se trata de un campo novedoso para la discusión de la política criminal, en el cual es posible poner de manifiesto los problemas del sistema penal y promover soluciones.

Estrategias de este tipo han tenido lugar en los últimos años en Estados Unidos. Allí, grupos defensores de derechos humanos han comenzado a utilizar las elecciones de fiscales para promover cambios en la política criminal

de sus distritos, proponiendo estrategias para hacer que el sistema penal sea más justo, menos violento y menos segregacionista. Por ejemplo, en 2017, Larry Krasner, un abogado defensor de movimientos sociales como *Black Lives Matter* y *Occupy Philadelphia*, ganó la elección para el cargo de fiscal distrital de la ciudad de Philadelphia con un amplio margen sobre su competidor (KrasnerforDA, 2017). Algo similar ocurrió en el condado de Nueces del estado de Texas, donde Mark Gonzalez, abogado defensor y miembro de un grupo de motoqueros objeto de persecuciones policiales, fue elegido como fiscal distrital e impulsa la descriminalización de delitos menores como la tenencia de marihuana, y la implementación de medidas alternativas a la prisión para casos leves (Jouvenal, 2019). Por su parte, Tiffany Cabán, una defensora pública queer y latina de 31 años, se impuso recientemente en las elecciones primarias del partido demócrata para el cargo de fiscal distrital de Queens, con la promesa de que no perseguiría a mujeres por prostituirse, adoptaría una política de no persecución de la posesión de drogas para uso personal y que desmantelaría el sistema de cauciones reales para acceder a excarcelaciones, un obstáculo para el acceso de personas sin recursos a la libertad durante el proceso (Wagner, 2019).

Tendencias de este tipo pueden encontrarse en distintas latitudes de Estados Unidos. Por ejemplo, en los últimos años, los fiscales distritales de Manhattan, Baltimore, Brooklyn y Chicago instruyeron no promover la acción penal por tenencia ilegal de estupefacientes en sus distritos (Cook County State's Attorney, 2019; Dewan Shaila, 2019; District Attorney of New York County, 2018; Robbins, 2019). En un sentido similar, el fiscal distrital de Brooklyn flexibilizó los criterios para consentir libertades condicionales (Robbins, 2019), y la fiscal distrital de Chicago impulsó la revisión de condenas en casos en los que existieron abusos policiales (Cook County State's Attorney, 2019).

La democratización del Ministerio Público Fiscal no solo puede servir para cumplir con el principio de autogobierno colectivo y asegurar a los ciudadanos su derecho a influir en las decisiones de política criminal de dicho organismo. También ofrece un espacio novedoso para combatir aspectos muy problemáticos del sistema penal y disputar políticamente el modelo de fiscales que deseamos para nuestra comunidad.

Existen, desde ya, aspectos más granulares que requieren ser definidos para implementar el régimen de elección popular del procurador general, pero que

no puedo abordar aquí. Por ejemplo, debe determinarse si la elección del procurador general debe ser partidaria o no, o cuáles serían los requisitos para poder presentarse como candidato. Sí estimo oportuno destacar dos cuestiones: en primer lugar, dado que la posible alineación política del procurador general de la nación con el partido político de gobierno podría funcionar como un incentivo en contra de la investigación y persecución de delitos cometidos en el ámbito de la función pública por miembros de ese partido (típicamente, delitos de corrupción), el Ministerio Público Fiscal debe contar con un cuerpo de fiscales independientes para investigar este tipo de conductas, designados de una forma alternativa al voto popular. En segundo lugar, a efectos de asegurar la unidad de actuación del Ministerio Público Fiscal, no resulta aconsejable establecer un régimen de elección popular para los fiscales inferiores. Dotar de la misma legitimidad democrática a los fiscales inferiores y al jefe de los fiscales podría contribuir a la creación de nuevos compartimentos estancos al interior del Ministerio Público Fiscal y a la consecuente aparición de nuevas resistencias a las instrucciones generales del procurador general.

6.2. Establecer mecanismos para el cumplimiento de las instrucciones del procurador general

Si pretendemos un Ministerio Público Fiscal que actúe conforme a una única política criminal (por ejemplo, acerca del tipo de investigaciones preliminares que se deben priorizar, criterios de oportunidad para la desestimación de casos, o cómo interpretar una norma determinada), es necesario asegurar su unidad de actuación. Como mencioné, la creación de fiscalías como reflejos del Poder Judicial atenta contra la posibilidad de que los primeros acaten las instrucciones de los segundos y, por lo tanto, obstaculizan la unidad de actuación (Goransky, 2011: 332). Para lograr esa unidad de actuación, es necesario modificar el actual diseño de compartimentos estancos, reemplazando las *fiscalías* que actúan *ante* juzgados, tribunales o cámaras por cuerpos de fiscales más dinámicos con competencias para tramitar sus casos ante cualquier instancia.

Asimismo, es necesario dotar al procurador general de la potestad de avocación y reasignación de casos. De este modo, si un fiscal inferior no cum-

ple con las directivas establecidas por el procurador general, este tendrá la potestad de intervenir en el caso y adoptar la decisión correspondiente, sin perjuicio de las potestades disciplinarias que correspondan. En consecuencia, si el procurador general establece un determinado criterio de oportunidad (por ejemplo, no perseguir delitos patrimoniales cuando el daño producido es inferior a cierto valor) y un fiscal inferior lo desoye, el procurador tendría la potestad de intervenir en el caso y desestimarlo o de reasignar el caso a otro fiscal. Estas potestades no deberían existir respecto del cuerpo de fiscales que investigue delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, dada la necesidad de su independencia.

Por supuesto, al igual que la totalidad de la actividad del Ministerio Público, el ejercicio de estas potestades por parte del procurador general debe estar sometido a controles horizontales (la investigación parlamentaria y eventual remoción del procurador) y verticales (las elecciones y el control social).

6.3. Limitación temporal del mandato del procurador general de la nación

Una reforma que pretenda democratizar el Ministerio Público Fiscal debe establecer un límite a la extensión temporal para el cargo de procurador general. La estabilidad vitalicia en un cargo solo puede ser justificable en una democracia en la medida en que existan razones de peso que así lo aconsejen. En el caso de los jueces, nuestro sistema institucional ha asumido que la estabilidad vitalicia en los cargos los protege de presiones de otros actores de poder y, así, contribuye a su imparcialidad. En el caso del procurador general, la estabilidad hasta los 75 años parece no solo innecesaria para asegurar el correcto ejercicio de su función, sino inconveniente para cumplir con su misión institucional. Como ya lo he señalado, el procurador no debe ser imparcial sino adoptar posiciones claramente interesadas y estratégicas en el ámbito de su gestión, pues debe definir la política criminal y arbitrar los medios para que se lleve adelante.

Además de alinearse con ideales democráticos y republicanos de gobierno referidos a la periodicidad y la alternancia en el ejercicio de la función, la limitación temporal ofrece a la ciudadanía la oportunidad de revisar la designación de quien se encuentra en el cargo, evaluar su desempeño y decidir si

corresponde o no renovar la confianza sobre ese funcionario. A su vez, resulta una oportunidad inmejorable para repensar y rediscutir acerca del rumbo de la política criminal, evaluando aciertos y errores, y nombrando a la persona que se estime más idónea para conducir la institución hacia el rumbo de política pública que la ciudadanía considere pertinente.

Países como Australia,¹⁵ Bolivia,¹⁶ Brasil,¹⁷ Chile,¹⁸ Canadá,¹⁹ Colombia,²⁰ Ecuador,²¹ Estados Unidos,²² España,²³ México,²⁴ Suiza,²⁵ y Uruguay,²⁶ entre otros, han establecido limitaciones temporales al mandato del jefe del cuerpo de fiscales. En nuestro país ha habido proyectos de reforma orientados en ese sentido,²⁷ pero todos han fracasado.

También existen buenas razones para establecer límites temporales al mandato de los fiscales inferiores, tal como ocurre con los fiscales distritales a nivel federal en Estados Unidos.²⁸ Primero, al no requerirse que los fiscales sean imparciales, la estabilidad vitalicia en el cargo deviene innecesaria. Adicionalmente, la revisión periódica de sus designaciones ofrece una oportunidad para evaluar su desempeño en el cargo y decidir quién es la persona mejor

15. Director of Public Prosecutions Act 1983 § 18 (2).

16. Constitución Política del Estado, art. 226.

17. Constitución de la República Federal de Brasil, art. 128 § 1.

18. Ley N° 19.640, art. 16.

19. Director of Public Prosecutions Act § 5 (1).

20. Constitución Política de Colombia, art. 249.

21. Constitución de la República del Ecuador, art. 196.

22. Todos los Estados establecen limitaciones temporales al mandato de la cabeza del cuerpo de fiscales, con la excepción de Alaska (AS 44.23.020) y Wyoming (Wyoming Code 9.1.601). Cabe destacar que tanto en el caso de Alaska como el de Wyoming la ausencia de limitaciones temporales al mandato no supone que el jefe de los fiscales permanece en su cargo mientras dure su buena conducta, pues en ambos estados el gobernador puede removerlo de su cargo discrecionalmente. Algo similar ocurre a nivel federal, pues si bien el puesto de *Attorney General* no tiene un límite temporal específico, de acuerdo a la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en “*Myers v. United States*”, el presidente tiene la facultad discrecional de remover al *Attorney General*.

23. Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley N° 24/2007), art. 31.

24. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 102.

25. Ver (Gillieron, 2014: 180-181).

26. Ley N° 19334, art. 2.

27. Por ejemplo, en el ámbito del Senado, el proyecto No. 4388/14 de los senadores Solanas, Juez, Giustiniani, y Linares, N° 4265/17 de los senadores Pinedo, Guastavino, Pichetto, Urtubey y Rozas, y N° 484/19 de la senadora Crexell. En el ámbito de la Cámara de Diputados, el Proyecto 2459-D-2015 de los diputados Bullrich y Tonelli, y el Proyecto 5-PE-16, enviado por el Poder Ejecutivo Nacional.

28. 28 U.S. Code § 541.

capacitada para ejercer el cargo. Sin embargo, es preciso aclarar, la necesidad de establecer límites al mandato de los fiscales inferiores es menor que para el mandato del procurador general. Ello en la medida en que al ser el procurador general el que define la política criminal que los fiscales inferiores deben cumplir, la legitimidad democrática de esa política criminal derramará a los actos de los fiscales inferiores que la observen (típicamente, cumpliendo con las instrucciones generales del procurador general).

6.4. Transparencia, participación y control en el Ministerio Público Fiscal

De ser implementada aisladamente, la elección popular del procurador general corre dos *riesgos democráticos* importantes. El primero, y menos dañino, es el de limitarse a la mera representación, dejando inexploradas las dimensiones participativas y deliberativas de la democracia, que prometen mayor valor agregado en las decisiones. El segundo riesgo, y más preocupante, es el de caer en la lógica de lo que Guillermo O'Donnell (1994) denominó como una democracia meramente delegativa. Bajo este modelo, se produce una fuerte concentración de poder en la figura del funcionario elegido popularmente, el cual actúa y decide sin estar limitado por la voluntad popular que lo llevó a ocupar su puesto, ni por mecanismos institucionales de rendición de cuentas. Por ejemplo, una lógica delegativa ocurriría si un presidente gobernara a través de decretos cuyo contenido es definido con total discrecionalidad, sin encontrarse limitado por las propuestas de campaña que le valieron su mandato popular, y excluyendo al Poder Legislativo de los procesos de definición de políticas públicas. Caer en lógicas democráticas de este tipo erosionaría buena parte de las virtudes de la elección popular del procurador general: el mandato de la ciudadanía pasaría a un segundo plano y no necesariamente limitaría su actuación en el cargo, lo cual supondría continuar excluyendo al pueblo de decidir acerca de la política criminal; además, una lógica de este tipo impediría ejercicios de diálogo democrático institucional que podrían enriquecer la política criminal con los aportes de otros cuerpos democráticos, como el Congreso Nacional. Creo, sin embargo, que es posible establecer arreglos institucionales para evitar estos problemas.

Para asegurar que la voluntad de los ciudadanos permanezca presente en la gestión del Ministerio Público Fiscal, deben crearse instancias de participación y deliberación en las cuales los ciudadanos puedan tomar parte en la discusión acerca de la política criminal y decidir al respecto. Esta intervención debe ser acerca de cuestiones de tipo general y no sobre cómo manejar casos particulares (Simon, 2017: 191), ya que lo contrario podría vulnerar los derechos del imputado al colocar una carga muy grande en su contra. Además, focalizarse en casos particulares podría conducir a la dispersión de recursos y a no debatir aspectos importantes de la política criminal general.

Hay diferentes formas en que estas instancias participativas pueden ser llevadas adelante. Por ejemplo, a nivel de la política general del Ministerio Público Fiscal, se pueden generar instancias de consulta popular como la implementada por el *Crown Prosecution Service* de Inglaterra y Gales, cuyo director somete periódicamente los lineamientos generales de sus políticas a consulta de los ciudadanos. A niveles más específicos, ya sea en términos temáticos o territoriales, pueden implementarse foros participativos en los que la sociedad civil organizada y no organizada pueda oír y expresar sus puntos de vista acerca de los objetivos de política criminal y las mejores estrategias para llevarlos adelante. Este tipo de instancias podrían agregar elementos deliberativos que enriquecerían la política criminal al dar protagonismo a los ciudadanos en la etapa de su formulación (Duff, 2017). Por su parte, hay investigaciones empíricas que indican que opciones deliberativas de esta índole resultan prometedores para alcanzar horizontes menos punitivistas (ver Johnstone, 2000; Luskin, Fishkin y Jowell, 2002). Un aspecto central a tener en consideración en estos ámbitos es que, tal como lo indica la experiencia de los jurados, la inclusividad y pluralidad de los espacios participativos es fundamental para generar debates más profundos y decisiones más imparciales (Kang et al, 2012: 1179-1181; Sommers, 2008: 82-84). La experiencia del movimiento de *community prosecution* puede contribuir positivamente, tanto por sus aciertos como por sus fracasos, a pensar cómo estructurar espacios deliberativos de esta índole (ver Delaware Department of Justice, 2016; Gray, 2008; Simon, 2017, entre muchos otros).

Otro elemento central para la democratización del Ministerio Público Fiscal se refiere a la transparencia de su actuación. La publicación de información actualizada y cierta sobre la actividad de los fiscales y sobre el sistema de

justicia penal es esencial para su democratización. En la medida en que contar con información acerca del objeto a ser decidido constituye una precondition para que la participación democrática sea efectiva, la participación ciudadana sin información corre el riesgo de transformarse en una mera formalidad. De acuerdo a Angela Davis (2017), la transparencia en la actividad de los fiscales es fundamental para garantizar que estos rindan cuentas frente a su electorado y que las elecciones democráticas de fiscales funcionen como espacios para transformar la política criminal y combatir aspectos problemáticos del sistema penal, como su carácter altamente discriminatorio.

Por último, es preciso establecer mecanismos de rendición de cuentas horizontales, a través de los cuales los fiscales sean controlados por otras agencias estatales. Lejos de reemplazar las instancias de control ciudadano, ya sean de *accountability* vertical o de *accountability* social, los mecanismos de control horizontal vienen a complementarlas y nutrir las de información. A este respecto, resulta fundamental fortalecer el control parlamentario sobre el Ministerio Público Fiscal, previsto en las leyes 24946 y 27148, pero que se ha mostrado muy poco efectivo.

7. Conclusión

Al comienzo de este trabajo, presenté en qué términos llegó la discusión del Ministerio Público Fiscal a la reforma constitucional de 1994, expliqué brevemente las razones de la exigua regulación del artículo 120 de la Constitución y desarrollé algunos aspectos importantes de las leyes orgánicas que reglamentaron esa norma. Tras ello, abordé algunos aspectos problemáticos de la reglamentación legal del Ministerio Público Fiscal. Luego de argumentar a favor de la potestad del Congreso para establecer el juicio político del procurador general de la nación, en la sección V presenté tres problemas en el diseño del Ministerio Público Fiscal: (i) la asimilación de fiscales y jueces genera incentivos para producir una sensación de paridad entre ellos que puede vulnerar el derecho de los imputados a defenderse; (ii) organizar a los fiscales inferiores como unidades independientes obstaculiza la unidad de actuación del Ministerio Público Fiscal; (iii) aplicar un régimen de designación, remoción y estabilidad análogo al de los jueces para todos los miembros del Minis-

terio Público Fiscal supone un problema democrático injustificable, que priva a la ciudadanía de expresar su voz sobre la política criminal.

En la sección VI de este trabajo argumenté en favor de alternativas de reforma que democratizen el diseño del Ministerio Público Fiscal y fortalezcan la figura del procurador general como su cabeza, con el fin de resolver los problemas identificados en la sección V. Para resolver el problema democrático del Ministerio Público Fiscal, sugerí (a) establecer la designación del procurador general a través del voto popular, (b) crear un cuerpo de fiscales independientes para investigar delitos cometidos en el ámbito de la función pública, y (c) limitar temporalmente el mandato del procurador general. A su vez, para contribuir a la unidad de actuación del Ministerio Público Fiscal propuse (d) establecer una organización dinámica del cuerpo de fiscales, que rompa con la organización refleja de los juzgados, tribunales y cámaras ante los cuales actúan, y (e) dotar al procurador general de las potestades de avocación y de reasignación de casos. Por último, a efectos de evitar el riesgo de que la elección popular del procurador general caiga en una lógica democrática meramente delegativa, propuse (f) establecer espacios participativos de consulta y deliberación ciudadana sobre política criminal, (g) incrementar la transparencia y la publicación de información sobre la actividad de los fiscales, y (h) fortalecer los mecanismos estatales de control, en especial, la actuación de la comisión bicameral de control en el marco del Congreso Nacional.

Bibliografía

- Argentina, Convención Nacional Constituyente de 1994. (1994). Debate del dictamen de la Comisión de Redacción en los despachos en mayoría y en minoría originados en la Comisión de Sistemas de Control (Orden del Día N° 15). En *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994*. Buenos Aires: Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Recuperado de <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>
- Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional. (2019). *Historia y Misión*. Recuperado de <http://www.amfjn.org.ar/historia-y-mision/>
- Becerra, N. (2004). *El Ministerio Público Fiscal*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Bennet, C. (2016). Why Greater Participation in Criminal Justice? En A. W. Dzur, I. Loader y R. Sparks (eds.), *Democratic Theory and Mass Incarceration* (pp. 114-139). Nueva York: Oxford University Press.

- Bergoglio, M. I. (2009). Nuevos caminos hacia la legitimidad judicial. Participación ciudadana en los tribunales penales en Córdoba. *Derecho y Ciencias Sociales*, 1, 128-148.
- Bickel, A. (1986). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.
- Bidart Campos, G. J. (1997). *Manual de la Constitución Reformada: tomo III*. Buenos Aires: Ediar.
- Binder, A. (2014). *Introducción al Derecho Procesal Penal: tomo I*. San José: Editorial Jurídica Continental.
- Braccacini, F. (2014). Los modelos de persecución penal de Argentina, Estados Unidos, Francia e Inglaterra. Su ubicación institucional y legitimidad democrática a la luz de la defensa del imputado y la imparcialidad del juzgador. *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, 14. Recuperado de <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=18&idedicion=385>
- (2017). Democracia y persecución penal, ¿conceptos incompatibles? Reflexiones en torno a un Ministerio Público Popular. *Lecciones y Ensayos*, 95, 365-386.
- Braccacini, F. y González, L. (2016). Ministerio Público. En R. Gargarella y S. Guidi (eds.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y Doctrina: Una mirada igualitaria* (pp. 961-985). Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley.
- Bruzzo, G. (1993). Fiscales y Político Criminal. Una aproximación al proceso de selección de los delitos que llegarán al juicio oral. En J. B. J. Maier (ed.), *El Ministerio Público en el Proceso Penal* (pp.153-204). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Council of Europe. (1996). *The Training of Judges and Public Prosecutors in Europe*. Estrasburgo: Council of Europe Publishing.
- Dassen, N. y Guidi, S. (2016). El Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. En R. Gargarella y S. Guidi (eds.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y Doctrina: Una Mirada Igualitaria* (pp. 795-836). Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley.
- Davis, A. J. (2017). Prosecutors, Democracy, and Race. En M. Langer y D. A. Sklansky (eds.), *Prosecutors and Democracy. A Cross-National Study* (pp. 195-226). Nueva York: Cambridge University Press.
- De la Rúa, J. (2009). El Ministerio Público en la Reforma Constitucional de 1994. En G. Arocena y F. I. Balcarce (eds.), *El Ministerio Público. Una evaluación a partir de su Reforma* (pp. 1-31). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Dewan, S. (2019). A Growing Chorus of Big City Prosecutors Say No to Marijuana Convictions. *The New York Times*. Recuperado de <https://www.nytimes.com/2019/01/29/us/baltimore-marijuana-possession.html?login=email&auth=login-email>
- Duff, R. A. (2001). *Punishment, Communication and Community*. Oxford: Oxford University Press.
- (2017). Discretion and Accountability in a Democratic Criminal Law. En M. Langer y D. A. Sklansky (eds.), *Prosecutors and Democracy. A Cross-National Study* (pp. 9-39). Nueva York: Cambridge University Press.
- (2018). *The Realm of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.

- Ellis, M. J. (2012). The Origins of the Elected Prosecutor. *Yale Law Journal*, 121(6), 1528-1569.
- Estados Unidos. Cook County State's Attorney. (2019). *About Kimberley Foxx*. Recuperado de: <https://www.cookcountystatesattorney.org/about/kimberly-foxx>
- Delaware Department of Justice. (2016). *The Prosecutor's Evolving Role. Seeking Justice Through Community Partnership and Innovation*. Recuperado de <https://pceinc.org/wp-content/uploads/2016/01/20170108-The-Prosecutors-Evolving-Role-Seeking-Justice-Through-Community-Partnerships-and-Innovation-Prosecutors-Center-for-Excellence.pdf>
- District Attorney of New York County. (2018). Tomorrow: D.A. Vance Ends Prosecution of Marijuana Possession and Smoking Cases. Recuperado de <https://www.manhattanda.org/tomorrow-d-a-vance-ends-prosecution-of-marijuana-possession-and-smoking-cases/>
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Gargarella, R. (2007). Mano dura contra el castigo. Autogobierno y comunidad (II). *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 8(1), 101-115.
- (2009). La dificultosa tarea de la interpretación constitucional En *Teoría y crítica del Derecho Constitucional* (pp.123-48). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (2012). *La Justicia frente al Gobierno*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- (2016a). *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del Derecho Penal*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- (2016b). Jueces, mayoritarismo y castigo En *Castigar al prójimo. Por una Refundación democrática del Derecho Penal* (pp. 91-124). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Garland, D. (2001). *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press.
- Gelli, M. A. (1997). Claves políticas y perfiles del Ministerio Público en la Constitución Argentina. *Anuario de Derecho*, 3, 205-219.
- Gilliéron, G. (2014). *Public Prosecutors in the United States and Europe. A Comparative Analysis with Special Focus on Switzerland, France, and Germany*. Nueva York: Springer.
- Goransky, M. (2011). ¿Hacia un Nuevo Ministerio Público? En R. Gargarella (ed.), *La Constitución en 2020* (pp. 326-334). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Gray, K.B. (2008). Community Prosecution: After Two Decades, Still New Frontiers. *Journal of Legal Profession*, 32, 199-214.
- Johnstone, G. (2000). Penal Policy Making. Elitist, populist or participatory? *Punishment & Society*, 2(2), 161-80.
- Jouvenal, J. (2019). From defendant to top prosecutor, this tattooed Texas DA represents a new wave in criminal justice reform. *The Washington Post*. Recuperado de https://www.washingtonpost.com/local/public-safety/from-defendant-to-top-prosecutor-this-tattooed-texas-da-represents-a-new-wave-in-criminal-justice-reform/2018/11/19/e1dca7cc-d300-11e8-83d6-291fced2ab1_story.html?noredirect=on&utm_term=.bb6e1004df03
- Kang, J. et al. (2012). Implicit Bias in the Courtroom. *UCLA Law Review*, 59, 1124-86.

- KrasnerforDA. (2017). Larry Krasner was elected District Attorney of Philadelphia on November 7, 2017 and was sworn in on January 2, 2018. Recuperado de <https://krasnerforda.com/>
- Luskin, R. C., Fishkin J. S. y Jowell, R. (2002). Considered Opinions: Deliberative Polling in Britain. *British Journal of Political Science*, 32, 455-487.
- Maier, J. B. J. (1993). El Ministerio Público, ¿un adolescente? En *El Ministerio Público en el Proceso Penal* (pp. 17-35). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- (2004). *Derecho Procesal Penal: tomo II. Sujetos Procesales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Medaura, D. A. (2010). El Ministerio Público Nacional. En D. Sabsay y P. L. Manili (eds.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (pp. 760-789). Buenos Aires: Hammurabi.
- Nino, C.S. (2003). *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- O'Donnell, G. (1994). Delegative Democracy. *Journal of Democracy*, 5(1), 55-69.
- (1998). Horizontal Accountability in New Democracies. *Journal of Democracy*, 9(3), 112-124.
- Robbins, T. (2019). Took a Plea? Brooklyn's District Attorney Will Support Your Parole. *The Marshall Project*. Recuperado de <https://www.themarshallproject.org/2019/04/17/took-a-plea-brooklyn-s-district-attorney-will-support-your-parole>
- Sagües, N. P. (2012). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Sesin, D. J. (2009). Ubicación institucional del Ministerio Público y de los otros órganos con Jerarquía Constitucional. Una Perspectiva diferente. En G. Arocena y F. I. Balcarce (eds.), *El Ministerio Público. Una evaluación a partir de su Reforma* (pp.33-55). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Simon, W. H. (2017). The Organization of Prosecutorial Discretion. En M. Langer y D. A. Sklansky (eds.), *Prosecutors and Democracy. A Cross-National Study* (pp. 175-194). Nueva York: Cambridge University Press.
- Smulovitz, C. y Peruzzotti, E. (2000). Societal Accountability in Latin America. *Journal of Democracy*, 11(4), 147-158.
- Sommers, S. R. (2008). Determinants and Consequences of Jury Racial Diversity: Empirical Findings, Implications, and Directions for Future Research. *Social Issues and Policy Review*, 2(1), 65-102.
- Wagner, J. (2019). Queens district attorney candidate backed by Sanders, Warren and Ocasio-Cortez claims primary win. *The Washington Post*. Recuperado de https://www.washingtonpost.com/politics/queens-district-attorney-candidate-backed-by-leading-liberals-claims-primary-win/2019/06/26/438f03b8-9802-11e9-830a-21b9b36b64ad_story.html?utm_term=.99eda221e162

Decretos de necesidad y urgencia: debates doctrinarios y realidad constitucional*

Ana María Bestard

1. Nacimiento y desarrollo de los decretos de necesidad y urgencia. Doctrina nacional

Durante el siglo XIX y hasta los años noventa del siglo XX, el instituto de los decretos de necesidad y urgencia (DNU) no estuvo regulado por la Constitución Nacional (CN). Sin perjuicio de lo cual, los diferentes presidentes de la nación, desde el inicio de la organización nacional y hasta la década señalada, hicieron uso del mismo, en forma moderada. Uno de los DNU, firmado por Avellaneda el 4 de junio de 1880, designó asiento de las autoridades de la nación al pueblo de Belgrano; mediante otros DNU, Pellegrini suspendió por tres días los plazos legales y comerciales aludiendo razones de emergencia económica, año 1891. En el siglo XX, Agustín P. Justo, mediante DNU del 28 de noviembre de 1933, modificó el régimen de la moneda y su tipo de cambio. Castillo, en 1941, dispuso, por DNU, la disolución del Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires. Perón nacionalizó la Unión Telefónica y los Ferrocarriles. Frondizi, mediante DNU, estableció el estado de sitio, creó empresas estatales para la explotación del carbón y energía eléctrica. Asimismo, implementó el Plan CONINTES, y también ordenó una intervención provincial sin participación del Poder Legislativo (PL). Arturo Illia, en 1963, resolvió por DNU la nulidad de los contratos petroleros con empresas extranjeras. Isabel Martínez de Perón, en 1975, dictó el DNU N° 261/75 que implementó el procedimiento conoci-

* Este trabajo recoge partes de "Los decretos de necesidad y urgencia y el estado constitucional de derecho en la Argentina. Reglamentación por DNU de los derechos sociales en el período 2003-2011", en http://repositorioubas.sisbi.uba.ar/gsd/collect/posgrauba/index/assoc/HWA_2448.dir/2448.PDF

do como “Operativo Independencia”, y el DNU N° 807/75, reglamentario del derecho de opción para salir del país durante el estado de sitio (Ávalos, 2011).

En resumen, desde la sanción de la CN hasta la administración de Alfonsín inclusive, descontando obviamente las medidas de los gobiernos de facto, los autores coinciden en que se dictaron aproximadamente veinticinco DNU. Alfonsín dictó alrededor de diez, aunque sobre muy diversas materias: por el DNU N° 901/84 trasladó el feriado nacional del 2 de abril—establecido por Ley N° 22769 en conmemoración de la reivindicación de las Malvinas— al 10 de junio. También el DNU N° 154/83, que instauró un régimen provisorio de normalización de las universidades luego ratificado por la Ley N° 23068. Otras medidas resonantes tomadas por DNU fueron la creación del Plan Austral, modificando el signo monetario y la paridad cambiaria (DNU N° 1096/85), y la implantación de la emergencia previsional (DNU N° 2196/86). Asimismo, se dictó el DNU N° 1411/87, por el que se suspendió la intervención al Tribunal de Cuentas, debido a conflictos de orden gremial que alteraban su correcto funcionamiento.

El punto de inflexión, en relación a la cantidad de DNU dictados por el Poder Ejecutivo (PE), lo constituye el presidente Menem, quien, en sus dos períodos, dictó más de quinientos. Recordemos que, en las postrimerías de su primer mandato, se produce la reforma constitucional que reglamenta los DNU mediante el artículo 99 inciso 3° de la CN. Entre otros, estos actos versaron sobre cuestiones de enorme impacto, así el DNU 560/89 que fijó un gravamen de emergencia sobre los activos financieros; el DNU 36/90 que estableció el plan bonex; el DNU N° 34/91 que determinó la suspensión de juicios laborales contra el Estado; el DNU N° 2284/91 de desregulación económica; el DNU N° 2736/91, modificado por el N° 949/92, que estableció un impuesto a la venta o locación de películas exhibidas por televisión abierta, cable o video; el DNU N° 290/95 por el que se ordenó, por razones de emergencia económica, una reducción de salarios de empleados públicos que percibieran un sueldo superior a determinada escala; el DNU N° 925/96 que estableció un régimen de emergencia para el pago de las deudas del Instituto Nacional de Servicios Sociales de Jubilados y Pensionados; los DNU N° 770/96 y 771/96 que excluyeron las asignaciones familiares a aquellos trabajadores que percibieran remuneraciones superiores a cierto monto; los DNU N° 275/97, 500/97 y 827/97, por los cuales se

otorgó la concesión de los aeropuertos argentinos a una empresa privada; el DNU N° 260/97 que estableció la emergencia en la actividad aseguradora del transporte automotor de pasajeros, difiriendo el pago de indemnizaciones; el DNU N° 285/99 que otorgó beneficios aduaneros en favor de la provincia de La Pampa; el DNU N° 1002/99 que ordenó que las empresas de seguridad privada debían constituirse como sociedades comerciales.

Midón rescata que Ferreira Rubio y Goretti, desde la reforma de 1994 hasta agosto de 1998, contabilizaron 137 DNU,¹ pero la importancia de los guarismos pasa a ser escandalosa —explica— si se repara que ninguno de los DNU fue emitido frente a un cuadro de circunstancias excepcionales que imposibilitaran la formación de la ley (Midón, 2001). En los dos períodos de esta administración, con mayoría oficialista en el PL, se hizo uso y abuso de los DNU, aún después de superada la gran crisis ocasionada por la hiperinflación del comienzo de la gestión. En consonancia con lo señalado, el convencional constituyente de 1994, Torres Molina, consideró que en este período se había producido una deformación total de sistema de división de poderes.

Algo similar ocurrió durante el gobierno de Fernando De la Rúa, quien en los cinco primeros meses había dictado 15 DNU, y durante todo su gobierno alcanzó el número de 73. Entre otros, el DNU N° 430/00 por el que se rebajó en un 13 % el salario de los empleados públicos; el DNU N° 846/01 que estableció otra reducción salarial a empleados públicos, por el cual ellos cobraban según el nivel de recaudación alcanzado el mes anterior, y el DNU N° 1570/01 que generó “el corralito financiero”, inmovilizando todos los depósitos del sistema financiero.

En el gobierno de Eduardo Duhalde se emitieron 154 DNU. Citamos, entre ellos, el DNU N° 214/02 que pesificó los depósitos bancarios acorralados por el precitado DNU N° 1570/01, y el DNU N° 558/02 que modificó la Ley N° 20091 de entidades de seguros. Néstor Kirchner, en el 2003 dictó 48 DNU, y finalizó su mandato con 237. Cristina Fernández, en su primera presidencia dictó 34 DNU. Como ejemplos citamos: el DNU 1602/09 que concedió la asignación universal por hijo; el DNU N° 2010/09 que dispuso el pago de parte de la deuda externa con reservas del BCRA; el DNU N° 18/10

1. Desde el 8 de julio de 1989 hasta el 23 de agosto de 1994, Menem dictó trescientos treinta y seis, de acuerdo con datos de Ferreira Rubio y Goretti (1994).

que removió al presidente del BCRA; el DNU N° 615/10 que estableció el 24 de marzo como feriado nacional; el DNU N° 1584/10 que amplió los feriados y días no laborables; el DNU N° 1993/10 que organizó el Ministerio de Seguridad; el DNU N° 192/11 que suprimió la Oficina Nacional de Control Comercial Agropecuario (ONCCA); el DNU N° 441/11 que otorgó al Estado nacional mayor representación en empresas donde ANSES posee participación accionaria, y el DNU N° 446/2011 del 18 de abril de 2011 que estableció la asignación por embarazo.

En el marco de la Constitución de 1853-60, la mayoría de la doctrina de derecho constitucional estaba en desacuerdo con los DNU (Bidart Campos, 1995; Spota, 1991; González Calderón, 1984; Badeni, 1990). Los principales fundamentos para rechazarlos se basaban en el paradigma liberal individualista de la CN histórica, con predominio de la ley formal. Los DNU representaban una violación de la división de poderes, no solo entre poder constituyente y poderes constituidos, sino también entre los poderes constituidos legislativo y ejecutivo, pues el PE se excedía en las facultades reglamentarias incluidas en el artículo 86 inciso 2 de la CN e incursionaba en la competencia legislativa del PL. Todo lo cual generaba, a su vez, una concentración de poder vedada por el artículo 29 de la CN. Pero la cantidad de los DNU emitidos, y las materias por ellos abordadas, constituyeron una preocupación que desencadenó el debate sobre la necesidad de constitucionalizar dicha facultad presidencial. Quienes se manifestaban en contra de la constitucionalización sostenían que por más restrictiva que fuera la reglamentación del instituto, la fuerza expansiva de los DNU, en los hechos, haría que el PE continuara utilizándolos, con la adhesión del PL con mayoría oficialista. Esta tesis se contraponía a quienes sostenían que la omisión de reglas impedía determinar los excesos reglamentarios del PE. En este sentido, reglar una situación de excepción significaba limitarla (González, 2001; Quiroga Lavié, 1987; Vanossi, 1987; Sagüés, 1985).

Entre los administrativistas, el criterio era otro: la mayoría estaba de acuerdo con la constitucionalidad de los DNU (Marienhoff, 1977; Villegas Basavilbaso, 1949; Linares, 1986). Los fundamentos centrales residían en una interpretación amplia y dinámica del principio de división de poderes. Para ellos, el principio no tenía como fin preponderante la división de los tres poderes clásicos, con sus respectivas zonas de reserva y la consagración de la primacía de la ley, sino que trataba de instaurar un equilibrio entre

los órganos que ejercen el poder estatal, a través de un sistema de frenos y contrapesos. La finalidad era, entonces, que los poderes pudieran controlarse con el objeto de que el equilibrio resultante permitiera el juego de los cuerpos intermedios de la sociedad y favoreciera la libertad de los individuos.

Un segundo argumento refería a que el PE consagrado en la CN, era poderoso para llevar a cabo la ejecución de las leyes y la facultad legislativa excepcional de los DNU. Además de que la CN reconocía un sistema dualista (de los poderes legislativo y ejecutivo) en la creación reglamentaria.

Un tercer argumento era el del “estado de necesidad”. En caso de estado de necesidad o de extrema urgencia resultaba viable la competencia extraordinaria del PE para paliar la crisis, a efectos de mantener la existencia del propio Estado. Sin Estado se desvanecería la posibilidad de hacer efectivas las garantías y derechos constitucionales.

Después de la reforma constitucional, la legitimidad de los DNU se torna indiscutible en tanto se dicten de conformidad con sus prescripciones.

2. Ley N° 24309, de necesidad de reforma de la Constitución Nacional

Uno de los temas centrales del Consejo para la Consolidación de la Democracia, organismo asesor del presidente Alfonsín que funcionó durante todo su gobierno, fue el de la reforma constitucional. El Dictamen Preliminar sobre la reforma constitucional de este Consejo había incorporado los DNU en casos excepcionales, pero sin intervención del gabinete ni del primer ministro y sin refrendo ministerial.

Durante el gobierno de Menem, tuvo lugar el Pacto de Olivos, antecedente político inmediato de la reforma de 1994, con la evidente pretensión del presidente Menem de introducir la reelección presidencial en la letra de la CN. Él y su antecesor, líder del partido radical, fijaron pautas que quedaron incorporadas a la posterior ley de declaración de necesidad de la reforma.

Entre los dos partidos más importantes del país se desarrollaron reuniones a fin de lograr acuerdos en la redacción de las futuras cláusulas constitucionales. En relación a los DNU, se discutieron las consecuencias jurídicas del silencio del PL respecto de la aprobación o rechazo del decreto sometido a su control.

Si bien el justicialismo, a través de iniciativas de su comisión de juristas y por el dictamen de la mayoría del Senado, defendía la tesis por la cual el silencio del PL implicaba la aprobación tácita del DNU, la oposición sostenía la tesis contraria, que fuera incorporada posteriormente en el actual artículo 82 CN.

En el anteproyecto de ley de necesidad de la reforma elaborado por la comisión de juristas del justicialismo no estaba prevista la regulación de los DNU, sino una propuesta de trámite parlamentario abreviado para las leyes de necesidad y urgente tratamiento, con la intervención de una comisión bilateral. En el de la Unión Cívica Radical solo se hacía mención a que el presidente, con el refrendo del primer ministro, podía celebrar tratados y dictar reglamentos de necesidad y urgencia.

Finalmente, quedó sancionada la Ley N° 24309, de necesidad de la reforma constitucional, cuya particularidad fue un Núcleo de Coincidencias Básicas, constituido por cláusulas que solo podían votarse por sí o por no, *in totum*, sin desgranarse para su debate por la Convención Constituyente. El punto G) del Núcleo de Coincidencias Básicas recomendaba como inciso 23 del artículo 86 el siguiente:

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos. Cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta CN, el ejercicio de atribuciones propias del Congreso por razones de necesidad y urgencia será decidido en acuerdo general de ministros, con el refrendo del jefe de gabinete y los restantes ministros. El Jefe de Gabinete, personalmente y dentro de los diez (10) días de su sanción, someterá la medida a consideración de una comisión bicameral permanente, cuya composición deberá respetar las proporciones de las minorías.

3. Labor de la Convención Constituyente. La incorporación de los DNU a nivel nacional

Pasando al ámbito de trabajo de la Convención Constituyente, se volvió sobre los argumentos a favor de la incorporación de los DNU al texto constitucional (Balbín, 2004). Estos apuntaron a la necesidad de reglamentar una

práctica paraconstitucional (García Lema) (Cornet), interpretándola en forma restrictiva (Alfonsín), convalidada por la jurisprudencia (Lorenzo, Cáceres); controlada por el PL (Aguad), lo que lo fortalecería (Ortiz Pellegrini), todo con el objeto de acotar la facultad presidencial (Mestre, Maqueda, Iturraspe), en la intención de transformar el país (Arias). En cambio, quienes sostenían el argumento contrario, pensaban que se trataba de un instituto propio de los sistemas parlamentarios y no de los presidencialistas, razón por la cual en nuestro orden interno reforzaría el poder del PE (Natale,² Maeder, Torres Molina,³ Winter), violando el sistema republicano de gobierno (Del Castillo, Mones Ruiz), creando un régimen hiperpresidencialista (Bravo), y atropellando las competencias del PL (Romero Feris). Asimismo, la incorporación de los DNU relativizaría el valor de la ley (M. Zubiría), pues se estaba institucionalizando un vicio (Posse),⁴ regulándolo como una facultad ordinaria del PE (Avelín de Ginestar), sin tener

2. Natale señala un avance desmedido de la competencia legislativa del Jefe de Gabinete en los sistemas parlamentarios que queda balanceado o controlado por la posibilidad que el propio sistema prevé para que el Parlamento pueda removerlo. Los DNU no existían en los sistemas presidencialistas (*Diario de Sesiones*, 1994: 4964). Y así como el sistema parlamentario prevé las consecuencias de tales decisiones, contrariamente, en los sistemas presidencialistas no ocurre lo mismo. En la CN argentina el trámite y control se trasladó al Congreso mediante ley especial en lugar de haberse establecido en la propia CN (*Diario de Sesiones*, 1994: 4965). “La Constitución Nacional no es la culpable de que se hayan vulnerado derechos o que no haya habido gobiernos eficaces, sino que ella como marco de apertura de todas las posibilidades brindó siempre ese margen que después los hombres encargados de ejecutarlas concretaron o no supieron realizar”. “Es que la libertad se defiende con un pueblo que esté íntimamente convencido de los atributos, de los derechos que tiene y con un Poder Judicial que realmente sea tutor de esos derechos. Esa es la piedra angular de esos derechos más allá de las declaraciones que puedan hacerse”. “Optamos por un sistema presidencialista porque es el modelo que siguió América y porque además era el que más se compadece con nuestras exigencias políticas” (*Diario de Sesiones*, 1994: 4962).

3. Contraria a la práctica actual de gobernar por decreto (violatoria del art. 29 CN). “Observamos también que el Poder Ejecutivo ha utilizado el mecanismo de dictar decretos de necesidad y urgencia que son remitidos al Parlamento este los deroga y el Poder Ejecutivo veta la derogación. De manera que un acto de control propio del PL que no podría ser vetado, lo es, y con ese veto impone el criterio sustentado en el DNU que es rectificado o derogado por el Congreso” –dice Torres Molina– (*Diario de Sesiones*, 1994: 5004-5005).

4. Conforme la opinión de Posse, en el artículo debía establecerse que los DNU solo procedían en caso de emergencia institucional y no de otro tipo, que poseían carácter provisional, como en Francia, y que si no eran aprobados por el PL en un plazo perentorio quedaban sin efecto, sin perjuicio de los derechos adquiridos durante su vigencia. Una nota original que el convencional agrega es que debía preverse la obligación del dictamen previo de la Auditoría General de la Nación, a pesar de que su dictamen no tuviera efectos obligatorios. También aumentaba la enumeración de las materias excluidas a la laboral, provisional, reforma constitucional, acuerdo de jueces, juicio político y todo acto de control de otros poderes, a fin de subrayar la necesidad y urgencia como requisito insoslayable (*Diario de Sesiones*, 1994: 4988).

en cuenta que se los había concebido sin límites (E. Boero, Ibarra). Representaban la constitucionalización de una bestia institucional (Barcesat). Finalmente, se afirmó que de incluirse los DNU, la CN resultaría flexibilizada, dado que la verdadera naturaleza de estos decretos quedaba en manos de una mayoría circunstancial del PL (Zaffaroni).⁵

La calificada opinión de Bidart Campos, con expresa referencia al gobierno de Menem, sostenía que atenta la praxis habitual del dictado de los DNU cabía considerar el esquema *conducta-modelo, conducta-seguimiento* “para describir que, aún en violación a la Constitución formal y con la disvaliosidad propia del fenómeno, la repetición acrecentaba el riesgo de una profunda desinstitucionalización” (Bidart Campos, 1995: 429).

En definitiva, la Convención Constituyente consagró, como principio general, la prohibición de dictar DNU por el PE, bajo pena de nulidad absoluta e insanable de los mismos. Pero, a fin de evitar que pudiera interpretarse que la nulidad absoluta e insanable solo era atribuible a los casos en que el PE regulara las materias expresamente excluidas de los DNU (penal tributaria, electoral o régimen de los partidos políticos), agregó al texto de la Ley N° 24309 la palabra “solamente” al comienzo del segundo párrafo, con lo cual se remarcó que el dictado de DNU se habilitaba, exclusivamente, ante una situación de necesidad y urgencia que no permitiera cumplir los trámites ordinarios de formación y sanción de las leyes, y se especificó que la Comisión Bicameral Permanente (CBP) debía respetar la proporción de las representaciones políticas en cada Cámara. Se agregó el plazo de diez días para que la CBP se expidiera y elevara su dictamen al plenario de cada cámara y la obligación de que las últimas dieran inmediato tratamiento al despacho de la CBP. Por último, consensuaron que una ley especial, sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, determinara el trámite y los lindes de la intervención del PL

En consecuencia, la redacción definitiva del artículo 99 inciso 3° se plasmó como sigue:

5. Zaffaroni sostiene que la incorporación de los DNU transformaba la CN rígida que establecía los límites de la competencia de los poderes del Estado en una CN flexible que delegaba en el Congreso y en una mayoría circunstancial el establecimiento de los mismos (*Diario de Sesiones*, 1994: 5113).

El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

Para Quiroga Lavié, los DNU son aquellas disposiciones dictadas por el PE⁶ con la forma de decreto, sobre materias propias del PL, frente a comprobadas circunstancias especiales de gravedad tal que no permitan esperar el tratamiento por el último, con fuerza y valor provisorio de ley y sujetos a la condición resolutoria de la aprobación por el PL (ad referéndum de este). Según Midón, no pueden considerarse “ley formal” aunque están equiparados a ella por el estado de necesidad. Se trataría de actos legislativos materiales de naturaleza *sui generis*, que pueden derogar o suspender una ley emanada del PL y que, en el orden de prelación de nuestro ordenamiento interno, se ubican por debajo de los tratados.

Cuando estos decretos no se dictan de conformidad con los requisitos del artículo 99 inciso 3° son pasibles de una “pena de nulidad absoluta” (el acto deja de producir efectos desde su origen, como si no hubiera sido dictado) e “insanable” (ningún órgano del poder puede subsanar el vicio original). Por lo tanto, en caso de que el PE dictara un DNU ilegítimo, las decisiones judiciales

6. Solo el PE, es decir, el presidente puede dictar DNU. En doctrina solitaria Balbín admite que el presidente pueda transferir en el JG la facultad de dictar DNU, conforme el artículo 99 inciso 3° CN. (Balbín, 2015: 145).

invalidatorias del DNU tendrían poder nulificadorio con efectos *erga omnes*, lo que amplía los efectos del control tradicional de constitucionalidad, que solo operan para el caso concreto. Y ello, no en desmedro de las competencias del PL sino, por el contrario, en defensa de su potestad legislativa. La tacha de nulidad absoluta e insanable importa la inexistencia del acto. Esta sanción solo está reservada, en la CN, a determinados supuestos: artículos 29 y 36 de la CN.

En relación a los presupuestos habilitantes del DNU, consideramos que resulta clara la norma al exigir dos requisitos en forma conjunta: “circunstancias excepcionales”, e “imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”.⁷ Los convencionales los describen como sucesos patológicos caracterizados por la inacción legislativa. Todo esto se refuerza con la expresión “por razones de necesidad y urgencia” que califica a los decretos. La expresión tiende a aclarar la indeterminación o vaguedad (Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, 2001: 1125) de “las circunstancias excepcionales”, que deberán ser situaciones de hecho excepcionales y extremas que exijan una solución inmediata. La urgencia apunta a una situación que, de no resolverse en forma inmediata, agrava sus consecuencias de manera que el sistema no puede permitir. Entre la necesidad y la urgencia se produciría una especie de simbiosis jurídica porque ambas son necesarias para habilitar al PE a dictar un DNU. La imposibilidad del funcionamiento ordinario del PL, señalada en el artículo en análisis, no debe responder a motivos de conveniencia política (no lograr el quórum), o de funcionamiento del órgano (receso, demora en sancionar las leyes, lentitud de los procedimientos legislativos o rechazo del proyecto enviado por el PE). En contraposición, y en una postura muy minoritaria, Barra admite que por razones políticas (falta de quorum necesario para sesionar) el PE pueda tomar la iniciativa y dictar el DNU. De esta forma, el acto adquiriría vigencia y

7. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha definido el concepto de emergencia como “un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria que gravita sobre el orden económico social, con su carga de perturbación acumulada en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esa situación, sus raíces profundas y elementales y, en particular, sus consecuencias sobre el Estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución”. Ver fallos: “Avico, Peralta”, entre otros.

luego el PL quedaría “obligado” a expedirse expresamente bajo la pena de la continuidad de la vigencia de la norma (Barra, 1999). En verdad, esta postura importa la alteración de la naturaleza del instituto y la posibilidad de que el PE acuerde la falta de quórum con legisladores afines y se desvirtúe la finalidad de la norma constitucional (Midón, 2001).

Por otro lado, las materias excluidas de regulación por DNU, aun en situaciones de necesidad y urgencia, refuerzan el principio de legalidad formal en sus aspectos: tributario⁸ (arts. 4º, 17, 75 incs. 1º y 2º CN), penal (art. 18 CN), de partidos políticos y régimen electoral (art. 77, párr. 2º CN).

En relación al procedimiento, el artículo 99 inciso 3º CN, exige el acuerdo general de ministros con el jefe de gabinete (JG) y el refrendo de todos ellos y el del JG (Bidart Campos, 1995). Luego de este paso y una vez publicado en el Boletín Oficial, el DNU comienza a operar sus efectos.

El JG deberá someterlo personalmente a la CBP, en el ámbito del PL, dentro de los diez días hábiles de su emisión. La CBP debe emitir un dictamen, es decir, un informe de carácter no vinculante, sobre el DNU y remitirlo, en forma simultánea o sucesiva, al plenario de ambas Cámaras.

La intervención del PL será inexcusable, tanto en los casos en que el DNU no sea sometido al PL por el JG, como en los que el DNU no sea calificado como tal por el PE, debido a que siempre versa sobre materias propias del PL. Es por esta razón que el PL debe revisar los DNU aun *motu proprio* (a pedido de cualquier legislador): “Si tramposamente el PE no se sujetó al trámite inexorable que fija la norma constitucional, el Congreso inviste competencia derogatoria directa sin necesidad de retomar el trámite que no acató el órgano invasor” (Bidart Campos, 1995: 440). El PL –en forma inmediata– debe controlar el DNU y aprobarlo o rechazarlo. Esta cláusula es operativa, razón por la cual durante el tiempo que no se reglamentó la cláusula y no

8. “No obstante, numerosos han sido los decretos de necesidad y urgencia que han invadido la materia tributaria. A modo de ejemplo: decreto 618/97 (creación y regulación de la AFIP); decreto 857/897 (prórroga del régimen de promoción industrial); decreto 938/98 (facultó a la AFIP a otorgar facilidades de pago); decreto 1334/98 (modificación del domicilio fiscal); decreto 606/99 (secreto fiscal); decreto 1676/01 (modificación al impuesto a los combustibles líquidos y a bienes personales); decreto 1286/05 (impuestos internos); decreto 314/06 (mínimos no imponibles en relación al impuesto a las ganancias); decreto 1.035/06 (devolución de IVA en casos de pago con tarjeta de débito)” (Ávalos, 2011: 150).

funcionó la CBP, el PL debió, de todas formas, controlar el DNU, en la primera reunión de cada Cámara.

El control del PL debe considerar dos aspectos: a) en primer término, deberá verificar el presupuesto de hecho habilitante y que no se trate de las materias excluidas, al igual que los requisitos formales y cumplimiento del trámite; si el DNU no respetara alguna de estas pautas el rechazo del decreto implicaría su nulidad absoluta e insanable; b) en segundo término, el control deberá apuntar a la oportunidad, mérito o conveniencia de la medida, para lo cual el PL deberá realizar una valoración política de la medida del PE. Y en caso de que lo revoque por el segundo aspecto, es decir, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, el DNU no será alcanzado por la sanción genérica del artículo 99 inciso 3º párrafo 2º de la CN.

4. La Ley 26122, reglamentaria del artículo 99 inciso 3º CN

Después de más de diez años de mora, el PL sancionó la Ley N° 26122 (B.O. 28/07/2006), que regula el trámite y alcance de la intervención del PL en los DNU, decretos delegados y de promulgación parcial, y la composición y funciones de la CBP.

Si el JG no remitiera en diez días el DNU, la CBP debe avocarse de oficio a su tratamiento (art. 18). Luego, la CBP tiene diez días hábiles para expedirse sobre la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada cámara para su expreso tratamiento. Dicho dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del DNU a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado (art. 10). En caso de que la CBP no se expidiera dentro del plazo para ello estipulado, las Cámaras se avocarán al “expreso e inmediato tratamiento” del decreto (art. 20). Si la CBP se expidiera, debe elevar su dictamen al plenario de ambas cámaras y estas deben darle inmediato y expreso tratamiento al mismo (art. 21).

Las cámaras deben pronunciarse mediante resolución. En consecuencia, el PE no puede vetarla ni promulgarla. La aprobación o el rechazo de los DNU deben ser expresos. Cada cámara comunicará a la otra su pronunciamiento en forma inmediata (art. 22), estando prohibido a las cámaras introducir modificaciones o supresiones al texto del PE, debiendo limitarse a la aceptación o

rechazo del decreto, mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes (art. 23). El rechazo de ambas cámaras implica su derogación, quedando en pie los derechos adquiridos durante su vigencia (art. 24).

Por último, cabe agregar que la propia ley aclara que sus disposiciones no obstan al ejercicio de las potestades ordinarias del PL relativas a la derogación de normas de carácter legislativo dictadas por el PE (art. 25).

Consideramos de dudosa constitucionalidad los artículos 22 y 24 de la Ley N° 26122, por contrariar el artículo 82 de la CN, que no admite la sanción tácita de las leyes. El silencio del PL debe interpretarse como negativa, nunca en forma positiva, cuestión que la Ley N° 26122 no respeta porque exige que, tanto la aprobación como el rechazo, sean pronunciados por ambas cámaras. Por lo tanto, si una cámara aprueba y la otra rechaza, el DNU sigue vigente, situación que resulta conveniente al PE. Se flexibiliza, en consecuencia, el control del PL, siendo más débil que en materia legal, en lugar de profundizarse por tratarse de decretos, y se revierte el principio del precitado artículo 82 CN.

La doctrina del silencio del PL como afirmativa fue duramente criticada en la Convención Constituyente de 1994. Criterio adoptado por la CSJN en Verrocchi⁹ (1999) –en el que se trató la derogación de derechos sociales mediante DNU–, en especial, por el voto del juez Petracchi.¹⁰ Postura coincidente con la de Bidart Campos, para quien la falta de límites claros en la reglamentación de los DNU haría que el PE se creyera con legitimidad suficiente para determinar la necesidad y urgencia, o algo más grave aún, que la

9. Verrocchi: *Fallos* 322:1726.

10. En su voto, el ministro del máximo tribunal aplicó su postura, a favor de la nulidad de todos los DNU mientras no se sancionara la ley especial del artículo 99 inciso 3°, exigencia imprescindible –siguiendo el artículo 86 de la Constitución Española– para la intervención de la CBP en el trámite de los precitados decretos. Y además el juez agregó que la doctrina española coincidía en atribuir al silencio efectos similares a la desaprobación expresa del decreto español. A su vez, transcribió en su voto, la intervención de los convencionales Natale y Ortiz Pellegrini, en la 19ª reunión del 28/7/1994 de la Convención Constituyente, por la que quedó claro que “derogamos para siempre la triste doctrina sentada en el caso Peralta, que le dio valor positivo al silencio como expresión del Congreso. No hay más silencio del Congreso que pueda interpretarse como un consentimiento al Poder Ejecutivo, si no se lo indica expresamente. El caso Peralta ha fenecido, ha muerto. Y, en este sentido, no dudo de que prestamos un enorme servicio a la Argentina y al funcionamiento democrático de mi país (Ortiz Pellegrini, loc. citado). Por fortuna, pues, la Reforma Constitucional desplazó la doctrina del caso Peralta [...] que hipotecaba el porvenir de la jurisprudencia republicana” (Considerando 15. Voto Petracchi in re Verrocchi).

jurisprudencia de la CSJN considerara que la ocasión para dictar un DNU resultaba una cuestión política no justiciable (Bidart Campos, 1995).

El artículo 24, al exigir la derogación del DNU mediante el rechazo de ambas cámaras, deja en pie los efectos producidos por la medida; en consecuencia, resulta violatorio del artículo 99 inciso 3, dado que este fulmina con la nulidad absoluta e insanable el DNU si no existieren las causas constitucionales habilitantes (circunstancias de necesidad y urgencia) o si tratara sobre las materias expresamente prohibidas. Otro reparo que hacemos a la Ley N° 26122 apunta a que no establece plazo cierto para que las cámaras se expidan, lo que despierta la sospecha de especulación a favor del poder político. Si el rechazo del PL responde a motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, sí corresponde disponer que esos efectos derogatorios rigieran para el futuro, quedando firmes aquellos derechos adquiridos con posterioridad al rechazo, como establece la ley.

No así si el DNU contuviera vicios que acarrearán su nulidad absoluta, criterio de Quiroga Lavié, con quien coincidimos.¹¹

5. Los DNU dictados desde 1994 hasta 2012

Cabe comentar que en la primera década transcurrida desde la reforma constitucional se dictaron 448 DNU. En este período hubo un crecimiento numérico ascendente de los mismos desde su inicio hasta el año 1999, año en el que se dictaron 46 DNU. Luego un descenso, pues, en el año 2000 se dictaron 26 y en 2001 se dictaron 37, para ascender en cantidad, en forma abrupta, en el 2002, con 107 DNU emitidos. Obviamente este último número reflejó la intención por parte del PE de paliar mediante estas medidas la profunda crisis del 2001. Desde 1996 a 1999, la mayor cantidad de DNU fue dictada en materia de “Desarrollo Económico. Financiamiento. Hacienda Pública. Moneda”,¹² materia que ha sido incluida en las competencias del

11. Corresponde agregar que por Proyecto N° 6867-D-00, de la senadora Cristina Fernández de Kirchner, se propuso un plazo de caducidad de treinta días para el tratamiento de los DNU, vencido el cual, perdían vigencia. Posteriormente, en el año 2009 tuvo media sanción por la Cámara de Diputados otro proyecto legislativo, modificatorio de la Ley N° 26122, que consagraba un plazo de caducidad de sesenta días para el caso de que el PL no tratara los DNU, y su derogación en caso de rechazo por cualquiera de las cámaras (Ávalos, 2011).

12. Recuperado de: <http://www.bcnbib.gov.ar/archivos/Decretosdenecesidadyurgencia1994-2004.pdf>

PL y que la reforma de 1994 no ha modificado, con 3, 9, 14 y 23 DNU, respectivamente. En el período 2003 a 2011,¹³ la cantidad de DNU fue de 271, habiéndose dictado la mayor cantidad en la misma materia. En el año 2003 se emitieron 96 DNU, de los cuales Kirchner dictó 48; y en los años 2004, 2005, 2006 y 2007 se emitieron 64, 47, 58 y 20, respectivamente. Una disminución considerable en el número de DNU se produce en la primera administración de Cristina Fernández, llegando a dictar 3 DNU en el año 2008, 10 DNU en el año 2009, 10 DNU en el 2010 y 11 en el año 2011. En resumidas cuentas, 237 DNU dictados en la administración Kirchner y 34 en la administración Fernández.

Si bien hemos observado la disminución de la cantidad de DNU entre el 2008 y el 2011, debemos advertir que resulta de suma importancia tener en cuenta no solo la cantidad sino las materias reguladas por DNU. Aunque el número fue reducido se modificaron, por ejemplo, la distribución de partidas presupuestarias y fondos asignados y aprobados por el PL. El proceso de concentración de poder en el PE siguió operando y no se logró atenuar el hiperpresidencialismo.

6. Alcance del control judicial aplicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la actualidad

No está demás señalar que el control judicial de constitucionalidad sobre los DNU es el último control a nivel interno y que debe ejercerse antes, durante o en forma posterior a la intervención del PL.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) aplicó un control de constitucionalidad más estricto sobre los DNU luego de la incorporación en la CN del artículo 99 inciso 3°. Antes de la reforma de 1994 aplicó un control liviano, el caso “Peralta”¹⁴ (1990) resulta un ejemplo paradigmático de acompañamiento de la CSJN al PE y de falta de control profundo del DNU en

13. Recuperado de: <http://www.bcnbib.gov.ar/archivos/Decretosdenecesidadyurgencia2005-2008.pdf>
http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/servicios/boletin/Bol_Ago2011Publicaci%C3%B3n%20Decretos%20de%20Necesidad%20y%20Urgencia%20Actualizaci%C3%B3n%202009%20-%202010.doc

14. Peralta. *Fallos* 313: 1513.

cuestión, tanto en relación a su legalidad como a su razonabilidad. Luego de la reforma, en el fallo “Video Club Dreams”¹⁵ (1995), la CSJN excluyó de la competencia de los DNU a cargo del PE los referidos a la materia tributaria, consecuente con la idea de que ni aun en la emergencia debe admitirse la sustitución del principio de legalidad tributaria. Siguiendo esta línea de interpretación, el tribunal se expidió en el caso “Kupchik”¹⁶ (1998), en el que, además, rechazó los efectos retroactivos de la ley posterior convalidatoria del DNU. En el mismo sentido, la CSJN excluyó de la órbita de los DNU los derechos sociales: en el caso “Della Blanca”¹⁷ (1998) declaró inconstitucional el DNU que otorgaba vales alimentarios sin carácter remuneratorio, debido a la naturaleza de los derechos en juego, sin aceptar que la situación de crisis alimentaria fuera fundamento válido para el dictado de la medida. En este fallo tampoco se aceptó que la ley convalidante del DNU, dictada siete años después, le otorgara legitimidad.

Si bien el camino de avance en el control judicial de los DNU no resulta lineal y describe retrocesos,¹⁸ uno de los ejemplos del control más profundo lo encontramos en el fallo “Verrocchi” (1999), también referido a derechos sociales. En este caso, se amplió el control a la situación de emergencia en sí misma y se estableció que las exigencias constitucionales de necesidad y urgencia consagradas en el artículo 99 inciso 3 CN son: la fuerza mayor por conflicto bélico o razones naturales que impidieran la reunión de los legisladores, o la urgencia en la emisión de la medida en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de formación y sanción de las leyes. Expresamos nuestro disenso con la opción establecida por el tribunal en este fallo, pues consideramos que deben exigirse ambas condiciones simultáneamente para legitimar el dictado de los DNU. Requisitos que la CSJN termina exigiendo, en forma conjunta, en los casos “Risolia de Ocampo”¹⁹ (2000) en el que determinó la inconstitucionalidad de un DNU, prorrogado por otro DNU, que fraccionaba el pago de indemnizaciones por daños ocasionados por el servicio público de autotransporte de pasajeros (en el que se reproduce-

15. Video Club Dreams. *Fallos* 318:1154.

16. Kupchik. *Fallos* 321:366.

17. Della Blanca. *Fallos* 321:3123.

18. Por ejemplo, en el caso Rodríguez: “Nieva y otros c/PEN” de 1997. *Fallos* 320:2851.

19. Risolia de Ocampo. *Fallos*: 323:1934.

ron las circunstancias detalladas en Verrocchi), y en “Leguizamón Romero”²⁰ (2004), en el cual dispuso la inconstitucionalidad de un DNU por el que el PE determinó el control de las deudas y créditos del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.

Abordaremos, finalmente, con más detalle el caso “Consumidores Argentinos c/ Estado Nacional –PEN– Decreto N° 558/02 –SS– ley 20091 s/ amparo ley 16986” del 19/05/2010, a fin de analizar la doctrina judicial actual de la CSJN y realizar algunos señalamientos, en la intención de contribuir a un control más profundo aún de los DNU por parte del Poder Judicial (PJ), de acuerdo con las prescripciones constitucionales, teniendo en cuenta que en el PL estos decretos no encontraron los límites que el ordenamiento constitucional impone.²¹

La actora, Consumidores Argentinos, inició un amparo contra el PEN y pidió la inconstitucionalidad del DNU 558/02, que modificaba en forma sustancial la Ley N° 20091 de entidades de seguros. El artículo 1° del DNU agrega al artículo 29 de la precitada ley la posibilidad de que las aseguradoras, frente una situación de iliquidez transitoria, realicen y constituyan deuda subordinada a los privilegios generales y especiales derivados de los contratos de seguro. El artículo 2° del decreto reemplaza el artículo 31 de la Ley N° 20091 por una disposición que admite las cesiones de cartera sin la exigencia de la publicidad, la exclusión de los activos de la aseguradora, la imposibilidad de realizar actos de ejecución forzada sobre los activos excluidos y de trabarse medidas cautelares sobre dichos activos. Desde la óptica de la actora, estas modificaciones al régimen legal generaban consecuencias violatorias de los derechos constitucionales de propiedad, de protección de los derechos como consumidores, de igualdad, de debido proceso de los asegurados y del principio de división de poderes (arts. 17, 42, 18 y 109 de la CN). Además, ella planteó que no se hallaban configurados los recaudos constitucionales habilitadores del ejercicio de la competencia del PE de dictar los DNU, sino que solo había mediado la intención del último de hacer un “salvataje” al sector de los empresarios de seguro.

20. Leguizamón Romero. *Fallos*: 327:5559.

21. Ver el tema del control legislativo, en especial, en materia de derechos sociales en el período 2003-2011 en el trabajo citado en nota al pie *.

Contra la decisión de la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo que concedió razón a la actora, el PE planteó un recurso extraordinario federal. La CSJN, en su voto mayoritario, consideró de “suma trascendencia” fijar los requisitos que deben cumplir los DNU para gozar de legitimidad, haciendo hincapié en la excepcionalidad de su dictado por el PE y en la necesaria profundidad del control político y judicial. Comenzó por remitirse al debate parlamentario de la Ley N° 24309 y a los objetivos de la reforma de 1994. Remarcó que la incorporación de los DNU tuvo por objetivo la institucionalización de los mecanismos de control de los mismos, con el objeto de descentralizar el poder concentrado y ejercido sin límites jurídicos expresos por parte del PE. En el considerando 6° expresó “que la interpretación de la Constitución Nacional, en cuanto regula los decretos de necesidad y urgencia, debe ajustarse a los principios del estado constitucional”. Es decir, a los principios fundamentales para convivir en sociedad y a su aplicación en forma perdurable. Agregó que el principio de división de poderes y el de su control recíproco, no alterado por la reforma constitucional, le impide al PE reemplazar libremente al PL en su función de legislar.

El tribunal expresó, sin lugar a ninguna duda, que las facultades legislativas ejercidas por el PE solo se admiten “bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país” (Considerando 10. Voto mayoría). La CSJN citó como precedente el fallo “Verrocchi” y, en consonancia, que el presupuesto fáctico del estado de necesidad y urgencia debía ser evaluado por los jueces. El razonamiento aplicado es el siguiente: si es competencia del tribunal controlar la existencia de una genuina situación de emergencia que obligue al Estado a amparar los intereses vitales de la comunidad, para avalar el dictado de una ley de emergencia,²² con más atención o profundidad debe realizar dicha evaluación cuando el PE, en forma unilateral, ejerce facultades legislativas que no le pertenecen.

Por último, la CSJN evaluó que las modificaciones introducidas a la Ley N° 20091 por el DNU N° 558/02 eran de carácter permanente y no

22. De conformidad con *Fallos* 136:161, Ercolano; 172:21, Avico; 243:449, Nadur; 313:1638, Videla Cuello; 330:855, Rinaldi, entre otros.

transitorio, lo que convertía a la medida de emergencia en un DNU irrazonable y, por ende, inconstitucional.

En conclusión, la sentencia declaró la invalidez del DNU impugnado por inexistencia de las circunstancias fácticas requeridas por el artículo 99 inciso 3° de la CN para su dictado. Firmaron el voto mayoritario los jueces Ricardo L. Lorenzetti, Carlos Fayt y Raúl Zaffaroni. Por su parte, Elena Highton de Nolasco, Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda y Carmen Argibay concurren con el anterior, según su voto.

El voto concurrente de la jueza Elena Highton de Nolasco expresó que el DNU fue emitido antes de la creación de la CBP. Esta circunstancia habilita al tribunal a evaluar el presupuesto fáctico: la configuración de un estado de necesidad y urgencia, que justifique la procedencia del DNU (Considerando 14 voto Highton de Nolasco). Luego de coincidir con los primeros trece considerandos de la sentencia de la mayoría, agregó que el PE no había aportado pruebas que permitieran llegar a la convicción de que la situación de emergencia hubiera afectado al sector asegurador en forma tal que exigiera, a efectos de salvaguardar los intereses generales de la sociedad, un reordenamiento que no pudiera ser encauzado por el PL. La prueba de la afectación exigida por este voto está referida a la de su repercusión tanto en el universo de los asegurados como en el resto de la sociedad.

Al igual que el voto anterior, el voto concurrente del juez Juan Carlos Maqueda coincidió con los trece primeros considerandos del voto de la mayoría. Subrayó que el DNU N° 558/02 fue dictado con antelación a la sanción de la Ley N° 26122, y que no había en la causa constancia de que hubiera sido ratificado por el PL, pero le asignó a este hecho consecuencias diversas del voto anterior. La ausencia de la intervención legislativa en relación al DNU, ratificándolo o rechazándolo, resultaba suficiente para declarar su invalidez constitucional. Sin perjuicio de lo señalado, para este ministro, el DNU tampoco había superado el test de constitucionalidad, en relación a la concurrencia de las razones de necesidad y urgencia. Reiteró los conceptos vertidos por Highton de Nolasco en relación a la falta de prueba de que las consecuencias del DNU comprometieran el interés general y repercutieran más allá de la situación particular de cada empresa aseguradora. En conclusión, la invalidez constitucional del DNU resultó de la ausencia de dos requisitos inexcusables

de legitimidad de la medida: situación excepcional de necesidad y urgencia prescripta por la CN y ratificación del PL.

La jueza Argibay, en su voto concurrente, desarrolló la postura frente a los DNU ya descripta en el caso “Massa”.²³ atenta la prohibición constitucional expresa de este tipo de acto legislativo del PE, todo DNU debe reputarse *prima facie* inconstitucional. La presunción de inconstitucionalidad mencionada solo puede ser rebatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones descriptas en los párrafos 3° y 4° del artículo 99 inciso 3° de la CN. La jueza también se expidió en contra del argumento referido a que la demora en la sanción de la ley reglamentaria del artículo 99 inciso 3° CN habilita el dictado de los DNU sin seguir las prescripciones constitucionales. En ese sentido afirmó que frente a la ausencia de ley reglamentaria se abren dos vías interpretativas de los DNU: a) que se considere que gozan de una presunción de constitucionalidad; o b) que se interprete que son presuntivamente inconstitucionales. Como consecuencia de la primera postura el PL, mediante una demora indefinida en dictar la ley reglamentaria, tendría la posibilidad de transformar la excepción en regla y acordar al PE una amplitud de atribuciones que la CN le negó. Como consecuencia de la segunda, que es la que la jueza sostiene, la misma demora del PL cancelaría o restringiría las atribuciones excepcionales asignadas al PE, en la medida que este no lograra probar el cumplimiento de los requisitos constitucionales del 3° y 4° párrafo del artículo 99 inciso 3° de la CN. Según Argibay, este último es el estándar que más se ajusta a los propósitos de la Convención Constituyente de 1994, en punto a reducir el hiperpresidencialismo. Además, la jueza agregó que no era raro que se produjera una demora legislativa en dicha reglamentación teniendo en cuenta que el propio constituyente no había fijado plazo alguno para dictarla y que la sometió a la aprobación de una mayoría calificada, obviamente más difícil de alcanzar que la necesaria para la sanción de una ley ordinaria.

Por su parte, en voto su concurrente, Petracchi mantuvo su criterio defendido desde el caso “Verrocchi”. En consecuencia, al haberse dictado la Ley N° 26122 recién en el año 2006, y no haber pasado por el control legislativo, el DNU 558/02 resultaba nulo de nulidad absoluta e insanable.

23. Massa. Fallos: 329:5913.

En el caso Consumidores Argentinos, la CSJN no aplicó el criterio de los casos “Risolia de Ocampo” y “Leguizamón Romero”, y volvió al precedente de “Verrocchi”, con lo que redujo la intensidad del control de constitucionalidad sobre los DNU. A pesar de esta observación, consideramos que un tema realmente relevante del caso “Consumidores Argentinos” apunta a la declaración de inconstitucionalidad de un DNU en relación a la falta de la emergencia que justificara la medida. Sobre el control del aspecto procedimental diremos que el voto de la mayoría no introduce mayores novedades. Es decir, al igual que el precedente “Verrocchi”, admite que el PE emita un DNU sin haberse sancionado la ley reglamentaria al momento del dictado del DNU, aunque reforzando el control judicial de la medida. Sin embargo, los votos concurrentes marcan distintos criterios. Podría interpretarse que la jueza Highton de Nolasco aborda el control judicial de constitucionalidad de la situación fáctica del decreto frente a la falta de intervención del PL. No queda muy clara la aplicación y extensión de dicho control si el decreto hubiera sido controlado por el PL. En cambio, el juez Maqueda aplica un control de constitucionalidad más profundo al aspecto formal del DNU, expresando que la falta de intervención del PL determina la invalidez del decreto. La jueza Argibay consagra la presunción de invalidez del decreto pudiendo ser revertida por quien pretenda hacerlo valer. Finalmente, el juez Petracchi mantiene su reiterada postura sobre la nulidad absoluta e insanable de todo DNU carente del control político de la CBP y del PL.

La importancia de esta última sentencia, en nuestra opinión, reside en que en los votos concurrentes de Maqueda, Argibay y Petracchi se advierte que el aspecto procedimental o formal de la remisión del DNU al PL para su control es decisivo para determinar su validez, como control previo al material.

Consideramos positiva la aplicación de la finalidad de la ley de reforma constitucional, y las discusiones en la convención constituyente como herramienta hermenéutica constitucional, hecho que la CSJN ha ratificado en este fallo. Pero hubiera sido de suma utilidad, para el reaseguro de los controles horizontales y la supervivencia del principio de división de poderes, que hubiera consagrado la exigencia en forma conjunta de los requisitos de la situación de necesidad y urgencia, y de la imposibilidad del trámite ordinario de sanción de la ley, para avalar constitucionalmente el DNU.

Finalmente, aun teniendo en cuenta que en “Consumidores Argentinos” el DNU cuestionado fue dictado antes de la sanción de la Ley N° 26122, la CSJN perdió la oportunidad de establecer algunos lineamientos referidos al control de los aspectos procedimentales o formales de los DNU (Gargarella, 2010). Recordemos que el juez Maqueda, en su voto en disidencia en el caso “Caligiuri”,²⁴ sostuvo que

la ratificación por ley necesariamente obliga al intérprete jurídico a analizar el alcance de la misma de manera de verificar si el vicio de origen ha sido subsanado, y en tales supuestos el efecto ratificadorio siempre es retroactivo. Hacia el futuro lo que existe es la voluntad legislativa plasmada en una norma (Considerando 12 voto Maqueda en “Caligiuri”).

Un párrafo aparte merece el control de constitucionalidad aplicado por la CSJN a las medidas dictadas mediante DNU, en ocasión de la crisis del 2001 (corralito financiero). El máximo tribunal comenzó con la declaración de inconstitucionalidad del DNU cuestionado en los fallos “Smith”²⁵ (2002) y “San Luis”²⁶ (2003). Cabe aclarar que en estos fallos, la CSJN también declaró la inconstitucionalidad del DNU por la violación de derechos constitucionales de las personas afectadas con su aplicación, sin aludir a los vicios del procedimiento formal del mismo.²⁷ El DNU N° 1570/01 había sido dictado antes de la sanción de ley de emergencia económica N° 25561, sin perjuicio de lo cual la CSJN tuvo que resolver sobre la constitucionalidad o no de un bloque normativo (DNU 1570/01, Ley N° 25561, y Decreto N° 214/02 en “San Luis”) impugnado por los actores. Y así lo hizo, se expidió por la inconstitucionalidad del bloque normativo impugnado.

El tema del corralito financiero fue resuelto definitivamente por la CSJN en el caso “Massa” (2006), en el que haciendo uso político del momento de

24. “Caligiuri, Rosa Clara c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ dif de salarios” del 2008. *Fallos*: 331:1927.

25. Smith. *Fallos*: 325:28.

26. San Luis. *Fallos*: 326:417.

27. En “San Luis”, en relación al Decreto N° 214/02 la CSJN dijo que si existe ley de emergencia que delega facultades en el PE, no puede justificarse, ante la misma situación de emergencia, que el PE ejerza, además, facultades legislativas mediante DNU.

dictar sentencia —con los ánimos sociales aquietados y una mejor situación económico-financiera del Estado—, determinó la constitucionalidad de las normas involucradas con el argumento del tiempo transcurrido y la trascendencia institucional de las cuestiones planteadas. El mismo bloque normativo que había sido declarado anteriormente inconstitucional, en Massa es considerado constitucional. En forma previa, la CSJN había dictado el caso “Bustos”²⁸ (2004) en el que, iniciando el camino de modificar la doctrina judicial de Smith y San Luis, el tribunal sentenció que el amparo no era la vía procesal idónea para discutir la normativa cuestionada, cuando en los casos anteriores había entendido y resuelto el tema en procesos de amparo.

7. Conclusión

Como corolario del presente trabajo, podemos afirmar que el sistema político no ha cumplido estrictamente con la normativa constitucional expresa de prohibición al PE de dictar medidas de carácter legislativo, ni con la referida a la sustancia y al trámite de los DNU, tampoco con los controles que se les deben aplicar. Y, a pesar de que, dentro del sistema político, la CSJN haya realizado un control (judicial) más profundo que el control (político) ejercido por el PL, debiera practicarse en forma más prolija y coherente. Acompañándose, a su vez, con el control social y la intervención de los grupos afectados por los DNU y el ejercicio de los institutos de la democracia participativa incorporados por la reforma de 1994, todo ello a fin de propender a un estado constitucional de derecho real.

Bibliografía

- Argentina. Convención Constituyente (1994). *Diario de Sesiones*. Santa Fe: Convención Nacional Constituyente.
- Ávalos, E. (2011). *Los decretos de necesidad y urgencia desde 1853 a nuestros días*. (Conferencia). Seminario “Acto Administrativo y Reglamento”, Cátedra de Derecho Administrativo, Facultad

28. Bustos. *Fallos*: 327:4495.

de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Recuperado de <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/viewFile/5972/6870>

Badeni, G. (27/07/1990). Los decretos de necesidad y urgencia. *Diario ED*.

Balbín, C. (2004). *Reglamentos Delegados y de Necesidad y Urgencia*. Buenos Aires: La Ley.

---- (2015). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.

Barra, R. (01/12/1999). Reglamentos administrativos. *Diario LL*.

Bestard, A. (2017). "Los decretos de necesidad y urgencia y el estado constitucional de derecho en la Argentina. Reglamentación por DNU de los derechos sociales en el período 2003-2011". Tesis doctoral. Facultad de Derecho.UBA. http://repositoriouba.sisbi.uba.ar/gsd/collect/posgrauba/index/assoc/HWA_2448.dir/2448.PDF

Bidart Campos, G. (1995). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Editorial Ediar.

Consejo para la Consolidación de la Democracia. (1986). *Reforma Constitucional. Dictamen Preliminar*. Buenos Aires: Eudeba.

Ferreira Rubio, D. y Goretti, M. (1994). Gobierno por decreto en Argentina (1989-1993). *El Derecho*, 158, 848-862

Gargarella, R. (20/05/2010). Otro intento de equilibrar el poder. *La Nación*.

González, J. V. (2001). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: La Ley.

González Calderón, J. (1984). *Curso de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.

Linares, J. F. (1986). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea.

Marienhoff, M. (1997). *Tratado de Derecho Administrativo: tomo I*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Midón, M. (2001). *Decretos de Necesidad y Urgencia. En la Constitución Nacional y en los Ordenamientos Provinciales*. Buenos Aires: La Ley.

Quiroga Lavié, H., Benedetti, M. y Cenicacelaya, M. (2001). *Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Quiroga Lavié, H. (1987). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.

Sagüés, N. (1985). Los decretos de necesidad y urgencia, derecho comparado y derecho argentino. *Revista Jurídica La Ley (volumen)* 1985 E, 798-807.

Spota, A. (1991). La división de poderes en la emergencia. En *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas: tomo XX* (pp. 199 y ss). Buenos Aires: Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

Vanossi, J. (1987). Los reglamentos de necesidad y urgencia. *La Ley*, 1987 II, pp. 885 y ss.

Villegas Basavilbaso, B. (1949). *Derecho Administrativo: tomo I*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

**Que el presidente legisle.
Decretos delegados o el modo
en que el Congreso declara
su incapacidad**

Gonzalo Sebastián Kodelia

1. Introducción

La reforma constitucional de 1994 es el nombre con el que se conoce al pacto de elites que tuvo como objetivo fundamental extender el mandato del entonces presidente Menem, a efectos de continuar el proceso de reconversión económica y estructural del Estado, iniciado en 1989.

La coalición de fuerzas políticas y sociales que ese proyecto representaba encontró oportuno el momento dado, teniendo en cuenta la fortaleza con la que contaba el presidente y el apoyo electoral que lo sostenía como el líder político mayoritario.

La coyuntura propiciaba que la reforma constitucional se hiciera “desde afuera” y “por arriba”, es decir, relegando la tarea de la Convención Constituyente a lo que un acuerdo de cúpulas hubiere decidido. Ese fue el “Pacto de Olivos” y su traducción legal en el Núcleo de Coincidencias Básicas (NCB) aprobado por Ley N° 24309, por la cual se declaró la necesidad de la reforma y se jugó a todo o nada: la Convención debía votar el NCB a “libro cerrado”, por la afirmativa o por la negativa, y en la gramática ya impuesta (art. 5). El paquete incluía, entre otras cuestiones secundarias, las normas que regulaban la reelección presidencial, el sistema electoral que a partir de entonces regiría para ese cargo y las facultades legislativas del presidente que, de ese modo, quedarían expresamente constitucionalizadas.

Lo que no deja de llamar la atención es que todo esto se fundó en el deseo de “atenuar el presidencialismo” y de lograr un nuevo equilibrio de poderes. Alfonsín, contraparte en el acuerdo “por arriba”, comenzaba su intervención

en una de las sesiones de tratamiento del NCB manifestando: “En primer lugar, es nuestra intención principal atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del presidente [...] la intención de estas reformas es fortalecer al Poder Legislativo para establecer un nuevo equilibrio de poderes” (*Diario de Sesiones*, 1994b: 2623).

De este modo, todo lo que se suponía iba a atenuar vino a fortalecer, pues los pronósticos tomaron el camino de una ilusión que hoy parece casi poética:

- a) el jefe de Gabinete, un cargo pensado como fusible ante una crisis terminal del sistema político que, anhelado por la oposición, evitaría la caída dramática del presidente, permitiendo un gobierno de coalición o de “unidad nacional”;
- b) los decretos de necesidad y urgencia para ser utilizados en situaciones excepcionalísimas que hagan imposible el trámite ordinario de las leyes y controlados inmediatamente por un órgano especial del Congreso;
- c) los decretos delegados, pensados como mecanismos que permitirían “agilizar el trámite de discusión y sanción de las leyes” (art. 2º, NCB, inc. g de la Ley N° 24309).

Pero si todavía nos detenemos en el análisis de institutos como el de los decretos delegados, es porque aún mantenemos esperanzas en el principio de división de poderes. Quizás de manera inercial, pero pareciera que las promesas de mayor control, libertad y de mejores decisiones que este garantizaría no han sido del todo desechadas y, en ese camino, la reunión de las funciones legislativas y administrativas en un solo órgano parece alterarnos.

Por eso, me atrevo a iniciar este trabajo con una rápida recorrida histórica que permita rastrear los orígenes y evolución del principio de división de poderes hasta resultar alojado en nuestra Constitución. Posteriormente, analizaré la densidad organizativa y funcional del Poder Ejecutivo para pasar, luego, a la práctica constitucional de las delegaciones legislativas, diferenciando el régimen anterior y posterior a la reforma de 1994. Finalizaré el viaje con algunas conclusiones que intentarán plasmar las posibilidades, expectativas y actualizaciones de una realidad de fuerza incontestable: el reconocimiento de la legislación preferente por órganos ejecutivos y la consecuente incapacidad (o consciente decisión) que demuestra el Congreso en revertir ese proceso.

2. División de poderes: historia y teoría

El pensamiento social y político tuvo, desde sus inicios, una inquietud preferente por la organización del poder público, es decir, por el gobierno. Sus formas vienen arrastrándose desde los griegos para coagularlas en las 3 clásicas: monarquía, aristocracia y democracia, es decir, gobierno de uno, de pocos o de muchos.

Ya Heródoto (484-425 a. C.) planteaba esta clasificación en la célebre discusión de los persas Ótanes, Megabizo y Darío. El primero, favorable a la democracia, la asociaba con la *isonomía*, es decir, “la justicia igual para todos” (Heródoto, 2006: 410). Así, desde sus inicios, democracia es igualdad, y ambos términos en convocatoria mutua. El componente igualitario de la democracia es absoluto, al punto que “permite a la suerte la elección de empleos; pide después a los magistrados cuenta y razón de su gobierno; admite, por fin, a todos los ciudadanos en la liberación de los negocios públicos” (Heródoto, 2006: 410-411). Que la democracia se conciba como igualdad es lo que hace de ella el gobierno de muchos. El principio igualitario decanta necesariamente en el expediente mayoritario: si no hay distinciones, no queda alternativa a que las mayorías asuman, coyunturalmente, el derecho a gobernar.

Pero si Ótanes confiaba en “que al cabo en todo género de bienes siempre lo más es lo mejor” (Heródoto, 2006: 411), sus oponentes veían en esas mismas mayorías la causa de los males públicos. Megabizo resistía la propuesta de entregar el poder al “imperito vulgo [...] de suyo desatento y desenfrenado” (Heródoto, 2006: 411) y sostenía la idea de “escoger un consejo compuesto de los sujetos más cabales del estado” (Heródoto, 2006: 412), claro que, a no dudarlo, “nosotros mismos seremos del número de tales consejeros” (Heródoto, 2006: 412).

Por último, Darío repudiaba tanto a la oligarquía por “sediciosa” como al Estado popular por “corrupto” (Heródoto, 2006: 413). La superioridad de la monarquía que pregonaba, quedaba demostrada por su inevitabilidad: tanto para acabar con las “grandes discordias y mutuas enemistades” de la oligarquía como con el “desorden público” de la democracia (Heródoto, 2006: 413), surge la figura de un magistrado “en todo grande y sobresaliente que, asistido de una prudencia política igual a sus eminentes talentos,

sepa regir el cuerpo entero de la monarquía de modo que en nada se le pueda reprender” (Heródoto, 2006: 412).

Iniciada la tradición, ya no se detendrá. Los pensadores posteriores añadirán sobre ese molde, pero no descartarán.

Aristóteles (384-322 a. C.) ampliará el registro sumando un criterio de distinción cualitativo que añade a la pregunta de cuántos gobiernan (uno, pocos, muchos) el interrogante acerca de cómo lo hacen: *bien*, si tienen como objetivo el bien común, o *mal*, si atienden solo al interés personal de los gobernantes. Así, a las 3 formas rectas: monarquía, aristocracia y república, corresponden sus respectivas desviaciones: tiranía, oligarquía y democracia¹ (Aristóteles, 1988: 170-172 [1279 a-b]).

Así queda configurada la teoría clásica de las formas de gobierno y descrita su tipología. Sin embargo, al pasar al plano que vale, es decir, al de las condiciones materiales de existencia, las formas de gobierno parecen reducirse a solamente dos, como clases sociales hay en toda comunidad que distribuye inequitativamente sus bienes: el gobierno de los ricos (oligarquía) y el gobierno de los pobres (democracia). No es la cantidad ni la calidad, sino la condición social de quienes tienen el poder lo que define a la forma de gobierno:

Este razonamiento parece hacer evidente que el que sean pocos o muchos los que ejercen la soberanía es algo accidental, en el primer caso de las oligarquías, en el segundo de las democracias, porque el hecho es que en todas partes los ricos son pocos y los pobres muchos [...] Lo que diferencia la democracia y la oligarquía entre sí es la pobreza y la riqueza. Y necesariamente cuando ejercen el poder en virtud de la riqueza ya sean pocos o muchos, es una oligarquía, y cuando lo ejercen los pobres, es una democracia. Pero sucede, como dijimos, que unos son pocos y otros muchos, pues pocos viven en la abundancia, mientras que de la libertad participan todos. Por estas causas unos y otros se disputan el poder (Aristóteles, 1988: 173-174 [1280 a]).

1. El término *democracia* es utilizado por el autor para referir a la tercera de las formas desviadas, es decir, al gobierno de muchos en interés personal. El alcance peyorativo del término también se encuentra en otra de sus obras (Aristóteles, 1993: 340 [1160 b]). La forma justa que adopta el gobierno de la mayoría es la *república*, término que intenta traducir el vocablo griego *politeia*, el que designa, a la vez, a toda *constitución* en general.

La condición social de los gobernantes, fundada en la desigual distribución de la riqueza, no solo califica a las formas de gobierno, sino que determina disputas por el poder y, consecuentemente, inestabilidad de las constituciones. Es por ello que, al pasar al plano valorativo, el autor se inclina por regímenes de “mezcla” que eviten los extremos. Así, la constitución deseable es aquella que tienda a la “mediación,” es decir, al punto intermedio entre democracia y oligarquía, entre pobres y ricos.²

Será, pues, “la posesión moderada de los bienes de la fortuna,” es decir, la clase media, la mejor de todas:

La ciudad debe estar construida lo más posible de elementos iguales y semejantes, y esto se da sobre todo en la clase media, de modo que una ciudad así es necesariamente la mejor gobernada [...] Es evidente, por tanto, que la comunidad política mejor es la constituida por la clase media, y que es posible que sean bien gobernadas esas ciudades en las que el elemento intermedio es numeroso y más fuerte que los otros dos [...] Donde la clase media es numerosa es donde menos se producen sediciones y discordias entre los ciudadanos (Aristóteles, 1988: 250-251 [1295 b; 1296 a]).

El mejor gobierno será, entonces, una república –entendida como “mezcla” de instituciones políticas de la democracia y de la oligarquía (Aristóteles, 1988: 243-244 [1294 a-b])– sostenida en una robusta clase media, que evite los extremos de la pobreza y la riqueza. La propuesta aristotélica permite aislar, al menos, dos ideas que tendrán desarrollos en pensadores posteriores: la primera es el rechazo de las formas “puras” y la apuesta por una combinación de ellas, como meta de mejor gobierno, es decir, de constitución moderada y, por ello, estable; la segunda ordena que la “mezcla” no resulte aislada del componente social, es decir, lo que justifica la combinación de formas diversas es la mediación que ello habilita entre intereses sociales contrarios.

Polibio (200-118 a. C.) recogerá la tipología aristotélica³ y le imprimirá el sello del gobierno “mixto,” como séptima forma óptima. En efecto, el autor

2. En la tipología aristotélica, “la república es, por decirlo sencillamente, una mezcla de oligarquía y democracia [...] es evidente que la mezcla de los dos elementos, de los ricos y los pobres, debe llamarse república” (Aristóteles, 1988: 240 y 242-43 [1293 b; 1294 a]).

3. Con la diferencia –nada despreciable– de considerar a la *democracia* como la tercera de las formas rectas, mientras que a su correspondiente forma desviada la designa como *demagogia* (Polibio, 1981: 151-53 [VI, 4]).

entiende al proceso histórico como un ciclo fatal en el cual se suceden las formas rectas y desviadas y que, al finalizar, reinicia. Esto se debe a que ninguna forma “simple” es buena, ni aún las rectas. Todas ellas están contaminadas desde su origen y predestinadas a la degeneración. Así como “el orín, para el hierro, y la carcoma y ciertos gusanos, para la madera, son enfermedades congénitas que llegan a destruir estos materiales [...] De modo no distinto, con cada una de las constituciones nace una cierta enfermedad que se sigue de ella naturalmente” (Polibio, 1981: 161 [VI, 10]).

Así, el remedio resultaría de la adopción de un gobierno “mixto” que integre los principios de las tres formas clásicas rectas: el poder del rey, el poder de los nobles y el poder del pueblo: “neutralizada por las otras la potencia de cada constitución, ninguna tendría un sobrepeso ni prevalecería demasiado, sino que, equilibrada y sostenida en su nivel, se conservaría en este estado el máximo tiempo posible” (Polibio, 1981: 162 [VI, 10]).

La “enfermedad congénita” de cada forma “simple” es contrarrestada por la forma “mixta” que neutraliza los avances de cada una de ellas hacia la pendiente de su degeneración. Polibio ya presenta los elementos característicos de lo que luego se configuraría como “teoría de la división de poderes” cuando apunta las ideas de neutralización *al* poder *desde* el poder.

Pero su propuesta institucional, sigue apegada a las condiciones sociales que la fomentan, es decir, si se quiere alcanzar la estabilidad política, es necesario otorgar espacios de poder a cada uno de los elementos sociales en disputa: si hay un senado para los patricios, que haya tribunos para la plebe. Tanto la *república* de Aristóteles como el gobierno “mixto” de Polibio, fueron propuestas institucionales marcadas por el análisis sociológico, más aún en el primero, para quien solo era posible la *politeía* mediante un arreglo social previo: una ciudad de clase media.

2.1. La Modernidad reconfigura el aporte clásico

Ahora bien, cuando pasamos al análisis de la teoría de la división de poderes propiamente dicha, encontramos, por un lado, que los aportes clásicos del gobierno “mixto” no pueden desconocerse y, en consecuencia, la teoría no pasa de ser un producto derivado; pero, por el otro, y acá sí orbita su

originalidad, el componente sociológico –ingrediente vital de la construcción clásica– desaparece en la teoría moderna. Es decir, la modernidad construye un sujeto desmarcado de su condición social y, en ese orden, desprovisto de intereses de clase: un individuo ideal (abstracto) que, sin importar las condiciones materiales bajo las cuales desarrolla su existencia, siempre tenderá a corromperse si acumula poder político. De ahí la necesidad de fracturarlo.

Montesquieu (1689-1755), quien puede considerarse el creador de la teoría de la división de poderes, fundía en modo binario su concepción de las formas de gobierno: los había “moderados” o “despóticos”, según el poder político se dividiera o se mantuviese concentrado.

En su obra *Del espíritu de las leyes* (1748), el gobierno “moderado” era aquel atravesado por divisiones horizontales y verticales, las que se verificaban, preferentemente, en la monarquía constitucional, es decir, aquella forma en la “que uno solo gobierna por medio de leyes fundamentales”.

La existencia de divisiones horizontales garantizaba que entre el soberano y los súbditos existieran “poderes intermedios”, es decir, cuerpos privilegiados que, en cuanto tales, hacían imposible la concentración del poder. De este modo, el autor se presenta como defensor de las prerrogativas de la nobleza y el clero, pero también de las justicias señoriales y de los fueros de las ciudades:

Esas leyes fundamentales suponen necesariamente canales medios por los que corre el poder; puesto que, si no hay en el Estado más que la voluntad momentánea y caprichosa de uno solo, nada puede ser fijo, y por consiguiente ninguna ley será fundamental. El poder intermedio subordinado más natural es el de la nobleza [...] Si en una monarquía abolimos las prerrogativas de los señores, del clero, de la nobleza y de las ciudades, tendremos muy pronto o un Estado popular, o bien un Estado despótico (Montesquieu, 2007: 44-45).

Claramente, estamos en presencia de una propuesta conservadora que contrasta abiertamente con, por ejemplo, el ideal democrático de Rousseau (1712-1778), para quien una vez constituida la “voluntad general”, mediante el pacto de cada uno con el resto, quedan prohibidas las “órdenes” parciales.

Las divisiones verticales apuntaban a la fractura de la unidad del poder soberano y a su división con base en las tres funciones fundamentales del Estado, identificadas con la legislativa, la ejecutiva y la judicial:

Cuando, en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistratura, el poder legislativo se reúne con el poder ejecutivo, no hay libertad; porque se puede temer que el mismo monarca o el mismo senado dicten leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder de juzgar no está separado del poder de legislar y del de ejecutar. Si estuviera unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería legislador. Si estuviera unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de principales, o de nobles, o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los crímenes o diferendos de los particulares (Montesquieu, 2007: 205-206).

Es el “gobierno moderado” el lugar donde se aloja la libertad política. Son las divisiones horizontales y verticales que lo caracterizan, las que garantizan que no se abuse del poder, que se eviten las arbitrariedades estatales y que se ejerzan las libertades públicas. De ahí la máxima del poder como freno del poder:

La libertad política sólo se encuentra en los gobiernos moderados. Pero no siempre. Sólo se la encuentra cuando no se abusa del poder, pero es una experiencia de todos los tiempos; todo hombre que tiene poder se ve impulsado a abusar de él, y llega hasta donde encuentra límites [...] Para que no se pueda abusar del poder, es necesario que por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder (Montesquieu, 2007: 204).

En la base de la teoría subyace la idea del abuso de poder como natural tendencia del soberano, sin importar el componente sociológico, tal como sí lo vimos presente en el pensamiento clásico. El problema pareciera resolverse en una cuestión funcional: el poder unido genera gobiernos despóticos; si se lo divide, gobiernos moderados, aptos para el ejercicio de la libertad. No importa si es “el mismo hombre, o el mismo cuerpo de principales, o de nobles, o del pueblo” (Montesquieu, 2007: 206) quien concentra las funciones estatales; un gobierno de este tipo siempre será despótico. Por ello, si bien los clásicos también inspiraron su pensamiento en la distribución del poder, lo hacían para repartirlo entre los sujetos sociales. Aquí, el sujeto del poder resulta indiferente y es este punto el que aleja a la teoría de la división de poderes de sus antecedentes clásicos:

Sin embargo, entre el gobierno mixto y el moderado hay una diferencia en cuanto a la manera en que se concibe esta distribución de poderes. El gobierno mixto deriva de una recomposición de las tres formas clásicas, y en consecuencia de una distribución del poder entre las tres partes que componen una sociedad, entre los diferentes posibles “sujetos” del poder, particularmente entre las dos partes antagónicas, los ricos y los pobres (los patricios y los plebeyos); en cambio, el gobierno moderado de Montesquieu deriva de la disociación del poder soberano y de su división con base en las tres funciones fundamentales del Estado, la legislativa, la ejecutiva y la judicial [...] Lo que llama la atención a Montesquieu, de manera fundamental, es la separación de poderes según las funciones, no la división basada en las partes constitutivas de la sociedad (Bobbio, 2001: 135).

Es por ello que esta teoría acompaña a la idea liberal del individuo abstracto, divorciado de su realidad y dotado de una “libertad” igualmente ideal pero, fundamentalmente, preconcebida. Es decir, la libertad no es aquello que desean los sujetos que viven y la comunidad que los cobija, sino la de aquellos individuos imaginados por su filosofía. Si el gobierno “mixto” proponía dividir el poder entre los sujetos sociales para equilibrar los intereses materiales, el gobierno “moderado” lo hace para defender esa idea liberal de “libertad”, con el fin de restablecer una autoridad trascendente que enfrente al ímpetu democrático y a las corrientes republicanas más radicalizadas. Más que una barrera, una expropiación de asuntos sobre los cuales la comunidad ya no podrá decidir por prevalencia de ese individuo “metafísico” y de su libertad.

2.2. La recepción de la teoría en nuestra Constitución

La teoría de la división de poderes fue alojada en nuestra Constitución, importando del modelo norteamericano su variante de los “frenos y contrapesos”.

Que el poder deba estar dividido no implicaba una separación estricta en la “que cada uno de los tres poderes era ‘soberano en su esfera’, es decir que cada poder legislaba, administraba y juzgaba en lo relativo a su propia actividad” (Gordillo, 2013: IX-2). Dividir “no quería decir que estos departamentos no deberían tener una intervención parcial en los actos del otro o cierto dominio sobre ellos” (Madison, 2001: 206), ya que lo buscado era que cada

poder público a cargo de funciones estatales específicas, al tiempo en que defendía su propia competencia, repelía los avances o invasiones de los demás.

Se trataba, entonces, de lograr un diseño institucional que consagra la fractura del poder estatal en sus tres funciones básicas, asignar cada una a un departamento específico y permitir la interferencia mutua con el objeto de controlar los avances de cada uno de ellos respecto a los demás. La teoría combinaba dos principios en forma compleja: división y control; atribución de funciones sustanciales a cargo de órganos específicos e intervenciones cruzadas.

Es así que nuestra Constitución dispuso que el gobierno federal (segunda parte, título primero) se integra con un Poder Legislativo (sección primera) a cargo de un Congreso bicameral (art. 44) con facultades para destituir por juicio político al presidente y a los miembros de la Corte Suprema (arts. 53, 59 y 60); un Poder Ejecutivo (sección segunda) desempeñado por un presidente (art. 87) con facultades de veto y nombramiento de magistrados (arts. 83 y 99, inc. 4°); y un Poder Judicial (sección tercera) ejercido por una Corte Suprema y demás tribunales inferiores (art. 108) con capacidad para controlar la constitucionalidad de leyes del Congreso y actos del presidente (art. 43).

3. Organización y límites del Poder Ejecutivo

Desde los inicios de nuestra organización nacional, con la sanción de la Constitución de 1853, triunfó la corriente que proponía la configuración de un presidencialismo “fuerte”, con amplias competencias en el Poder Ejecutivo.

Su principal inspirador, Juan Bautista Alberdi, entendía necesario plasmar en las nuevas instituciones atributos de la antigua monarquía, como la centralización y el ejecutivo “fuerte”, para cuyo diseño se apartó de las fuentes constitucionales estadounidenses para alojar al constitucionalismo conservador chileno y a sus constituciones de 1823 y 1833.

Así, no dudaba en la elección al momento de pensar las facultades del presidente para la Confederación Argentina: “Mil veces más se asemeja al de Chile que al de Estados Unidos [...] Fuerte, como el de Chile, republicano en la forma y casi monárquico en el fondo” (Alberdi, 2012: 283).

3.1. Prohibiciones constitucionales expresas

La traducción del pensamiento alberdiano en un ejecutivo “fuerte” no implicó renunciar a la división de poderes en el diseño constitucional. Más bien, mostró la necesidad de consagrar prohibiciones expresas al Poder Ejecutivo, tanto en su relación con el Poder Legislativo como con el Poder Judicial.

Las amplias atribuciones presidenciales fueron contrarrestadas por cláusulas prohibitivas –tanto en la Constitución histórica, como en su reforma del 94– que, si bien atentas a una noble preocupación, no hacían sino destacar lo que venía anticipándose: la radicación en el ejecutivo del centro del poder estatal.

La marca a fuego de la teoría de la división de poderes en la Constitución nacional se plasma en las cláusulas que prohíben:

- I. Al Poder Legislativo,
 - a) conceder al Poder Ejecutivo la suma del poder público (art. 29);
 - b) delegar en el Poder Ejecutivo competencias legislativas (art. 76).
- II. Al Poder Ejecutivo,
 - a) emitir disposiciones de carácter legislativo (art. 99, inc. 3°);
 - b) asumir funciones judiciales (art. 109).

3.2. Función administrativa y facultad reglamentaria

Preocupada ante los previsibles desbordes que un Poder Ejecutivo dotado de abundantes competencias podía generar, nuestra Constitución fijó claramente límites negativos a su actividad, mediante prohibiciones expresas de ejercicio de funciones legislativas y judiciales.

Si el presidente no legisla ni juzga, es porque le corresponde administrar. La función ejecutiva es aquella identificada con la administración pública, y que surge de su rol de jefe supremo de la nación, jefe del gobierno, responsable político de la administración general del país y comandante en jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación (conf. art. 99, incs. 1° y 12).

Esta posición de jefatura lo obliga a actuar las declaraciones de los otros poderes: “Administrar sería acción (frente a declaración, como propia de las funciones legislativa y judicial), o acción singular y concreta, o acción orga-

nizada, o acción de conformación social, o gestión de los servicios públicos” (García de Enterría y Fernández, 2006: 30).

Se nota entonces que, así delimitada, la función administrativa, propia del Poder Ejecutivo, llega cuando los otros poderes hicieron su declaración mediante leyes, para ponerlas en práctica, o mediante sentencias, para garantizar su ejecución. Así concebida, la acción del Poder Ejecutivo queda subordinada a la declaración de los otros poderes.

Si se asigna al Poder Ejecutivo la competencia de actuar las declaraciones legislativas y judiciales, es porque es el mejor capacitado para hacerlo, ya que en sus jefaturas supremas reúne las finanzas de la nación y el monopolio de la fuerza pública, “la bolsa y la espada”. De ahí la importancia de mantener acotados y subordinados los márgenes de actuación del ejecutivo.

Ahora bien, cuando el Poder Ejecutivo hace uso de sus facultades reglamentarias, no deja por ello de ejercer función administrativa, subordinada a la ley, ya que el objeto propio del reglamento no es otro que permitir la ejecución de la ley (art. 99, inc. 2°). Es decir, una vez emitida la declaración formal del Congreso, el reglamento se ocupa de ponerla en práctica: la dinámica es la misma, el Congreso declara y el Poder Ejecutivo actúa esa declaración, esta vez, bajo la forma de reglamentos subordinados a la ley.

Este es el único espacio constitucional habilitado al Poder Ejecutivo para emitir reglamentaciones como atribución propia: el reglamento para garantizar la ejecución de una ley previamente dictada por el Congreso y subordinado a ella.

Es así que una interpretación constitucional tributaria de la división de poderes no puede reconocer “competencias normativas” en el Poder Ejecutivo ni que su actuación configure –en algunos aspectos– ejercicio de “función materialmente legislativa”. El reglamento solo vale ante ley previa y en sus marcos, esta es la única competencia reglamentaria habilitada constitucionalmente como propia del Poder Ejecutivo.

Las leyes son aquellas que se dictan siguiendo el procedimiento constitucional para su formación y sanción (arts. 77/84), con debate público previo, con exposición de argumentos y con el juego democrático de las mayorías y minorías, en el cual el rol destacado lo asume el Congreso.

Nada de esto ocurre en el órgano presidencial unipersonal.

Pero principalmente, y esto es lo que más debiera importar, es el pueblo el que se beneficia mediante un control más directo del debate y de los argumentos cuando estos se dan en el Congreso. No sucede lo mismo cuando los temas de interés público quedan reclusos en los despachos ministeriales, en los cuales se encuentran mayores dificultades para acceder a sus contenidos y los funcionarios más liberados de dar razones públicas de sus decisiones, lo que “hace que sus redactores sean fácilmente influidos por grupos de interés sin que los habitantes puedan siquiera enterarse de los trámites cumplidos en su aprobación”. Ese escenario de mayor permeabilidad “favorece a los grupos pequeños y organizados frente a sectores amplios pero desorganizados” (Sola, 2009: 440).

De ahí que las teorías que reconocen “potestades normativas” en el Poder Ejecutivo, ya en su sola enunciación semántica, velan la dramática implicancia que tiene la reunión –en un órgano unipersonal del poder– del monopolio de la gestión directa, concreta e inmediata de las finanzas y de la fuerza públicas, con la capacidad para declarar y actuar por sí, mediante el ejercicio de esas supuestas “potestades”, su dirección, destino y beneficiarios.

Lo dicho no apunta a centrar las críticas en un órgano del poder para diluir las que justamente merecen los otros. Sino más bien lo contrario: a criticar toda concentración de poder político y económico por entender que atenta contra el compromiso básico de la democracia identificado con la igualdad.

3.3. Centralización, descentralización y “doble fractura”

Si bien el titular del Poder Ejecutivo es el presidente de la nación (art. 87), su integración se completa con una estructura de órganos y de entes que coadyuvan al ejercicio de la función administrativa.

La teoría de la organización administrativa, adoptando la técnica de la personalidad jurídica –ya utilizada para dotar de personalidad al Estado–,⁴

4. La teoría del Estado cristaliza en Alemania “en una aportación capital [...] el reconocimiento del Estado como persona jurídica [...] El Estado sería, ante todo, una persona jurídica, y esta constatación elemental permite iniciar, justificar y sostener la magna construcción de su comportamiento ante el Derecho” (García de Enterría y Fernández, 2006: 30).

construye el concepto de descentralización como mecanismo de distribución de competencias.

Si bien la descentralización puede tener como base un criterio territorial (provincias, municipios), la que corresponde al Poder Ejecutivo es siempre funcional. La descentralización implica, entonces, desgajar una parte de la administración pública, cuyo ejercicio corresponde al Poder Ejecutivo, y asignarla a una estructura descentralizada y personificada de entes estatales.

Así llegamos a que la función de administrar corresponde a una estructura de órganos centralizados (presidente, jefe de Gabinete de Ministros y demás ministros, arts. 100 y 102) y, separadamente, a una estructura de entes descentralizados, creados por ley del Congreso (arts. 75, inc. 20 de la CN y 5°, inc. a de la Ley N° 25152) y dotados de competencia específica, desgajada de la función general de administrar.

Esta fractura entre distintas estructuras estatales que ejercen la función de administración pública es precisamente lo que busca la teoría jurídica administrativa como valor agregado a la teoría política de la división de poderes, ya que a una primera fractura de órganos encargados de las funciones sustanciales (legislar, juzgar, administrar), se suma una segunda fractura entre órganos centralizados y entes descentralizados, al interior de la misma función administrativa.

De ahí que la descentralización constituye una instancia destinada a reforzar los controles mutuos y, con ello, los límites; a reducir la concentración de competencias en el presidente, a efectos de evitar las arbitrariedades estatales, y a favorecer el desempeño de las capacidades de los entes con habilidades técnicas específicas.

En la estructura de órganos centralizada (presidente, jefe de Gabinete y demás ministros), el principio básico que rige sus relaciones es el de jerarquía, es decir, “los órganos administrativos, a diferencia de los judiciales, se caracterizan por ser órganos estructurados jerárquicamente, esto es, que dan o reciben órdenes: no son, pues, independientes” (Gordillo, 2013: IX-3).

La jerarquía implica la facultad de ordenar, dirigir y controlar, y el correlativo deber de obedecer, de acuerdo a los distintos grados de poder alcanzados por los órganos, en una estructura piramidal de relaciones cuya cúspide –en la administración centralizada– corresponde al presidente en su rol de jefe supremo.

Lo distintivo de la jerarquía es la subordinación del inferior frente al superior, situación que solo puede darse al interior de un mismo ente administrativo, tal como sucede en la administración centralizada.

Las relaciones entre los entes descentralizados, y entre estos y la administración centralizada, no se rigen por el principio de jerarquía y, por lo tanto, no existen poderes de subordinación. Los instrumentos de relación son la cooperación, es decir, deberes recíprocos de colaboración; y la coordinación, en caso de presentarse competencias que puedan resultar concurrentes o compartidas.

Es necesario tener presente lo dicho porque plantea la necesidad de analizar la constitucionalidad de una práctica muy recurrente en nuestro derecho público: la del Congreso cuando “delega” en órganos subordinados al Poder Ejecutivo (jefe de Gabinete, ministros) o en entes descentralizados (BCRA, AFIP) la “reglamentación” de leyes que hagan a su competencia material. Mucho más cuando esa “reglamentación” encubre una auténtica delegación de funciones legislativas en órganos o entes que pueden reunir la gestión de intereses sociales trascendentes, como la seguridad pública y la defensa, o la política monetaria y cambiaria, y la recaudación pública.

Notemos que, si hay reglamentación o aun delegación en el presidente, este es un órgano con legitimidad democrática plena, ya que su elección es producto del voto popular. Pero no sucede lo mismo con los titulares de sus órganos subordinados ni mucho menos con quienes comandan los entes descentralizados, sobre los cuales el presidente ni siquiera posee un poder jerárquico de control y ordenación.

4. Actos ejecutivos de rango legal

Podemos remontarnos a nuestros orígenes constitucionales para encontrar antecedentes de ejercicio de competencias legislativas por el Poder Ejecutivo, es decir, materias sometidas constitucionalmente al Congreso que fueron reguladas por el presidente de la nación mediante decretos.

Síntoma del presidencialismo “fuerte”, las prohibiciones expresas y la reserva de esas materias al Poder Legislativo por la Constitución histórica no fueron suficientes para impedir que ya en el periodo 1854/1861 se emitieran decretos disponiendo sobre bancos federales (art. 67, inc. 5°), aduanas y dere-

chos de importación y exportación (arts. 9° y 67, incs. 1° y 9°), tributos (arts. 4° y 67, inc. 2°) y correos (art. 67, inc. 13).

Más adelante en el tiempo, y al pulso de la crisis política y económica de 1890, el Poder Ejecutivo emitió, en marzo del año siguiente, decretos por los cuales suspendía términos legales y comerciales, modificando derechos contractuales cuya reglamentación corresponde, por reserva del artículo 14 de la CN, al Poder Legislativo.

Pero al menos, en todos estos casos, el Poder Ejecutivo solicitó siempre la intervención expresa del Congreso, que ratificó o anuló los decretos emitidos (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2010: 1-2).

La Corte Suprema, a los pocos años de constituirse, también produjo sus primeras impresiones acerca de la cuestión del ejercicio de competencias legislativas por el Poder Ejecutivo, en materias claramente asignadas con carácter exclusivo al Congreso de la Nación.

Así, en una causa criminal en la que se acusaba al imputado de integrar las montoneras de “el Chacho” Peñaloza y Felipe Varela, y de participar en la rebelión de la provincia de La Rioja en 1868, la Corte Suprema –adhiriendo a la vista del Procurador General– reconoció que

ni el Comisionado Nacional ni el Poder Ejecutivo tenían facultad Constitucional para conceder esta amnistía, que según el inciso 17, art. 67 es atribución exclusiva del Congreso, pero estando obligado el Presidente y su Comisionado á [sic] pacificar la Rioja, y siendo la amnistía el medio más eficaz y racional de conseguir este objeto en las circunstancias en que se hallaba aquella Provincia en 1868, hicieron bien en ofrecer la amnistía con calidad de obtener la aprobación superior, como se hizo. Era entonces el Congreso, y no un juez el que podía haber anulado la amnistía, si la creía perjudicial ó [sic] indebida. Pero el Congreso, á [sic] quien se dió [sic] cuenta con todos los documentos de estos sucesos, la aprobó dejándola subsistente. Estaban pues llenadas las formas constitucionales.⁵

La apreciación trascrita ya expone los rudimentos de la teoría que justifica la intromisión del Poder Ejecutivo en materias legislativas: a) si bien como principio no corresponde al presidente conceder amnistías, b) por cuanto esta es

5. CSJN (1872). “Criminal c/ Andrade, Crisólogo”. *Fallos*, 11:405.

una atribución del Congreso; c) en caso de estar en juego un fin estatal relevante (pacificar La Rioja), d) si el medio (la amnistía) resulta eficaz para alcanzarlo y e) existen circunstancias excepcionales (la rebelión de 1868), el Poder Ejecutivo queda habilitado para hacer lo que antes no podía, en el caso, conceder amnistías; f) siempre que el Congreso ratifique expresamente esa decisión.

Algunos años después, la Corte ratificó esta línea de pensamiento al desestimar el reclamo del actor, quien alegaba la inconstitucionalidad de la declaración del estado de sitio, dictada por el Poder Ejecutivo, para el ámbito de la provincia de Buenos Aires. En esa oportunidad manifestó

que tanto el decreto de estado de sitio, como el que ordenó la traslación del asiento del Gobierno á [sic] Belgrano, fueron aprobados por leyes del Congreso [...] Que en virtud de estas sanciones, aquellas medidas gubernativas adquirieron el carácter de actos legislativos del Congreso, única autoridad que hubiera podido someterlas á [sic] juicio y condenarlas.⁶

En ambos casos coinciden algunos elementos esenciales:

- a) la necesidad de que el acto del Poder Ejecutivo –en principio, inconstitucional– sea saneado por una declaración expresa posterior del Congreso, y
- b) la existencia de situaciones extraordinarias, tanto por la rebelión en una provincia como por la declaración del estado de sitio de otra.

Ambos extremos merecen ser criticados, ya que la ratificación del Congreso, aun expresa, de un acto inconstitucional no es suficiente para sanarlo. Ello, porque el estado de cosas generado a partir de ese acto ilegítimo origina un ambiente distinto respecto al cual debiera haber intervenido el Poder Legislativo. Ese nuevo escenario coacciona una actuación que, de otro modo, no se hubiese presentado. Además, devalúa las competencias del Congreso al reducirlas a convalidar o rechazar lo que han decidido otras instancias.

Por otro lado, lo que determina la existencia de una situación extraordinaria, de emergencia o de urgencia, son los hechos comprobados de la causa, único sustrato que justifica la decisión, y no la simple apelación a la forma-

6. CSJN (1881). "Varela, Mariano c/ Anzó, Avelino". *Fallos*, 23:257.

lidad de un acto presidencial, aunque este alcance la trascendencia de una declaración de estado de sitio.

4.1. La delegación legislativa

Quedó dicho que el único espacio constitucional habilitado al Poder Ejecutivo para emitir reglamentos es aquel delimitado por el artículo 99, inciso 2°, mediante el cual el presidente emite decretos reglamentarios de leyes del Congreso o *reglamentos de ejecución*, sin que ello implique ejercicio de función “materialmente legislativa”, sino que ella no deja de ser función administrativa subordinada a la ley.

También es cierto que dicha atribución reglamentaria en el Poder Ejecutivo, destinada a poner en ejecución una ley ya vigente, en nada se relaciona con las *leyes reglamentarias* de los derechos que, por imposición del artículo 14 de la CN, solo corresponde al Congreso (Gelli, 2011: 261).

Hasta acá nuestro esquema constitucional, tributario de la división de poderes en su variante de los “frenos y contrapesos”. Ahora bien, cuando entramos al terreno de la delegación nos encontramos con algunas imprecisiones terminológicas que conviene aclarar, ya que el mismo término remite a diferentes actividades estatales y, consecuentemente, variados regímenes jurídicos.

El derecho administrativo disciplina el instituto de la delegación en su forma clásica, es decir, como “una decisión del órgano administrativo competente, por la cual transfiere el ejercicio de todo o parte de su competencia a un órgano jerárquicamente inferior, o sometido a tutela administrativa” (Gordillo, 2013: XII-16). De este modo, la delegación se da al interior de la misma persona y bajo línea jerárquica, por decisión del superior respecto del inferior, o entre distintas personas por decisión de la administración centralizada respecto al ente descentralizado, como manifestación de su poder de tutela.⁷

Cuando no se presentan estas notas, al término “delegación” se le adhieren algunas adjetivaciones. Así, la delegación puede ser “impropia” si no es el superior, sino la ley, la que transfiere competencias de ese órgano al inferior.

7. La administración centralizada ejerce sobre la descentralizada, no un poder jerárquico, sino de tutela, es decir, una supervisión limitada a cuestiones de legitimidad y mediada por la petición del interesado.

Tal el caso de la Constitución delegando funciones que antes correspondían al presidente en el jefe de Gabinete (Comadira, 2004: 31; 2007: 160). O también, la delegación es “transestructural” cuando se produce un trasvasamiento “entre los dos subordinamientos (público y privado), a través de una asignación, por parte del sector público y en cabeza del sector privado, de la responsabilidad de llevar a cabo cometidos también públicos”, como en el caso de las concesiones de servicios u obras públicas (Barra, 2006: 606-607).

Pero el dispositivo de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, no es del resorte del derecho administrativo, sino del derecho constitucional y, por ello, conmociona los cimientos del principio de división de poderes, ya que su admisión importa, sin más, reconocer legitimidad en el presidente —y hasta en órganos subordinados o entes de la estructura descentralizada— para emitir actos de sustancia legislativa, es decir, “reglas de conducta humana en forma general e imperativa” (Gordillo, 2013: IX-8), en materias reservadas al Congreso, aun referidas a derechos y garantías.

Es por ello que, al momento de elaborar el concepto constitucional de delegación legislativa, siempre se parte de su “excepcionalidad” y así es el reconocimiento que el artículo 76 de la CN le da al colocarla luego de un principio general prohibitivo. Esta habilitación excepcional la otorga el Poder Legislativo y por ella “se encomienda y transfiere al Poder Ejecutivo el ejercicio limitado de una facultad propia del Congreso, que sigue siendo el titular de la misma y que puede reasumir su ejercicio en cualquier momento” (Santiago [h] y Thury Cornejo, 2003: 376).

La posibilidad de emitir este tipo de decretos implica la consagración en el derecho público argentino de los *reglamentos delegados*, los que

no deben confundirse con los reglamentos de ejecución o decretos reglamentarios, cuyo dictado es atribución propia del Poder Ejecutivo [...] y ellos no pueden alterar las leyes con excepciones reglamentarias [...]. Por otra parte, las leyes entran en vigencia con independencia de que se hayan dictado o no tales decretos reglamentarios. Los reglamentos delegados, en cambio, integran una ley incompleta [...] que no puede aplicarse sin ellos [...]. El Ejecutivo solo puede dictarlos habiendo una delegación legislativa expresa (Ekmekdjian, 2001: 705-706).

4.2. Decretos delegados *antes* del 94

La delegación legislativa en el Poder Ejecutivo fue reconocida jurisprudencialmente, pese a que nuestra Constitución nada decía al respecto antes de su reforma de 1994.

Una aplicación estricta de los principios constitucionales comprometidos con la división de poderes hubiese propuesto una hermenéutica prohibitiva. Sin embargo, acudiendo a fundamentaciones oscuras o a subterfugios lingüísticos, la Corte reconoció la validez constitucional de los decretos delegados, aun antes de su recepción en la norma suprema.

Así lo hizo al declarar la validez constitucional del Reglamento del Puerto de la Capital, norma que tipificaba acciones punibles y establecía sanciones en materia de navegación, en su relación con la Ley N° 3445. En la inteligencia de la Corte

no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella [...] Existe una distinción fundamental entre la delegación del poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido.⁸

Ahora bien, si de “pormenores y detalles” se trataba, ¿para qué teorizar acerca de la delegación? Eran precisamente esos “pormenores y detalles” para la ejecución de la ley el ámbito de los decretos reglamentarios que la Constitución histórica preveía en su artículo 86, inciso 2°.

La respuesta estuvo dada porque el caso no planteaba nada cercano a “pormenores y detalles”, y la propia Corte lo dejó dicho cuando afirmó que “el Poder Legislativo lejos de apurar la reglamentación se ha limitado a señalar de un modo general la voluntad legislativa”. No eran “pormenores y detalles” los del reglamento impugnado, sino “sanciones punitivas constituidas por el arresto o la multa”. De ahí que sea acertada la crítica al fallo, “el cual no supo (o no quiso) distinguir claramente las dos clases de reglamentos [...] Se

8. CSJN (1927). “Agencia Marítima Delfino”. *Fallos*, 148:430.

confunden aquí los reglamentos delegados con los reglamentos de ejecución” (Ekmekdjian, 2001: 706).

Algunos precedentes posteriores establecieron ciertos límites; sin embargo, el camino fue errático hasta desembocar en un “desenfreno delegativo [...] con una extensión inusitada” (Gelli, 2011: 265). Entre aquellos que fijaron ciertas pautas restrictivas, corresponde destacar aquel que declaró la inconstitucionalidad de la facultad policial para crear figuras contravencionales mediante edictos firmados por el jefe de Policía de la Capital. En esta oportunidad, la Corte sostuvo lo que en “Delfino” ocultó: “el legislador no puede simplemente delegar en el Poder Ejecutivo o en reparticiones administrativas la total configuración de los delitos ni la libre elección de las penas, pues ello importaría la delegación de facultades que son por esencia indelegables”.⁹

Si en “Delfino” la Corte se conformó con que el Congreso señale “de un modo general la voluntad legislativa”, en “Prattico”¹⁰ exigió “que la política legislativa haya sido claramente establecida”. En esta oportunidad, entendió que dicho extremo se encontraba cubierto con lo dispuesto por la Ley N° 12983, a lo que sumó las circunstancias excepcionales en las cuales se enmarcaron los decretos que dispusieron aumentos salariales de emergencia.

Finalmente, muy poco antes de producirse la reforma constitucional de 1994,

la Corte introdujo mayor confusión aún al introducir el concepto de la “delegación impropia” [...] Esta delegación impropia no sería, según la Corte, una delegación legislativa, sino una modalidad del poder reglamentario del art. 99, inc. 2 [...] este fallo pretende borrar definitivamente del derecho positivo la diferencia entre decretos reglamentarios o reglamentos de ejecución, que son legítimos porque están previstos en el art. 99, inc. 2, de la Constitución nacional, y los reglamentos delegados, que eran ilegítimos hasta 1994 (Ekmekdjian, 2001: 709).

De la “voluntad legislativa general” en “Delfino”, pasando por la “clara política legislativa” en “Prattico”, llegamos al “bloqueo de legalidad” o “programa de gobierno” en “Cocchia”, como fundamento para avalar la constitucio-

9. CSJN (1957). “Raúl Oscar Mouviel”. *Fallos*, 237:636.

10. CSJN (1960). “Prattico, Carmelo”. *Fallos*, 246:345.

nalidad del Decreto N° 817/92 –emitido bajo “delegación impropia”–, por el cual se suspendieron los convenios colectivos de los trabajadores marítimos y portuarios, y se flexibilizaron las condiciones para su renegociación.

En efecto, esta “delegación impropia” que surge del “bloque de legalidad”, integrado en el caso por la Ley N° 23696 de emergencia económica y la Ley N° 24094 de puertos, y por el Tratado de Asunción, por el cual se creó el Mercosur, origina una subespecie de reglamentos de ejecución, los *sustantivos*, es decir, aquellos “que no tienen como finalidad establecer el procedimiento según el cual la Administración aplicará la ley [...] sino regular, por mandato del legislador, la concreta aplicación de la ley en la sustancia misma del objeto o finalidad por ella definidos”.¹¹

Como vemos, el abuso del lenguaje, la oscuridad argumentativa y la “lucha de palabras” solo se entienden cuando se cae en la cuenta de algo elemental: con todas las críticas que podamos hacer, tanto en “Delfino” como en “Prattico”, los decretos impugnados tenían un antecedente legal cierto. En “Cocchia”, ni siquiera eso. La constatación de esa ausencia llevó a la falacia del “bloque de legalidad”.

4.3. Decretos delegados *después* del 94

La Ley N° 24309, conforme el procedimiento previsto en el artículo 30 de la CN, declaró la necesidad de “la reforma parcial de la Constitución Nacional de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957” (art. 1°).

En sus artículos 2° y 3° estableció los temas habilitados para ser tratados y resueltos por la Convención Constituyente. Sin embargo, aquellos incluidos en el artículo 2° debían aprobarse o desecharse conjuntamente, “entendiéndose que la votación afirmativa importará la incorporación constitucional de la totalidad de los mismos, en tanto que la negativa importará el rechazo en su conjunto de dichas normas y la subsistencia de los textos constitucionales vigentes” (art. 5°).

11. CSJN (1993). “Cocchia, Jorge Daniel”. *Fallos*, 316:2624.

Como fuera dicho, a este temario “cerrado”, en el cual se incluía hasta la redacción de la futura norma constitucional, la ley lo denominó “Núcleo de Coincidencias Básicas” (NCB), consagrando con ello un inaceptable avasallamiento a la soberanía de la Convención Constituyente, la cual debiera representar el máximo grado de participación ciudadana y de deliberación pública, libre e igualitaria, al constituirse en ese ámbito las reglas básicas de convivencia que fundan una comunidad de iguales.

El NCB representaba, además, “la finalidad, el sentido y el alcance de la reforma”, y entre sus objetivos principales figuraba la “atenuación del sistema presidencialista” (art. 2º, NCB, inc. a de la Ley N° 24309).

Así lo entendieron también los convencionales constituyentes. Uno de ellos, García Lema, manifestó que “los contenidos del Núcleo de Coincidencias Básicas responden, al igual que la habilitación de los temas que están incluidos en el artículo 3º de la ley declarativa, a ciertas finalidades, a ciertas ideas-fuerza, que constituyen los grandes objetivos de la presente reforma” (*Diario de Sesiones*, 1994a: 2200). Entre esas ideas-fuerza, se encontraba la de “generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del poder del Estado —el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial—; y a ella responden, a su vez, la atenuación del régimen presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso, la mayor independencia del Poder Judicial” (*Diario de Sesiones*, 1994a: 2201).

El convencional Paixao sostuvo que el conjunto de reformas propiciado en el NCB, estaba referido a una realidad que encarna una forma “de concentración del poder en nuestra Constitución histórica y en la vida institucional de esa Constitución [...] la concentración de poder en el Poder Ejecutivo nacional” (*Diario de Sesiones*, 1994a: 2201). La finalidad de la reforma estaba dirigida a

asumir como hecho que la actual etapa histórica de la Argentina no es la etapa del hiperpresidencialismo al servicio de la organización nacional, sino la de una descentralización del poder que posibilite un avance armónico y por consenso de la mayor cantidad posible de integrantes de la sociedad política (*Diario de Sesiones*, 1994a: 2202).

Pero también hubo voces que advirtieron lo contrario, como la del convencional Bravo, para quien “esta atenuación del régimen presidencialista es

una falacia; no existe. Al contrario: estamos creando un régimen hiperpresidencialista. Y lo estamos creando porque le otorgamos más facultades al Poder Ejecutivo” (*Diario de Sesiones*, 1994b: 2271). Es cierto, el tiempo nos otorga un beneficio de inventario, pero que este último pronóstico prevaleció sobre las expectativas contrarias, no es menos real.

Ahora bien, lo cierto es que los reglamentos delegados fueron incluidos en el NCB (art. 2º, inc. g de la Ley N° 24309) e incorporados a la Constitución nacional en 1994, como medida excepcional y para atenuar el presidencialismo, lo que marca una evidentísima tensión –y hasta inadecuación– entre fines y medios que, al momento de actuar la Constitución, debe encontrar un cauce razonable. La reforma constitucional intentó establecer algún cauce normativo a una realidad insuperable.

4.3.1. Requisitos sustanciales y adjetivos de la delegación legislativa

Lo primero que debemos notar es que el artículo 76 de la CN se inserta en el capítulo cuarto, de la sección que la Constitución le dedica al Poder Legislativo, el cual refiere a las Atribuciones del Congreso. El dato no es menor, ya que nos permite comprender que la emisión de decretos delegados no es una competencia constitucional directa del Poder Ejecutivo (como sí es la de emitir decretos de necesidad y urgencia), sino que lo que la Constitución regula es una decisión que eventualmente toma el Poder Legislativo, órgano al que le corresponde la evaluación y ponderación de los hechos sobre los cuales debe necesariamente fundarse su acto legislativo.

Es atribución del Congreso decidir la delegación legislativa y dar inicio, con esa decisión, a una situación relacional específica entre una ley (del Poder Legislativo) delegante y un decreto (del Poder Ejecutivo) delegado. Entonces, la delegación legislativa debe entenderse como una atribución del Congreso que relaciona una ley delegante previa con un decreto delegado posterior.

El artículo 76 de la CN nos da los requisitos sustanciales, es decir, materiales u objetivos que debe contener la ley delegante, sin los cuales resultaría inconstitucional. Ellos son:

- a) el objeto sobre el cual el decreto delegado puede legislar: materias determinadas de administración o de emergencia pública;

- b) el plazo dentro del cual el Poder Ejecutivo está habilitado para ejercer esa competencia de excepción: emitir decretos delegados sobre las materias previamente fijadas; y
- c) las bases de la delegación, es decir, las directrices que el Congreso impone al presidente en su ley delegante y que el decreto delegado debe recoger.

Las materias de administración o de emergencia pública sobre las cuales puede recaer la delegación, deben estar expresamente determinadas en la ley delegante. Es decir, no llena el requisito constitucional una ley delegante que no se esfuerce por detallar, en la mayor medida posible, cuáles son las materias de administración o de emergencia pública habilitadas para que el decreto delegado se pronuncie sobre ellas.

Aun así, continúa la incertidumbre acerca de cuáles son esas materias, ya que “comprenden un universo de asuntos múltiples, cuya determinación no siempre es sencilla y, por eso mismo, constituye el núcleo del problema de la delegación” (Gelli, 2011: 270).

Con todo, podemos rastrear esas materias de administración en las definiciones que sucesivamente dieron algunas leyes delegantes e identificarlas con el régimen jurídico de los órganos y entes estatales, aun los de seguridad y defensa, y con el de los bienes y servicios públicos.¹² Paralelamente, debiéramos descartarlas “en todo lo que sea materia del ejercicio del poder de policía del Estado, es decir, la reglamentación de los derechos” (Ekmekdjian, 2001: 713) que, como fuera dicho, solo corresponde al Congreso por imperativo del artículo 14 de la CN.

El otro supuesto, materias determinadas de emergencia pública, es más vasto, pero solo procede si hubo una declaración legislativa de emergencia pública, lo que no implica un pronunciamiento meramente formal, sino la constatación acabada y con sustento fáctico suficiente de la situación crítica. Además, la delegación en materias de emergencia pública debe ser adecuada y proporcional para hacer frente y conjurar el escenario de excepción, todo ello controlable mediante el examen de razonabilidad, el que no es monopolio del Poder Judicial,

12. Conf. Leyes N° 25148 y 25414.

sino también del Congreso al pronunciarse sobre los decretos delegados y de la comunidad política mediante sus derechos de crítica y protesta.

Siguiendo el mismo método, las leyes que fueron sucesivamente declarando la emergencia pública identificaron como materias sujetas a delegación las referentes a la reestructuración de contratos y deuda pública, régimen de empleo público –sin que ello afecte derechos adquiridos ni la estabilidad laboral– y el reordenamiento de los mercados monetario, financiero, cambiario, de seguros y de capitales.¹³

Al llegar a este punto, se impone siempre la pregunta de si las materias vedadas para los decretos de necesidad y urgencia (penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos), también lo están para los decretos delegados. O lo que es igual: si la “falta de una prohibición similar a la dispuesta en el art. 99, inc. 3, para los decretos de necesidad y urgencia, habilita la delegación en esas cuestiones, cuando existe emergencia pública” (Gelli, 2011: 270).

Para el caso de la materia tributaria es clara la posición de la Corte en cuanto a su improcedencia como objeto regulable por decreto delegado, en virtud del principio de legalidad tributaria de los artículos 4º, 9º, 17, 52 y 75, incisos 1º y 2º de la CN.

Así lo sostuvo al declarar la inconstitucionalidad del artículo 59, segundo párrafo de la Ley N° 25237 (norma delegante) y de la decisión administrativa 55/00 de la Jefatura de Gabinete de Ministros (norma delegada), en tanto regulaba las tasas percibidas por la Inspección General de Justicia, destacando que

no pueden caber dudas en cuanto a que los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76), autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo.¹⁴

Más aún, la Corte dispuso que ni siquiera la ratificación posterior por ley del Congreso de un decreto delegado que regula materia tributaria alcanza para sanear retroactivamente el vicio de origen:

13. Conf. Leyes N° 25344 y 25561.

14. CSJN (2003). “Selcro S.A.”. *Fallos*, 326: 4251.

ese valladar inmovible que supone el principio de reserva de ley en materia tributaria tampoco cede en caso de que se actúe mediante el mecanismo de la delegación legislativa previsto por el art. 76 de la Constitución [...] En tales condiciones, corresponde señalar que la ley 25.645 carece de eficacia para convalidar retroactivamente una norma que adolece de nulidad absoluta e insanable –como la resolución 11/02 del entonces Ministerio de Economía e Infraestructura–.¹⁵

En cuanto a las otras materias, podemos concluir sin mucho esfuerzo que el mismo principio de reserva legal “es en un todo trasladable a la materia penal”, en virtud del artículo 18 de la CN. Sobre las materias restantes, es pertinente la pregunta acerca de “¿qué emergencia pública requeriría una modificación de la ley de partidos políticos o de la ley electoral que no pueda esperar a la sanción del Congreso?” (Gelli, 2011: 270).

Por último, en lo que hace a los requisitos sustanciales, queda por desentrañar el concepto de *bases de la delegación* utilizado por el artículo 76 de la CN. Teniendo en cuenta los estándares ensayados anteriormente, las bases de la delegación se relacionan más con la “clara política legislativa” exigida en “Prattico”, que con la “voluntad legislativa general” de “Delfino” o el “bloque de legalidad” de “Cocchia”. En efecto, las bases debieran contener “el objetivo preciso a cumplir, la indicación precisa de las materias prohibidas al delegatario, los límites máximos y mínimos, las alternativas técnicas permitidas y prohibidas, si es posible o no la subdelegación” (Ekmekdjian, 2001: 717). Es la adopción, por el derecho público argentino, de la regla del “principio claro e inteligible” importada de la jurisprudencia norteamericana (Sola, 2009: 443).

Las bases de la delegación debieran ser aquellas directrices prescriptivas presentes en la ley delegante y que el decreto delegado debe obligatoriamente recoger. Son un anticipo de la decisión que deberá complementar, finalmente, el Poder Ejecutivo mediante la emisión del decreto delegado.

Si bien la ausencia de bases decanta en la inconstitucionalidad de la ley delegante, su formulación excesivamente vaga puede conducir a la misma decisión, o afectar la eficacia de la delegación e invalidar el decreto delegado. Esta última fue la opción que tomó la Corte y la que generó la siguiente regla:

15. CSJN (2014). “Camaronera Patagónica S.A.”. *Fallos*, 337:388.

la delegación sin bases está prohibida y cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate [...] Así, por ser amplia e imprecisa, la delegación no confiere atribuciones más extensas, sino, al revés, a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente.¹⁶

En cuanto a los requisitos adjetivos, es decir, al procedimiento para la emisión de decretos delegados, el artículo 100, inciso 12 de la CN establece su refrendo solo por el jefe de Gabinete de Ministros y su control por la Comisión Bicameral Permanente, prevista en el artículo 99, inciso 3°, cuarto párrafo de la CN.

Una última cuestión hace al sujeto destinatario de la delegación, que no puede ser otro que el presidente, al ser el titular del Poder Ejecutivo unipersonal (art. 87 de la CN). Sin embargo, la Corte admitió que “las atribuciones especiales que el Congreso otorga al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos delegados, pueden ser subdelegados por este en otros órganos o entes de la Administración Pública, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida”.¹⁷

4.3.2. Caducidad y retorno

La Ley N° 24309, por la que se declaró la necesidad de la reforma constitucional, autorizó a la Convención Constituyente a “sancionar las cláusulas transitorias que fueren necesarias” (art. 2°, inc. d).

En virtud de esta autorización, la Constitución contiene, luego de su último artículo (el 129), 17 disposiciones transitorias, las que son auténticas normas constitucionales de vigencia temporal –sujetas al cumplimiento de un plazo o al acaecimiento de una condición– y cuyo fin es permitir una tran-

16. CSJN (2008). “Colegio Público de Abogados de Capital Federal”. *Fallos*, 331:2406.

17. CSJN (2007). “Comisión Nacional de Valores c/ Establecimiento Modelo Terrabusi S.A.”. *Fallos*, 330:1855.

sición ordenada entre el régimen constitucional anterior y el nuevo, producto de la actividad de la Convención Constituyente.

Entre ellas, encontramos una referida al artículo 76, la disposición transitoria octava: “La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley”.

El plazo previsto en la norma trascrita vencía el 24 de agosto de 1999. Un día antes fue promulgada la Ley N° 25148. Dicha norma ratificó en el Poder Ejecutivo, por el plazo de 3 años, la totalidad de la delegación legislativa emitida con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, y aprobó la totalidad de la legislación delegada, dictada al amparo de la referida delegación (arts. 1° y 3°).

Sucesivamente, las Leyes N° 25645, 25.918 y 26135 fueron prorrogando el plazo de 3 años hasta que la Ley N° 26519 dispuso una última prórroga “a partir del 24 de agosto de 2009, por el plazo de un (1) año” (art. 1°). Además, esta última norma dispuso la creación, en el ámbito del Congreso, de una Comisión Bicameral que

tendrá como misión y tarea revisar, estudiar, compilar y analizar [...] la totalidad de la legislación delegante preexistente en virtud de la disposición transitoria octava de la Constitución Nacional, con la finalidad de elevar a conocimiento del presidente de cada Cámara [...] un informe final conteniendo [...] a) Cuáles son las leyes que delegan facultades; b) Cuáles de ellas están vigentes; c) Cuáles fueron modificadas, derogadas o son de objeto cumplido; d) Si las materias se corresponden con lo regulado en el artículo 76 de la Constitución Nacional (art. 3°).

La tarea encomendada fue cumplida con la emisión del Informe del 30/06/2010, en el cual se relevaron más de 350 leyes delegantes anteriores a 1994, distribuidas en 8 anexos y agrupadas por materia (Congreso de la Nación, 2010). Una hermenéutica estricta obligaría a considerar caducas, a partir del 24/8/2010 (fecha de vencimiento de la última prórroga dispuesta por la Ley N° 26519), las delegaciones habilitadas en esas normas y, por lo tanto, reasumidas esas competencias de modo exclusivo por el Poder Legislativo.

4.3.3. Control político de los decretos delegados

El artículo 100, inciso 12 de la CN obliga al jefe de Gabinete a refrendar los decretos delegados, y a la Comisión Bicameral Permanente a controlar los extremos constitucionales que hacen a su legitimidad.

Respecto a los decretos de necesidad y urgencia, pero con argumentaciones que pueden trasladarse al caso de los decretos delegados, parte de la doctrina consideró absolutamente prohibida la competencia del Poder Ejecutivo para emitir ese tipo de disposiciones, hasta tanto no se hubiese creado la Comisión Bicameral Permanente y no se hubiere sancionado la ley a la que alude el último párrafo del artículo 99, inciso 3° de la CN. Es así que, para este sector,

la imposibilidad de que opere la participación obligatoria y el trámite de seguimiento y control a cargo de los órganos que la constitución determina, no sólo impide dictar decretos de necesidad y urgencia sino, además, acarrea la inconstitucionalidad de los ya emanados al margen del itinerario hasta ahora inhibido de aplicación y funcionamiento (Bidart Campos, 2005: 313).

También fue la postura de algunos jueces supremos. En votos separados que descalificaron constitucionalmente un decreto de sustancia legislativa, Argibay concluyó:

si el ejercicio de la función legislativa por el Presidente está condicionado al cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 99.3, tercer y cuarto párrafo de la Constitución, y no se ha probado en el caso que dicha condición se haya cumplido, entonces las disposiciones legislativas dictadas por el Presidente no consiguen superar la pena establecida por la misma Constitución, esto es, su nulidad absoluta e insanable.¹⁸

18. Voto de Argibay (2010). "Consumidores Argentinos". *Fallos*, 333:633.

En la misma posición se hallaba Petracchi:

la vía establecida en el art. 99, inciso 3° de la Constitución Nacional, exigía que el Congreso sancionara la ‘ley especial’ que hiciera operativo el articulado, sin que correspondiese discutir las bondades del criterio elegido, pues el Tribunal sólo debía atender a su significado y a sus consecuencias. Hasta que no fue sancionada la ley que reclamaba el art. 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional, no podía cumplirse con la ‘subetapa’ legislativa prevista por aquélla y ello determinaba la imposibilidad de recurrir a esos remedios de excepción que son los decretos de necesidad y urgencia. Como se sabe, sólo en el año 2006 fue sancionada la ley especial que la Constitución exigía.¹⁹

La Ley N° 26122 (BO 28/7/2006) es la que prevé el último párrafo del artículo 99, inciso 3° de la CN, y cuyo objeto consiste en regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos delegados, de necesidad y urgencia, y de promulgación parcial de leyes. Por dicha ley, además, quedó establecido el mecanismo de integración de la Comisión Bicameral Permanente y su funcionamiento, el que no se interrumpe “aun durante el receso del Congreso de la Nación” (art. 6°).

La Ley N° 26122 vino a complementar el procedimiento de control político del siguiente modo:

- a) el Poder Ejecutivo, dentro de los 10 días posteriores a su emisión, somete el decreto delegado a consideración de la Comisión Bicameral Permanente;
- b) la Comisión, dentro de los 10 días de recibida la medida, dictamina sobre la validez o invalidez del decreto delegado y eleva su despacho al plenario de cada Cámara para su inmediato y expreso tratamiento;
- c) cada Cámara debe pronunciarse por separado, si bien no les impone plazo. La decisión deberá ser expresa y por el rechazo o aprobación del decreto, sin “introducir enmiendas, agregados o supresiones” (arts. 22 y 23);
- d) solo el “veto legislativo,” es decir, el rechazo expreso de ambas Cámaras (Sola, 2009: 476-78), implica la derogación del decreto, “quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia” (art. 24);
- e) hasta que esto suceda, el decreto tiene “plena vigencia” (art. 17).

19. Voto de Petracchi, (2010). “Consumidores Argentinos”, *ibid.*

5. Preferencia ejecutiva, incapacidad legislativa y control popular

El principio de división de poderes que nuestra Constitución adoptó desde 1853, y que se ve reflejado en el propio artículo 76 al establecer como principio general la prohibición de delegar en el Poder Ejecutivo competencias constitucionales del Poder Legislativo, más la intención constituyente de atenuar el presidencialismo, obligarían a una interpretación restrictiva y a un control estricto de los decretos delegados. De este modo, la intervención del Poder Ejecutivo en esta zona sería de “excepción”.

Sin embargo, las normas no quedan definidas por su literalidad, sino por lo que se hace con ella. El derecho es la conducta asumida por los operadores jurídicos frente a la norma y lo que queda de esa síntesis en la convivencia social. Así entonces, vayamos al Boletín Oficial y veamos quién produce cotidianamente normas. No encontraremos al Poder Legislativo más que en contadas ocasiones, sin embargo, constataremos que no pasa un solo día sin que el presidente, sus órganos subordinados o la estructura de entes descentralizados emitan algún acto que, en mayor o menor medida, o aun potencialmente, impacta en la esfera de derechos ciudadanos.

Forzoso es reconocer que, en principio, la delegación legislativa cuenta con buenos argumentos. Así, podemos identificar una necesidad real surgida de la ampliación de las competencias estatales en los campos de la sociedad y la economía, la que requiere de procedimientos más ágiles en la toma de decisiones que sean eficaces en tiempos y costos. Además, la complejidad de la regulación económica en áreas que requieren de un conocimiento especializado, contribuye a justificar la delegación legislativa en organismos técnicos que, es indispensable aclararlo, no por ello dejan de ser políticos ni de estar atravesados por intereses contrapuestos que pugnan en direcciones contrarias.

Por otro lado, las promesas deliberativistas de “mejores” decisiones, producto del entrecruzamiento de argumentos que propiciaría el debate parlamentario, parecieran quimeras en cuanto uno constata el tráfico de influencias que circula al interior del Congreso y en su relación con los ejecutivos nacional y provinciales, fundamentos últimos o auténticos móviles de los votos parlamentarios.

Desde esta perspectiva, seguir sosteniendo el carácter “excepcional” de la delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo no pasa de ser un ejercicio mnémico de una literalidad normativa, carente de toda relevancia política, es decir, estéril para incidir en la realidad. Si el derecho pretende insertarse con algún grado de ascendiente social, no puede desconocer que la combinación de “mayores capacidades” (técnicas) y “menores costos” (de transacción) hacen del Poder Ejecutivo la zona de legislación preferente. Más aún, una eficaz regulación económica y social no podría pensarse sin la intervención cotidiana de agencias ejecutivas específicas que fijan normas de extrema sensibilidad. Así, el mercado del dinero o el control de cambios quedan definidos por las Comunicaciones del BCRA, muchas de las cuales ni siquiera se publican en el Boletín Oficial. La recaudación impositiva diariamente se define por normas de AFIP. Lo mismo que el derecho de la seguridad social, en manos preferentes de ANSES. Y esto lo sabe el Congreso, ya que por “delegaciones de segundo grado” (Santiago [h] y Thury Cornejo, 2003: 425) establece directamente en organismos descentralizados o subordinados al presidente, los destinatarios de la delegación.

Esta realidad no le es ajena al Congreso, que ha declarado hace rato su incapacidad. Desde la Ley N° 25561 (BO 7/1/2002) y sus sucesivas prórrogas,²⁰ el Poder Ejecutivo queda largamente habilitado a emitir decretos delegados en materias de administración y emergencia pública. El plazo cuenta ya 18 años ininterrumpidos de delegación legislativa, al que podemos sumar delegaciones anteriores dispuestas por las Leyes N° 24629 y 24631, para los años 1996 y 1997, y por las Leyes N° 25344 y 25414, para los años 2000 y 2001.

Continuar sosteniendo la “excepcionalidad” de los decretos delegados, cuando desde 1994 casi no vivimos sin ley delegante, solo sería posible para espíritus capaces de controlar el rubor que manifestaciones semejantes harían inevitablemente afluir.

Pero entonces, ¿solo queda el camino de “rendirnos” frente a los hechos? Contestaría que no, pero que sólo a partir de ellos podremos establecer propuestas con expectativas ciertas de incidencia. En ese camino, debiera pensarse que el Congreso no puede competir con el Ejecutivo cuando en

20. La Ley N° 27345 prorroga la emergencia y la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo hasta el 31 de diciembre de 2019.

este se conjuga la ecuación de “mayores capacidades” y “menores costos,” como en los casos de los mercados dinámicos que necesitan de regulaciones proteicas para ser eficaces.

Para estos casos, quizás pueda pensarse un mecanismo inverso al tradicional: las agencias ejecutivas sancionando y el Congreso vetando, al modo que ya lo prevé la Ley N° 26122.

De modo contrario, la reglamentación sustancial de todas las generaciones de derechos humanos, al no relacionarse con la ecuación que identifiqué en el Poder Ejecutivo, quedará como zona de reserva legal de intransferible ejercicio.

Pero nada de esto será legítimo si no se reformula orgánicamente la integración de las dependencias ejecutivas con capacidades normativas. Y el modo de hacerlo es instalando el control popular sobre ellas, ya sea abriendo su integración al proceso eleccionario o integrando los directorios con representantes del pueblo elegidos para el caso. Una salida intermedia puede encontrarse en redefinir las competencias de la hoy casi inexistente figura del Defensor del Pueblo y hacerla actuar en los organismos ejecutivos de regulación, como ha sido el caso de distintas leyes que proponían figuras análogas como las “defensorías del público” o la participación de los usuarios y consumidores que la Constitución prevé (art. 42), para los entes reguladores de los servicios públicos.

La mayor capacidad técnica que reúnen algunos órganos ejecutivos, solo habla de una burocracia especializada en alguna temática a fuerza de precedentes, sin que dicha afirmación intente que esa técnica denote imparcialidad ni mucho menos que evite la política, es decir, la disputa de intereses. No hay espacio estatal, ni pliegue administrativo, que no reconozca el predominio de la política, pues a una opción se le opone otra, la diferencia está en los ganadores y perdedores que subyacen en una y otra. Si la política es inevitable en el campo público, la solución es con más política, es decir, con más participación del pueblo en las esferas de decisión estatal.

Bibliografía

- Alberdi, J. B. (2012). Estudios sobre la Constitución argentina de 1853. En J. B. Alberdi y D. F. Sarmiento, *Constitución y política* (pp. 269-346). Buenos Aires: Hydra.
- Aristóteles (1993). *Ética Nicomáquea*. Madrid: Gredos.
- (1988). *Política*. Madrid: Gredos.
- Barra, R. C. (2006). *Tratado de derecho administrativo: tomo III*. Buenos Aires: Ábaco.
- Bidart Campos, G. J. (2005). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino: tomo II-B*. Buenos Aires: Ediar.
- Bobbio, N. (2001). *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Comadira, J. R. (2004). *El acto administrativo en la ley nacional de procedimientos administrativos*. Buenos Aires: La Ley.
- (2007). *Procedimientos administrativos. Ley nacional de procedimientos administrativos, anotada y comentada*. Buenos Aires: La Ley.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (2010). *Decretos de necesidad y urgencia*. Recuperado de <https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=dnu>
- Ekmekdjian, M. A. (2001). *Tratado de derecho constitucional: tomo IV*. Buenos Aires: Depalma.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2006). *Curso de derecho administrativo: tomo I*. Buenos Aires: La Ley.
- Gelli, M. A. (2011). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada: tomo II*. Buenos Aires: La Ley.
- Gordillo, A. (2013). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: tomo I*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Heródoto (2006). *Los nueve libros de la Historia*. Recuperado de <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/nuevelibros.pdf>
- Madison, J. (2001). El Federalista N° 47. En A. Hamilton; J. Madison y J. Jay, *El Federalista* (pp. 204-09). México: Fondo de Cultura Económica.
- Montesquieu (2007). *Del espíritu de las leyes*. Buenos Aires: Losada.
- Polibio (1981). *Historias. Libros V-XV*. Madrid: Gredos.
- Santiago, A. (h) y Thury Cornejo, V. (2003). *Tratado sobre la delegación legislativa*. Buenos Aires: Ábaco.
- Sola, J. V. (2009). *Tratado de derecho constitucional: tomo I*. Buenos Aires: La Ley.

Documentos

Argentina. Convención Nacional Constituyente (1994a). *Diario de Sesiones*. 18ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria. Recuperado de <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>

Argentina. Convención Nacional Constituyente (1994b). *Diario de Sesiones*. 21ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria. Recuperado de <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>

Argentina. Congreso de la Nación (2010). *Informe Final. Comisión Bicameral Especial para el cumplimiento de la Cláusula Transitoria Octava de la Constitución Nacional –Ley N° 26.519-*. Recuperado de <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/26519/Informe%20FINAL%20CBE26519.pdf>

Poderes militares y tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional

Gerardo Tripolone

1. Introducción

La jerarquización de ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos en la reforma constitucional de 1994 ha sido uno de los temas más trabajados en la literatura jurídica. Ríos de tinta se han escrito sobre la interpretación del artículo 75.22 de la Constitución Nacional argentina (CN). La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha cambiado con los años, lo que también ha generado gran cantidad de estudios al respecto. El punto central ha sido la vinculación del derecho internacional de los derechos humanos, en especial el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), con el derecho interno.

Los tópicos abordados han referido, centralmente, a derechos constitucionales que, en ciertos casos, parecen hallarse en pugna con derechos consagrados en los instrumentos internacionales. O, para ser más precisos, interpretaciones de derechos constitucionales que se oponen a ciertas interpretaciones de cláusulas de estos tratados, en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Muy relevante ha resultado el debate en torno a la incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) en el derecho argentino, haya sido o no nuestro Estado parte en la causa.

La inflación de estudios sobre estas problemáticas contrasta con la carencia de abordajes sobre la incidencia de los instrumentos internacionales, la jurisprudencia de la Corte IDH y las recomendaciones de la Comisión IDH

sobre los aspectos orgánicos de la CN. En otras palabras, queda todavía mucho camino por recorrer en lo referente a la influencia que el derecho internacional de los derechos humanos pueda tener en la organización del poder.

De todas las aristas que esta problemática tiene, en este capítulo nos enfocaremos en una: el posible impacto del SIDH luego de la reforma de 1994 en los poderes militares del presidente de la nación y del Congreso Nacional. La pregunta en concreto es si, y en qué medida, es necesario realizar una “interpretación adecuadora horizontal” sobre las cláusulas constitucionales referidas a los poderes militares. Ante la jerarquización de la CADH, ¿debe cambiar la interpretación sobre las disposiciones de los artículos 75 y 99 referidos a las Fuerzas Armadas Argentinas (FEAA.)?

Este objetivo se plantea en relación a un problema práctico concreto y de gran actualidad: el de la participación de las FEAA. en asuntos considerados de seguridad interna. Este debate, de por sí escaso en la literatura constitucional, no ha acusado recibo de la jerarquización de la CADH y de la interpretación de esta por parte de los órganos del SIDH. Lo que se busca en este trabajo es ofrecer una respuesta al debate en torno a la constitucionalidad y convencionalidad del involucramiento del poder militar en el combate contra el narcotráfico y el terrorismo.

2. Modificaciones textuales a los poderes militares

Con la reforma de 1994, los poderes militares se modificaron en algunos aspectos sustanciales. El siguiente cuadro comparativo da cuenta de las modificaciones en lo que respecta a las atribuciones del Congreso de la Nación:

Antes de la reforma (art. 67)	Constitución vigente (art. 75)
<p>21. Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz.</p> <p>22. Conceder patentes de corso y de represalias, y establecer reglamentos para las presas.</p> <p>23. Fijar la fuerza de línea de tierra y de mar en tiempo de paz y guerra; y formar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de dichos ejércitos.</p> <p>24. Autorizar la reunión de las milicias de todas las provincias o parte de ellas, cuando lo exija la ejecución de las leyes de la nación y sea necesario contener las insurrecciones o repeler las invasiones. Disponer la organización, armamento y disciplina de dichas milicias, y la administración y gobierno de la parte de ellas que estuviere empleada en servicio de la nación, dejando a las provincias el nombramiento de sus correspondientes jefes y oficiales, y el cuidado de establecer en su respectiva milicia la disciplina prescrita por el Congreso.</p> <p>25. Permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él.</p> <p>27. Ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Confederación, y sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión en cualquiera de las provincias para establecer fortalezas, arsenales, almacenes, u otros establecimientos de utilidad nacional</p>	<p>25. Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz.</p> <p>26. Facultar al Poder Ejecutivo para ordenar represalias, y establecer reglamentos para las presas.</p> <p>27. Fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno.</p> <p>28. Permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él.</p>

Empezando por el final, cabe notar que el inciso 27 del antiguo artículo 67 es, en la actualidad, el 30 del artículo 75. Sin embargo, con la reforma se eliminaron todas las referencias a establecimientos propios de la defensa nacional, como son las “fortalezas, arsenales, almacenes” dejando solo la idea genérica de “establecimientos de utilidad nacional”. Es interesante notar que en la reforma de 1949 se mantuvo la redacción original y se agregó “aeródromos”, como un nuevo ejemplo de establecimiento de utilidad nacional propio del siglo XX (art. 68 inciso 26, Constitución de 1949).

Del resto de los incisos del nuevo artículo 75, el que más nos interesa es el 27, al que llamaremos cláusula de organización de las FF.AA. Es esta la que, en relación con lo dispuesto en el artículo 99 sobre los poderes presidenciales, va a plantear el problema de los límites que el Congreso puede establecer a la facultad de disposición de las FF.AA. que ostenta el Ejecutivo. Como veremos más adelante, los cambios terminológicos del enunciado normativo nunca supusieron, para la doctrina constitucional, un cambio en la norma jurídica.¹ Es posible sostener esta idea. La modificación de “fuerzas de línea de tierra y de mar” por “todas las fuerzas armadas” y la de “reglamentos y ordenanzas para el gobierno” por “normas para la organización y gobierno” de las FF.AA. puede entenderse como una mutación de la disposición sin cambio en la norma jurídica. Los convencionales constituyentes lo entendieron así, quienes ni siquiera debatieron la cláusula. De hecho, el miembro informante de la comisión redactora, convencional Corach, no mencionó el segundo cambio terminológico (de “reglamentos y ordenanzas para el gobierno” a “dictar las normas para su organización y gobierno”).²

Donde sí hay un cambio de norma jurídica importante es, en primer lugar, en la eliminación de las patentes de corso por ser contrarias al derecho internacional. En segundo lugar, en la disposición sobre las milicias. Las milicias provinciales poseían antecedentes coloniales en Hispanoamérica y en el carácter descentralizado del poder militar durante los años de la Confederación. Además, los constituyentes originarios tenían la influencia de las guardias nacionales norteamericanas. De hecho, a partir de un decreto del presidente Justo J. de Urquiza en 1854, también se las denominó como Guardia Nacional a las milicias argentinas (Sabato, 2010: 86-87; Macías y Sabato, 2013).

Como manifestación de la fuerza centrípeta del Estado nacional durante el primer gobierno peronista (1946-1952), en la reforma de 1949 las milicias provinciales fueron eliminadas de la CN. Sin embargo, al derogarse esta Constitución, la disposición volvió a regir hasta 1994. Aunque existe una opinión, para nosotros poco fundada, según la cual las policías provinciales

1. Para la distinción entre enunciado normativo y norma jurídica, Alexy (2014: 33-34).

2. Véase el diario de la sesión 34ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria del 19 de agosto de 1994, p. 4595. Esto es una muestra más de lo que señalan los especialistas en temáticas de defensa: la escasa preparación de la clase dirigente nacional en materia de defensa nacional.

son milicias (Sagüés, 2017: 573), lo cierto es que ya desde fines del siglo XIX estas dejaron de existir en los hechos. El poder militar del Estado se concentró en el gobierno federal.

El tema de las milicias es muy relevante para nosotros. La redacción del artículo 67 incluía la posibilidad de reunir las, entre otros casos, para “contener insurrecciones”, una tarea de orden interno que, en principio, recae sobre las fuerzas de seguridad provinciales o federales. Ante la inexistencia de milicias en la segunda mitad del siglo XIX y la centralización del poder militar que culminó con la ley Riccheri de servicio militar obligatorio, los distintos gobiernos comenzar a acudir a las FF.AA. en supuestos de insurrecciones. Esto no ha sido, en lo absoluto, una decisión tomada exclusivamente bajo regímenes militares entre 1930 y 1983. Como hemos analizado en otro lugar (Tripolone, 2018a), todos los gobiernos elegidos por el voto popular desde Hipólito Yrigoyen hasta Carlos S. Menem se han valido de las FF.AA. para controlar ciertas situaciones conflictivas propias de la seguridad interna. Por lo demás, la legislación vigente habilita el uso de las FF.AA. para los casos en que el sistema de seguridad interior “resulte insuficiente a criterio del Presidente”, siempre que se declare el estado de sitio previamente (art. 31 Ley N° 24059 de Seguridad Interior).

En lo que refiere a las atribuciones del Poder Ejecutivo, también hubo algunos cambios terminológicos, pero menos sustanciales que los que se dieron en las disposiciones del Legislativo.

Antes de la reforma (art. 86)	Constitución vigente (art. 99)
15. Es comandante en jefe de todas las fuerzas de mar y de tierra de la Nación. 16. Provee los empleos militares de la nación: con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores del Ejército y Armada; y por sí solo en el campo de batalla. 17. Dispone de las fuerzas militares marítimas y terrestres, y corre con su organización y distribución según las necesidades de la nación. 18. Declara la guerra y concede patentes de corso y cartas de represalias con autorización y aprobación del Congreso.	12. Es comandante en jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación. 13. Provee los empleos militares de la nación: con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las Fuerzas Armadas; y por sí solo en el campo de batalla. 14. Dispone de las Fuerzas Armadas, y corre con su organización y distribución según las necesidades de la nación. 15. Declara la guerra y ordena represalias con autorización y aprobación del Congreso.

Como se aprecia, las modificaciones son menores y no sustanciales. Esta es la razón por la que no se ha puesto en cuestión seriamente la existencia de cambios en las potestades militares luego de la reforma. De hecho, en las escasas discusiones sobre el uso de las FF.AA. para asuntos de seguridad interna en la literatura constitucional, no se hace referencia ni a la reforma de 1994 ni a la jerarquización del SIDH. En la próxima sección haremos un breve repaso de estos debates.

3. La Constitución y el uso de las FF.AA. en asuntos internos³

Como vimos en los cuadros de la sección anterior, entre los poderes de mando, el artículo 99.14 otorga al presidente la facultad de “disponer” de las FF.AA. Hay autores que han entendido que esta facultad no es restringible ni controlable por el Congreso (Sinópoli, 2003: 70). El otorgamiento categórico que hace la Constitución, sumada a la cláusula que establece que el Ejecutivo es el “comandante en jefe” de las FF.AA. (99.12 CN), no habilitaría otra interpretación.

Si esto es cierto, las leyes del Congreso que limitan el uso de las FF.AA. a agresiones de origen externo y a algunos otros supuestos secundarios (Leyes N° 23554 y 24059), en verdad no podrían limitar la potestad del presidente para “disponer” de ellas. Si el Ejecutivo lo cree conveniente, no se podría limitar su poder de utilizar las FF.AA. incluso en el interior del Estado.

Sinópoli (2003) encontraría el argumento constitucional en el artículo 21 que establece el deber de los habitantes de “armarse” en defensa de la patria y la Constitución. Para el autor, la defensa de la “patria” equivale a la salvaguarda frente a un ataque externo, mientras que la defensa de la “Constitución” se presenta frente a amenazas internas (Sinópoli, 2003: 19). Esto es difícil de deducir del texto, teniendo en cuenta que la Constitución puede perfectamente verse afectada por ataques de origen externo y la patria disolverse por amenazas internas. Pero lo más llamativo es que el autor deduzca del

3. Esta sección es un resumen de lo que analizamos en Tripolone (2018a).

artículo 21, que establece una obligación de toda la ciudadanía, un precepto orientado a regular las FFAA.

En sentido similar, e incluso más expreso, se manifiesta Bidart Campos (1999). Analizando la distinción entre seguridad interior y defensa nacional en la legislación infraconstitucional, sostiene que

debe quedar en claro que ninguna ley puede inhibir o menoscabar la *jefatura presidencial* sobre las fuerzas armadas, que otorga competencia al Poder Ejecutivo para recurrir a ellas y disponer su intervención razonable en resguardo tanto de la llamada defensa nacional cuanto de la seguridad interna cuando existe grave perturbación de ambas, imposible de superar por otros medios regulares. Tal competencia existe con ley o sin ley, y ninguna ley puede impedir su ejercicio, porque proviene directamente de la constitución (Bidart Campos, 1999: t. III, 307).

Lo mismo sostiene Palazzo (2010: 819) para quien resulta “difícil” que “el Congreso pueda imponer un criterio contrario a la guerra, y logre interrumpir el enfrentamiento”. Si esto se refiere a la práctica constitucional, es cierto: el Congreso no ha podido detener las decisiones del Ejecutivo de utilizar las FFAA. por fuera de la legislación. Sin embargo, el autor encuentra sustento constitucional que daría legitimidad a esta dificultad del Congreso:

En el sustento que el artículo 21 de la Constitución da a la existencia de Fuerzas Armadas, se menciona tanto la defensa de la patria, como la de la Constitución. Por ende, el presidente, como comandante en jefe, puede recurrir a ellas en situaciones extremas, ya que las leyes no pueden impedirle el ejercicio de facultades que la Constitución le otorga en forma directa (Palazzo, 2010: 834).

Nuevamente se apela al artículo 21 como origen de la existencia de las FFAA., lo cual es más que discutible. De cualquier manera, el punto más importante es que, al igual que Sinópoli (2003) y Bidart Campos (1999), Palazzo (2010) sostiene la imposibilidad de limitación legal (*i.e.* por ley del Congreso) de la facultad constitucional del presidente. Lo curioso es que los tres autores *limitan* esta facultad de disposición (que no podía limitarse legalmente) al caso de situaciones extremas de emergencia. En definitiva, habría un límite: solo sería posible en el contexto de una situación de excepción.

Esto no surge de la Constitución y, lamentablemente, los autores no ofrecen argumentos para fundar sus postulados.

La idea de imposibilidad de limitar la facultad presidencial de disponer de las FF.AA. no es exclusiva de Argentina. Es una doctrina que también se encuentra en Estados Unidos. La Oficina Legal del Ministerio de Justicia de aquel país emitió un memorándum durante la presidencia de William “Bill” Clinton que afirmaba que, en casos en que la seguridad de la nación se encuentre en peligro, un estatuto (una ley del Congreso) no podía restringir los poderes presidenciales para acabar con la amenaza (Baker, 2007: 52). Por eso es que, durante la presidencia de George W. Bush, la guerra contra el terrorismo se tradujo en detenciones sin orden judicial en el interior de Estados Unidos, rendiciones, traslados a prisiones militares propias de tiempos de guerra, más la omisión de cumplir las normas del Congreso que buscaban evitar la tortura de los detenidos o el rechazo al pedido del Legislativo de la rendición de cuentas del presidente sobre el accionar de la CIA en la *war on terror* (Smith, 2016: 229-231; 255; 589).

En Argentina, hay juristas que se manifiestan en contra de estas posturas. Sin embargo, al igual que Bidart Campos (1999), Sinópoli (2003) o Palazzo (2010), no han ofrecido argumentos convincentes para defender su posición. Ekmekdjian (1994: 583) afirma que los gobiernos que utilizan las FF.AA. para reprimir huelgas, manifestaciones o rebeliones internas, son autoritarios. Solo admite el uso interno de las FF.AA. en caso de alzamientos militares (Ekmekdjian, 1994: 591). Aunque pueda coincidirse con la apreciación, debe reconocerse que el autor no expone argumentos constitucionales de ningún tipo para sostener estas ideas.

Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya (2009) piensan de manera similar a Ekmekdjian. Para los autores, la Ley de Defensa Nacional N° 23554 de 1988, que distinguió entre seguridad interior y defensa nacional y reservó solo esta última actividad a las FF.AA., está “en consonancia con el texto constitucional” (Quiroga Lavié et al, 2009: t. II, p. 958). Es una lástima que no indiquen con qué parte del texto constitucional estaría en consonancia. De esta forma sería posible rebatir lo que piensa, por ejemplo, Sagüés (2017: 577), para quien “constitucionalmente no parece haber problemas” en involucrar a las FF.AA. en ámbitos de seguridad interna, “ya que la Constitución no circunscribe forzosamente la gestión de esas fuerzas a la defensa externa”.

De cualquier manera, la Ley de Seguridad Interior N° 24059, promulgada en enero de 1992, modificó el panorama. El artículo 29 determina que es una “obligación primaria” de las FF.AA. defender los ámbitos de la jurisdicción militar en caso de atentados en tiempos de paz. Los episodios en La Tablada de 1989 todavía estaban frescos en diciembre de 1991, momento en que se sancionó la ley (Escolar, 2017: 37).

Por otra parte, el título VI de la ley abre la puerta para el “empleo subsidiario” de las FF.AA. en caso en que el presidente lo crea conveniente, previa declaración del estado de sitio. Para Quiroga Lavié et al, (2009), estas “disposiciones no se ajustan al modelo constitucional y parecen ignorar sus conocidas consecuencias históricas” (t. II, p. 958). Aunque se pueda estar de acuerdo con lo segundo, los autores no ofrecen argumentos de lo primero: ¿por qué no se ajustan al modelo constitucional?

En todas estas discusiones no hay rastros de la posible incidencia de la CADH y del SIDH en general en los poderes militares. La introducción de normas de igual jerarquía en 1994 no ha movilizado a pensar si pueden haber influido en las facultades del gobierno federal en la materia.

4. Interpretación adecuada horizontal

Pierluigi Chiassoni (2011: 150-151) distingue la interpretación “evolutiva” de la “adecuada”. La primera es aquella que tiene lugar cuando el intérprete entiende que una disposición sancionada en el pasado no puede ser interpretada de la misma forma en el presente por considerarla “anacrónica” u opuesta a “la realidad política, económica, tecnológica y/o social del momento, o bien a los dictados de la ‘consciencia social’ o de la ‘consciencia jurídica’, que todavía no han sido adoptados en forma de enunciados en el discurso de las fuentes” (Chiassoni, 2011: 150). Esto sucede, en el derecho constitucional argentino, por ejemplo, con la cláusula de fomento de la “inmigración europea” (art. 25 CN) o la exigencia de una determinada renta para ser senador (art. 55 CN).

La interpretación adecuada consiste, también, en una modificación del sentido que se le da a una cláusula. Sin embargo, en este caso se debe a la existencia de otra/s norma/s que impacta/n en la interpretación de la disposición en cuestión. Chiassoni (2011: 151) denomina interpretación ade-

cuadora horizontal al caso en que la otra norma es axiológicamente superior pero formalmente equivalente en jerarquía. Luego enuncia tres casos más: (i) axiológica y formalmente superiores; (ii) axiológicamente superior, pero formalmente inferior; y (iii) el caso no ya de una norma, sino de un *sistema* de normas axiológicamente superior, pero formalmente equiordenada, y/o supraordenadas y/o subordenadas.

La particularidad de la interpretación adecuadora horizontal es que a la disposición textual que se busca interpretar pueden adscribirse dos o más normas jurídicas. La pluralidad de sentidos está dada, en este caso, porque el sistema se ha visto modificado por un nuevo conjunto de normas que alteran (al menos como hipótesis) la interpretación que se hacía originalmente de ella/s. Esta interpretación original puede haberse fundado en argumentos literalistas, genéticos, teleológicos, autoritativos o cualquier otro que ahora se ven puestos en cuestión por una alteración del sistema.

La literatura constitucional argentina, como hemos dicho, le ha dedicado amplios esfuerzos a esta alteración en la interpretación de los derechos constitucionales a partir de la jerarquización de ciertos instrumentos internacionales. No obstante, para saber si la idea de interpretación adecuadora horizontal es apropiada para pensar nuestra situación, es importante considerar si los tratados internacionales con jerarquía constitucional (*i.e.* formalmente equivalentes) son axiológicamente superiores. Esta pregunta no ha encontrado una respuesta unánime.

La Constitución indica que dichos tratados “no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (art. 75 inc. 22). El texto expreso presenta, al menos, dos interrogantes en relación a la jerarquía axiológica:

- (i) Más allá de las dificultades que surgen, el texto ofrece una pauta interpretativa para el caso de conflictos entre los derechos consagrados en los tratados y los derechos constitucionales de la *primera parte*. Pero nada dice sobre los conflictos posibles entre la *segunda parte* de la Constitución (la parte orgánica) y los tratados con jerarquía constitucional. En este caso, ¿podría un tratado derogar alguna cláusula de esta segunda parte?⁴

4. En un sentido afirmativo se expresó el doctor Zaffaroni, considerandos 6 a 8, en la causa “Maza, Ángel s/ amparo medida cautelar”, 2009.

- (ii) En general, ¿la parte orgánica de la Constitución es *menos valiosa* que la dogmática? El sistema político fue pensado para la garantía de los derechos y valores consagrados en esa primera parte. A esos derechos, ahora se le suman los derechos humanos que fueron reconocidos en los tratados internacionales, los cuales también deberían ser satisfechos por el sistema de organización del poder. Uno es un medio (la organización del poder) para un fin (la garantía de los derechos humanos) y, por tanto, uno debería subordinarse a otro.

Ambas preguntas sugieren, al menos como hipótesis, la necesidad de revisar la interpretación de las cláusulas de organización del poder en la CN a la luz de los tratados internacionales. No porque necesariamente haya que entender algunas como derogadas (aunque esto se haya hecho en causas como “Maza”), sino porque quizás deba revisarse su interpretación.

En relación a las cláusulas constitucionales sobre los poderes militares, el problema no se agota con la jerarquización de los instrumentos internacionales. En ellos no existen preceptos que regulen de manera directa los usos de las FFAA. de los países que han ratificado dichos instrumentos. En el caso que más nos interesa, el de la CADH, no hay ninguna disposición al respecto, pero sí contamos con documentos emanados de la Corte y la Comisión IDH que tratan el problema. Esto genera otra cuestión trascendental: el valor jurídico de dichos documentos que interpretan normas de los instrumentos internacionales sea o no Argentina parte de la controversia. La CSJN ha abordado reiteradamente esta cuestión.

Hay, entonces, un problema en tres etapas:

1. Jerarquización de tratados internacionales que modifican la base normativa.
2. Cambio en la interpretación de los instrumentos internacionales por parte de los organismos creados por ellos (en el caso del SIDH, la Corte IDH y la Comisión IDH, que a pesar de tener origen anterior, es también parte del sistema).
3. Cambio de las reglas de relevancia de los argumentos de dichos organismos en el derecho interno argentino.

El problema que se plantea en este capítulo surge por la incidencia de las tres etapas. Además de la jerarquización de los tratados, fue necesaria una interpretación de la Corte y la Comisión IDH sobre el uso de las FFAA.

en asuntos internos para generar la pregunta sobre el cambio interpretativo de los poderes militares en el SIDH. Por otra parte, para que 2 incida en el derecho interno argentino, debe estar presente 3, es decir, una modificación en la relevancia que se le da a la interpretación que realizan los órganos interamericanos en el derecho interno argentino.

Hay, además de todo esto, un tema más: el de la incidencia del derecho internacional humanitario (DIH) en nuestro derecho interno a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH y las recomendaciones de la Comisión IDH. Analizaremos este punto en el próximo apartado.

5. Sistema interamericano, derecho internacional humanitario y uso de las FF.AA. en asuntos internos

La interrelación del DIH con el derecho internacional de los derechos humanos es un tema debatido en doctrina. La problemática se ha trasladado a nuestro hemisferio en relación a la aplicación del DIH por parte de la Corte y la Comisión IDH. América Latina ha sido (y lo sigue siendo) escenario de diversos conflictos o crisis que involucran el uso de la fuerza militar por parte de los Estados. Este uso puede darse, siguiendo a Tibiletti (2010: 324-325), básicamente en el marco de tres circunstancias:

- (i) Conflictos armados internos en los términos del DIH.
- (ii) Conmociones, disturbios o tensiones internas provocadas por motivos o actos de violencia esporádicos y aislados.
- (iii) “Desborde” de la criminalidad común que suponga la demanda mediática y social de detenerla incluso mediante medidas excepcionales como el uso de las fuerzas armadas.

Tibiletti (2010: 330-331) considera que solo en el primer supuesto estaría legitimado el uso de las fuerzas armadas en el interior del Estado, siempre que se tengan los recaudos que menciona.

Los órganos encargados de la aplicación de la CADH también han distinguido entre los disturbios, desórdenes o diversas situaciones de crisis sociales y políticas, por un lado, y los conflictos armados internos, por el

otro (Buis, 2008: 272).⁵ Esto parte de la distinción que hace el artículo 1.1 del Protocolo II de la Convención de Ginebra de 1977. Solo en el caso de conflicto armado interno debe aplicarse el DIH. Sin embargo, ni la Corte ni la Comisión IDH han clarificado la línea que separa una situación de la otra (Burgorgue-Larsen y Úbeda de Torres, 2010: 122). El punto de distinción fundamental estaría dado por el nivel de violencia empleado,⁶ lo cual supone un estándar demasiado difuso.

En la causa “Abella” relativa al copiamiento del cuartel de La Tablada por parte del Movimiento Todos por la Patria, la Comisión IDH consideró aplicable el DIH. Hizo lo propio en el caso “Cruz Sánchez vs. Perú” de 2015 por la toma de la embajada de Japón por el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru. En “Abella”, la Comisión IDH reconoció que el uso del poder militar era legítimo por estarse en un contexto de un conflicto armado interno, siempre que ambas partes respetaran el DIH.⁷

La idea de que el DIH constituye un cuerpo de normas que los órganos del sistema interamericano deben aplicar ha sido sumamente discutido por la doctrina (véase Buis, 2008). La propia Corte IDH lo ha impugnado: la CADH es el único instrumento que ella debe aplicar, no existiendo disposición alguna que habilite a interpretar o aplicar otros cuerpos normativos.

En cualquier caso, “Abella” es sumamente importante para nosotros y no solo porque los hechos ocurrieron en Argentina. En general, este documento establece parámetros sobre el uso de las FF.AA. para afrontar conflictos armados. Al considerarlo como una situación cubierta por las normas del DIH, el trato a los combatientes debía ser el que establece las Convenciones de Ginebra. El Estado no puede alegar que es meramente un asunto interno y que su poder de gestionarlo sea ajeno a regulaciones internacionales. El DIH marca lo que puede hacer en el contexto de estos conflictos.

5. Comisión IDH, “Abella”, párr. 149. La Comisión cita a la Cruz Roja, quien estableció que los “motines” (“disturbios que desde su comienzo no están dirigidos por un líder y que no tienen una intención concertada”), los “actos de violencia aislados y esporádicos” (que se distinguen de los realizados por las fuerzas armadas o grupos armados organizados) y “otros actos de naturaleza similar que entrañen, en particular, arrestos en masa de personas por su comportamiento u opinión política, no constituyen conflictos armados”.

6. Ídem, párr. 150.

7. Ídem, párr. 155. Es importante destacar que la legislación nacional dictada meses antes de los hechos vedaba el uso de las FF.AA. para casos que no sean de agresiones externas, pero ese es otro tema.

La novedad no radica, por supuesto, en las limitaciones impuestas por las leyes de Ginebra, las cuales existían antes de la reforma de 1994. Lo que ha cambiado es la interpretación de la Comisión IDH sobre la aplicación del DIH, que lo hace ahora obligatorio para casos similares. Al jerarquizar los tratados “en las condiciones de su vigencia” (*i.e.* según la interpretación que los órganos internacionales realizan sobre ellos, según la causa “Giroldi”), Argentina no podría alegar que casos como los de La Tablada no constituyen supuestos regulados por los Convenios de Ginebra.

La CSJN ha extendido en ciertos casos el “estándar autoritativo” de la jurisprudencia de la Corte IDH a las recomendaciones de la Comisión (Biscardi, 2016: 99-100). En la medida en que mantenga esta jurisprudencia y la Comisión IDH no cambie su postura sobre este tipo de conflictos, las potestades de disposición, en estos casos, se limitará a los estándares del DIH más allá de cómo califique el Estado argentino dichas situaciones.

Resta saber ahora qué sucede en los casos de uso de las FF.AA. frente a supuestos que no se enmarcan en conflictos armados internos según el DIH.

6. El uso de las FF.AA. en asuntos de seguridad interna, ¿viola derechos humanos?

América Latina ha sido y continúa siendo escenario de conflictos armados internos y, además, de disturbios que han generado la decisión de los Estados de hacer intervenir a sus fuerzas armadas. Incluso hay ejemplos de involucramiento militar para supuestos de desbordes en la criminalidad. Estas decisiones, ¿violentan el SIDH?⁸

La Comisión IDH ha expresado en muchas ocasiones que las fuerzas armadas no deben intervenir en asuntos de seguridad interna, salvo en supuestos, como en “Abella”, de conflicto armado interno. Fuera de estos casos, la Comisión IDH ha insistido reiteradamente en que el poder militar debe circunscribirse a la defensa de la soberanía nacional dejando para las fuerzas de seguridad la persecución de crímenes comunes y la represión de protestas sociales.

8. Cárdenas Gracia (2019) responde afirmativamente para el caso mexicano.

En el Informe Anual de 2015, la Comisión volvió sobre la cuestión afirmando lo siguiente:

Corresponde a una fuerza policial civil, eficiente y respetuosa de los derechos humanos manejar las situaciones de seguridad y violencia en el ámbito interno y no a las fuerzas armadas, entrenadas y equipadas para otro tipo de conflictos externos (Comisión IDH, 2015a: 13).

Esto se repite en muchos lugares del documento. Lo propio hace en el informe específico para México, donde considera que la distinción entre las funciones que le competen a las fuerzas armadas (limitadas a la defensa de la soberanía nacional) y las que les competen a las fuerzas policiales (responsables exclusivas de la seguridad ciudadana) resulta un “punto de partida esencial que no puede obviarse” (Comisión IDH, 2015b: 64). A lo largo del informe se insiste que el involucramiento de las fuerzas armadas mexicanas ha traído como consecuencia violaciones graves de derechos humanos a través de ejecuciones extrajudiciales, torturas, desapariciones, privaciones ilegítimas de la libertad, entre otros actos.

Lo mismo sucede en los informes relativos a la situación de Guatemala en 2016 y 2017. Frente al involucramiento del poder militar en asuntos de seguridad interna, la Comisión destacó

la importancia de que se retire a las fuerzas armadas de tareas de seguridad interna, dado que el Ejército y la policía son entidades fundamentalmente distintas en su diseño, funciones, entrenamiento y preparación, además de estar facultadas para cumplir actividades distintas dentro de sus jurisdicciones respectivas (Comisión IDH, 2017: 185).

En virtud de esta consideración, una de las recomendaciones de la Comisión IDH fue, justamente, el retiro de las fuerzas armadas guatemaltecas de las tareas de seguridad interior (Comisión IDH, 2017: 250), en particular en casos de protesta social (Comisión IDH, 2017: 259).

La Corte IDH ha sido más reticente en expedirse sobre el tema, pero sigue la misma línea que la Comisión. En el caso “Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela”, en el año 2006, se expidió acerca de la cuestión al momento de decidir las excepciones preliminares. La Corte IDH consideró como

un deber del Estado el de limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, tarea propia de las instituciones policiales (ver Ayala Corao y Rivero, 2014: 124 n. 59).

Algo similar decidió en “Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador” de 2007. En el considerando 51, la Corte IDH afirmó:

En determinados estados de emergencia o en situaciones de alteración del orden público, los Estados utilizan las Fuerzas Armadas para controlar la situación. Al respecto, la Corte estima absolutamente necesario enfatizar en el extremo cuidado que los Estados deben observar al utilizar las Fuerzas Armadas como elemento de control de la protesta social, disturbios internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común.

Con cita a “Montero Aranguren”, repite la necesidad de limitar “al máximo” el uso de las fuerzas armadas en casos de disturbios internos. Finalmente, sostiene que “el deslinde de las funciones militares y de policía debe guiar el estricto cumplimiento del deber de prevención y protección de los derechos en riesgo, a cargo de las autoridades internas”. La Corte IDH está proponiendo parámetros de limitación al uso del poder militar basado en la experiencia latinoamericana de la extralimitación de las fuerzas armadas cuando han sido puestas a reprimir a la población civil.

7. Los límites de la interpretación adecuadora horizontal

A partir de estos documentos, ¿deben considerarse zanjados los debates sobre la disposición de las FF.AA. en asuntos internos? En otras palabras, posiciones como las de Bidart Campos (1999), Sinópoli (2003) o Palazzo (2010) que vimos en apartados anteriores, ¿no deberían dejarse de lado por la limitación a los poderes del Ejecutivo en el uso de las FF.AA. en asuntos internos que imponen los órganos interamericanos? Aún más: una modificación de la legislación que permita la participación de las FF.AA. en asuntos internos, ¿violentaría el SIDH y, por tanto, sería inconvencional e inconstitucional?

En primer lugar, debe tenerse en cuenta la distinción entre la labor de la Comisión y la Corte IDH. Los informes que hemos citado de la Comisión

IDH dan cuenta de una función, establecida en el artículo 41 de la CADH, que no es asimilable a la adjudicación de un tribunal. Cuando formula “recomendaciones [...] a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos” (art. 41.b CADH), no lo hace necesariamente en base a la aplicación de una norma jurídica de la CADH. Esta es una función que, siguiendo el análisis de Atria (2016: 189-191), se denomina “comisarial” en el sentido en que se encuentra acotada por normas jurídicas, pero no implica la aplicación de dichas normas.

Algo distinto debería suceder con la Corte IDH, que, más allá de la labor consultiva, está llamada a decidir en casos que le presente la Comisión IDH o un Estado parte aplicando la CADH. En este caso estamos ante una función jurisdiccional, donde el tribunal lo que hace (o debería hacer) es aplicar la norma jurídica general. Por supuesto que no se nos escapa la enorme amplitud de posibilidades que tiene la Corte IDH debido, en primer lugar, a lo laxo del lenguaje de la CADH y, en segundo lugar, a las atribuciones que la Corte IDH se ha autoadjudicado y que no han sido puestas en cuestión.⁹

En cualquier caso, ni la Comisión ni la Corte IDH han afirmado que la utilización de las fuerzas armadas en asuntos internos violente derechos humanos consagrados en la CADH. La Corte IDH excedería en mucho su competencia si afirmase algo así, más allá de, como vimos, sugerir “extremo cuidado” en su utilización. No hay norma general que le habilite a sostener que el uso del poder militar en asuntos internos es contrario a la CADH. Por su parte, la Comisión IDH ha insistido en que existe una tendencia a que, al involucrar el poder militar, se expandan los abusos del Estado, por lo que promueve la abstención de su uso internamente. Sin embargo, no afirma que la simple injerencia de las fuerzas armadas, por sí misma, vaya en contra del SIDH.

En el caso en que la Corte o la Comisión IDH promovieran una postura en ese último sentido, sus decisiones serían de muy difícil cumplimiento en la mayor parte de América Latina. Al día de hoy, en todos los países del continente salvo en Argentina, Chile y Uruguay, las fuerzas militares participan activamente en asuntos de seguridad interior. Incluso en Argentina el involucramiento ha

9. El llamado “control de convencionalidad” es seguramente la más reconocida facultad que no surge de la CADH y que la Corte IDH se ha arrogado sin hallar una oposición considerable en los Estados miembros o en los juristas (sobre esto, Dulitzky, 2014).

ido en aumento a partir de 2013 en el combate contra el narcotráfico, profundizándose, sobre todo, a partir de 2016 (Sain, 2018 y Tripolone, 2018d).

Ni una sentencia de la Corte IDH ni una recomendación de la Comisión IDH, por más enfática e inequívoca que sea en el sentido de proscribir el uso de las fuerzas armadas en el interior del Estado, haría que un país como El Salvador o México deje de valerse de ellas. Probablemente lo único que lograría sería deslegitimar el sistema interamericano por la imposibilidad de hacer efectivas resoluciones que, para agravar el problema, no encuentran sustento explícito en texto de la CADH.

Sin embargo, lo anterior no significa que estos documentos carezcan de valor. Para Argentina, constituyen razones que inducen a interpretar de forma más estricta las cláusulas, tanto constitucionales como legales, sobre el uso de las FF.AA. Este cambio interpretativo, aunque efectivo, es limitado en su alcance. Solo admite postular que debe minimizarse todo lo posible la esfera de actuación de las FF.AA. en el interior del Estado, sobre todo si existen otras instituciones dedicadas a asuntos de seguridad interna.

Por ejemplo, la Ley N° 23554 afirma que la actuación de las FF.AA. se limitará a los casos de una “agresión de origen externo”. Las restricciones al uso del poder militar internamente que promueven los organismos interamericanos impide asimilar los delitos cometidos por un cartel narcotraficante o un atentado terrorista aislado a una agresión internacional (Tripolone, 2018a, 2018b).¹⁰ Para acotar la injerencia interna de las FF.AA., por “agresión de origen externo” debe entenderse el concepto de agresión en el sentido de la Carta de Naciones Unidas y las resoluciones de la Asamblea General, en especial la 3314 de 1974. No es posible.

Por otra parte, las tesis de Bidart Campos (1999), Sinópoli (2003) o Palazzo (2010) sobre la posibilidad del Ejecutivo de superar la legislación de-

10. Esta ha sido la postura que se adoptó en Estados Unidos para los atentados terroristas desde el 11 de septiembre de 2001 y que el presidente Mauricio Macri hizo propia para Argentina mediante los fundamentos del Decreto N° 683/18 y la Directiva de Política de Defensa Nacional de 2018, tal como analizamos en Tripolone (2018a). Sobre el Decreto N° 683/18, cabe notar que el propio artículo 1 establece como límite de actuación de las FF.AA. a las agresiones incompatibles con la Carta de Naciones Unidas, lo cual debe interpretarse, en virtud de lo que sostenemos en el texto, como una acotación del poder de uso frente a atentados terroristas que no se perpetren como parte de algunas de las acciones determinadas en el artículo 3 de la Resolución N° 3314 de la Asamblea General de Naciones Unidas. Por lo demás, dicha disposición descarta cualquier interpretación sobre el narcotráfico como agresión internacional.

bería descartarse. Si antes no tenían bases sólidas para sostenerse, ahora las posiciones adversas tienen mayores argumentos para defender la potestad del Congreso de limitar la facultad de disposición del presidente sobre las FF.AA.

Sin embargo, esta interpretación adecuada no puede hacer pensar que sería inconstitucional una reforma de la Ley de Defensa Nacional y Seguridad Interior que diluya la distinción entre las dos áreas. Por más negativa que fuera esta modificación, ni la Corte ni la Comisión IDH han dicho que es contraria a la CADH una decisión en ese sentido, ni tampoco estarían facultadas para hacerlo.

La decisión sobre la política militar permanece en la esfera del Estado argentino, aun cuando la CSJN mantenga la jurisprudencia que considera obligatorias las recomendaciones de la Comisión IDH. Esto debe considerarse también en el contexto de la protección del principio democrático. La Comisión IDH sostiene que la intervención de las fuerzas armadas en asuntos internos altera el sistema democrático (Comisión IDH, 2009: 43, párr. 101). El fundamento es transparente: la historia latinoamericana demuestra que la intervención del poder militar en asuntos internos ha atentado contra la democracia y sigue siendo una amenaza en la región (Diamint, 2018). Ahora bien, independientemente de lo certero de esto y lo valioso de los aportes a la protección de los derechos humanos del SIDH, cada decisión de sus órganos que se considera obligatoria, incluso en casos en que el Estado no es parte de la controversia, es una decisión que se sustrae de la soberanía popular y del control de la población. Y esto también disminuye los márgenes de la democracia.

Los ciudadanos argentinos eligen a los legisladores y al presidente. Más allá de las dificultades institucionales que existen para incidir en la voluntad de los poderes públicos una vez que son elegidos, el control sobre ellos es mucho mayor que el que la ciudadanía puede realizar sobre la Comisión o la Corte IDH. Por tanto, lo más respetuoso de la democracia es que, ante la ausencia de normas expresas, se esté en favor de las decisiones tomadas por los órganos del país representativos de la voluntad popular, más allá de que estemos en desacuerdo.

La intervención de las FF.AA. en Argentina es inconveniente, riesgosa e innecesaria (hemos argumentado esto en Tripolone, 2018a, 2018b, 2018c). Con la legislación actual, el presidente está impedido de valerse de las FF.AA. para asuntos de seguridad interna. Sin embargo, el Congreso podría modi-

ficar la Ley N° 23554 y habilitar esta intervención. Esto no sería inconstitucional. De ahí la enorme trascendencia que tiene el involucramiento en el debate para mantener uno de los consensos fundamentales de la democracia argentina y que es faro en América Latina: el de la estricta separación entre seguridad interior y defensa nacional.

8. Conclusión

El objetivo de estas páginas fue evaluar la influencia que la jerarquización de ciertos tratados de derechos humanos, sobre todo la CADH, ha tenido en los debates sobre la interpretación de los poderes militares del Estado. El punto que más nos interesó es el de la participación de las FF.AA. en cuestiones de seguridad interior.

En los debates argentinos existen dos preguntas básicas sobre la cuestión:

- (i) El Poder Ejecutivo, ¿está limitado por la legislación del Congreso que proscribe la utilización de las FF.AA. en asuntos de seguridad interna salvo en caso de declaración de estado de sitio?
- (ii) Una reforma de esta legislación que termine con la separación de asuntos de seguridad interna y de defensa nacional, ¿sería constitucional?

Hemos visto que tanto la Comisión como la Corte IDH se han manifestado en contra del involucramiento de las fuerzas armadas en asuntos internos. Por distintas razones, instan a los Estados partes a que las funciones policiales y militares se mantengan separadas y las lleven adelante instituciones distintas. Teniendo en cuenta esto, ¿en qué medida la jurisprudencia de la Corte IDH y los documentos de la Comisión IDH influyen en la respuesta a las dos preguntas centrales recién expuestas?

La conclusión es que, pese al rechazo de ambos órganos a la intervención de las fuerzas armadas en asuntos de seguridad interna, no puede considerarse una violación de la CADH si el orden jurídico del Estado lo habilita. En otras palabras, la intervención de fuerzas armadas en asuntos internos no implica, por sí misma, una violación a los derechos humanos, más allá de que la historia prueba (como han dicho la Comisión y la Corte IDH) que lo segundo ha sido una consecuencia asidua de lo primero.

Esto no significa que los debates sobre los poderes militares del Estado nacional estén en el mismo punto que antes de la reforma de 1994. Hay que tomarse en serio las recomendaciones sobre el carácter excepcionalísimo y las limitaciones del uso de las FF.AA. en el interior del Estado. Aunque no pueda asignarse a dichas recomendaciones el carácter de una norma jurídica que prohíba su utilización incluso si la legislación es modificada, sí puede sostenerse que la interpretación de los poderes militares en la CN debe ser ahora aún más acotada que antes de la reforma.

A partir de 1994 deben rechazarse las posiciones que sostienen que el Ejecutivo puede superar la legislación del Congreso y disponer de las FF.AA. incluso en asuntos internos. Los escasos argumentos que podían tener antes de 1994 han perdido validez a partir de la jerarquización de la CADH, la posterior jurisprudencia de la Corte IDH y los documentos de la Comisión IDH, más la jurisprudencia de la CSJN que ha receptado como obligatoria la doctrina emanada de dichos órganos. En base a esta doctrina y ante la falta de claridad de la cláusula de comandante en jefe y de la facultad de disposición de las FF.AA., debe proponerse una interpretación restrictiva.

Esto en lo absoluto implica atar de manos al Poder Ejecutivo en el caso de una emergencia real. La propia CN ofrece instrumentos para los casos de emergencia. Existe el estado de sitio como instituto de excepción que habilitaría el uso de las FF.AA. en asuntos internos (art. 31 Ley N° 24059). Si el Congreso está en receso puede declararlo el presidente por sí mismo. Y, llegado el caso de una situación de excepción durante el periodo de sesiones ordinarias en la que no haya tiempo para la declaración por el Legislativo del estado de sitio, el Ejecutivo no tendría razón para autoproclamarse superior a la legislación del Congreso. La CN le otorga la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia (DNU) que modifiquen la legislación en defensa nacional y seguridad interior, lo cual supone un control legislativo posterior y la posibilidad de que el Congreso lo rechace. El uso abusivo de los DNU no debe impedir apreciar que este sería un caso (quizás uno de los pocos) en el que su dictado podría ser constitucional.

Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (2014). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atria, F. (2016). *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Ayala Corao, C. y Rivero, M. D. (2014). Derecho a la vida. En Ch. Steiner y P. Uribe (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (pp. 112-130). Bogotá: Konrad Adenauer.
- Baker, J. E. (2007). *In the Common Defense. National Security Law for Perilous times*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Bidart Campos, G. (1999). *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires: Ediar.
- Biscardi, S. (2016). Jerarquía constitucional y tratados internacionales. En R. Gargarella y S. Guidi (coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria* (t. I pp. 91-106). Buenos Aires: La Ley.
- Buis, E.J. (2008). The implementation of International Humanitarian Law by Human Rights Courts: the example of the Inter-American Human Rights System. En R. Arnold y N. Quéniwet (eds.), *International Humanitarian Law and Human Rights Law: towards a new merger in International Law* (pp. 269-293). Leiden y Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Burgogue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A. (2010). La "guerra" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 3 (edición especial), 117-153.
- Cárdenas Gracia, J. (2019). Ley de seguridad interior y militarización. *Cuestiones constitucionales*, 40, 277-316.
- Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Madrid: Marcial Pons.
- Diamint, R. (2018). ¿Quién custodia a los custodios? Democracia y uso de la fuerza en América Latina. *Nueva Sociedad*, 278, 24-35.
- Dulitzky, A.E. (2014). El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos? En J. C. Rivera, L. S. Elías, S. Grosman y S. Legarre (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales* (t. I, pp. 533-569). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Ekmekdjian, M. Á. (1994). *Tratado de Derecho Constitucional: tomo II*. Buenos Aires: Depalma.
- Escolar, D. (2017). *Gendarmería. Los límites de la obediencia*. Buenos Aires: SB Editorial.
- Macías, F. y Sabato, H. (2013). La Guardia Nacional: Estado, política y uso de la fuerza en la Argentina de la segunda mitad del siglo XIX. *PolHis*, 6(11), 70-81.
- Palazzo, E. (2010). Competencias del Congreso en materia de defensa nacional. En D. A. Sabsay (dir.) y P. L. Manili (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial: volumen 3* (pp. 816-840). Buenos Aires: Hammurabi.

- Quiroga Lavié, H., Benedetti, M. Á. y Cenicacelaya, M. N. (2009). *Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Sabato, H. (2010). ¿Quién controla al poder militar? Disputas en torno a la formación del Estado en el siglo XIX. En O. Moreno (coord.), *La construcción de la Nación Argentina: el rol de las Fuerzas Armadas. Debates históricos en el marco del Bicentenario (1810-2010)* (pp. 85-93). Buenos Aires: Ministerio de Defensa.
- Sagüés, N. P. (2017). *Derecho Constitucional. 2. Estatuto del poder*. Buenos Aires: Astrea.
- Sain, M. F. (2018). Las Fuerzas Armadas y la “guerra contra las drogas” en Argentina (2011-2018). En J. G. Tokatlían, M. F. Sain y G. Montenegro, *De militares a policías. La “guerra contra las drogas” y la militarización de Argentina* (pp. 89-197). Buenos Aires: Capital Intelectual.
- Sinópoli, S. M. (2003). *El Derecho Constitucional Militar*. (Tesis doctoral) Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina. Buenos Aires.
- Smith, J. E. (2016). *Bush*. Nueva York: Simon & Schuster.
- Tibiletti, L. (2010). El control del uso de las fuerzas armadas en conflictos internos. En M. Donadio (comp.), *La reconstrucción de la seguridad nacional. Defensa, democracia y cuestión militar en América Latina* (pp. 323-331). Buenos Aires: Prometeo.
- Tripolone, G. (2018a). Poderes militares y Constitución en el siglo XXI. *En letra*, V(10), 32-55.
- (2018b). Constitución, Fuerzas Armadas y Terrorismo. *Visión Conjunta*, 10, 50-53.
- (2018c). El camino de ida hacia el Soldado-Policía. Carl Schmitt, la defensa nacional y la seguridad interior. *Carl-Schmitt-Studien*, 2, 41-54.
- (2018d). Nuevo panorama para las Fuerzas Armadas Argentinas. *Ejércitos*, 19/10/2018. Disponible para suscriptores <https://www.ejercitos.org/2018/10/19/nuevo-panorama-para-las-fuerzas-armadas-argentinas/>

Informes Comisión IDH

- (2009). *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>
- (2015a). *Informe Anual*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/informeanual2015-cap4a-fuerza-es.pdf>
- (2015b). *Situación de los derechos humanos en México*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf>
- (2017). *Situación de los derechos humanos en Guatemala*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Guatemala2017-es.pdf>

El dominio de los recursos naturales en la Constitución de 1994 (en particular, los hidrocarburos)

Nicolás Diana

1. Introducción. Dominio y jurisdicción

La reforma constitucional de 1994, a diferencia del texto histórico, intentó ordenar una cuestión controvertida hasta entonces: la pertenencia de los recursos naturales a la nación o a las provincias.

Fue a partir de esa decisión a favor de los estados provinciales que los constituyentes crearon dentro de nuestra Carta Magna una concepción integral de los recursos naturales, como una novedad jurídica adaptada a los nuevos tiempos e instalando –en principio– un aparente equilibrio de facultades y capacidades entre la nación y las provincias, en un balance que suponía un marco jurídico amplio y claro de política constitucional. Sin embargo, no tanta claridad ni tanta amplitud ha sido el derrotero del carácter dominical –provincial o nacional– o no de los recursos naturales (Carbajales y Rebas, 2011).

El *dominio* es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y acción de una persona; la *jurisdicción* es la suma de facultades divisibles en las diversas materias de gobierno. El *dominio* se ejerce sobre las cosas; la *jurisdicción* sobre las relaciones.

Como precedente constitucional, la reforma de 1949 había incluido estos conceptos en su artículo 40, bajo otra técnica, sentido y alcance que el actual, pero en una concreta definición política de época ante el vacío apuntado, bajo un modelo y paradigma económicos diametralmente opuestos al plasmado por el constituyente en 1994. Se afirmaba allí que

los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedades imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto, que se convendrá con las provincias.¹

La Constitución de 1994, más allá de reconocer el *dominio originario* de los recursos naturales a las provincias, y así su carácter público, no terminó de delinear el límite de la jurisdicción provincial *vis-a-vis* la jurisdicción nacional, a partir, por ejemplo, de la legislación de fondo aplicable y el ejercicio de esa titularidad dominical.

En un trabajo anterior, hemos planteado a modo de hipótesis, en materia de hidrocarburos y que reiteramos en el presente también respecto a los recursos naturales, que el temperamento histórico, antes y después de la reforma constitucional de 1994, sobre dominio y jurisdicción provincial y nacional, no habían sufrido modificación en la doctrina y jurisprudencia nacional (Diana, 2012).

El artículo 124 de la Constitución Nacional reconoce a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en sus territorios sin especificar el contenido del concepto (Cassagne, 2007). Por caso, la Ley N° 26197, correlato necesario de la reforma constitucional de 1994 y sancionada en 2006, delimitó los conceptos de dominio y jurisdicción en materia de hidrocarburos, reafirmó la vigencia del Decreto-Ley N° 17319/67² siempre dentro del marco de un régimen federal de hidrocarburos donde el Poder Ejecutivo Nacional se mantuvo como su autoridad de aplicación (Rochaix, 2008).

Con anterioridad a la vigencia del Decreto-Ley N° 17319/67, la Ley N° 14773 disponía en su artículo 1°, que

los yacimientos de hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos existentes en el territorio de la República Argentina y los de su plataforma submarina son bienes exclusivos, imprescriptibles e inalienables del Estado nacional. Las provincias en cuyo territorio se encuentren y el Territorio Nacional de Tierra del Fuego,

1. Para profundizar ver: Köenig (2019: 141-154), Benente (2019: 285-290, 303-309) en Benente (2019).

2. Dictado por el Poder Ejecutivo *de facto* en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 5° del Estatuto de la Revolución Argentina.

Antártida Argentina e Islas del Atlántico Sur tendrán sobre su producido la participación que les corresponda de acuerdo con lo determinado por la presente ley.

Esta norma, derogada por el citado Decreto-Ley, se fundó en dos premisas fundamentales: (1) la federalización de los yacimientos de hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos, es decir, la propiedad nacional de ellos, cualquiera fuera el lugar de ubicación del bien; (2) la explotación de los yacimientos que se descubrieran en el futuro a través del monopolio fiscal federal, es decir, de las entonces Yacimientos Petrolíferos Fiscales, Gas del Estado o Yacimientos Carboníferos Fiscales (Catalano, 1975: 407).

En el debate de la Convención Constituyente se expusieron al menos dos tesis centrales respecto de la temática del dominio.

La primera sostuvo que correspondía a las provincias el dominio eminente: aquel que tienen las provincias respecto de los elementos que se encuentran dentro de su territorio, a diferencia del dominio originario entendido como el poseído sobre los recursos que las provincias o la nación conceden para su explotación por un tiempo determinado o, en el caso de las minas, hasta su agotamiento, manteniendo el Estado su tutela. En esta línea, no faltaron, incluso, quienes dudaron acerca de si el reconocimiento del dominio originario implicaba la negación del dominio privado (Constituyente, 1997: VI-5769, 5771).

Por otro lado, hubo quienes sostuvieron la concepción de que el dominio originario equivalía al derecho real de dominio; por lo que el correspondiente a los recursos naturales constituiría un dominio de naturaleza patrimonial sobre ellos (Constituyente, 1997: VII-6975).³

La posición que se impuso fue, sin dudas, la que interpretó que el reconocimiento del dominio provincial de los recursos naturales no sustrae la jurisdicción exclusiva del Congreso Nacional, a quien le corresponde la facultad de reglar las relaciones jurídicas que nacen del uso y del aprovechamiento de ciertos recursos naturales, al menos de los hidrocarburos en cuanto minerales integrantes del código de minería, ya sea integrantes de su

3. Las diferencias y alcances del dominio originario y el dominio evidente y su evolución, tanto en Argentina como en el derecho comparado, han sido materia de análisis de diversos artículos de doctrina (por todos, ver Sacristán, 2014).

cuerpo unificado o se encuentren separados de él (De Simone, 1997, 1998; Saravia, 1998). Tal afirmación no es casual.

2. Antecedentes

Se ha señalado que

el negocio hidrocarburífero se traduce esencialmente, en gran parte, en los conflictos de intereses entre las grandes empresas internacionales, los gobiernos de los países de ubicación de los yacimientos y también con las entidades sociopolíticas existentes en cada uno de ellos, que se tradujeron en la conquista de los mercados nacionales e internacionales respectivos, circunstancias que constituyeron uno de los aspectos fundamentales de esa lucha (Ramírez, 2006: 17).

La Argentina no escapa ni puede escapar de esta lucha, y su legislación nacional se desenvuelve en una tensión permanente desde sus inicios.

El primer estatuto petrolero que rigió en la Argentina fueron las normas del Código de Minería (1887), en particular, las contenidas en leyes y decretos de reservas fiscales posteriores al descubrimiento del petróleo en Comodoro Rivadavia, el 13 de diciembre de 1917. Los yacimientos de *betunes* y *aceites minerales* –denominación, en ese entonces, de los hidrocarburos– pertenecían a la nación o a las provincias, según el territorio donde se encontraran.

Posteriormente, la Ley N° 12161 (1935) fue el primer texto legal orgánico que reguló esta materia, manteniendo lo atinente al dominio originario. Tiempo después –reforma de 1949 y posterior derogación en 1956, mediante–, la Ley N° 14773 (1958) monopolizó la política nacional del petróleo, reemplazando el dominio originario de las provincias por la propiedad exclusiva, inalienable e imprescriptible del Estado nacional (Catalano, 1975: 413-414).

El Decreto-Ley N° 17319/67 marca un *período de síntesis* del derecho petrolero nacional asentado en el dominio nacional de los hidrocarburos, inalienable e imprescriptible. En materia de propiedad privada de los hidrocarburos, la norma estatuye que los permisionarios y concesionarios tendrán el dominio sobre los hidrocarburos que extraigan y, consecuentemente, podrán transportarlos, comercializarlos, industrializarlos y comercializar sus derivados, cumpliendo las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo

sobre bases técnico-económicas razonables que contemplen la conveniencia del mercado interno y procuren estimular la exploración y explotación de hidrocarburos. Agrega que durante el período en que la producción nacional de hidrocarburos líquidos no alcance a cubrir las necesidades internas, es obligatoria la utilización en el país de todas las disponibilidades de origen nacional de dichos hidrocarburos, salvo en los casos en que justificadas razones técnicas no lo hicieran aconsejable. Permite la exportación de hidrocarburos o derivados no requeridos para la adecuada satisfacción de las necesidades internas. En lo que respecta a la producción de gas natural, dispone que podrá utilizarse, en primer término, en los requerimientos propios de la explotación de los yacimientos de que se extraiga y de otros de la zona, pertenezcan o no al concesionario. La comercialización y distribución de hidrocarburos gaseosos estará sometida a las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo nacional.⁴

Con autonomía del proceso de reforma y privatización del Estado en los noventa, en especial de YPF,⁵ la Ley N° 24145 (1992) marca un hito fundamental al transferir el dominio público de los yacimientos de hidrocarburos del Estado nacional a las provincias en cuyos territorios se encuentren, incluyendo los situados en el mar adyacente a sus costas hasta una distancia de 12 millas marinas medidas desde las líneas de base reconocidas por la legislación vigente (art. 1°). Como su nombre lo indica, la Ley N° 24145 comprende dos temas diferenciados, el primero de ellos *trata la federalización de hidrocarburos* (arts. 1° a 5°), y el segundo, referido a *la transformación empresarial y privatización de YPF*, está legislado en los artículos 6° a 23 (Ramírez, 2006: 159).

Dicha transferencia tendría lugar una vez que se cumpliera lo establecido en su artículo 22,⁶ lo que recién acaeció, como se adelantara más arriba, con la sanción de la denominada ley corta (Ley N° 26197) en 2006, salvo en los

4. Ver art. 6°, Decreto-Ley N° 17319/67.

5. Con anterioridad, el Decreto N° 2778/90 (BO 11-01-91) dispuso la transformación de YPF S.E. hacia un tipo societario privado (sociedad anónima) considerando que su apertura hacia inversores privados debía sustentarse en la generación de utilidades que permitieran el financiamiento genuino de las inversiones y el beneficio apropiado del capital.

6. El que preveía: “La transferencia del dominio dispuesta por el Artículo 1° de esta ley, se perfeccionará después de sancionada y promulgada la ley cuya elaboración se encomienda a la Comisión de Provincialización de Hidrocarburos por el Artículo 5°. En las áreas cedidas a las Provincias en virtud de lo establecido en el Artículo 20 del Decreto N° 1055 del 10 de octubre de 1989, la transferencia establecida en el Artículo 1° de la presente, se perfeccionará al momento de promulgarse esta ley”.

siguientes casos, en los que ella tendrá lugar a partir del vencimiento de los respectivos plazos legales y/o contractuales: (a) las áreas asignadas a YPF S.A. para sus actividades de exploración y/o explotación por sí, por terceros o asociada a terceros allí consignadas; (b) las concesiones de explotación de hidrocarburos otorgadas a empresas privadas, de conformidad a las disposiciones del Decreto-Ley N° 17319/67 y la Ley N° 23696, los decretos N° 1055/89, 1212/89 y 1589/89, vigentes a la fecha de entrada en vigor de la ley, también detalladas; y (c) los permisos de exploración y concesiones de explotación otorgados en el futuro, como consecuencia de la reconversión de contratos celebrados con respecto a áreas asignadas a YPF S.A., también consignadas. Se aclaró que continuaban perteneciendo al Estado nacional los yacimientos de hidrocarburos que se encontraran en el territorio de la Capital Federal o en su jurisdicción sobre el lecho argentino del Río de la Plata, como así también aquellos que se hallaren a partir del límite exterior del mar territorial, en la plataforma continental o bien hasta una distancia de 200 millas marinas medidas a partir de las líneas de base.

Además, cuadra tener presente, como un hecho singular, la creación de la entonces Energía Argentina S.A. (“ENARSA”) –actual Integración Energética Argentina S.A. (“IEASA”)–⁷ mediante la sanción de la Ley N° 25943 (BO 10-10-04), cuya finalidad era “resolver definitivamente los problemas energéticos del país para los próximos años”, aclarando que “la intención del gobierno no es hacer otra YPF, ni como formadora de precios, sino dar vida a una firma testigo que promueva determinadas actividades” (Ramírez, 2006: 227).

La Ley N° 26197 (2006) sustituye el artículo 1° del Decreto-Ley N° 17319/67, disponiendo que

los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República Argentina y en su plataforma continental pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado nacional o de los Estados provinciales, según el ámbito territorial en que se encuentren. Pertenecen al Estado nacional

7. Cfr. art. 1° del Decreto N° 882/17, en tanto estableció: “Instrúyese al MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA para que en su carácter de accionista mayoritario de ENERGÍA ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA (ENARSA) y EMPRENDIMIENTOS ENERGÉTICOS BINACIONALES SOCIEDAD ANÓNIMA (EBISA), impulse los actos y recaudos societarios necesarios a fin de efectuar la fusión por absorción de ambas sociedades, revistiendo ENARSA el carácter de sociedad absorbente, la que pasará a denominarse INTEGRACIÓN ENERGÉTICA ARGENTINA S.A.”.

los yacimientos de hidrocarburos que se hallaren a partir de las DOCE (12) millas marinas medidas desde las líneas de base establecidas por la Ley N° 23968, hasta el límite exterior de la plataforma continental. Pertenecen a los Estados provinciales los yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en sus territorios, incluyendo los situados en el mar adyacente a sus costas hasta una distancia de DOCE (12) millas marinas medidas desde las líneas de base establecidas por la Ley N° 23968. Pertenecen a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en su territorio. Pertenecen a la provincia de Buenos Aires o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda a sus respectivas jurisdicciones, los yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en el lecho y el subsuelo del Río de la Plata, desde la costa hasta una distancia máxima de DOCE (12) millas marinas que no supere la línea establecida en el art. 41 del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo y de conformidad con las normas establecidas en el Capítulo VII de ese instrumento. Pertenecen a la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, aquellos yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en su territorio, incluyendo los situados en el mar adyacente a sus costas hasta una distancia de DOCE (12) millas marinas medidas desde las líneas de base establecidas por la Ley N° 23968, respetando lo establecido en el Acta Acuerdo suscrita, con fecha 8 de noviembre de 1994, entre la referida provincia y la provincia de Santa Cruz.

El artículo 2° de la ley corta, dispuso que, a partir de su promulgación, las provincias asumen en forma plena el ejercicio del dominio originario y la administración sobre los yacimientos de hidrocarburos que se encuentran en sus respectivos territorios y en el lecho y subsuelo del mar territorial del que fueren ribereñas, quedando transferidos de pleno derecho todos los permisos de exploración y concesiones de explotación de hidrocarburos, así como cualquier otro tipo de contrato de exploración y/o explotación de hidrocarburos otorgado o aprobado por el Estado nacional en uso de sus facultades, sin que ello afecte los derechos y las obligaciones contraídas por sus titulares. Postulando, en lo que aquí importa, que el ejercicio de las facultades como autoridad concedente, por parte del Estado nacional y las provincias, se desarrollará con arreglo a lo previsto por el Decreto-Ley N° 17319/67 y su reglamentación y de conformidad a lo previsto en el Acuerdo Federal de los Hidrocarburos; como también que el diseño de las políticas energéticas a nivel federal será responsabilidad del Poder Ejecutivo nacional.

El mentado alcance federal fue profundizado por la Ley N° 26741 –y su reglamentación aprobada por Decreto N° 1277/12–, al declarar de interés público nacional y como objetivo prioritario de la República Argentina el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos, a fin de garantizar el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones. Esta ley ratificó que el Poder Ejecutivo Nacional, en su calidad de autoridad a cargo de la fijación de la política en la materia, debe arbitrar las medidas conducentes al cumplimiento de los fines de la presente con el concurso de los Estados provinciales y del capital público y privado, nacional e internacional.⁸

Más cerca en el tiempo, en 2014 fue sancionada la Ley N° 27007, por la cual se reafirmó la competencia federal en materia de legislación de fondo de los recursos hidrocarburíferos al modificar integralmente el Decreto-Ley N° 17319/67 y aprobando, entre otras cuestiones, un Régimen de Promoción de Inversión para la Explotación de Hidrocarburos, central para el desarrollo de la explotación no convencional.⁹ Esto representó una clara decisión política que ha trascendido y ha sido acompañada –incluso y como excepción a nuestra mala praxis en materia de políticas a mediano y largo plazo– por el Gobierno sucedáneo, en lo vinculado al desarrollo y explotación de la formación sedimentaria de Vaca Muerta. Desarrollo imposible de realizarse si no es acompañado por políticas provinciales en coordinación con las nacionales, en un marco regulatorio previsible.

3. ¿Materia federal o concurrente con las provincias?

Es provechoso recordar en este punto, que tanto el Código Civil (1869) como el actual Código Civil y Comercial (2014) poseen incidencia en instituciones propias del derecho administrativo y, entre ellas, en lo que respecta a

8. Ver arts. 1° y 2°.

9. Ver también el Decreto N° 929/13.

la enunciación de los bienes de dominio público (v. arts. 2340 y 235, respectivamente). Sin embargo, se aprecian algunas variantes:

- (i) metodológicas: la calificación de los bienes públicos está regulada en el Libro I, Título III “Bienes”, Capítulo I, Sección 2, considerándolo como un concepto general aplicable a todas las ramas del derecho, ratificando la competencia del Congreso de la Nación para legislar sobre la calificación de la naturaleza jurídica de los bienes y la competencia reservada de las provincias de legislar sobre el uso y goce, salvo aquellos de jurisdicción nacional –cfr. art. 75, inc. 12, Constitución Nacional–;
- (ii) incorporación de algunos objetos dentro del régimen de dominio público siguiendo la doctrina administrativista, exclusión de otros poniendo fin a debates doctrinarios (v. gr. los lagos no navegables), supresión de la remisión especial a la legislación canónica con relación a los bienes de la Iglesia Católica Apostólica Romana, y omisión de otros bienes mencionados en leyes especiales;
- (iii) introducción de aclaraciones importantes sobre los caracteres del régimen de dominio público y los efectos de la dominicalidad en las relaciones con los particulares (Molina, 2018).

El *dominio originario* sobre los yacimientos de hidrocarburos conforma un núcleo de potestades y derechos que se rige por las leyes especiales sancionadas por la nación, las prescripciones del Código de Minería –como código de fondo en la materia– y los principios del derecho constitucional y administrativo.

Las potestades y derechos que emanan del dominio originario reconocido a las provincias deben ejercerse con arreglo a la legislación de fondo que dicta el Congreso sobre la materia (cfr. art. 75, inc. 12, CN).

Como hemos indicado más arriba, los debates de la Convención Constituyente de 1994 reconocen que el dominio de los recursos naturales en cabeza de las provincias, no sustrae a estos bienes de la jurisdicción exclusiva del Congreso Nacional, entendida como potestad de regulación jurídica (De Simone, 1997). Según otra opinión, el dominio de los recursos naturales implicaría también el reconocimiento de la jurisdicción provincial (Egea, 2009).

Las normas sobre propiedad de los recursos naturales

se demoraron cien años para lucir en las Constituciones de los Estados provinciales, teniendo en cuenta que la Constitución Argentina es de 1853. Recién en los 50 del siglo XX, durante y después del primer peronismo histórico, las provincias iniciaron el proceso de incorporar a sus textos constitucionales disposiciones que comenzaron a posicionarlas en su carácter de dueñas de sus recursos naturales. Posteriormente, regresada la etapa institucional, fenecida la última usurpación del poder público por el último gobierno militar en 1983, se inicia una nueva etapa revisionista del derecho público provincial, con profundas reformas de los textos constitucionales que incorporan, entre otros detalles, la variable ambiental y reafirman su vocación propietaria de sus recursos (Morel, 2015).

El análisis del texto de las constituciones provinciales, antes y después de la reforma de 1994, evidencian la adopción de diversas fórmulas, por las cuales cada provincia postula, por caso: (i) el *dominio eminente* sobre sus recursos naturales; (ii) el *dominio originario*; (iii) el *dominio eminente y originario*; (iv) la *plenitud del dominio imprescriptible e inalienable*, del *dominio exclusivo, inalienable e imprescriptible* o el *dominio inalienable e imprescriptible* sobre todos o ciertos recursos naturales, y (v) el *dominio o dominio público* sobre todos los bienes con excepciones, o sobre todos o ciertos recursos naturales (Sacristán, 2014).¹⁰

En posición que compartimos, se ha considerado que el artículo 124 de la Constitución Nacional debe ser interpretado de modo sistemático con su artículo 41, en tanto refiere a la competencia estatal federal –en concurrencia con las provincias– para proveer y proteger el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Esta última norma faculta a “la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales” (González Moras, 2008; Vera, 2008).

10. Con cita de las Constituciones de las provincias de Buenos Aires (art. 28), Salta (art. 85), Santa Cruz (art. 52), Corrientes (art. 58), Entre Ríos (art. 85), La Rioja (art. 64), Chubut (art. 99), Misiones (art. 58), San Juan (art. 113), San Luis (art. 88), Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (art. 81), Chaco (art. 41), CABA (art. 8°), Formosa (art. 51), Río Negro (art. 34), Catamarca (arts. 61 y 66) y Neuquén (art. 94).

En términos normativos, histórica y contextualmente, es más adecuada la tesis a tenor de la cual *dominio originario* equivale a *dominio patrimonial* de las provincias sobre los recursos naturales (Cuadros, 2015).¹¹

Tal ha sido la solución adoptada recientemente por el máximo tribunal federal al señalar que los artículos 41 y 124 de la Constitución Nacional deben ser interpretados

buscando adaptar la gestión de los recursos naturales a las directivas de la cláusula ambiental, para cumplir de la forma más fidedigna posible un mecanismo propio del federalismo concertado que estableció el constituyente reformador de 1994. En ese marco, la tarea de concertación federal es primariamente de las autoridades políticas nacionales y provinciales, que deben conjugar intereses para potenciar el cumplimiento del texto constitucional, sin vaciar de contenido el modelo federal del Estado ni el proyecto ambiental de la Constitución.¹²

En síntesis, la regulación constitucional y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) nos permiten concluir que las provincias son titulares del dominio originario de los recursos naturales en general, y de los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos existentes en sus territorios, mientras que la jurisdicción sobre los mismos, entendida como la potestad para legislar sobre ellos, corresponde al Congreso de la Nación (Saravia, 1999). Al respecto, cuadra tener presente, por ejemplo, que la determinación del porcentaje y del procedimiento para el cálculo de las regalías y las deducciones admisibles compete exclusivamente a la legislación federal (Cassagne, 2007).

Esto, pese a la crítica formulada a la lógica del antiguo sistema de deslinde de poderes en el Estado federal, por cuanto “conduce a un progresivo vaciamiento del ámbito de competencias locales, porque cada vez son menos las decisiones estatales cuyos efectos no se expanden fuera de los límites de su territorio” (Barrera Buteler, 2014).

11. Esto es así, sin existir críticas en cuanto al impacto negativo en el federalismo y autonomía provincial ante la mutación, como constante de las políticas públicas implementadas a lo largo de los años -antes y después de 1994- (Schiariiti, 2013).

12. En la causa “Barrick Exploraciones Argentinas S. A. y otro c. Estado Nacional” (B.140.XLVII.ORI), 4-VI-19, cons. 13), voto de la mayoría.

Las provincias no pueden, en consecuencia, legislar por sobre el Decreto-Ley N° 17319/67, las leyes 26197, 26741 y 27007, como tampoco pueden hacerlo en el resto de las materias reguladas por el Congreso Nacional en el marco del artículo 75.¹³

El sistema federal importa, de este modo, la asignación de competencias a las jurisdicciones federal y provinciales. Sin embargo, ello no implica subordinación de los estados provinciales al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidas al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin.¹⁴

La extracción del petróleo y del gas, y los procesos ulteriores de industrialización y distribución hasta su puesta a disposición de los consumidores o usuarios constituyen actividades que afectan intereses nacionales, relacionados con la economía general del país, cuya tutela incumbe al Gobierno Federal.¹⁵

13. No obstante tratarse de una materia eminentemente federal, diversas provincias han sancionado distintas leyes sobre regímenes de exploración y explotación de hidrocarburos. Entre ellas, son de citar como ejemplos: (1) *Catamarca*: Ley 5278 (B.O. 29-IX-09), establece la aplicación supletoria de las leyes 17319, 24145 y 26197, concordantes, decretos y demás normas reglamentarias hasta el momento de su sanción; (2) *Chaco*: Ley 6278 (B.O. 30-I-09), adhiere a la Ley 17319, con las excepciones o modificaciones que se dispongan por ley provincial; (3) *Chubut*: Ley 3796 (B.O. 16-III-93), adhiere a la Ley 24145 en su totalidad; (4) *Córdoba*: Ley 9362 (B.O. 26-II-07), adopta en el ámbito provincial la Ley 17.319; (5) *Mendoza*: Ley 7526 (B.O. 10-V-06), regula permisos y concesiones, plazos, etc.; establece la aplicación supletoria de la Ley 17319; (6) *Neuquén*: Ley 2453 (B.O. 26-III-04), regula permisos y concesiones, plazos, etc.; (7) *San Juan*: Ley 7620 (B.O. 27-IX-05), establece que la Ley 17319 y su reglamentación, constituyen la legislación de fondo en materia de hidrocarburos, en un todo de acuerdo con el art. 75, inc. 12, CN y dispone que aquellas normas son de aplicación supletoria en materia procedimental; (8) *San Luis*: Ley VIII-541-2006 (B.O. 29-XII-06), regula permisos y concesiones, plazos, etc.; establece la aplicación supletoria de la Ley 17319; (9) *Santa Cruz*: Ley 3002 (B.O. 6-XI-07), adhiere a la Ley 26197; Ley 3117 (B.O. 9-IV-07), aprueba el marco regulatorio para la prórroga de concesiones hidrocarbúferas con aplicación de normas nacionales (Leyes 17319 y 26197; Resoluciones SE 155/92, 188/93, 73/94, 435/04; 324/09; 394/07; etc.); (10) *Santiago del Estero*: Ley 6873 (B.O. 10-I-08), adhiere a las leyes 17.319, 24.145 y 26.197; establece que las normas nacionales sectoriales serán de aplicación en todo aquello no previsto; (11) *Tierra del Fuego*: Ley 610 (B.O. 9-I-04), establece que la actividad hidrocarbúfera debe adecuarse a la Ley 17319; y (12) *Tucumán*: Ley 7712 (B.O. 7-II-06), adhiere a la Ley 17319, entre otras.

14. Dictamen del Procurador General, en CSJN, *Fallos*, 327:5012, "Camuzzi Gas del Sur S.A. c/ Provincia de Tierra del Fuego" (2004).

15. CSJN, *Fallos*, 284:161, in re "Petrolera y Minera Servicios Técnicos Atlas S.A. c/ Provincia de Santa Cruz" (1972).

La reciente Ley N° 26741 (BO 7-05-12), en su art. 1° declara, al respecto, "de interés público nacional y como objetivo prioritario de la República Argentina el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos, a fin de garantizar el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones".

4. La materia federal hidrocarburífera, antes y después de la Ley N° 26197, a través de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Tal como sostuvo la Procuración General al dictaminar en los autos “El Cóndor Empresa de Transportes S.A. c/Provincia de Buenos Aires”,¹⁶ en criterio compartido por el máximo tribunal, la CSJN constituye el fuero natural de las provincias argentinas (arts. 116 y 117, CN) y sus competencias, por provenir de la propia Constitución, no son susceptibles de ampliarse ni restringirse o modificarse mediante normas legales.¹⁷

Uno de los supuestos en que procede la competencia originaria de la Corte si es parte una provincia, según el artículo 117 de la CN, es cuando la acción entablada se funda directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, en leyes del Congreso o en tratados con las naciones extranjeras, de tal suerte que la cuestión federal sea la *predominante* en la causa.¹⁸

Se ha manifestado, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, que aun cuando el asunto es discutible, la trascendencia y proyecciones que puede tener un pleito entre un miembro de la federación y el Estado federal (o una de sus dependencias descentralizadas) aconsejaban, ante la duda, situar la litis directamente ante los estrados de la Corte, alternativa que está avalada por la interpretación literal del actual artículo 117, cuando indica que la Corte actuará originaria y exclusivamente en los asuntos en los que alguna provincia fuese parte (Sagüés, 1986).

El Tribunal ha sostenido reiteradamente su competencia para conocer en forma originaria en las causas que versan sobre cuestiones federales en las que sea parte una provincia, cualquiera que sea la vecindad o nacionalidad de la contraria, y que la inconstitucionalidad de las leyes y decretos provinciales constituye una típica cuestión de esa especie.¹⁹

16. CSJN, *Fallos*, 324:4226 (2001).

17. CSJN, *Fallos*, 180:176 (1938); 270:78 (1968); 280:176 (1971); 302:63 (1980); 308:2356 (1986); 310:1074 (1987); 314:94 y 240 (1991); 315:1892 (1992); 316:965 (1993), entre muchos otros.

18. CSJN, *Fallos*, 115:167 (1911/12); 122:244 (1915); 292:625 (1975); 311:1588 y 2154 (1988); 322:1470 (1999); 323:2380 y 3279 (2000).

19. *Fallos*, 211:1162 (1948); 311:810 (1988); 317:347 (1994), entre muchos otros.

El artículo 117, CN establece dos categorías de causas que acceden a la competencia originaria de la Corte Suprema: (i) las que conciernen a embajadores, ministros y cónsules extranjeros y (ii) aquellas en que es parte una provincia. Nos encontramos, primordialmente, ante una competencia establecida en razón de las personas (Bianchi, 2007).

En relación con la primera (diplomáticos extranjeros), la competencia surge casi exclusivamente en razón de la persona, sin importar la materia del caso. Sin embargo, la reglamentación la amplía a los familiares del embajador y de los ministros diplomáticos y la limita, en materia de cónsules, a las causas sobre privilegios y exenciones de estos en su carácter público.

Sin embargo, las limitaciones y ampliaciones para la segunda categoría, agrega el autor citado, son aún más fuertes, al punto de que la materia del caso, sumada a la distinta vecindad resultan determinantes. De la combinación entre materia y distinta vecindad surgen cuatro reglas básicas: (i) si la materia es de derecho local, o tiene elementos locales, la causa no accede a la competencia originaria, aun cuando entre las partes haya distinta vecindad; (ii) si la materia es exclusivamente civil, se requiere que entre la provincia y su contraparte haya distinta vecindad; (iii) si la materia es exclusivamente federal, se accede a la competencia originaria sin perjuicio de la vecindad de las partes; (iv) si la contraparte de la provincia accede de por sí a la jurisdicción federal, el caso corresponde a la competencia originaria, sin perjuicio de la materia. Buena parte de las causas se combinan o mezclan materias civiles, federales o locales (Bianchi, 1989). De la mayor o menor tolerancia que tenga la Corte hacia la presencia de elementos locales dependerá la amplitud de la competencia originaria (Bianchi, 2007).

En la causa “YPF S.A. v. Provincia de Neuquén”,²⁰ se señaló que

a fin de determinar la competencia de este Tribunal para conocer en estas actuaciones, resulta propicio recordar que la materia y las personas constituyen dos categorías distintas de casos cuyo conocimiento atribuye la Constitución Nacional a la justicia federal. En uno u otro supuesto dicha jurisdicción no responde a un mismo concepto o fundamento. En el primero lleva el propósito de afirmar atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución, tratados y leyes nacionales, así como las concernientes a almirantazgo y jurisdicción marítima. En el segundo, procura asegurar, esencialmente, la imparcialidad de la decisión, la armonía nacional y las buenas relaciones con los países extranjeros (arts. 116, 117 y 127 de la Constitución Nacional; Fallos: 311:489). Así, la competencia establecida por el art. 117 de la Constitución Nacional procede en razón de la materia en la medida en que la pretensión se funde exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, en leyes del Congreso, o en tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa (Fallos: 115:167; 122:244; 292:625; 311:1588).²¹

Agregando, en lo que aquí importa, que “la cuestión federal es exclusiva en tanto lo medular del planteo remite necesariamente a desentrañar el sentido y alcance del art. 124 de la Constitución Nacional, y de preceptos federales, cuya adecuada hermenéutica resulta esencial para la solución del caso y permite apreciar si existe la violación constitucional que se invoca (Fallos: 326:880)”.²²

La jurisprudencia federal anterior y posterior a la reforma constitucional, avala el hecho de que aun cuando las provincias –en particular, luego de la sanción de la Ley N° 26197– son autoridad de aplicación y concedentes de permisos y concesiones en los términos del Decreto-Ley N° 17319/67, el

20. Fallos, 329:4829 (2006). Ver también “Petrolera Entre Lomas S.A. v. Provincia de Neuquén”, sentencia del 5-VII-07, con remisión expresa a las causas Y.19.XLII, “Y.P.F. S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ medida cautelar”; P.431.XLII, “Pluspetrol S.A. c/ Neuquén, Provincia del y otro s/ incidente de medida cautelar”; P.639.XLII, “Petróleos Sudamericanos S.A. CNECON S.A.C Unión Transitoria de Empresas Área Centro Este c/ Neuquén, Provincia del s/ medida cautelar”; T.407.XLII, “Total Austral S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ medida cautelar” y T.411.XLII, “Total Austral S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ medida cautelar”, todas ellas con sentencias de 31-X-06.

21. Cons. 3°.

22. Cons. 5°.

Congreso Nacional mantiene su jurisdicción en la materia según lo normado en los artículos 75 incisos 12 y 18, y 121, CN.

Entre otros precedentes, merecen especial consideración:

- (i) “Kinkelin, Emilio c. Nación”:²³ donde se señaló que la industria minera en la República está considerada en general, como de interés y explotación particular pues aunque se adquieren las minas por concesión, se sustituyó –por la reforma de 1917, Ley N° 10273– el amparo por trabajo por el simple pago del canon, pero las aplicaciones industriales del petróleo, determinaron una modificación sustancial en la posición del Estado respecto de las minas de esa clase.
- (ii) “YPF c. Provincia de Mendoza”:²⁴ se consideró aquí que:

a) la mentada reglamentación de las minas puede estar contenida en el código de la materia, en las leyes nacionales que se incorporan a éste o en las que lo integran, modifican o amplían, todo lo cual comporta el ejercicio de la misma potestad legislativa del art. 67, inciso 11 [actual art. 75, inciso 12]; *b)* tal ordenamiento incluye todas las instituciones típicas y específicas de la aludida rama del derecho, con la limitación que resulta del propio texto constitucional; *c)* la cortapisa indicada precedentemente se refiere al resguardo de las jurisdicciones locales y a la aplicación e interpretación de las normas comunes que por los tribunales federales o locales, según corresponda (cons. 10).

- (iii) “Provincia de Mendoza c. Nación”:²⁵ desestimado el planteo de inconstitucionalidad del Decreto-Ley N° 17319/67, se sostuvo que parecía claro que las provincias, al delegar en el Congreso la potestad de dictar el Código de Minería, reconocieron también la facultad de legislar sobre el dominio minero. De lo que se infiere que el gobierno federal, por medio de su órgano legislativo, ha sido investido por la Constitución para que, como instancia suprema de coordinación y decisión, para aquellas materias que afectan al país en general, legisle sobre el tema en debate.

23. *Fallos*, 170:274 (1934).

24. *Fallos*, 301:341 (1979).

25. *Fallos*, 311:1265 (1988).

- (iv) “Capex Sociedad Anónima v. Provincia de Neuquén”:²⁶ se reconoció en esta causa que el régimen federal de hidrocarburos está determinado por el Decreto-Ley N° 17319/67, al que deben sujetarse los titulares de permisos de exploración y concesiones de exploración, así como su Decreto reglamentario N° 1671/69, que regula lo referente a la liquidación y la percepción de las regalías que deben sufragar los concesionarios en virtud de lo dispuesto en aquella.
- (v) “Total Austral S.A. - Sucursal Argentina c. Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur”:²⁷ se resolvió que los titulares de permisos de exploración y concesiones de explotación se encuentran sujetos al Régimen Federal de Hidrocarburos establecido por el Decreto-Ley N° 17319/67 y su reglamentación. Se concluyó que, con posterioridad a la sanción de la Ley N° 26197, el Decreto-Ley N° 17319/67 determina el régimen federal de hidrocarburos al que deben sujetarse los titulares de permisos de exploración y concesiones de explotación.
- (vi) “Provincia de Mendoza c. Petroquímica Comodoro Rivadavia”:²⁸ se sostuvo en este caso, posterior a la sanción de la Ley N° 26197, que dicha norma establece que los yacimientos de hidrocarburos ubicados en el territorio de las provincias pertenecen a sus respectivos patrimonios; que las provincias asumirán en forma plena el ejercicio del dominio originario y la administración sobre sus yacimientos, quedando transferidas de pleno derecho las concesiones de explotación de los hidrocarburos otorgadas por el Estado nacional, y que las regalías correspondientes a las concesiones de explotación de hidrocarburos se abonarán a las jurisdicciones a las que pertenezcan los yacimientos.
- (vii) “Astra CAPSA c. DGI”:²⁹ aunque no en supuesto de competencia originaria del Tribunal, se expuso aquí que los yacimientos de hidrocarburos constituyen una especie de minas.³⁰

26. *Fallos*, 330:2470 (2007); ver también: *Fallos*, 331:2528 (2008).

27. *Fallos*, 332:2094 (2009).

28. *Fallos*, 333:39 (2010).

29. *Fallos*, 334:53 (2011).

30. Con cita de *Fallos*, 170:274 (1934); 301:341 (1979); 311:1265 (1988); Código de Minería, Apéndice –“Del régimen legal de las minas de petróleo e hidrocarburos fluidos”– art. 1º; ley 17.319, art. 8º.

- (viii) “Chevron San Jorge S.R.L. c. Provincia del Neuquén”:³¹ se precisó que el artículo 124, in fine, de la CN solo reconoce a las provincias el dominio originario de los recursos naturales ubicados en su territorio mas no la jurisdicción sobre ellos. Ello no se ve alterado por la sanción de la Ley N° 26197, por cuanto su artículo 2°, in fine, mantiene la responsabilidad sobre el diseño de la política energética en cabeza del Poder Ejecutivo nacional.³²
- (ix) “Petrobras Argentina S.A. c. Provincia del Neuquén”:³³ se determinó aquí que procedía la competencia originaria prevista en el artículo 117 de la CN, dado que la actora dirigió su pretensión contra una provincia y la materia del juicio tenía predominante contenido federal. En efecto, se agregó que el cuestionamiento efectuado exigía precisar el sentido y los alcances del régimen establecido por el Decreto-Ley N° 17319/67 para la caducidad de las concesiones de explotación de hidrocarburos, en particular de las normas relativas a la intimación previa a dicha declaración, al cumplimiento del debido proceso legal y a la fundamentación necesaria de la respectiva resolución administrativa, recaudos que se encuentran expresamente contemplados por los artículos 80, 83 y concordantes de la ley de hidrocarburos citada, cuya lesión constituía el eje del planteo contenido en la demanda.
- (x) “Apco Oil & Gas International Inc. (Sucursal Argentina) c. Provincial del Chubut”:³⁴ en esta causa se desestimó la competencia originaria del máximo tribunal, por vía de la citación del Estado Nacional como tercero, en los términos previstos en el artículo 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por cuanto se dijo que la política hidrocarburífera fijada por aquel no trae aparejado que por sí sola deba participar en el proceso en la forma requerida.³⁵ Esto así, reconociéndose la existencia de otras causas judiciales, vinculadas y previamente iniciadas en el ámbito provincial a la acción impetrada.

31. *Fallos*, 334:1162 (2011).

32. *Fallos*, 333:1386 (2012).

33. *Fallos*, 335:1200 (2012).

34. Causa A.680.L.101, sentencia de 12-IV-16.

35. *Fallos*, 328:1435 (2005); 332:800 (2009).

5. La experiencia en el derecho constitucional latinoamericano

A diferencia del escaso tratamiento de lo atinente a la regulación, alcance, forma y contenido del dominio público sobre los recursos naturales en la Constitución Nacional (1994), la experiencia a nivel latinoamericano es rica –con ciertos matices–, en especial, a partir de los procesos constitucionales del siglo XX, tendencia que luego se radicalizó, a nuestro entender, a partir del siglo XXI.

Memoramos que, en el plano sustantivo,

son dos los caracteres esenciales del régimen jurídico que gobierna a la totalidad de los bienes públicos: su inalienabilidad y su imprescriptibilidad. El hecho de que se las califique de “notas inherentes” sugiere que, aun cuando las normas no las recojan en forma explícita, son igualmente predicables del conjunto de los bienes del dominio público. Esto no significa que se trate de elementos constitutivos de la noción, lo cual explica que también en el campo del dominio privado del Estado existan bienes sujetos a limitaciones similares, ante la presencia, en este caso, de un régimen que expresamente así lo disponga (Cassagne y De la Riva, 2014).

En tal sentido, pasamos a referenciar los textos constitucionales más relevantes, y que denotan una preocupación regional en lo que hace a la regulación y preservación del ambiente, de los recursos naturales –renovables y no renovables– y la definición histórica, política, social, económica y cultural de cada nación.

a) Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009)

Aspectos relevantes: (i) la competencia privativa y exclusiva del nivel central del Estado (art. 298, I y II) y en algunos casos concurrente entre el nivel central del Estado y las entidades autónomas territoriales (art. 299, II); (ii) la gestión y administración de los recursos naturales renovables por parte de las autonomías indígena originario campesinas (art. 304, I); (iii) que los recursos naturales son de propiedad del pueblo boliviano y serán administrados por el Estado (art. 311, II.2); (iv) la industrialización y articulación en la explotación de los recursos naturales es prioridad en las políticas económicas, en el marco del respeto y protección del medio ambiente y de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y sus territorios

(art. 319, I), y (v) se incluyen secciones específicas que congloban medio ambiente, recursos naturales, tierra y territorio, y dentro de ellas, hidrocarburos (“cualquiera sea el estado en que se encuentren o la forma en la que se presenten, son de propiedad inalienable e imprescriptible del pueblo boliviano” -art. 359, I-), minería y metalurgia, recursos hídricos, energía, biodiversidad, coca, áreas protegidas y recursos forestales y Amazonia (Ver: Título II, Cuarta Parte –Estructura y organización económica del Estado–).

b) *Constitución de la República Federativa de Brasil (1988)*

Aspectos relevantes: (i) son bienes de la Unión los recursos naturales de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva (art. 20.5); (ii) compete a la Unión, a los Estados y al Distrito Federal legislar concurrentemente sobre florestas, caza, pesca, fauna, conservación a la naturaleza, defensa del suelo y de los recursos naturales, protección del medio ambiente y control de la polución (art. 24.6); (iii) reconoce que la función social de la reforma agraria se cumple cuando la propiedad rural atiende a la utilización adecuada de los recursos naturales disponibles y preservación del medio ambiente (art. 186.2); (iv) todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras (art. 225).

c) *Constitución Política de Chile (1980)*

Aspectos relevantes: según su artículo 24, el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en estas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

d) *Constitución Política de Colombia (1991 y sus modificaciones)*

Aspectos relevantes: (i) el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables (art. 332); (ii) el Estado intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano (art. 334); (iii) la explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte (art. 360); (iv) los departamentos, municipios y distritos en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones, así como a ejecutar directamente estos recursos (art. 361).

e) *Constitución Política de Costa Rica (1949-2018)*

Aspectos relevantes: (i) el Estado ejerce una jurisdicción especial sobre los mares adyacentes a su territorio en una extensión de doscientas millas a partir de la misma línea, a fin de proteger, conservar y explotar con exclusividad, todos los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas, el suelo y el subsuelo de esas zonas, de conformidad con aquellos principios (art. 6°), y (ii) la aprobación legislativa de los contratos que otorguen derechos, concesiones o privilegios sobre recursos naturales (art. 140, 19).

f) *Constitución de la República de Cuba (1976-2019)*

Aspectos relevantes: (i) el Estado ejerce su soberanía sobre el medio ambiente y los recursos naturales del territorio, y los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas, el lecho y el subsuelo de la zona económica marítima de la República (art. 11); (ii) son propiedad estatal socialista de todo el pueblo las tierras que no pertenecen a particulares o a cooperativas integradas por estos, el subsuelo, los yacimientos minerales, las minas, los bosques, las aguas, las playas, las vías de co-

municación y los recursos naturales tanto vivos como no vivos dentro de la zona económica exclusiva de la República (art. 23); (iii) todas las personas tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y equilibrado. El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo sostenible de la economía y la sociedad para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras (art.75); (iv) es deber de los ciudadanos proteger los recursos naturales, la flora y la fauna y velar por la conservación de un medio ambiente sano (art. 90.j).

g) *Constitución de la República de Ecuador (2008)*

Aspectos relevantes: (i) los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible (art. 1°); (ii) el derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas de participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras (art. 57.6); (iii) respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible (art. 83.6); (iv) competencia exclusiva del Estado en las áreas naturales protegidas y los recursos naturales (art. 260.7); (v) participación de los gobiernos autónomos descentralizados en cuyo territorio se exploten o industrialicen recursos naturales no renovables de las rentas que perciba el Estado por esta actividad (art. 274); (vi) consideración de la energía y los recursos naturales como sectores estratégicos (art. 313); (vii) los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado, en su gestión, el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales, y minimizará los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico (art. 317); (viii) capítulos específicos sobre naturaleza, ambiente, biodiversidad, ecosistema, suelo, recursos naturales (Capítulo II, Título VII), y (ix) la propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado de los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos,

substancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas, así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico (art. 408).

b) Constitución de la República de El Salvador (1983)

Aspectos relevantes: (i) fomenta y protege las asociaciones de tipo económico que tiendan a incrementar la riqueza nacional mediante un mejor aprovechamiento de los recursos naturales y humanos, a promover una justa distribución de los beneficios provenientes de sus actividades (art. 113); (ii) declara de interés social la protección, restauración, desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales. El Estado creará los incentivos económicos y proporcionará la asistencia técnica necesaria para el desarrollo de programas adecuados. La protección, conservación y mejoramiento de los recursos naturales y del medio serán objeto de leyes especiales (art. 117).

i) Constitución Política de la República de Guatemala (1993)

Aspectos relevantes: (i) el Estado tiene la obligación orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional (art. 118); (ii) el Estado debe adoptar las medidas que sean necesarias para la conservación, desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales en forma eficiente (art. 119.c); (iii) declara de utilidad y necesidad públicas, la explotación técnica y racional de hidrocarburos, minerales y demás recursos naturales no renovables (art. 125); (iv) el Estado ejerce plena soberanía sobre los recursos naturales y vivos del lecho y subsuelo marinos y los existentes en las aguas adyacentes a las costas fuera del mar territorial (art. 142.c).

j) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1983-2013)

Aspectos relevantes: (i) reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las co-

munidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas definidas constitucionalmente (art. 2°, A.VI); (ii) corresponde a la nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el derecho internacional (art. 27).

k) Constitución de la República del Paraguay (1992)

Aspectos relevantes: (i) constituyen objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral (art. 7°); (ii) corresponde al Estado el dominio de los hidrocarburos, minerales sólidos, líquidos y gaseosos que se encuentre en estado natural en el territorio de la República, con excepción de las sustancias pétreas, terrosas y calcáreas; (iii) la ley atenderá a la aptitud natural de las tierras, a las necesidades del sector de población vinculado con la agricultura y a las previsiones aconsejables para el desarrollo equilibrado de las actividades agrícolas, agropecuarias, forestales e industriales, así como al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y de la preservación del equilibrio ecológico (art. 116); (iv) el Estado debe promover el desarrollo económico mediante la utilización racional de los recursos disponibles, con el objeto de impulsar un crecimiento ordenado y sostenido de la economía, de crear nuevas fuentes de trabajo y de riqueza, de acrecentar el patrimonio nacional y de asegurar el bienestar de la población (art. 176).

l) Constitución Política del Perú (1993)

Aspectos relevantes: (i) los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento (art. 66); (ii) el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de sus recursos naturales (art. 67); (iii) el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (art. 68); (iv) el Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonia con una legislación adecuada (art. 69); (v) los gobiernos locales son competentes para desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de medio ambiente y sustentabilidad de los recursos naturales, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo (art. 195.8).

m) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)

Aspectos relevantes: (i) los yacimientos mineros y de hidrocarburos pertenecen a la República, son bienes del dominio público, inalienables e imprescriptibles (art. 12); (ii) el aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas (art. 120); (iii) en los contratos que se realicen con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que involucren los recursos naturales, se considerará incluida aun cuando no estuviera expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si este resultara alterado (art. 129); (iv) es competencia del Poder Público Nacional el régimen y administración de las minas e hidrocarburos, el régimen de las tierras baldías, y la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país (art. 156.16); (v) el Estado se reserva, por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico (art. 302).

6. A modo de colofón

Como corolario de la citada jurisprudencia del máximo tribunal, puede colegirse que la potestad exclusiva y excluyente del Gobierno federal de legislar en materia de hidrocarburos —y, por ende, respecto a la vigencia del Decreto-Ley N° 17319/67—, según lo dispuesto en el artículo 75, inciso 12 de la CN, no ha sido afectada por el artículo 124, siendo materia delegada en el poder central. Este criterio no afecta la autonomía provincial en el dominio originario de los recursos naturales. La incorporación de los artículos 41 y 124 no modificaron el artículo 75 inciso 12, por lo que la delegación, en cuanto a la *jurisdicción*, permanece intacta.

El reconocimiento del *dominio originario* de las provincias sobre los recursos naturales ubicados dentro de su territorio no ha sustraído la jurisdicción que sobre ellos ejerce el Congreso de la Nación, siendo ello abonado por la Ley N° 26197, en particular, su artículo 6°,³⁶ en su remisión al Decreto-Ley N° 17319/67 y su reglamentación, y más cerca en el tiempo, a partir de las leyes N° 26741 y 27007.

El diseño del sistema federal en la Constitución Nacional reconoce la preexistencia de las provincias, y la reserva de todos los poderes que estas no hubiesen expresamente delegado en el gobierno central, a la vez que exige aplicar estrictamente la preeminencia de los poderes federales en las materias en que la ley fundamental así lo estableció.

En el marco de estos principios la CSJN, al examinar el modo en que se realizan ambos plexos de potestades, ha sostenido que los poderes de las provincias

36. El que dispone que “a partir de la promulgación de la presente ley las provincias, como Autoridad de Aplicación, ejercerán las funciones de contraparte de los permisos de exploración, las concesiones de explotación y de transporte de hidrocarburos objeto de transferencia, estando facultadas, entre otras materias, para: (I) ejercer en forma plena e independiente las actividades de control y fiscalización de los referidos permisos y concesiones, y de cualquier otro tipo de contrato de exploración y/o explotación de hidrocarburos otorgado o aprobado por el Estado nacional; (II) exigir el cumplimiento de las obligaciones legales y/o contractuales que fueran de aplicación en materia de inversiones, explotación racional de los recursos, información, y pago de cánones y regalías; (III) disponer la extensión de los plazos legales y/o contractuales; y (IV) aplicar el régimen sancionatorio previsto en la Ley N° 17319 y su reglamentación (sanciones de multa, suspensión en los registros, caducidad y cualquier otra sanción prevista en los pliegos de bases y condiciones o en los contratos). Las facultades descriptas en el párrafo anterior, no resultan limitativas del resto de las facultades derivadas del poder concedente emergentes de la Ley N° 17319 y su reglamentación”.

son originarios e indefinidos, y los delegados a la nación son definidos y expresos, pero aquellos poderes provinciales no pueden enervar el ejercicio razonable de los poderes delegados al gobierno federal, so pena de convertir en ilusorios los propósitos y objetivos de las citadas facultades que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan todas las provincias.³⁷

Si bien es propio de un estado federal el establecimiento de dos órdenes jurídicos, el federal y del de derecho público local (art. 1º, CN), las provincias no pueden ejercer sus atribuciones de tal manera que obste a los fines del gobierno federal en tanto este se mantenga dentro del ámbito de sus competencias,³⁸ pues donde hay poderes delegados al gobierno de la nación no hay poderes reservados salvo por pacto expreso y especial.³⁹

El reconocimiento de la primacía de las normas nacionales por sobre locales, no importa menoscabo de las potestades tributarias de los estados provinciales, desde que estos no pueden dificultar o interferir en el ejercicio, por parte de la nación, de los poderes que le delegaron para el logro de propósitos de interés general.⁴⁰

Los poderes delegados a la nación por las provincias no constituyen meras declaraciones teóricas, sino que necesariamente han de considerarse munidos de todos los medios y posibilidades de instrumentación indispensables para la consecución real y efectiva de los fines para los cuales se instituyeron tales poderes, en tanto estos se usen conforme a los principios de su institución. De lo contrario, aquellos poderes resultarían ilusorios y condenados al fracaso por las mismas provincias que los otorgaron.⁴¹

Las facultades provinciales no pueden ni deben amparar una conducta que interfiera en la satisfacción de un interés público nacional,⁴² ni que justifiquen la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de la nación toda.⁴³ El sistema federal importa asignación de competencias a las

37. *Fallos*, 304:1186 (1982) y 312:1437 (1989).

38. *Fallos*, 249:292 (1961), voto del Dr. Oyhanarte.

39. *Fallos*, 183:190 (1939).

40. *Fallos*, 333:2159 (2010).

41. *Fallos*, 329:2975 (2006).

42. *Fallos*, 263:437 (1965).

43. *Fallos*, 270:11 (1968).

jurisdicciones federal y provincial y no una subordinación de los gobiernos provinciales al gobierno central, sino coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general.

En tal sentido, puesto que las provincias han delegado en la nación la facultad de dictar los códigos comunes, han debido admitir la supremacía de esas leyes del Congreso que establece el artículo 31, CN, y abstenerse de dictar normas que las contradigan. La infracción a dicho precepto puede ocurrir de dos maneras: directa, cuando la ley afecta los principios, derechos y garantías constitucionales; o indirecta, cuando la ley contradice los principios y normas de las leyes que dicta el Congreso en materia que le es propia.⁴⁴ Si la reglamentación de esta materia le corresponde al Estado nacional, resulta invariable la modificación de sus términos por los gobiernos provinciales, con fundamento en sus competencias reservadas y en la defensa de los intereses de los habitantes de la provincia.⁴⁵

Las decisiones judiciales son decisiones políticas (Dworkin, 2010: 155) y esto se aprecia aún con más fuerza cuando las decisiones provienen del máximo tribunal de la nación.

Del somero análisis realizado podemos concluir, en forma siempre provisional, sobre la existencia de una serie de precedentes que marcan una tendencia por parte de la CSJN en torno a la materia federal sobre el régimen de los hidrocarburos y su competencia originaria al respecto: la exploración y explotación de hidrocarburos y el diseño de la política hidrocarburífera (en el marco del art. 124, CN, y el Decreto-Ley N° 17319/67 y la Ley N° 26197) constituyen una típica cuestión federal, abarcada, en su caso y cuando corresponda (conforme los arts. 116 y 117, CN) por la competencia originaria del máximo tribunal.⁴⁶

Como corolario del derecho constitucional comparado también apreciamos una preocupación nacional que, en clave con los procesos constitucionales latinoamericanos del siglo XXI (Bolivia, Ecuador y Venezuela) no ha sido debidamente contemplada por la reforma argentina de 1994. Ello así, en tanto se circunscribió para el caso argentino, la regulación de los recursos naturales alrededor de los institutos de dominio y jurisdicción, siendo más

44. *Fallos*, 235:571 (1956).

45. *Fallos*, 257:159 (1963) y 259:157 (1964).

46. Arg. *Fallos*, 333:1386 (2010); 331:2528 (2008); entre muchos otros.

evidente nuestro problema crónico de un federalismo inmaduro, donde la concertación no parece haber sido la constante en la ordenación y coordinación de políticas y regulación entre las provincias y el Estado nacional.

El derecho “no puede florecer como una empresa interpretativa en cualquier comunidad a menos que exista un acuerdo inicial suficiente sobre cuáles son las prácticas legales de modo que los abogados discuten sobre la mejor interpretación de lo que, a grandes rasgos, es la misma idea” (Dworkin, 2005: 74). En la Argentina, el derecho público, los abogados y las abogadas estamos en deuda aún con la conformación de este acuerdo inicial suficiente.

Bibliografía

- Barrera Buteler, G. E. (20-08-2014). Aspectos económicos del federalismo argentino a veinte años de la reforma de 1994. *SJA*, 173.
- Benente, M. (2019). *La Constitución maldita. Estudios sobre la reforma de 1994*. José C. Paz: Edunpaz.
- Bianchi, A. B. (1989). *Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- (2007). Alcances actuales de la competencia originaria de la Corte Suprema. *Jurisprudencia Argentina*, IV-1328.
- Carbajales, J. J. y Rebaso, M. (2011). Los recursos naturales en la reforma del '94: aportes para una interpretación constitucional (El caso de los hidrocarburos). *La Ley*, C-1167.
- Cassagne, J. C. (2007). El dominio de los yacimientos de hidrocarburos. Su relación con las potestades nacionales y provinciales y los derechos de los concesionarios. *La Ley*, C-1135.
- Cassagne, J. C. y De la Riva, I. (2014). Formación, trayectoria y significado actual del dominio público en la Argentina. *RDA*, 93-799.
- Catalano, E. F. (1975). *Curso de derecho minero (4a ed.)*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía.
- Constituyente, C. N. (1997). *Obra de la Convención Nacional Constituyente (1994)*. Buenos Aires-Santa Fe.
- Cuadros, O. (2015). Dominio del Estado. *RDA*, 235.
- De Simone, O. (1997). El dominio originario de los recursos naturales. *La Ley*, C-1440.
- (1998). Los hidrocarburos y el medio ambiente. Los artículos 41 y 124 de la Constitución Nacional. *La Ley*, C-1288.
- Diana, N. (2012). La competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el régimen federal de hidrocarburos. *La Ley*, E-1173.

- Dworkin, R. (2005). *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica*. Barcelona: Gedisa.
- (2010). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Egea, F. (2009). Alcances del concepto de dominio originario de las provincias en el sistema federal argentino. *La Ley*, A-1170.
- González Moras, J. M. (2008). El régimen dominial del Estado y los recursos naturales. *RAP (Suplemento Especial "II Congreso Nacional de Jóvenes Administrativistas")*, 374-17.
- Molina, M. S. (2018-octubre). Incidencia del Código Civil y Comercial de la Nación en el régimen de dominio público. *La Ley - Gran Cuyo*, 1.
- Morel, J. C. (2015). Protección del paisaje minero, historia y derecho comparado. *Revista de Derecho Ambiental (La Ley)*, 44-151.
- Ramírez, M. (2006). *Régimen del petróleo*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Rochaix, L. N. (2008). El impacto de la Ley Corta en el régimen de los hidrocarburos. *RPA*, 3:23.
- Sacristán, E. (2014). Dominio originario de los recursos naturales. La cuestión del dominio eminente. *La Ley*, E-1179.
- Sagüés, N. P. (1986). Competencia originaria de la Corte Suprema y transformación de oficio de la acción. *La Ley*, C-116.
- Saravia, L. A. (1998). La cláusula de la prosperidad y la ley de inversiones mineras. *La Ley*, B-1130.
- (1999). El petróleo y las Provincias. *La Ley*, B-1182.
- Schiariti, L. (2013-2). Oscilaciones del federalismo en materia de hidrocarburos. *Revista de Derecho Público*, 409.
- Vera, R. E. (2008). El impacto del artículo 124 de la Constitución Nacional en la dogmática del dominio público en la Argentina. *RAP*, 363.

El olvido del poder económico en la reforma constitucional de 1994

Mauro Benente

1. Introducción. El constitucionalismo y la limitación del poder

Una de las funciones proclamadas del constitucionalismo es regular y limitar el poder. Aunque podría sospecharse que en el mismo gesto de limitación se encuentra su legitimación, asumiré que esta es la misión histórica, y el objetivo valorable, del constitucionalismo. Sin embargo, planteado más a modo de intuición que de hipótesis a ser estrictamente corroborada, entiendo que los y las referentes del derecho constitucional realizan una circunscripción del poder en el Estado, y una desatención respecto de los poderes no estatales.

Si revisamos las obras, entiendo, más consultadas del constitucionalismo argentino, leemos que Daniel Sabsay y Miguel Onaindia afirman que la Constitución aspira a “lograr la prevalencia del derecho por sobre el Estado” (1998: 9) y su objetivo es “limitar el accionar de los gobernantes” (1998: 9). Asimismo, Sabsay subraya que el derecho constitucional “apunta a la organización del poder en el Estado con especial empeño en el resguardo del espacio de libertad de la sociedad” (2011: 1). En el mismo orden de ideas, Néstor Sagüés postula que el derecho constitucional “es el sector del mundo jurídico que se ocupa de la organización fundamental del Estado” (1999: 33). Si bien asume que la noción de “fundamental” es relativa al contexto histórico, centralmente alude a “la estructura de los poderes básicos de ese Estado” (1999: 33). Alberto Dalla Vía no expresa una única conceptualización del derecho constitucional, pero no duda en afirmar que “la regulación constitucional sería inútil si los poderes del Estado no estuvieran sometidos a ella” (2004: 84).

María Angélica Gelli argumenta que en las democracias liberales el concepto de Constitución está “ligado a la idea de control del poder” (2011: XXI). Si bien la referencia al poder no está asociada al Estado, esta vinculación se vislumbra con la mención a los cargos electivos: “la Constitución, al tiempo de otorgar legitimidad a quienes acceden a los cargos gubernamentales [...] constituye, en sí misma, un control de los excesos e irrazonabilidades de que hacen gala quienes ejercen el poder” (2011: XXI). Juan Vicente Sola no articula su conceptualización del constitucionalismo en referencia al Estado, pero se apoya en la mención al poder político y afirma que el derecho constitucional “explica, describe, comprende y critica la organización del poder político” (2010: 11).

Finalmente, Miguel Ángel Ekmekdjian sostiene que “el objetivo nuclear del derecho público es juridizar el poder, esto es, ponerle límites de modo tal que el poder no se sobredimensione, no se hipertrofié siguiendo su tendencia natural” (2000: 4). El derecho constitucional tiene la misión de limitar al poder estatal, pero desentendiéndose de los poderes no estatales: quienes ejercen el poder oficial –los órganos del Estado– deben hacerlo de acuerdo con “los límites y prescripciones de la norma constitucional” (2000: 5), pero quienes ejercen un poder no oficial “se valen de medios metajurídicos, generalmente presiones de diversa índole sobre quienes ejercen el poder oficial” (2000: 5). Empero, el estudio de los poderes no oficiales no corresponde al derecho constitucional sino a la sociología y a la ciencia política (2000: 5).

Esta reducción de todo poder, al poder del Estado, contrasta notablemente con el esfuerzo de Michel Foucault de dar cuenta de las relaciones de poder por fuera del Estado. Las relaciones de poder, entendidas como conducción de conductas individuales y colectivas, operan en el Estado, pero también en espacios que le son distintos y distantes (Foucault, 1975: 31-32; 1997: 25-30; 2001a: 1363; 2001b: 1180). Si el poder no se estructura solamente en el Estado, lo mismo debe predicarse respecto de su concentración, y en este plano creo que vale remarcar el grado de condensación del capital económico privado. A modo de ejemplo nítido, de acuerdo con un trabajo realizado por Tracey Keys y Thomas Malnight (2012), hacia el año 2010, de las cien economías más grandes del mundo, cuarenta y dos eran corporaciones, y de las ciento cincuenta economías, el porcentaje ascendía al cincuenta y nueve por ciento. Por su parte, teniendo en cuenta una sistematización de la organización gubernamental Global Justice Now, para el año 2017, de las cien economías más grandes, sesenta

y nueve eran corporaciones; y de las doscientas economías, ciento cincuenta y siete eran corporaciones (Global Justice Now, 2018).

Esta focalización del constitucionalismo en el poder estatal, y el simultáneo y complementario olvido de poderes no estatales, no solamente es un pecado de los trabajos académicos anteriormente citados, sino que se advierte con claridad en los proyectos y debates parlamentarios que dieron lugar a la reforma constitucional argentina de 1994. Si la misión del constitucionalismo es, supuestamente, la limitación del poder, resulta problemático reducir el poder al Estado, y descuidar la tarea de limitar y regular poderes no estatales, en particular los poderes económicos privados. Este descuido se percibe con notoriedad en los debates suscitados con motivo de la reforma constitucional de 1994 pero, tal como reseñaré hacia el final del trabajo, es una matriz que se reitera en buena parte de los proyectos de reforma constitucional que se presentaron desde 1990 a la actualidad.

2. El contexto de la reforma de 1994. Poder político y poder económico

Promediando el primer mandato presidencial de Carlos Saúl Menem, con el objetivo de incluir la reelección presidencial en el texto constitucional, el 8 de julio de 1993 el Partido Justicialista (PJ) –por entonces partido de gobierno– presentó en la Cámara de Senadores un proyecto de ley tendiente a declarar la necesidad de la reforma de la Constitución. Con sensibles modificaciones al texto original, el 21 de octubre el Senado aprobó el proyecto, pero era difícil que el PJ lograra la aprobación en la Cámara de Diputados. Para evitar que el proyecto se estancara, el Poder Ejecutivo dictó dos decretos –2181/93 y 2258/93– convocando a una consulta popular no vinculante, para que la ciudadanía se expresara sobre la necesidad de la reforma. Ante un posible apoyo popular al proyecto impulsado por el menemismo, la cúpula de la Unión Cívica Radical (UCR) –el principal partido de oposición– negoció con la cúpula del PJ: el 14 de noviembre de 1993 Menem y Raúl Alfonsín –ex presidente de la nación y por entonces líder de la UCR– rubricaron el Pacto de Olivos, y el 13 de diciembre firmaron un

convenio complementario, que fue la base de un proyecto que se tradujo en la Ley N° 24309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional.

Luego de ser discutido el 21 y el 22 de diciembre, la Cámara de Diputados aprobó sin reformas lo acordado entre los líderes políticos, y de 248 legisladores/as presentes, 191 se pronunciaron afirmativamente. En el Senado el debate se desarrolló entre el 28 y el 29 de diciembre: por la afirmativa votaron 38 senadores y por la negativa 7. La ley incluyó el “núcleo de coincidencias básicas”, dentro del cual se establecía el nuevo articulado en materia de presidencialismo, la elección directa de senadores, el nuevo régimen de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la creación del Consejo de la Magistratura y el sistema de designación y remoción de jueces. El “núcleo”, que resolvía los asuntos más sustanciales de la reforma, debía ser aceptado o rechazado en su totalidad en la Convención Constituyente y se encontraba garantizado por “cláusula cerrojo” que, considerada por ese entonces como inconstitucional por varios juristas (Cullen, 1994; Padilla, 1994; Natale, 1995: 8-11), establecía que toda modificación que realizara la Convención sobre las “coincidencias” sería nula.¹ Dado el “núcleo de coincidencias básicas” y la “cláusula cerrojo”, el debate más intenso –aunque no más extenso– se desarrolló en el Congreso y no en la Convención Constituyente, y es por ello que me detendré en los debates parlamentarios.

Las elecciones a 305 convencionales constituyentes se realizaron el 10 de abril de 1994,² la Convención sesionó en las ciudades de Santa Fe y Paraná entre el 25 de mayo y el 22 de agosto, y la nueva Constitución fue jurada el 24 de ese mes en el Palacio San José, en Concepción del Uruguay.

El motor que impulsó al PJ a avanzar sobre la reforma constitucional fue la inclusión de la reelección presidencial pero, paradójicamente, uno de los objetivos proclamados por el PJ y la UCR fue la atenuación del presidencialismo.

1. La ley también habilitaba a la Convención para reformar aspectos relativos a la autonomía municipal, los mecanismos de democracia semidirecta, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público, el sistema electoral y los partidos políticos, la jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, la acción de amparo y el hábeas corpus, el respeto a las comunidades indígenas y la creación de un Consejo Económico Social consultivo. Con excepción del último asunto, todos fueron incluidos en la reforma.

2. En las elecciones el PJ obtuvo el 37,9% de los votos, quedándose con 134 cargos; la UCR alcanzó el 19,7% de los votos y 74 cargos; el Frente Grande obtuvo el 13,2% de los votos y 31 cargos; el Movimiento por la Dignidad y la Independencia (MODIN) llegó al 9,3% y sumó 21 cargos. Los restantes se repartieron entre partidos nacionales más pequeños y entre partidos distritales.

La necesidad de desconcentrar el poder del Presidente no fue una novedad de la reforma de 1994, sino que ya en la escandalosa convención reformadora de 1957 –convocada por el Decreto N° 3838/57 y enmarcada dentro del golpe de estado iniciado en 1955– había considerado limitar las facultades del Ejecutivo (Vanossi, 2000: 428), pero tras introducir el artículo 14bis, abandonó sus sesiones por falta de quórum. Décadas más tarde, en 1985, a través del Decreto N° 2446/85, el Presidente Alfonsín creó el Consejo para la Consolidación de la Democracia que, coordinado por Carlos Santiago Nino, propuso la creación de un presidencialismo mixto, el acortamiento del período presidencial y su elección directa –recordemos que se realizaba vía colegio electoral– (Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1986: 49-57).³

En sintonía con lo anterior, podría afirmarse que parte de las innovaciones de la reforma de 1994 se incluyó con el objetivo de atenuar el presidencialismo: se estableció el Consejo de la Magistratura para limitar la discrecionalidad del presidente en la designación de los jueces y juezas inferiores a la Corte Suprema; se declaró la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, por lo que el Ejecutivo ya no podría nombrar al intendente de la jurisdicción; se creó el jefe de Gabinete; se reguló la delegación legislativa y el dictado de decretos de necesidad y urgencia (DNU).

Ahora bien, así como el gobierno de Menem se inscribía en un progresivo incremento de poder en la Presidencia, algo similar podría afirmarse respecto del avance del neoliberalismo, iniciado en la última dictadura cívico-militar y desarrollado con distintos niveles en buena parte de América Latina durante la década de 1990. En este marco neoliberal, uno de los procesos más agudos fue la privatización de empresas y servicios públicos, que Schwarzer (1998) separa en un período “vergonzante” (1976-1981) y otro “enérgico” (1989-1998). Si bien en la dictadura cívico-militar se privatizaron empresas estatales, y durante el gobierno de Alfonsín el Congreso debatió sin éxito proyectos de ley para privatizar el 40% de ENTel y Aerolíneas Argentinas, fue durante el gobierno de Menem –y al amparo de las leyes de Reforma del

3. Nino (1987) entendía que el presidencialismo nucleaba en una sola persona toda la administración y dirección política del Estado, y ello no solo impedía articular lógicas de consenso con la oposición, sino que ésta se interesaba únicamente en desestabilizar al Presidente y, cuando éste caía, se desarticulaba todo el sistema institucional. En el mismo sentido, ver Linz (1994).

Estado (23696) y de Emergencia Económica (23697)– que se consumó la privatización y extranjerización de la economía.⁴ En este sentido, al momento de discutirse en el Congreso el proyecto de reforma constitucional, en los cuatros años que llevaba la presidencia de Menem ya se habían consumado casi todas las privatizaciones que se realizaron en su gobierno.⁵

Varias empresas públicas fueron transferidas a consorcios empresarios que constituían una “triple alianza” entre: a) grupos económicos locales que, además de *lobby*, aportaron capacidad gerencial y administrativa; b) bancos extranjeros y/o locales que contribuyeron con títulos de la deuda pública argentina que fueron capitalizados; c) empresas transnacionales, que brindaron

4. La Ley de Emergencia Económica, sancionada el 1° de septiembre de 1989, recortó numerosos subsidios estatales, suspendió los regímenes de promoción industrial, regional y de exportaciones y varios incentivos a la producción nacional. La Ley de Reforma del Estado, del 17 de agosto de 1989, estableció las bases del proceso privatizador. Estos instrumentos jurídicos constituyeron “el punto de partida para el intento de establecer un *nuevo modelo estatal*” (Bosoer y Leirás, 2001: 70).

5. Ya se había privatizado: la Administración General de Puertos (Ley N° 23696, Decreto N° 2074/90, Ley N° 24093), Aerolíneas Argentinas (Decreto N° 1591/89), Agua y Energía Eléctrica (Ley N° 24065), Argentina Televisora Color (Ley N° 23696), Astillero Ministro Domecq García (Decreto N° 1398/90, Ley N° 24045), Astilleros y Fábricas del Estado - AFNE (Decreto N° 1398/90, Ley N° 24045), Banco Nacional de Desarrollo (Decreto N° 2514/91, Ley N° 24155), Caja Nacional de Ahorro y Seguro (Decreto N° 2514/91, Ley N° 24155), Canal 11 - LS 84 TV (Decreto N° 830/89), Canal 13 - LS TV (Decreto N° 830/89), Carboquímica Argentina S. A. Mixta (Ley N° 23696, Decreto N° 1383/90), Empresa Desarrollos Especiales - EDESA (Decreto N° 1398/90, Ley N° 24045), Empresa Líneas Marítimas Argentinas - ELMA (Ley N° 23696, Decreto N° 2074/90, Decreto N° 2062/91), Empresa Nacional de Correos y Telégrafos - ENCOTEL (Ley N° 23696, Decreto N° 2074/90), Empresa Nacional de Telecomunicaciones - ENTEL (Ley N° 23696, Decreto N° 731/89), Establecimientos Altos Hornos Zapla (Ley N° 23809, Decreto N° 1213/90), Fábrica Militar de Ácido Sulfúrico (Decreto N° 1398/90, Ley N° 24045), Fábrica Militar de Tolueno Sintético (Decreto N° 1398/90, Ley N° 24045), Fábrica Militar de Vainas y Conductores Eléctricos - ECA (Decreto N° 1398/90, Ley N° 24045), Fábrica Militar San Martín (Decreto N° 1398/90, Ley N° 24045), Fábrica Militar Pilar (Ley N° 24045), Fábrica Militar San Francisco (Decreto N° 1398/90), Ferrocarriles Argentinos S. A. (Decreto N° 666/89), Ferrocarriles Metropolitanos S. A. (Decreto N° 502/91), Gas del Estado S. E. (Decreto Ley N° 23696, Decreto N° 2074/90, Ley N° 24076), Hidroeléctrica Norpatagónica - HIDRONOR (Ley N° 23696, Decreto N° 1398/92, Ley N° 24065, Decreto N° 287/93), Hierro Patagónico de Sierra Grande S.A. - HIPASAM (Decreto N° 1398/90, Ley N° 24045), Hipódromo Argentino S. A. (Decreto N° 292/92, Decreto N° 782/93), Inductor S. A. Mixta (Ley N° 23696), Instituto Nacional de Reaseguros S. E. - INDER (Decreto N° 1615/91), Junta Nacional de Granos (Ley N° 23696, Decreto N° 2074/90), LR3 Radio Belgrano (Ley N° 23696, Decreto N° 875/90), Obras Sanitarias de la Nación - OSN (Ley N° 23696, Decreto N° 2074/90), Petroquímica General Mosconi (Ley N° 24045, Res. 1283/92), Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires - SEGBA (Ley N° 23696, Decreto N° 2074/90, Ley N° 24065), Sociedad Mixta Siderurgia Argentina - SOMISA (Decreto N° 1398/90, Ley N° 24045), Tanque Argentino Mediano S. E. - TAMSE (Decreto N° 1398/90, Ley N° 24045), Tecnología Aeroespacial S. A. - TEA (Decreto N° 1398/90, Ley N° 24045), Yacimientos Carboníferos Fiscales - YCF (Ley N° 23696, Decreto N° 2074/90), Yacimientos Petrolíferos Fiscales - YPF (Ley N° 24145, Decreto N° 546/93).

capacidad y experiencia tecnológica. Para mencionar un ejemplo, en uno de los consorcios en que se subdividió ENTel –la empresa estatal de telefonía fija– participaban un operador internacional como Telefónica de España, bancos extranjeros como el Citibank, el Manufacturers Hanover, el Bank of New York, el Banco Central de España y el Banco Hispanoamericano, y tres de los grupos económicos más importantes del país: Soldati, Pérez Companc y Techint. En la otra subdivisión de ENTel participaban las operadoras internacionales Stet Società Finanziaria y France Câbles et Radio, el Banco J. P. Morgan y el grupo Pérez Companc (Aspiazú, 2002: 15).

Además de esta alianza entre grupos locales, transnacionales y la banca, el proceso de privatización fue caracterizado por ventas de empresas y concesiones subvaluadas, constantes renegociaciones de los contratos en favor de las concesionarias, incumplimiento de inversiones acordadas, reducción de impuestos y aumento de tarifas (Basualdo 2006: 399-407). En este período, los sectores dominantes se constituyeron como una “comunidad de negocios”, y no solo había consorcios en los que participaban distintas empresas, sino que éstas participaban en múltiples consorcios. Para citar solamente dos casos, el grupo Pérez Companc participaba de concesiones viales; generación, transporte y distribución de electricidad; distribución y transporte de gas; explotación de petróleo; telecomunicaciones y transporte ferroviario; y el grupo Soldati intervenía en generación y transporte de electricidad; transporte y distribución de gas; explotación de petróleo; transporte ferroviario y prestación de servicios de agua y cloacas (Aspiazú, 2002: 18).

Este proceso de concentración económica, que no se desplegó únicamente en la esfera de los servicios y empresas privatizadas, comenzó a desarrollarse los primeros años del gobierno de Menem y se consolidó durante su segundo mandato. Es así que, si en 1993 las doscientas empresas más grandes producían el 16,4% del total de Argentina, en 1999 superaban levemente el 20% (Schorr, 2013: 50). Pero además de elevarse la concentración económica, con el transcurso del gobierno de Menem avanzó la extranjerización de la economía, puesto que, si en 1993 de esas doscientas empresas, cincuenta eran extranjeras, en 1999 eran casi cien (Schorr, 2013: 50).⁶

6. De acuerdo con Basualdo, a mediados de la década de 1990 “los grupos económicos alcanzan el momento culminante de su poder” (2011: 129), ya que al ejercicio de la hegemonía le sumaron su predominio estructural en la economía real y mantuvieron el núcleo de valorización financiera girando divisas al exterior.

Si bien este modelo neoliberal mostró su peor cara en 2001 y 2002, cuando el desempleo era cercano al 25% y la pobreza superaba el 50%, al momento de discutirse el proyecto de reforma constitucional la tasa de desocupación se había incrementado ininterrumpidamente entre octubre de 1991 y mayo de 1993, y si bien para octubre de 1993 había descendido levemente, se mantenía en las dos cifras, siendo que hasta el gobierno de Menem nunca había superado el dígito (Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, 2005: 15-16).

Teniendo presente este contexto de concentración de poder en el presidente, pero también en manos del capital privado, me interesa analizar los proyectos presentados en 1993, tendientes a declarar la necesidad de la reforma constitucional, y los debates parlamentarios que culminaron con la aprobación de la Ley N° 24309. En particular me interesará subrayar que, así como estuvo muy presente la necesidad de atenuar el poder del presidente, estuvo muy ausente la necesidad de limitar un poder no estatal: el del capital privado. Luego, aunque de modo más sintético, plantearé que la ausencia de limitaciones al poder del capital privado no se presenta solamente en los proyectos y debates de 1993, sino que representa la matriz de las últimas tres décadas.

3. Los proyectos de reforma constitucional de 1993

En 1993 se presentaron dieciséis proyectos para declarar la necesidad de la reforma constitucional, y uno de ellos se transformó en la Ley N° 24309, que incluyó propuestas para atenuar el presidencialismo, pero no para limitar el poder del capital privado. De los quince restantes, dos no propusieron reformas respecto de la organización política, ni tampoco para desarticular las lógicas de la economía neoliberal: el proyecto de Humada (PJ) no recomendó qué aspectos deberían transformarse⁷ y el de Yoma (PJ) propuso reformar el artículo 30 para incorporar el sistema de enmiendas.⁸

Nueve proyectos plantearon reformas para atenuar el presidencialismo, pero no incluyeron limitaciones a la concentración de poder económico. Una parte de estos proyectos proponía limitaciones a las atribuciones del presiden-

7. Expte. 0312-S-93.

8. Expte. 3149-D-93.

te, y también articulaba diferentes organismos de control de la administración pública, cuya cabeza es el Poder Ejecutivo. En esta línea:

(1) El proyecto presentado por los senadores Juárez (PJ), Molina, Costanzo, Rubeo, Ludueña, Vaca, Mac Karthy, Sánchez, Menem, Martínez, Samudio, San Millán, Branda, Massat, Martínez Almudevar, Verna, Alasino, Bordón, Britos, Cañero, Humada, Rivas y Snopek proponía regular el dictado de DNU, evitar el veto indirecto por la omisión de reglamentación de leyes, limitar las atribuciones del Poder Ejecutivo en la declaración del estado de sitio y la intervención federal, la creación del Consejo de la Magistratura como un órgano consultivo y el establecimiento de mecanismos de rendición de cuentas.⁹

(2) El proyecto de los diputados Cañero (Movimiento Peronista), Brunati, Álvarez, Viqueira y Rodríguez prohibía el dictado de DNU, creaba un ministro coordinador para desconcentrar las funciones del presidente, fundaba instituciones de control y establecía la necesidad de ratificación parlamentaria de la intervención federal dictada por el Poder Ejecutivo.¹⁰

(3) El proyecto del diputado Balter (Partido Demócrata) limitaba el dictado de DNU y la delegación legislativa y establecía el Consejo de la Magistratura.¹¹

(4) Más tímidamente, el proyecto de Montiel (UCR), López, Mercader, Jaunarena, Bonomi y D'Ambrosio proponía restringir las facultades del presidente en la intervención federal y el estado de sitio, precisar las facultades de veto y restringir las facultades legislativas.¹²

En otros proyectos, la clave de la limitación del poder presidencial se situó en la elección directa de las autoridades de la Capital Federal y en la creación de instituciones de control:

(5) El presentado por el diputado Albamonte (UCeDe) establecía la elección directa de las autoridades de la Capital y contemplaba la creación de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas y la Contraloría General de la República.¹³

9. Expte. 0531-S-93.

10. Expte. 4084-D-1993.

11. Expte. 4272-D-1993.

12. Expte. 4564-D-1993.

13. Expte. 2300-D-1993.

(6) El proyecto de los diputados Argüello (PJ), Varela Cid, Toma, Sueiro y Monteverde incluía la transformación de la Capital Federal en una Ciudad Autónoma, recortando así las atribuciones del presidente en esa jurisdicción.¹⁴

(7) La propuesta del diputado Varela (PJ), con menos precisiones, mencionaba la necesidad de delimitar las atribuciones del Poder Ejecutivo y de crear la Contraloría General de la Nación.¹⁵

(8) El proyecto del diputado Marcolli (PJ) marcaba la necesidad de crear la Defensoría del Pueblo, para controlar la prestación de servicios públicos, y la administración pública centralizada y descentralizada.¹⁶

(9) El proyecto del diputado Gargiulo (Partido Demócrata Cristiano), sin mayores exactitudes, subrayaba la necesidad de crear órganos de control de los poderes estatales.¹⁷

Estos nueve proyectos, con distintas intensidades, incluían la limitación del presidencialismo. Otros cuatro sumaron, a esta limitación al poder del presidente, la necesidad de reformar ciertos aspectos del funcionamiento económico:

(a) El presentado por el senador Alasino (PJ) incluía la creación de un ministro coordinador, instituciones de control, como el Defensor del Pueblo y la Contraloría General, y agregaba reflexiones en materia económica. Se reconocía un proceso de concentración económica, pero en lugar de establecer propuestas de desconcentración, se estipulaba que la concentración era necesaria, aunque debían evitarse las prácticas abusivas.¹⁸

(b) El proyecto de los diputados Rico (MODIN), Fernández Gill, Gallo, Ayetz, Polo y Morello planteaba la creación de instituciones de control del Poder Ejecutivo, pero también marcaba la necesidad de que el Congreso

14. Expte. 3224-D-1993.

15. Expte. 3072-D-1993.

16. Expte. 3423-D-1993.

17. Expte. 4064-D-1993.

18. Así se lee que una de las características del capitalismo "es la coalición de empresas que buscan nuevas formas de utilización de capitales, para lograr mayores niveles de producción, ganar mercados y colocar sus productos en el mundo. Esta concentración de capitales, necesaria para el aceleramiento del desarrollo económico de nuestra Nación, torna necesaria la disciplina legal de esas concentraciones o de reprimir su abuso" (Expte. 106-S-1993).

estableciera los marcos regulatorios de los servicios públicos prestados por capitales privados.¹⁹

Si estos dos primeros proyectos mencionaban tibias reformas, o más bien, solo pequeñas referencias a la concentración económica, los dos restantes sí presentaban propuestas más radicales en materia económica, y también en materia política:

(c) El de los diputados Estévez Boero (Alianza Honestidad, Trabajo y Eficiencia), Molinas, Bravo, Polino y Llopis proponía avanzar hacia un sistema semipresidencialista, con un primer ministro designado por el presidente con acuerdo de la Cámara de Diputados y removible mediante el voto de censura. También proyectaba declarar la función social de la propiedad, reconocer la economía cooperativa y solidaria, y asumía que la participación ciudadana en la gestión económica era la única herramienta para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de la población. Incluso, además de avanzar en un Estado social de derecho, proponía “la participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de las actividades económicas, en la elaboración, ejecución y control de las principales medidas económicas”.²⁰

(d) Más radical, y hasta revolucionario, era el proyecto del diputado Zamora (Movimiento Socialista de los Trabajadores), que proponía la abolición del Poder Ejecutivo y del Senado y la conformación de una Cámara única que legisle y gobierne, con diputados con mandato de dos años, revocables, y con sueldos similares al de un/a trabajador/a calificado/a. En la reconfiguración del ordenamiento económico, si bien no se enunciaban artículos concretos, se proponían realizar “las expropiaciones necesarias para recuperar los recursos económicos fundamentales como el petróleo, hoy en manos del imperialismo y la oligarquía”. Además, marcaba la necesidad de avanzar en una “reforma agraria para reestructurar la explotación agrícola ganadera, terminar con el latifundio y recolonizar el campo entregando parcelas en propiedad a quienes las trabajen”. También proponía suspender el pago de la deuda externa, romper las relaciones con el Fondo Monetario Internacional, “demás organismos

19. De este modo, el Estado debería sancionar “los correspondientes marcos regulatorios de los servicios públicos en manos de capitales privados. Esta norma incorporada a la Constitución Nacional pondrá fin a los excesos cometidos por muchas empresas monopólicas que se hicieron cargo de los servicios esenciales en nuestro país” (Expte. 4177-D-1993).

20. Expte. 4175-D-1993.

financieros imperialistas” y dejar de lado los acuerdos económicos, políticos y militares “que nos someten a los Estados Unidos, Gran Bretaña y la ONU”. Planteaba la anulación de las privatizaciones no solamente sin resarcir a las empresas, sino que insistía en “las indemnizaciones que las empresas deben pagar al país por los perjuicios que hubieren causado”.²¹

Si de los dieciséis proyectos presentados en 1993 quitamos los de Humada y Yoma, cuyas propuestas de reformas son mínimas, obtenemos que los catorce restantes –incluyendo el que se transformó en ley– incluyeron reformas para atenuar el presidencialismo, pero solamente cuatro mostraron la necesidad de limitar la concentración económica. Asimismo, dentro de estos cuatro, dos se limitaron a incluir tibias referencias a los abusos de la concentración en poder del capital privado. De un modo u otro, los catorce proyectos remarcaron la necesidad de atenuar la concentración de poder, pero diez de ellos redujeron el poder al Estado, y el poder del Estado al poder del presidente. Si la misión del constitucionalismo es la limitación del poder, en un contexto de concentración del poder económico como el que se estaba desplegando hacia mediados de los años noventa, no resulta muy estimulante que las fuerzas políticas encuentren en la Constitución una herramienta de limitación del poder político, pero no del poder económico. Un panorama igualmente desalentador, según veremos, se encuentra en los debates parlamentarios que dieron lugar a la Ley N° 24309.

4. El debate de la Ley N° 24309 en la Cámara de Diputados

Una buena parte de las intervenciones de los diputados y diputadas estuvieron dedicadas a impugnar la legitimidad del Pacto de Olivos, ya que se lo calificaba como un arreglo a oscuras y a espaldas de la sociedad, opuesto a las prácticas democráticas deseables para una temática de tanta envergadura como una reforma constitucional. De modo contrario, desde la UCR y el PJ se reivindicaba que los dos partidos políticos más importantes hubieran acordado algo tan trascendente como una reforma constitucional. Otras exposi-

21. Expte. 4087-D-1993.

ciones criticaron el “núcleo de coincidencias básicas” y la “cláusula cerrojo”, puesto que no resultaba concebible limitar las potestades de la Convención Constituyente. Finalmente, sobre el contenido de la reforma, uno de los puntos más problematizado, que aquí no desarrollaré, se vincula con la escasa profundización del federalismo.

Como paso previo a la discusión en la Cámara, el proyecto fue dictaminado por la Comisión de Asuntos Constitucionales. El dictamen de mayoría incluye un pequeño informe de ocho párrafos sin mayores precisiones mientras que, en las seis observaciones al dictamen mayoritario, se afirma que el objetivo de atenuar la concentración de poder en el presidente no se alcanza (Natale en *Diario de Sesiones. Cámara de Diputados de la Nación [DSCDN]*, 1993; Polino en *DSCDN*, 1993; Molinas en *DSCDN*, 1993; Fernández Meijide en *DSCDN*, 1993; Bravo en *DSCDN*, 1993; Guzmán en *DSCDN*, 1993).

Si bien el PJ fue el principal interesado en la reforma, y contaba con 124 diputados, sus legisladores y legisladoras tuvieron escasa participación en el debate y solamente 2 de ellos argumentaron que la reforma traería una atenuación del presidencialismo (Rodríguez Sañudo en *DSCDN*, 1993: 4112, 4115; Bermúdez en *DSCDN*, 1993: 4455). La UCR sumaba 83 diputados y diputadas, quienes participaron más activamente del debate, aunque sobre la atenuación del presidencialismo se vislumbraron discrepancias: 3 legisladores entendieron que el proyecto lograba limitar el poder del presidente (Hernández en *DSCDN*, 1993: 4119; Berhongaray en *DSCDN*, 1993: 4224; Gauna en *DSCDN*: 1993: 4258), mientras que 5 entendieron que el objetivo no se cumplía (F. Storani en *DSCDN*, 1993: 4263; Fragoso en *DSCDN*, 1993: 4393; Jaunarena en *DSCDN*, 1993: 4403; Usandizaga en *DSCDN*, 1993: 4481; D’Ambrosio en *DSCDN*, 1993: 4414).

Por su parte, posiblemente por no haber sido partícipes del Pacto de Olivos, las críticas al proyecto y a su incapacidad para atenuar el poder del presidente fueron fundamentalmente desarrolladas por partidos provinciales, y partidos nacionales con pocas bancas. Este fue el caso de las intervenciones de Adaime (en *DSCDN*, 1993: 4157-4158), del Partido Autonomista de Corrientes; Balter (en *DSCDN*, 1993: 4170), del Partido Demócrata de Mendoza; Guzmán (en *DSCDN*, 1993 4203), del Movimiento Popular Jujeno; Gallo (en *DSCDN*, 1993: 4219), del Movimiento para la Dignidad y la Independencia; Solanas (en *DSCDN*, 1993: 4251), del Frente Grande, Iba-

rreche (en *DSCDN*, 1993: 4216), y Topa (en *DSCDN*, 1993: 4246, 4251), de Fuerza Republicana. El único legislador de partidos pequeños que indicó que el proyecto atenuaba el presidencialismo fue Maqueda (en *DSCDN*, 1993: 4266), de la Unión de Fuerzas Sociales –vinculado con el PJ–. Finalmente es interesante destacar que, para dos legisladores, Ibarbia (en *DSCDN*, 1993: 4242), de la Unión del Centro Democrático, y Sánchez Galdeano (en *DSCDN*, 1993: 4488), del Movimiento Popular Fueguino, el proyecto sí atenuaba el poder del presidente, aunque estaban en desacuerdo con ello.

Si las observaciones al dictamen de mayoría sostenían que el proyecto no alcanzaba a desarticular la concentración de poder en el presidente, solamente una de ellas, la de A. Bravo, agregaba que había que aspirar a una reforma que regulara la “potestad del Estado para controlar y regular la Economía, garantizando así una sociedad solidaria; y la función social de la propiedad” (en *DSCDN*, 1993: 1408). Sin embargo, al igual que sucederá en buena parte de las intervenciones del debate, las referencias al poder económico se limitarán a estas superficiales menciones.

Ciertas intervenciones destacaron la preocupante situación económica, los alarmantes índices de pobreza y desempleo, pero al momento de analizar críticamente el proyecto, no argumentaron sobre la inutilidad de la nueva Constitución para resolver la situación, ni mencionaron la urgencia de limitar el poder del capital privado, sino que reiteraron la inutilidad del proyecto para atenuar el poder del presidente (Montiel en *DSCDN*, 1993: 4174-4175, 4177, 4179; Estévez Boero en *DSCDN*, 1993: 4130, 4138-4142). También se advirtió que incluyendo la reelección presidencial se garantizaba la continuidad del principal responsable de las penurias sociales y económicas (Golpe en *DSCDN*, 1993: 4468), pero no se plantearon mecanismos para intentar resolver constitucionalmente algunas de esas penurias.

Otras exposiciones subrayaron las preocupantes condiciones económicas que atravesaba el país, pero en lugar de marcar las reformas constitucionales que deberían desarrollarse para resolverlas, sostuvieron que el dramático contexto tornaba inapropiado efectuar una reforma constitucional (Achem en *DSCDN*, 1993: 4182-4184; Carca en *DSCDN*, 1993: 4421; Muñoz en *DSCDN*, 1993: 4401). En algún caso también se remarcaron estas condiciones, pero sin propuestas para revertirlas (Di Tulio en *DSCDN*, 1993: 4403). Es notable cómo estos legisladores y legisladoras, que subrayaron con especial

énfasis las condiciones de pobreza y desocupación, no lograron advertir que la Constitución podría ser una herramienta para avanzar, al menos muy parcialmente, en la resolución de esta dramática situación.

Solo un número pequeño de diputados y diputadas enunció, aunque muy superficialmente, la necesidad de contener al poder económico, pero no delinearon propuestas para avanzar en este objetivo (Moreau en *DSCDN*, 1993: 4270; Piccinini en *DSCDN*, 1993: 4412; Hardy en *DSCDN*, 1993: 4313). Por su lado, otro pequeño número, atendiendo al terrible contexto socioeconómico, se limitó a criticar que el proyecto no avanzara en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Álvarez en *DSCDN*, 1993: 4138; Fernández Mejjide en *DSCDN*, 1993: 4241).

A contrapelo de estas miradas, que mostraban el drama de las políticas neoliberales, pero no articulaban propuestas concretas, legisladores y legisladoras de orientaciones liberales y conservadoras sostuvieron que para mantener el supuesto buen funcionamiento de la economía había que evitar modificar la Constitución, ya que esta era garantía de seguridad jurídica (Leconte en *DSCDN*, 1993: 4152) y de estabilidad (Perrini en *DSCDN*, 1993: 4423-4424). Este dato no es menor, porque los diputados y las diputadas que aplaudían las políticas neoliberales, sí eran conscientes de la dimensión económica de los textos constitucionales, y por ello recomendaban no modificar la carta magna.

Es llamativo que el único diputado que formuló propuestas concretas para limitar el poder del capital privado fue Aldo Rico del MODIN. El muy polémico diputado, que en 1987 había encabezado sublevaciones militares, no solamente enfatizó que el proyecto no atenuaba el presidencialismo, sino que también aludió a la necesidad de establecer la función social de la propiedad e indicó que el “capital debe estar al servicio de la economía nacional” (Rico en *DSCDN*, 1993: 4128). Por su parte, en su inserción, incluyó una propuesta de reforma que además de incluir numerosos DESC tenía un capítulo dedicado a “La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica”, en el cual se disponía que la propiedad debía estar sometida a los fines del bien común que dispusiera la ley, que los capitales debían estar al servicio de la economía nacional y el desarrollo, y reservaba la propiedad estatal de algunos recursos naturales (Rico en *DSCDN*, 1993: 4325-4328).

5. El debate de la Ley N° 24309 en la Cámara de Senadores

En los dictámenes de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado –firmados el 27 de diciembre– y en el debate en el recinto –desarrollado el día 28–, un punto altamente discutido fue si se estaba frente a un proyecto en el cual el Senado era cámara de origen o revisora. Empero, también se discutió la atenuación del presidencialismo y se hicieron algunas referencias a la situación económica.

En el dictamen de mayoría no se mencionan las reformas al sistema presidencialista, pero en dos disidencias se remarcó que el proyecto no atenuaba la concentración de poder en el presidente (Villarroel en *Diario de Sesiones. Cámara de Senadores de la Nación [DSCSN]*, 1993: 5287; Cendoya y Storani en *DSCSN*, 1993: 5290). Ya en el debate, el miembro informante del dictamen de mayoría, el senador Juárez (en *DSCSN*, 1993: 5296), del PJ, planteó que la inclusión del jefe de Gabinete morigeraría las facultades del Poder Ejecutivo. Con diferentes argumentos, el jefe del bloque de la UCR también sostuvo que el proyecto lograba limitar el presidencialismo (Genoud en *DSCSN*, 1993: 5382-5384), mirada que fue acompañada por otro de los legisladores del partido (Solari Yrigoyen en *DSCSN*, 1993: 5365). Si en estas tres intervenciones se entendió que el proyecto limitaba la concentración de poder del presidente, en otras tres se indicó lo contrario (Aguirre Lanari en *DSCSN*, 1993: 5313, 5320-5321; Oyarzún en *DSCSN*, 1993: 5354-5355; Villarroel en *DSCSN*, 1993: 5306-5309).

En las disidencias al dictamen de mayoría, no hay referencias a la situación económica, ni mucho menos a la necesidad de limitar el poder del capital privado, pero en el debate sí se aludió al contexto económico. Con similitudes a lo sucedido en la Cámara de Diputados, varios senadores y senadoras expresaron que, dadas las situaciones de pobreza y desempleo, la actividad política debía enfocarse en esos asuntos y no en una reforma constitucional (Avelín en *DSCSN*, 1993: 5335; Bordón en *DSCSN*, 1993: 5367-5369; Romero Feris en *DSCSN*, 1993: 5322, 5324). Uno de los senadores que argumentó en esta línea, Romero Feris (en *DSCSN*, 1993: 5326), además reiteró que el proyecto no limitaba el poder del presidente. En estas intervenciones se nota un registro similar al debate en la Cámara de Diputados: la grave situación económica era un motivo para desplazar la discusión sobre la reforma

para otro momento, pero no era una razón para modificar la Constitución en vistas de eliminar la concentración económica, la pobreza y el desempleo.

Quienes más se acercaron a vincular la situación económica con el constitucionalismo fueron los senadores Bravo y De la Rúa, pero sus superficiales intervenciones muestran las dificultades con las que desde el constitucionalismo se reflexiona en la materia. Ambos marcaron que el proyecto no atenuaba el poder del Presidente (Bravo, L. en DSCSN, 1993: 5330; De la Rúa en DSCSN, 1993: 5349). L. Bravo, del Partido Bloquista de San Juan, se preguntaba por la real vigencia del artículo 14bis, en particular por la prestación del derecho a la vivienda digna (en DSCSN, 1993: 5331), mientras que De la Rúa, de la UCR, postuló que la reforma no resolvería “el problema de la desocupación, ni el de los bajos salarios, ni se mejorará la educación o la salud, ni estarán mejor los jubilados” (en DSCSN, 1993: 5348).

6. Los proyectos de reforma constitucional (1990-2018) y el olvido de los poderes económicos

Hasta aquí he planteado el modo en que los autores y las autoras de referencia del derecho constitucional, casi de modo sistemático, reducen el poder al poder del Estado. Asimismo, en los proyectos de reforma constitucional presentados en 1993, y de los debates parlamentarios que se suscitaron con motivo de la sanción de la Ley N° 24309, se encuentra esta misma matriz, pero con una doble reducción: del poder, al poder del Estado; y del poder del Estado, al poder del presidente.

En los proyectos de 1993 podemos encontrar una gran preocupación por la concentración del poder, pero en general la alusión fue al poder del presidente, y solo de modo muy excepcional, y en general de manera muy superficial, al poder económico. En este sentido, de los 16 proyectos que tenían estado parlamentario, 2 no hacían ninguna mención a la necesidad de limitar el poder, pero los 14 restantes incluían morigeraciones al poder del presidente y solamente 4 –2 de ellos muy superficialmente– agregaban limitaciones al poder del capital privado.

Esta lógica se mantiene en los debates parlamentarios, que muestran una pequeña novedad, aunque problemática. La novedad es que en varios discursos

so sí se alude al contexto de incremento de la pobreza y el desempleo, pero el problema es que no se pensó en la Constitución como una herramienta para modificar esa situación, no se concibió que si la Constitución permitía ese deterioro económico había que modificarla para intentar impedirlo. Bien por el contrario, se sostuvo que, dada la delicada situación económica y social, no era momento de modificar la carta magna.

En la Cámara de Diputados, las seis observaciones al dictamen de mayoría de la Comisión de Asuntos Constitucionales plantearon que el proyecto no atenuaba el poder del presidente, y solamente uno de ellos agregó la necesidad de limitar el poder del capital económico. En el marco del debate, 19 intervenciones giraron exclusivamente alrededor del poder del presidente, y en 11 de ellas se argumentó que el proyecto no lo atenuaba. Sobre la situación económica se pronunciaron 15 legisladores y legisladoras, pero: a- 3 insistieron en que el proyecto no limitaba el presidencialismo; b- 3 argumentaron que no era momento para llevar a cabo la reforma; c- 1 se limitó a describir la penuria económica; d- 2 marcaron la necesidad de enfatizar los DESC; e- 3 enunciaron tíbilmente la importancia de limitar el accionar privado; f- 2 advirtieron que para mantener el neoliberalismo había que detener la reforma. El único diputado que desarrolló en profundidad la limitación del capital económico fue Aldo Rico —quien también marcó que el proyecto no limitaba el presidencialismo—.

Por su lado, en la Cámara de Senadores, las 2 disidencias al dictamen de mayoría subrayaron que el proyecto no limitaba el poder del presidente, pero mantuvieron silencio sobre el poder económico. En el debate, 3 intervenciones marcaron que el proyecto ponía frenos al presidencialismo y otras 3 sostuvieron lo contrario. Finalmente, 3 discursos subrayaron que el contexto económico hacía inapropiado llevar a cabo una reforma, y solamente 2, además de enunciar que el proyecto no atenuaba el presidencialismo, marcaron tibias necesidades de regular el poder del capital privado.

Esta recurrente ausencia de regulación y limitación de los poderes económicos privados tanto al presentar proyectos de reforma constitucional como al discutir los proyectos en el parlamento, no es algo que se advierta solamente en el momento constitucional de 1993, sino que es la lógica que se mantiene desde 1990. Durante el 1990-2018, se presentaron en el Congreso de la Nación setenta y cinco proyectos para declarar la necesidad de la reforma constitucio-

nal: cuatro en 1990,²² siete en 1991,²³ cinco en 1992,²⁴ dieciséis en 1993,²⁵ uno en 1994,²⁶ uno en 1995,²⁷ dos en 1997,²⁸ cinco en 1998,²⁹ cinco en 1999,³⁰ tres en 2000,³¹ cuatro en 2001,³² doce en 2002,³³ uno en 2003,³⁴ uno en 2004,³⁵ uno en 2005,³⁶ dos en 2008,³⁷ uno en 2009,³⁸ uno en 2010,³⁹ uno en 2015⁴⁰ y dos en 2017.⁴¹ De estos setenta y cinco proyectos, únicamente nueve estipularon algún tipo de limitación o regulación al poder del capital privado.⁴²

Dentro del extenso período, el año en que se presentaron más proyectos de ley fue 1993, seguido del año 2002 que, de algún modo, representan los dos momentos constitucionales de estas casi tres décadas. En plena crisis política, económica y social, cuando el desempleo era de casi un 25% y la pobreza alcanzaba a la mitad de la población, solamente tres de los doce proyectos que se presentaron en 2002 hicieron algún tipo de mención a la necesidad de regular y limitar el poder económico privado.⁴³

Po su parte, dentro del período mencionado, es importante destacar el ciclo 2003-2015, en el cual el gobierno del Frente para la Victoria (FPV) desplegó

22. Exptes. 0723-D-90, 2977-D-90, 3563-D-90, 4095-D-90.

23. Exptes. 1044-D-91, 1255-D-91, 1516-D-91, 5532-D-91, 5533-D-91, 6027-D-91, 6079-D-91.

24. Exptes. 0142-D-92, 0759-D-92, 1325-D-92, 5831-D-92, 1379-S-92.

25. Exptes. 0106-S-93, 0312-S-93, 0531-S-93, 2300-D-93, 3072-D-93, 3149-D-93, 3224-D-93, 3423-D-93, 4064-D-93, 4084-D-93, 4087-D-93, 4177-D-93, 4175-D-93, 4272-D-93, 4564-D-93.

26. Expte. 2158-D-94.

27. Expte. 1770-S-95.

28. Exptes. 1136-S-97, 2569-S-97.

29. Exptes. 0378-S-98, 1368-D-98, 2556-D-98, 3588-D-98, 7877-D-98.

30. Exptes. 0135-S-99, 0169-D-99, 0400-D-99, 0759-PE-99, 0812-D-99.

31. Exptes. 6484-D-00, 7686-D-00, 7836-D-00.

32. Exptes. 2963-D-01, 3502-D-01, 5987-D-01, 6450-D-01.

33. Exptes. 1238-S-02, 1459-S-02, 1485-S-02, 1521-S-02, 3112-D-02, 3207-D-02, 3423-D-02, 4253-D-02, 4262-D-02, 6771-D-02, 7264-D-02, 7406-D-02.

34. Expte. 3459-D-03.

35. Expte. 5226-D-04.

36. Expte. 6389-D-05.

37. Exptes. 3293-S-08, 3631-D-08.

38. Expte. 1830-D-09.

39. Expte. 1432-D-10.

40. Expte. 5553-D-15.

41. Exptes. 3774-D-17 y 4797-D-17.

42. Exptes. 2977-D-90, 106-S-1993, 4177-D-1993, 4175-D-1993, 4087-D-1993, 4262-D-02, 6771-D-02, 7406-D-02, 5226-D-04 (reproducción del Expte. 4262-D-02).

43. Exptes. 4262-D-02, 6771-D-02, 7406-D-02.

un potente discurso de denuncia a las políticas neoliberales desarrolladas en el decenio de 1990 (Benente, 2018). De todas maneras, en esos doce años del gobierno del FPV, se presentaron ocho proyectos para declarar la necesidad de la reforma constitucional, ninguno fue enviado por el Poder Ejecutivo, y solo dos fueron presentados por legisladores del FPV.⁴⁴ En estas dos propuestas no se incluyeron regulaciones al poder económico y, de los restantes proyectos, solamente uno propuso tales limitaciones. Se trataba de un proyecto firmado por Alicia Castro que, sin embargo, era la reproducción de otro presentado en 2002, cuando todavía el país estaba en plena crisis social, política y económica.⁴⁵

Finalmente, cabe destacar que el gobierno de la alianza Cambiemos –que asumió el 10 de diciembre de 2015– comenzó a desplegar una política de desregulación de la economía, de potente valorización financiera, y buena parte del discurso opositor se articuló a modo de crítica a las políticas neoliberales puestas en práctica. En este escenario de reproches al regreso del neoliberalismo, en un discurso pronunciado el 6 de octubre de 2016 con motivo de la celebración del centenario de la elección de Hipólito Yrigoyen, la ex presidenta Cristina Fernández de Kirchner subrayó la necesidad de reformar la Constitución en vistas de balancear la asimetría existente entre la ciudadanía y las grandes corporaciones (Fernández de Kirchner, 2016). En este contexto, nuevamente, llama la atención que la oposición no haya presentado ningún proyecto constitucional tendiente a limitar el poder del capital privado, o a detener la nueva oleada neoliberal. Entre el inicio de la presidencia de Mauricio Macri y el 31 de diciembre de 2018, se presentaron dos proyectos de reforma constitucional,⁴⁶ no fueron de la oposición y no incluyeron regulaciones al poder económico.

7. Notas finales

En este trabajo me propuse exponer algunas dificultades que tiene buena parte del constitucionalismo argentino para conceptualizar al poder. Si asumimos que el constitucionalismo tiene como misión la regulación y limi-

44. Exptes. 1830-D-09, 3631-D-08.

45. Expte. 5226-D-04 (reproducción del Expte. 4262-D-02).

46. Exptes. 3774-D-17, 4797-D-17.

tación del poder, es sintomático y problemático que, desde la academia y la política, se reduzca el poder, al poder del Estado, y se olvide así el poder del capital privado. Este descuido no solamente deja al capital privado en una situación de salvajismo, sino que también relativiza la supuesta misión del constitucionalismo, que ya no parece cumplir –si es que alguna vez lo hizo– el objetivo de la limitación y regulación del poder.

Particularmente en el año 1993, cuando en el Congreso de la Nación Argentina se discutió la necesidad de la reforma constitucional, resulta notable cómo en un contexto de simultánea concentración de poder en el presidente y en el capital privado, los proyectos de reforma y las discusiones parlamentaria giraron con mucha recurrencia alrededor de la regulación y/o limitación del poder del presidente, pero casi no hay rastros de cómo la Constitución puede –y quizás debe– limitar los poderes económicos privados.

Sin perjuicio del foco situado en el momento constitucional de 1993, y a la luz de la revisión de los proyectos de reforma constitucional presentados entre 1990 y 2018, resulta muy nítido el modo en que la circunscripción del poder al poder estatal, y el correlativo olvido de los poderes económicos privados, forma parte de una trágica recurrencia en el modo en que pensamos las potencias –y los límites– de la Constitución.

Marcar los límites que presenta el constitucionalismo argentino al conceptualizar el poder, no debe llevarnos a exagerar las potencias que puede tener un texto constitucional para regular y limitar las prácticas y la existencia misma de las grandes corporaciones económicas. La configuración de un sistema social, político y económico que regule y limite al capital privado depende mucho más de la configuración de una correlación de fuerzas que de un texto constitucional, y es por ello que me parece importante no caer en un fetichismo constitucional que suponga que un simple texto puede transformar el diagrama de poder de una sociedad. Sin embargo, creo que la limitación constitucional del poder del capital privado puede, por una parte, contribuir –al menos muy parcialmente– a la configuración de una correlación de fuerzas favorable a la limitación del poder de las grandes corporaciones. Según entiendo, los reproches al poder de las grandes corporaciones que se realizan bajo criterios de ilegitimidad e injusticia, cobrarían más potencia, y mayor capacidad de articulación, si además logran presentarse como reclamos por la inconstitucionalidad o la ilegalidad de las prácticas o la existencia

misma de grandes corporaciones. Por otra parte, si en algún momento se logra conformar esa correlación de fuerzas favorable, entiendo que es de suma relevancia que la Constitución esté de ese lado, de la mano de los sectores populares, y no abrazada a los intereses de las grandes corporaciones.

Bibliografía

- Azpiazu, D. (2002). Privatizaciones, rentas de privilegio, subordinación estatal y acumulación del capital en la Argentina contemporánea. En D. Azpiazu y M. Schorr (eds.), *Privatizaciones, rentas de privilegio, subordinación estatal y acumulación del capital en la Argentina contemporánea* (pp. 2-82). Buenos Aires: Flacso.
- Basualdo, E. (2006). *Estudios de historia económica argentina. Desde mediados del siglo XX a la actualidad*. Buenos Aires: Siglo XXI-Flacso.
- (2011). La pugna por definir el tipo de hegemonía política y un nuevo patrón de acumulación de capital. En *Sistema político y modelo de acumulación. Tres ensayos sobre la Argentina actual* (pp. 123-205). Buenos Aires: Cara o Seca.
- Benente, M. (2018). Una constitución para superar la larga noche neoliberal. En N. Sosa, M. Cardelli y A. San Cristóbal (comps.), *Emergencias. Repensar el Estado, las subjetividades, y la acción política*. Buenos Aires: Ciccus.
- Bosoer, F. y Leirás, S. (2001). Los fundamentos filosófico-políticos del decisionismo presidencial en Argentina, 1989-1999: ¿Una nueva matriz ideológica para la democracia argentina? En J. Pinto (ed.), *Argentina entre dos siglos. La política que viene*. Buenos Aires: Eudeba.
- Consejo para la Consolidación de la Democracia (1986). *Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*. Buenos Aires: Eudeba.
- Cullen, I. (14/01/1994). Es la convención y no el Congreso la que hace la reforma. *La Capital*, 13
- Dalla Vía, A. (2004). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Ekmekdjian, M. A. (2000). *Tratado de derecho constitucional*. Buenos Aires: Depalma.
- Fernández de Kirchner, C. (2016). *Cristina Kirchner en Atlanta: homenaje a Yrigoyen*. Recuperado de <https://www.cfkargentina.com/cristina-kirchner-en-atlanta-homenaje-a-yrigoyen/>
- Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. París: Gallimard.
- (1997). *“Il faut défendre la société”*. *Cours au Collège de France (1975-1976)*. París: Gallimard-Seuil.
- (2001a). De la nature humaine: justice contre pouvoir. En *Dits et écrits I* (pp. 1339-1380). París: Gallimard.
- (2001b). Les intellectuels et le pouvoir. En *Dits et écrits I* (pp. 1174-1183). París: Gallimard.
- Gelli, M. A. (2011). Prólogo a la primera edición. En *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires: La Ley.

- Global Justice Now (2018). *69 of the richest 100 entities on the planet are corporations, not governments, figures show*. Recuperado de <https://www.globaljustice.org.uk/news/2018/oct/17/69-richest-100-entities-planet-are-corporations-not-governments-figures-show>
- Keys, T. y Malnight, T. (2012). *Corporate Clout: The Influence of the World's Largest 100 Economic Entities*. Recuperado de <https://www.globaltrends.com/product/special-report-corporate-clout-distributed-2012-the-influence-of-the-worlds-largest-100-economic-entities/>
- Linz, J. (1994). Democracia presidencial o parlamentaria ¿Qué diferencia implica? En J. Linz y A. Valenzuela (comps.), *Las crisis del presidencialismo. Perspectivas comparativas*. Madrid: Alianza Universidad.
- Ministerio de Economía y Finanzas Públicas (2005). *Análisis económico N° 3: Empleo e ingresos en el nuevo contexto macroeconómico*. Recuperado de http://www.mecon.gov.ar/analisis_economico/nro3/capitulo1.pdf
- Natale, A. (1995). *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*. Buenos Aires: Depalma.
- Nino, C. S. (1987). Presidencialismo vs. Parlamentarismo. En C. Nino (ed.), *Presidencialismo vs. Parlamentarismo* (pp. 115-124). Buenos Aires: Consejo para la Consolidación de la Democracia.
- Padilla, M. (22/12/1994). Una convención prisionera. *La Nación*, p. 8
- Sabsay, D. (2011). *Manual de Derecho constitucional*. Buenos Aires: La Ley.
- Sabsay, D. y Onaindia, M. (1998). *La constitución de los argentinos*. Buenos Aires: Errepar.
- Sagüés, N. P. (1999). *Elementos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Schorr, M. (2013). Nuevo Patrón sobre un viejo Modelo: el problema de la concentración y la extranjerización en la economía argentina. *Revista Debate Público. Reflexión de Trabajo*, 5, 47-64.
- Schvarzer, J. (1998). *La implantación de modelo un modelo económico*. Buenos Aires: A-Z Editora.
- Sola, J. (2010). *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: La Ley.
- Vanossi, J. R (2000). *Teoría Constitucional I. Teoría Constituyente*. Buenos Aires: Depalma.

Documentos

- Diario de Sesiones. Cámara de Diputados de la Nación (1993). 32° Reunión –Sexta sesión ordinaria. Buenos Aires: Congreso de la Nación Argentina.
- Diario de Sesiones. Cámara de Senadores de la Nación (1993). 62° Reunión 27 Reunión Ordinaria. Buenos Aires: Congreso de la Nación Argentina.
- Expediente 0723-D-90. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

Expediente 2977-D-90. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 3563-D-90. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 4095-D-90. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 1044-D-91. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 1255-D-91. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 1516-D-91. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 5532-D-91. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 5533-D-91. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 6027-D-91. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 6079-D-91. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 0142-D-92. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 0759-D-92. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 1325-D-92. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 5831-D-92. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 1379-S-92. Cámara de Senadores de la Nación Argentina.
Expediente 2300-D-1993. Cámara de Diputados de la Nación Argentina
Expediente 3072-D-1993. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 3149-D-93. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 3224-D-1993. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 3423-D-1993. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 4064-D-1993. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 4084-D-1993. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 4087-D-1993. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 4175-D-1993. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 4177-D-1993. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 4272-D-1993. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 4564-D-1993. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 0106-S-1993. Cámara de Senadores de la Nación Argentina.
Expediente 0312-S-93. Cámara de Senadores de la Nación Argentina.

Expediente 0531-S-93. Cámara de Senadores de la Nación Argentina.
Expediente 2158-D-94. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 1770-S-95. Cámara de Senadores de la Nación Argentina.
Expediente 1136-S-97. Cámara de Senadores de la Nación Argentina.
Expediente 2569-S-97. Cámara de Senadores de la Nación Argentina.
Expediente 0378-S-98. Cámara de Senadores de la Nación Argentina.
Expediente 1368-D-98. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 2556-D-98. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 3588-D-98. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 7877-D-98. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 0135-S-99. Cámara de Senadores de la Nación Argentina.
Expediente 0169-D-99. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 0400-D-99. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 0759-PE-99. Cámara de Senadores de la Nación Argentina.
Expediente 0812-D-99. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 6484-D-00. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 7686-D-00. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 7836-D-00. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 2963-D-01. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 3502-D-01. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 5987-D-01. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 6450-D-01. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 1238-S-02. Cámara de Senadores de la Nación Argentina.
Expediente 459-S-02. Cámara de Senadores de la Nación Argentina.
Expediente 1485-S-02. Cámara de Senadores de la Nación Argentina.
Expediente 1521-S-02. Cámara de Senadores de la Nación Argentina.
Expediente 3112-D-02. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 3207-D-02. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
Expediente 3423-D-02. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

Mauro Benente

Expediente 4253-D-02. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

Expediente 4262-D-02. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

Expediente 6771-D-02. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

Expediente 7264-D-02. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

Expediente 7406-D-02. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

Expediente 3459-D-03. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

Expediente 5226-D-04. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

Expediente 6389-D-05. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

Expediente 3293-S-08. Cámara de Senadores de la Nación Argentina.

Expediente 3631-D-08. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

Expediente 1830-D-09. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

Expediente 1432-D-10. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

Expediente 5553-D-15. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

Expediente 3774-D-17. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

Expediente 4797-D-17. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

Jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos

Federico G. Thea e Isaías Losada Revol

1. Introducción: antecedentes de la reforma del entonces artículo 67 inciso 19 de la Constitución Nacional

Luego del retorno a la democracia y de la crisis económica enfrentada por la administración del entonces presidente Raúl Alfonsín, el gobierno electo en 1989 emprendió un proceso de reforma que, entre otras cuestiones, implicó el desarrollo de una brusca política de desregulación del Estado y una importante apertura de la política económica nacional.¹ La consolidación de este nuevo proyecto requería, según sus impulsores, de una reforma constitucional que habilitara un segundo mandato presidencial del entonces presidente Carlos S. Menem (Luque, 2018: 571),² ya que, hasta ese momento, el ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional (PEN o PE) solo podía comprender un único período de seis años.³

El 14 de noviembre de 1993 el partido de gobierno celebró con el principal partido de la oposición el famoso Pacto de Olivos,⁴ en el que se enunció el objetivo de reformar la Constitución Nacional declamando la finalidad de

1. Ver, por ejemplo, las leyes de reforma del Estado (Ley N° 23696) y de emergencia económica (Ley N° 23697) o el Decreto de desregulación económica (Decreto N° 2284/PEN/1991).

2. Vale destacar que con el auge del retorno a la democracia y siguiendo las experiencias de otros países de la región, la Unión Cívica Radical ya había mostrado su interés por reformar la Constitución mediante la creación de un Consejo de Consolidación de la Democracia liderado por el Dr. Carlos S. Nino cuyo objetivo era elaborar un proyecto de nueva Constitución que, finalmente, quedó trunco. Al respecto, ver Garro (1989: 127-159).

3. Argentina. Constitución de la Nación Argentina 1853/1860-1994, artículo 77.

4. Al respecto, ver Eliashev (2004); Anguita y Cecchini (2018).

fortalecer las instituciones democráticas y atenuar la fuerte tradición presidencialista de la República Argentina (Maraniello, 2018: 23; Roulet, 2014; Alfonsín, 1996; García Lema, 1994: 105).⁵ En el marco de los acuerdos alcanzados, se incorporó un denominado “núcleo de coincidencias básicas”, que se plasmó en la Ley N° 24309, que declaró necesaria la reforma parcial del texto constitucional (artículo 1) y que, entre otras cuestiones, habilitó en su artículo 3 el debate y resolución de una serie de puntos que comprendieron la cuestión de los “institutos de integración y jerarquía de los tratados internacionales”, mediante la inclusión de nuevos incisos al entonces artículo 67 relativo a las atribuciones del Congreso Nacional (artículo 3, Ley N° 24309).

El presente capítulo se abocará al estudio de esta última cuestión, analizando el contexto que dio origen al artículo 75, inciso 22 de la actual Constitución Nacional (CN). A tal fin, se detallará el debate del proceso reformador, para así descubrir cuáles han sido los objetivos del convencional constituyente en la materia. Asimismo, se examinará el texto aprobado en dicho proceso y la interpretación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, la Corte Suprema o la Corte) ha efectuado a lo largo de estos 25 años, a fin de dilucidar cuál es su alcance con relación a los objetivos planteados. Finalmente, nos adentraremos en el estudio de cuáles son, a nuestro criterio, las cuestiones pendientes del nuevo texto constitucional y de los distintos órganos del poder constituido frente a la jerarquización constitucional del derecho internacional de los derechos humanos.

1.1. La pirámide jurídica argentina al momento de la Convención Constituyente

La Constitución histórica únicamente contenía dos artículos relativos a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno (Losada Revol, 2017: 464): los artículos 27 y 31. Según el artículo 27, el gobierno está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con otras potencias extranjeras por medio de tratados que se encuentren en conformidad con los

5. Para algunas reflexiones sobre el impacto de este principio (declamado como fundamento principal de la reforma constitucional) en la jurisprudencia de la Corte Suprema, ver Thea, Kodelia y García (2017: 265-357).

principios de derecho público establecidos en la Constitución. Por su parte, el artículo 31 dispone que la CN, las leyes y los tratados son la ley suprema de la nación. Ambas normas se encuentran ubicadas en la denominada parte dogmática de la Carta Magna y a la fecha no han sido modificadas (Bidart Campos, 2006: TI-IV-13 y 60).

Como puede observarse, las dos disposiciones constitucionales referidas no establecen orden de prelación alguna entre las distintas fuentes del derecho argentino.⁶ Históricamente, tanto la doctrina (González Napolitano, 2004; Vinuesa, 1997: 158-159; Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Posse, 1990: 60) como la jurisprudencia,⁷ entendieron que la CN tenía jerarquía superior a cualquier tratado de derecho internacional y a las leyes sancionadas por el Poder Legislativo Nacional (PLN o PL). La Constitución Nacional, además, consagraba un verdadero régimen constitucional dualista,⁸ ya que todo tratado internacional suscripto por el Estado nacional (EN) requería no solo de la aprobación del Poder Legislativo para su entrada en vigencia en el orden jurídico internacional,⁹ sino también de su debida incorporación al régimen legal argentino mediante la sanción de una ley de implementación dictada por el Congreso.¹⁰ Es decir, los tratados internacionales suscriptos por la República Argentina no eran automáticamente operativos para el ordenamiento jurídico nacional a pesar de su plena vigencia en el orden internacional (Dobovšek, 2012; Abregú, 2004: 11-12).

De este modo, la Constitución Nacional se ubicaba en la cúspide del ordenamiento jurídico argentino, seguida por los tratados internacionales debidamente incorporados y por las leyes de la nación, siendo ambas fuentes situadas en un segundo peldaño y en igualdad de condiciones (Terrile, 2001).

6. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (06/11/1963). "Martín y Cía. Ltda. S.A. c. Gobierno Nacional, Administración Gral. de Puertos", cons. 6. En igual sentido, ver Trucco (2007a).

7. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (06/11/1963). "Merck Química Argentina c. Nación Argentina", cons. 3; Corte Suprema de Justicia de la Nación. (23/07/1947). "Chantrain, Alfonso c. Gobierno Nacional s/ recurso de habeas corpus"; Corte Suprema de Justicia de la Nación (12/06/1947). "Becker, Juan Sigfrido y otros".

8. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (06/11/1963). "Merck Química" *ibid.* En igual sentido, ver, por ejemplo, Fentanes (2018: 837); Torres Lépori (1997: 289).

9. Argentina. Constitución de la Nación Argentina 1853/1860-1994, artículo 67 inciso 19.

10. Ver, por ejemplo, con relación al derecho de rectificación consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Corte Suprema de Justicia de la Nación. (01/12/1988). "Ekmekdjian, Miguel Angel c. Neustadt, Bernardo y otro s/ Amparo"; Corte Suprema de Justicia de la Nación. (12/03/1987). "Héctor Rubén Costa c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros", voto del Dr. Caballero, particularmente el cons. 11. En igual sentido, ver Bidart Campos (2006: TI-I-40-41).

Así, los potenciales conflictos normativos que pudieran haber surgido entre los tratados debidamente incorporados y las demás leyes de la nación eran resueltos mediante la aplicación de principios generales del derecho, particularmente a través de preceptos como los de *lex posterior abrogat priorem* y *lex specialis derogat legi generali*. La doctrina descripta constituyó el entendimiento inalterable de la jurisprudencia de la CSJN, plasmado en célebres fallos como “Martin”¹¹ y “Esso”,¹² ambos de 1963.

La conclusión de la última dictadura militar y la plena vigencia de un nuevo estado de derecho conllevaron una importante promoción de la agenda de derechos humanos impulsada por el gobierno del ex presidente Alfonsín (Brysk, 1994) que, entre sus varios hitos, tuvo la aprobación (Ley N° 23054) y ratificación¹³ en 1984 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o Pacto de San José de Costa Rica). Asimismo, la República Argentina ya era parte desde 1980 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁴ (CVDT o Convención de Viena) y, con el retorno de la democracia, había ratificado los tratados internacionales de derechos humanos más importantes a nivel regional¹⁵ y universal.¹⁶ La plena vigencia de estas nuevas normas internacionales creó un marco normativo propicio para que la CSJN cambiara su histórico criterio y dictara en 1992 el famoso fallo “Ekmekdjian c. Sofovich”, en el que afirmó que las normas de los tratados internacionales prevalecen por sobre las leyes de la nación.¹⁷

11. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (06/11/1963). “Martin y Cía. Ltda. S.A. c. Gobierno Nacional, Administración Gral. de Puertos”.

12. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (05/06/1968). “Esso S.A. c. Gobierno Nacional”.

13. Al respecto, ver Tabla sobre el estado de ratificaciones y depósito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos3.htm>

14. Argentina. Ley N° 19865. Ver asimismo la Tabla sobre el estado de ratificaciones y depósito de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Recuperado de https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en

15. Argentina. Ley N° 23652 que aprueba la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Ver Tabla sobre el estado de ratificaciones y depósito. Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-51.html>

16. Argentina. Ley N° 23313 que aprueba el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos junto a su Protocolo Facultativo. Ver Tabla sobre el estado de ratificaciones y depósito de ambos tratados. Recuperado de https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en y de https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_en

17. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (07/07/1992). “Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho”.

El profesor Miguel Ángel Ekmkedjian planteó judicialmente el reconocimiento de su derecho de rectificación o respuesta, consagrado en el artículo 14 de la Convención Americana, a raíz de una serie de expresiones que consideró agraviantes y que fueron vertidas por el cómico Dalmiro Sáenz en el programa televisivo *La noche del sábado*, conducido por el animador Gerardo Sofovich. Rechazada la pretensión en las instancias inferiores al considerar que el derecho en cuestión aún no había sido reglamentado por el legislador, la Corte Suprema le concedió a la parte actora su derecho de rectificación al entender que la Convención Americana formaba parte del ordenamiento legal argentino por el mero hecho de haber sido ratificada y depositado su instrumento de adhesión.¹⁸ Para la Corte, los Estados no pueden invocar su derecho interno para incumplir una obligación internacional, tal como surge del artículo 27 de la Convención de Viena.¹⁹ El máximo tribunal reconoció que este nuevo criterio modificaba su previa postura, pues ahora se establecía que los derechos y garantías reconocidos en la Convención Americana podían ser invocados y ejercidos por los individuos sin un acto legislativo específico de incorporación al ordenamiento jurídico nacional.²⁰ La Corte definió al procedimiento de aprobación y ratificación de un tratado internacional como un “acto federal complejo”,²¹ ya que ello demanda un proceso en el que participan dos de los poderes del Estado: por un lado, el PEN firmando y ratificando el instrumento y, por el otro, el PLN aprobando el tratado.²² Así, una ley del Congreso jamás podría derogar una disposición de un tratado, pues ello implicaría un avasallamiento por parte de uno de los poderes constituidos del Estado por sobre otro.²³

Esta nueva posición del máximo tribunal fue ratificada con anterioridad a la Convención Constituyente en, al menos, dos oportunidades: en 1992 en

18. *Ibid.*, cons. 13.

19. *Ibid.*, cons. 18.

20. *Ibid.*, cons. 26.

21. *Ibid.*, cons. 17. Para un estudio sobre las facultades de cada uno de estos poderes, ver Barreiros y Maisley (2016: 385-403).

22. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (07/07/1992). “Ekmkedjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho”, cons. 17.

23. *Ibid.*

“Servini de Cubría”²⁴ y en 1993 en “Fibraca”.²⁵ Sin embargo, vale destacar que, en este último precedente, la Corte aclaró que los tratados internacionales tenían primacía por sobre cualquier norma interna “una vez asegurados los principios de derecho público establecidos en la Constitución”.²⁶

En este punto, es interesante la opinión de Manili (2014) en cuanto a qué fue lo que motivó a la Corte Suprema a modificar su criterio, destacando lo siguiente con relación al fallo “Ekmekdjian”:

Consideramos que la Corte, que, desde su ampliación dos años antes, carecía de toda independencia respecto del Poder Ejecutivo, siguió la fórmula política del gobierno de turno y, en una época en que se privatizaron más de seiscientas empresas públicas y se ratificaron varias decenas de tratados bilaterales de protección de las inversiones extranjeras, quiso enviar una señal a inversores externos en cuanto a que los tratados recientemente celebrados (y que protegían a sus inversores) serían cumplidos. Eligió para ello un caso en el cual iba a recibir el apoyo de la Iglesia Católica (puesto que la réplica se ejercía para defender los dogmas de ese culto) y la comunidad académica (ya que el actor era un prestigioso profesor de derecho constitucional). Además, enviaba una señal de supuesta independencia, puesto que el demandado era uno de los voceros del gobierno. Es decir, se juntaban en este caso una cantidad poco común de elementos que motivaron que la Corte eligiera un caso donde *no había ley* para decir que el tratado es jerárquicamente *superior a la ley* (el destacado es propio).

En este contexto constitucional se suscribe en noviembre de 1993 el Pacto de Olivos y se habilita la discusión sobre la jerarquía normativa de los tratados internacionales. El debate en el seno la Asamblea Constituyente tuvo lugar durante los días 2 y 3 de agosto del siguiente año.

24. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (08/09/1992). “Servini de Cubría, M. c. Arte Radiotelevisivo Arg. S.A. y Borensztein, Mauricio”.

25. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (07/07/1993). “Fibraca Constructora SCA c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande s/ recurso de hecho”.

26. *Ibid.*, cons. 3. Poco después de la reforma (aunque antes de su entrada en vigencia), la CSJN refiere al nuevo artículo 75 inciso 22 en *Cafés La Virginia* ratificando la doctrina de *Fibraca*. Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación. (13/10/1994). “Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)”.

1.2. Objetivos y promesas del constituyente

La Comisión de Integración y Tratados Internacionales estuvo presidida por Juan Pablo Cafiero, quien sometió a consideración del pleno de la Convención Constituyente dos proyectos, uno por la mayoría y otro por la minoría.²⁷ La propuesta de la mayoría, que con modificaciones fue la que finalmente se aprobó, pretendía poner en blanco sobre negro la doctrina de la CSJN nacida en “Ekmekdjian”. Los debates vertidos en el seno de la Convención nos revelan que los convencionales tuvieron en miras, al menos, tres objetivos principales respecto de los cuales nos referiremos muy sucintamente a continuación. A saber: (i) terminar con un régimen constitucional dualista para dar paso a un sistema monista que facilite la inserción de la República Argentina en el mundo globalizado; (ii) otorgar jerarquía constitucional a ciertos instrumentos de derechos humanos, poniendo a la persona como centro de la tutela del orden jurídico; y (iii) ceñir a los poderes constituidos a un riguroso respeto de los derechos y garantías fundamentales para consolidar el estado de derecho y evitar así el retorno de regímenes *de facto*.

1.2.1. Consagración de un régimen constitucional monista

La presentación del convencional Cafiero es, tal vez, la que más hincapié hizo en la necesidad de ajustar la Constitución a un sistema monista. Luego de criticar los fallos “Martin” y “Merck Química”, resaltó la necesidad de que Argentina ordenara sus normas para participar de los procesos de globalización (Cafiero en *Diario de Sesiones*, 1994: 2830), algo de suma importancia para tal fin, pues la Convención también debatía la constitucionalización (y, por consiguiente, su posición en la pirámide jurídica) de los tratados de integración.

Cafiero sostuvo, con base en el artículo 27 de la CVDT, que “[e]l progreso exige [...] el reconocimiento y aplicación del principio de la unidad, de dos órdenes jurídicos, contra una penetración creciente del derecho internacional

27. Dictamen de Comisión No. 7, Comisión de Integración y Tratados Internacionales. Secretaría Parlamentaria de la Convención Constituyente de 1994. Recuperado de <https://www.senado.gov.ar/parlamentario/convenciones/descargarDespacho/7/>

sobre el derecho interno” (Cafiero en *Diario de Sesiones*, 1994: 2830). En similar sentido se expresó el convencional Barra quien además agregó que la norma propuesta seguía el ordenamiento del derecho internacional moderno y del actual derecho comparado (Barra en *Diario de Sesiones*, 1994: 2835). Rosatti, por su parte, celebraba que se clarificara la ubicación constitucional de los tratados, situándolos por sobre las leyes de la nación (Rosatti en *Diario de Sesiones*, 1994: 3003). Aunque refiriéndose a los tratados de derechos humanos, Zaffaroni sostuvo que su incorporación a la Carta Magna también servía para recuperar muchos de los puntos del prestigio (perdido) de la Nación frente a la comunidad internacional (Zaffaroni en *Diario de Sesiones*, 1994: 3012).

1.2.2. Jerarquización constitucional de ciertos instrumentos de derechos humanos ubicando a la persona en el centro de la tutela del ordenamiento

La cuestión de la jerarquía de los tratados de derechos humanos fue, sin dudas, la materia de exposición predominante durante los debates de los días 2 y 3 de agosto de 1994. Allí se señaló que la consagración de la tutela de la persona humana como centro del ordenamiento jurídico nacional no era más que el reconocimiento constitucional del derecho positivo vigente del derecho internacional de los derechos humanos (Cafiero en *Diario de Sesiones*, 1994: 2829). Esta consagración constitucional significaba una jerarquización de los derechos básicos de las personas y de los seres humanos (Estévez Boero en *Diario de Sesiones*, 1994: 2916) que, además, generaba mecanismos de supervisión frente a la inobservancia de las obligaciones contraídas (Cafiero en *Diario de Sesiones*, 1994: 2831-2832).²⁸ Así, se reconocía un sistema de protección y promoción de los derechos fundamentales que haría de Argentina un país más confiable en la materia frente al resto de los países del mundo (De Vedia en *Diario de Sesiones*, 1994: 2880).

En cuanto a la extensión de la protección, se reconoció que estos derechos deben protegerse más allá de la literalidad del tratado en cuestión y siempre en favor del principio *pro persona* con acciones bien concretas (Rosatti en *Diario*

28. En similar sentido, ver Alfonsín en *Diario de Sesiones* (1994: 3099).

de Sesiones, 1994: 3004-3005). Es importante señalar que algunos convencionales resaltaron la elevación constitucional del amparo y del *habeas corpus* como remedios procesales para exigir el cumplimiento de los derechos reconocidos, pues “sería inútil incorporar un amplio y jerarquizado catálogo de [derechos] si no estableciéramos al mismo tiempo [...] cuál ha de ser el criterio tutelar o de realización del derecho” (Barcesat en *Diario de Sesiones*, 1994: 2974).

1.2.3. Obligar a los tres poderes del Estado a respetar los derechos consagrados

El fresco recuerdo de la última dictadura militar, sin dudas, propició la jerarquización de los instrumentos de derechos humanos (García Lema, 1994: 163). Tal como lo indicó el convencional Quiroga Lavié, la jerarquización constitucional de los tratados sobre derechos humanos expresa el “Nunca Más” al terrorismo de Estado (Quiroga Lavié en *Diario de Sesiones*, 1994: 3167). Por su parte, la convencional Oliveira resaltó que esta nueva política constitucional era el fiel reflejo de una conciencia histórica que tenía como fuente inmediata los delitos cometidos por la última dictadura militar los que, entre otras cuestiones, generaron una visita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para investigar la situación de los derechos humanos en Argentina,²⁹ resultando en cierta protección para aquellos que más la sufrían (Oliveira en *Diario de Sesiones*, 1994: 2861-2862).

De este modo, se jerarquizaron obligaciones internacionales para no solo proteger al individuo, sino también para consolidar el estado de derecho a través de la sujeción de los poderes públicos a estrictas normas de promoción, protección y garantía de los derechos fundamentales. Las palabras del convencional Caferio así lo indican (Caferio en *Diario de Sesiones*, 1994: 2831):

El Estado, a través de sus poderes, tiene responsabilidades concretas. Quizás el Poder Ejecutivo sea el que deba restringir más su acción. El Poder Ejecutivo es el que debe sentir el primer freno del hombre fijándole límites a su accionar. El

29. Comisión Interamericana de derechos Humanos. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina. (11/04/1980). OEA/Ser.L/V/II.49 doc. 19.

Poder Legislativo debe traducir en normas positivas la progresividad y la aplicación de los derechos humanos y el Poder Judicial debe estar al servicio de un recurso ágil y rápido para reponer a la persona que ha sido violada en su derecho a su situación anterior o, al menos, para exigir una reparación sin perjuicio de la responsabilidad internacional.

1.3. El debate sobre la propuesta del dictamen de mayoría

La redacción propuesta en el dictamen de mayoría fue la que, con algunas modificaciones, finalmente se aprobó. Sin perjuicio de que la propuesta tuvo un amplio consenso de los convencionales constituyentes, lo cierto es que también recibió críticas y resistencia de parte de algunos sectores. Las objeciones se dividían, a grandes rasgos, en dos grupos: por un lado, se encontraban aquellos que se oponían a la jerarquización constitucional de los instrumentos de derechos humanos, y, por el otro, quienes resistían algunas normas específicas de estos instrumentos, en especial del Pacto de San José de Costa Rica (Oliveira en *Diario de Sesiones*, 1994: 2860).

Las críticas del primer grupo pueden también dividirse en dos:

- (i) El texto propuesto era nulo porque la constitucionalización de ciertos instrumentos de derechos humanos indirectamente modificaba los artículos 27 y 31 de la CN, algo vedado por la Ley N° 24309, que prohibió modificaciones en su parte dogmática (Muruzabal en *Diario de Sesiones*, 1994: 2841; Iriarte en *Diario de Sesiones*, 1994: 2848; Peltier en *Diario de Sesiones*, 1994: 2871; Maeder en *Diario de Sesiones*, 1994: 2902; Vázquez en *Diario de Sesiones*, 1994: 2942; Pose en *Diario de Sesiones*, 1994: 2962).
- (i) la posibilidad de otorgarles o quitarles jerarquía constitucional a otros tratados de derechos humanos conlleva agregar o remover disposiciones constitucionales violando el artículo 30 de la Carta Magna, que establece el procedimiento de reforma y la rigidez constitucional que todo Estado de derecho y democrático procura (Iriarte en *Diario de Sesiones*, 1994: 2846; Maeder en *Diario de Sesiones*, 1994: 2903; Pose en *Diario de Sesiones*, 1994: 2962; Romero Feris en *Diario de Sesiones*, 1994: 2989).

El dictamen de minoría de los convencionales Maeder, Pando y Peltier³⁰ situaba a los tratados internacionales por sobre las leyes, pero no le otorgaba jerarquía constitucional a ningún convenio específico de derechos humanos. Allí se indicaba que los derechos del hombre, plasmados en convenios con otros países, eran parte de los derechos y garantías no enumerados en el artículo 33.³¹ Por su parte, Alsogaray sostenía que era profundamente erróneo ubicar a los tratados por encima de las leyes y, en consecuencia, proponía la misma jerarquía para ambas fuentes (Alsogaray en *Diario de Sesiones*, 1994: 2882).

En cuanto al segundo grupo de objeciones, hubo rechazos puntuales a algunas disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular, al artículo 14, que consagra el derecho de rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. Algunas críticas apuntaban a que, por un lado, se atentaba contra el artículo 32 de la Constitución que prohíbe al Congreso dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta, y que, por el otro, se ejercía una forma indirecta de censura previa en contravención al artículo 14 de la CN (Muruzabal en *Diario de Sesiones*, 1994: 2841; Peltier en *Diario de Sesiones*, 1994: 2872; Pose en *Diario de Sesiones*, 1994: 2963; Romero Feris en *Diario de Sesiones*, 1994: 2989; De Sanctis en *Diario de Sesiones*, 1994: 3008; Albamonte en *Diario de Sesiones*, 1994: 3097). También se criticó el artículo 21, que reconoce la finalidad social del derecho de propiedad por considerarlo contrario al artículo 17 de la Carta Magna (Peltier en *Diario de Sesiones*, 1994: 2872; Alsogaray en *Diario de Sesiones*, 1994: 2883 y 2887). Otros convencionales se manifestaron acerca de los problemas de la cosa juzgada y de la supremacía de las sentencias de la CSJN (Muruzabal en *Diario de Sesiones*, 1994: 2846; Iriarte en *Diario de Sesiones*, 1994: 2847-2850). Tampoco faltaron debates sobre los potenciales impactos de estas normas con relación al aborto y los derechos de la mujer (Pardo en *Diario de Sesiones*, 1994: 2909; Iturraspe en *Diario de Sesiones*, 1994: 2950; Méndez en *Diario de Sesiones*, 1994: 2958-2959; Gómez de Marelli en *Diario de Sesiones*, 1994: 3014).

30. Despacho de minoría de Maeder, Pando y Peltier. Recuperado de <https://www.senado.gov.ar/parlamentario/conveniones/descargarDespacho/7/>

31. *Ibid.* Ver asimismo Pando en *Diario de Sesiones* (1994: 2856); Natale, en *Diario de Sesiones* (1994: 2894); Maeder en *Diario de Sesiones* (1994: 2903).

El convencional García Lema, uno de los redactores del proyecto, fue el encargado de elaborar una extensa explicación de por qué la propuesta del dictamen de mayoría era consistente con la ley declarativa de reforma, y con su artículo 3, que habilitaba el tratamiento de la “jerarquía de los tratados” (García Lema en *Diario de Sesiones*, 1994: 3016-3021). También se argumentó que jerarquizar constitucionalmente a ciertos instrumentos de derechos humanos no implicaba incorporarlos a la CN sino que, por el contrario, era situarlos a la par (De Vedia en *Diario de Sesiones*, 1994: 2878; Arias en *Diario de Sesiones*, 1994: 2920; Hitters en *Diario de Sesiones*, 1994: 3155). En tal sentido, Arias sostuvo que “el concepto de jerarquía constitucional implica nivelar, igualar, establecer en un mismo plano a los tratados internacionales con las cláusulas constitucionales preexistentes [...]” (Arias en *Diario de Sesiones*, 1994: 2920). Se aclaró, además, que el proyecto de artículo clarificaba que los tratados jerarquizados deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la CN (Barra en *Diario de Sesiones*, 1994: 2837; De Vedia en *Diario de Sesiones*, 1994: 2878; García Lema en *Diario de Sesiones*, 1994: 3020), razón por la cual no se vulneraba disposición constitucional alguna.

A fin de generar mayor consenso, el convencional Cafiero planteó incorporar la frase “no derogan ningún artículo de la primera parte de esta Constitución” (Cafiero en *Diario de Sesiones*, 1994: 3039), redacción que fue ligeramente revisada para adoptarse, finalmente, la expresión “no derogan artículo alguno de esta Constitución” (De Vedia en *Diario de Sesiones*, 1994: 3044). Esta nueva proposición obtuvo apoyos anteriormente contrarios al dictamen de mayoría, pues se entendió que dicha inclusión eliminaba potenciales nulidades e impugnaciones por exceso de facultades de la Convención al así mantener intacta la parte dogmática de la Carta Magna (Ortiz de Pellegrini en *Diario de Sesiones*, 1994: 3165).

La votación concluyó con 198 votos a favor y 36 en contra registrándose, además, dos abstenciones (*Diario de Sesiones*, 1994). El viejo artículo 67 inciso 19 se convirtió así en el actual artículo 75 inciso 22, cuyo texto actualmente dispone:

Artículo 75 inciso 22. Corresponde al Congreso:

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; 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. 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.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Como se observa, el primer párrafo ubica a todos los tratados por encima de las leyes de la nación. El segundo párrafo establece una excepción: los 11 instrumentos allí mencionados gozan de jerarquía constitucional. Finalmente, se faculta al Congreso para asignarle tal jerarquía a otros tratados de derechos humanos a través de una mayoría especial.³²

32. A la fecha, otros tres tratados de derechos humanos recibieron jerarquía constitucional: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (jerarquía constitucional otorgada en 1997 por Ley N° 24820); Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (jerarquía constitucional otorgada en 2003 por Ley N° 25778); y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (jerarquía constitucional otorgada en 2014 por Ley N° 27044).

2. La interpretación de la Corte Suprema del artículo 75 inciso 22

La reforma constitucional y el consecuente rediseño de la pirámide jurídica nacional acabaron con las discusiones sobre la relación entre el derecho internacional convencional y nuestro derecho interno. Esta reconfiguración trajo claridad sobre el lugar que ocupan los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico nacional, frente a un mundo cada vez más globalizado en el que las reglas supranacionales juegan un rol predominante en diversos aspectos, como el comercio internacional, las inversiones extranjeras o los derechos humanos.

No obstante ello, la Constitución reformada también presenta nuevos desafíos para la relación entre la normativa internacional y el derecho local, no solo al nivel de la letra de la Constitución, sino también con relación a la interpretación que del derecho internacional efectúan los organismos supranacionales encargados de aplicar sus reglas, particularmente respecto de aquellas que gozan de jerarquía constitucional. De este modo, los habituales problemas de interpretación jurídica que llevan a un resultado u otro dependiendo de quién y cómo *lea y aplique* una norma particular a un caso en concreto (Cárcova, 2009; Gargarella, 2008), ahora se ven reforzados por la aparición de un nuevo ordenamiento legal internacional a tener en cuenta (Thea y Senes, en prensa).

2.1. ¿Qué dice la Constitución según la jurisprudencia de la CSJN?

2.1.1. Las condiciones de su vigencia y la jurisprudencia internacional

Según el artículo 75 inciso 22, los instrumentos internacionales allí mencionados (y los que eventualmente se incorporen) tienen jerarquía constitucional “*en las condiciones de su vigencia*”. En concordancia con los debates de la Convención Constituyente (Barra en *Diario de Sesiones*, 1994: 2837), la doctrina entendió que la frase comprende las reservas y/o declaraciones interpretativas formuladas por el Estado Nacional al momento de ratificar o adherirse al instrumento en cuestión (Turyn, 2013: 4; Pagliari, 2011: 30; Pizzolo, 2006). Es decir, la frase refiere al modo en que estos instrumentos rigen para la República Argentina en sede internacional, y es en tal forma que adquieren jerarquía

constitucional. Sin embargo, en la primera oportunidad que tuvo la CSJN para interpretar la cláusula en cuestión le otorgó un alcance más amplio.

En el caso “Giroldi” la Corte declaró la inconstitucionalidad de un artículo del Código Procesal Penal de la Nación por entender que la prohibición para interponer un recurso de casación en razón del monto de la pena violaba el artículo 8.2.h de la Convención Americana que consagra la doble instancia en materia penal.³³ Al interpretar la frase “en las condiciones de su vigencia” indicó que “esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su *efectiva aplicación jurisprudencial* por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”.³⁴ De acuerdo a la CSJN, la CN le ordena a los poderes constituidos tener en cuenta no solo las reservas y/o declaraciones interpretativas oportunamente realizadas, sino también la jurisprudencia de los organismos de supervisión creados por cada uno de los instrumentos de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional.

La doctrina de “Giroldi” ha sido frecuentemente citada como el argumento que justifica la incorporación de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al régimen legal argentino (Albanese, 2015; Gordillo, 1996), generando controversias con relación al alcance de los informes de la CIDH y a las sentencias (y opiniones consultivas) de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (Corte IDH) en los casos contenciosos en los que Argentina no es parte (Hitters, 2008).

Con relación a los informes de la CIDH, la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal ha sido zigzagueante. En “Bramajo” sostuvo que los informes de la Comisión debían “servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”.³⁵ Dos años después,

33. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (07/04/1995). “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n. 32/93”.

34. *Ibid.*, cons. 11 (el destacado es propio).

35. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (12/09/1996). “Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación”, cons. 8.

en “Acosta”,³⁶ y luego en “Felicetti”,³⁷ indicó que las recomendaciones de la Comisión no son vinculantes para el Poder Judicial de la Nación, no habilitan la revisión de las resoluciones judiciales y, en su caso, se aplican en lo sucesivo y sin efecto retroactivo. Sin embargo, en 2013 se produce un sorprendente viraje en “Carranza Latrubesse”, donde por primera vez la Corte Suprema declara expresamente la obligatoriedad de los informes de la CIDH. Allí afirmó que la obligación de los Estados parte de poner sus mejores esfuerzos para dar cumplimiento a las recomendaciones de la CIDH,³⁸ leída e interpretada a la luz de los principios de buena fe y *pro persona*, determina su carácter vinculante y obliga a la Corte Suprema a reconocerlas como tal.³⁹

En cuanto a las sentencias de la Corte IDH en los casos contenciosos en los que Argentina no es parte, la Corte pareció reforzar en “Simón” los criterios de “Giroidi”, al indicar que la “traslación” de las conclusiones de la Corte IDH en “Barrios Altos vs. Perú” al caso argentino en materia de amnistías “resulta *imperativa*, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales”.⁴⁰ De este modo, se declaró la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida⁴¹ y de Punto Final,⁴² y se dispuso la validez de la Ley N° 25799, que declaró la nulidad de ambas normas.

Por otro lado, la jurisprudencia interamericana ha tenido una importante penetración en el control de constitucionalidad argentino con base en

36. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (22/12/1998). “Acosta, Claudia Beatríz y otros s/ hábeas corpus”, cons. 13.

37. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (21/12/2000). “Felicetti, Roberto y otros s/ revisión - causa n° 2813”, cons. 7.

38. Corte IDH. Loayza Tamayo v. Perú. Fondo. Fallo del 17 de Septiembre de 1997 (ser. C) No. 33, párr. 80.

39. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (6/8/2013). “Carranza Latrubesse Gustavo c. EN/Ministerio de Relaciones Exteriores/Pcia. de Chubut s/Proceso de Conocimiento”, cons. 5, 12, 14 y 16.

40. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (14/6/2005). “Simón, Julio H. y otros s/ privación ilegítima de la libertad - causa n° 17.768”, cons. 24 (el destacado es propio). Frecuentemente se refiere también al fallo Videla en el que la CSJN validó una interpretación del tribunal inferior de la causa aplicando la jurisprudencia de la Corte IDH de un caso contra Perú en el que Argentina no había sido parte (Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú). Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación. (31/8/2010). “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación”, cons. 7 y 9. Para un comentario al respecto, ver Gil Domínguez (2010).

41. Argentina. Ley N° 23521.

42. Argentina. Ley N° 23492.

la doctrina del *control de convencionalidad*.⁴³ Según esta doctrina, los jueces domésticos no solo deben revisar la correcta aplicación de las normas locales, sino también las disposiciones de la CADH y las *interpretaciones* que de ella haya efectuado la Corte IDH.⁴⁴ Este control debe efectuarse de oficio⁴⁵ por parte de todas las autoridades públicas.⁴⁶ Sobre la base de este entendimiento, la Corte Suprema abandonó su histórico criterio de “Ganadera Los Lagos”⁴⁷ según el cual el Poder Judicial solo podía ejercer el control de constitucionalidad a pedido de parte y nunca de oficio. Así, sostuvo en 2012 en “Rodríguez Pereyra” que sería un contrasentido que la CN, por un lado, habilite el control de convencionalidad de oficio por vía del artículo 75 inciso 22 y que, por el otro, prohíba un control de constitucionalidad similar (*ex officio*).⁴⁸

Algunos autores han criticado la interpretación expansiva de la CN por parte de la CSJN y su generosa recepción de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos. En una entrevista en 2004, a 20 años de la reforma constitucional, el actual juez de la Corte Suprema Rosatti (2014),⁴⁹ y en 1994 convencional constituyente, sostuvo:

nunca nadie pensó que lo que hacía el sistema argentino era abrirse de tal forma que la Constitución quedara supeditada no sólo a la letra de los tratados, sino a la interpretación que sobre esa letra pudiera hacer una corte internacional en el caso “X c. Colombia” [...]. Eso estaba claro en 1994. Hoy no [...] [Que] el caso “Fulano c. Colombia” [...] sea un elemento a considerar, que sea una fuente razonable... Pero no más que eso.

43. Para un análisis sobre el control de constitucionalidad y de convencionalidad en el derecho argentino, ver, por ejemplo, Thea y Losada Revol (2017); Amaya (2014); Gil Domínguez (2010).

44. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrs. 124-125.

45. Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.

46. Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 225.

47. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (30/6/1941). “Los Lagos S.A. Ganadera c. Gobierno Nacional”.

48. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (27/11/2012). “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios”, cons. 12.

49. El actual presidente de la Corte Suprema se ha manifestado en similar sentido (Rosenkrantz, 2003, 2005).

Sin perjuicio de que la CSJN puede haberse excedido en algunas instancias, disentimos con la posición del juez Rosatti, porque la Constitución no ha quedado de ninguna manera supeditada a la letra de ninguno de los tratados jerarquizados ni a la interpretación que de ellos se realice. La reforma constitucional puso en pie de igualdad, y con la misma jerarquía, a ciertos instrumentos de derechos humanos creando así un bloque federal de constitucionalidad⁵⁰ que no genera planos superiores ni inferiores entre los elementos que lo componen (Bidart Campos, 2006: TI-V-9; Manili, 2003). Por tanto, una norma del bloque de constitucionalidad no puede ser inconstitucional siendo, en su caso, necesario armonizar potenciales conflictos normativos (Gelli, 2017). Por otro lado, la letra de la Convención Americana es clara en cuanto a que las sentencias de la Corte IDH son solo obligatorias para aquellos Estados que son parte en un caso contencioso.⁵¹ Asimismo, no existe disposición alguna que establezca que las recomendaciones de la CIDH son vinculantes para los Estados parte, pues ellos solo tienen la obligación de poner sus mejores esfuerzos para darle cumplimiento.⁵² Ahora bien, entendemos que estos precedentes no deben soslayarse por al menos dos motivos. En primer lugar, porque la interpretación que efectúan los organismos de supervisión sirve para clarificar el alcance de las obligaciones contraídas por los Estados y, por tanto, valen como guía para interpretar el texto en cuestión (Sagüés, 1999), brindando además certeza a los individuos respecto de cuáles son sus derechos y garantías. En segundo lugar, porque su observancia no solo es un reflejo del principio de buena fe, sino también una medida preventiva destinada a evitar un futuro caso contencioso en sede internacional que comprometa la responsabilidad del Estado por incumplimiento a sus obligaciones.

50. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (17/05/2005). "Verbitsky, Horacio s/habeas corpus", cons. 5.

51. Según el artículo 68, "[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes".

52. Corte IDH. Loayza Tamayo v. Perú. Fondo. Fallo del 17 de septiembre de 1997 (ser. C) No. 33.

2.1.2. Son complementarios y no derogan artículo alguno

De conformidad con lo dispuesto por el nuevo texto constitucional, los tratados enumerados en el artículo 75 inciso 22 “no derogan artículo alguno de la primera parte de [la Carta Magna] y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

En los fallos “Monges”⁵³ y “Chocobar”⁵⁴ la Corte explicó el alcance de ambas frases a fin de conciliar las disposiciones constitucionales y las normas de los instrumentos de derechos humanos jerarquizados. Para el máximo tribunal, los convencionales constituyentes realizaron un “juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna”⁵⁵ toda vez que reconocer un potencial conflicto entre normas de igual rango “sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente”.⁵⁶ En palabras de la Corte Suprema, “debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, *no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente*”.⁵⁷

Como señala Filippini, algunos autores indican que las discusiones de la Convención Constituyente pueden plantear dudas sobre la profundidad con las que fueron analizadas ciertas implicancias del nuevo arreglo institucional (2005). En similar sentido, y con relación al juicio de comprobación, Rosatti señala que jamás se hizo (2014). Si bien es cierto que tal cotejo no se desprende del diario de sesiones de la Asamblea Constituyente, la convencional Carrió hizo especial alusión a ello afirmando que los derechos reconocidos en estos instrumentos internacionales no implicaban violación alguna a los principios de derecho público del artículo 27 sino que, por el contrario, tienden a reforzarlos (Carrió en *Diario de Sesiones*, 1994: 3135). A mayor abun-

53. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (26/12/1996). “Monges, Analía M. c. Universidad de Buenos Aires / resol. 2314/95 s/ Recurso de hecho”.

54. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (27/12/1997). “Chocobar, Sixto Celestino c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajuste por movilidad”.

55. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (26/12/1996). “Monges, Analía M. c. Universidad de Buenos Aires / resol. 2314/95 s/ Recurso de hecho”, cons. 20.

56. *Ibid.*, cons. 21.

57. *Ibid.*, cons. 22 (el destacado es propio).

damiento, sostuvo que “*nadie* ha discutido la absoluta correspondencia con el derecho público interno de los mismos. A tal control se le *adiciona* hoy el que *efectúa* esta Honorable Convención al decidir elevarlos a Jerarquía Constitucional” (Carrió en *Diario de Sesiones*, 1994: 3135, el destacado es propio).

En nuestra opinión, el denominado “juicio de comprobación” no es más que una ficción legal creada por la CSJN para legitimar el ingreso de un sinnúmero de normas del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento jurídico argentino (Gelli, 2017). De este modo, compartimos la opinión de Gelli (2017) y Manili en cuanto a que esta interpretación de la Corte “resulta muy práctica y útil, en el sentido de inducir a los intérpretes a que realicen todos los esfuerzos posibles por conciliar las normas de jerarquía constitucional independientemente de su fuente” (2014). Lo inverso implicaría, por un lado, reconocer que estas normas no tienen la jerarquía que la propia CN les asigna y, por el otro, negar la complementariedad que se les reconoce para llenar vacíos. Para Bidart Campos, los instrumentos del artículo 75 inciso 22 deben “gozar de eficacia porque, de lo contrario, no complementan nada; lo que complementa se suma e integra a lo complementado, en armonía y congruencia recíprocas; nunca puede quedar neutralizado ni esterilizado” (Bidart Campos, 2006: T2-XII-23).

Si bien útil y novedoso, el juicio de comprobación no consigue resolver todos los problemas que pueden emerger a la hora de aplicar armónicamente la Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional, tal como lo revelan la sección 2.1.3 siguiente referida a las condenas de la Corte IDH contra Argentina, y el fallo “Arancibia Clavel” de 2004.⁵⁸ En este último caso, la Corte debió resolver, entre otras cuestiones, la imprescriptibilidad de ciertos crímenes de lesa humanidad imputados al señor Arancibia Clavel frente a la garantía *nullum crimen nulla poena sine lege* (no hay pena sin ley escrita anterior a la comisión del hecho, es decir, el principio de legalidad) prevista en el artículo 18 de la CN.

La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968 no era aplicable al momento de la comisión de los delitos investigados (presuntamente ocurridos entre

58. Corte Suprema de Justicia de la Nación (24/08/2004) “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259”.

1974 y 1978), ya que el tratado recién fue aprobado por Argentina en el año 1995 (Ley N° 24584) y fue en 2003 cuando se lo ratificó y se le concedió jerarquía constitucional (Ley N° 25778). Para sortear este problema y así evitar una aplicación retroactiva de la norma convencional en contravención al principio de legalidad, la Corte sostuvo que, en rigor, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no creó una norma nueva sobre imprescriptibilidad, sino que únicamente cristalizó y afirmó una regla imperativa de *ius cogens*⁵⁹ que ya existía en el ordenamiento jurídico internacional al momento de la comisión de los hechos, pero que tenía como fuente a la costumbre internacional (según la Corte, tal norma se encuentra incorporada al derecho argentino por vía del derecho de gentes del artículo 118 de la CN⁶⁰). Esta interpretación de la mayoría (ampliada por el Juez Boggiano) no solo recibió fuertes críticas en las disidencias de los entonces jueces Fayt, Belluscio y Vázquez, sino también de la doctrina especializada (Manili, 2014; Gelli, 2004).

2.1.3. Las sentencias de la Corte IDH en los casos contra Argentina

Como fuera indicado, los tratados del artículo 75 inciso 22 tienen jerarquía constitucional en “las condiciones de su vigencia” y tal como rigen para

59. Según el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

60. Corte Suprema de Justicia de la Nación (24/08/2004) “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259”, cons. 16 y 28. El artículo 118 expresa: “Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el *derecho de gentes*, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio” (el destacado es propio). El artículo parece indicar una regla de asignación de jurisdicción para los casos en los que se comete un delito contra el derecho de gentes (es decir, el derecho consuetudinario internacional) fuera del territorio nacional, y no reconocer o incorporar a la costumbre internacional como fuente del derecho argentino. Al respecto, ver González Napolitano (2004). Por su parte, vale señalar que el considerando 17 de la disidencia de Belluscio hace alusión a la imposibilidad de aplicar reglas no escritas en materia penal.

la República Argentina en el ordenamiento internacional. Algunos de estos tratados establecen un sistema de supervisión de las obligaciones contraídas, creando un tribunal jurisdiccional con funciones contenciosas como la Corte IDH.⁶¹ Según la Convención Americana, la Corte IDH tiene la facultad de dictar sentencias obligatorias,⁶² definitivas e inapelables,⁶³ disponiendo la restitución del derecho conculcado, la reparación de sus consecuencias, y/o el pago de una justa indemnización.⁶⁴ De las quince sentencias de fondo dictadas a la fecha por la Corte IDH en casos contra Argentina, la Corte Suprema debió enfrentar el problema de su implementación en cuatro oportunidades.

En “Cantos”, Argentina fue condenada por impedirle el acceso a la justicia a la víctima al tener que afrontar costos en concepto de tasa de justicia, honorarios y otros gastos profesionales desproporcionados y que habían sido convalidados por nuestro máximo tribunal.⁶⁵ La Corte Interamericana falló en 2002 que se debían fijar erogaciones y honorarios razonables, pero la Corte Suprema rechazó la reparación ordenada un año después, al entender que su implementación (i) violaría los derechos de propiedad de los profesionales que no participaron del litigio internacional,⁶⁶ e (ii) implicaría una abdicación al rol que la Corte Suprema tiene de intérprete final de la Constitución al verse obligada a revisar su propia sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.⁶⁷

Nuestro máximo tribunal abandonó esta posición en 2004 luego de la sentencia interamericana recaída en “Bulacio vs. Argentina”,⁶⁸ en la que se le ordenó al Estado investigar la muerte de Walter Bulacio a pesar de que había quedado firme la extinción de la acción penal por prescripción en favor del acusado Espósito. En el fallo “Espósito”, la CSJN dispuso la reapertura de los procesos penales puesto que, como órgano judicial del Estado argentino, también está

61. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 52 a 69.

62. *Ibid.*, artículo 68.

63. *Ibid.*, artículo 67.

64. *Ibid.*, artículo 63.

65. Corte IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97.

66. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (21/08/2003). “Procurador del Tesoro de la Nación s/ Presentación”.

67. *Ibid.*, votos de los jueces Vázquez, Petracchi, y López.

68. Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

obligado a “subordinar” sus decisiones a las de la Corte IDH.⁶⁹ No obstante, aclaró que no compartía el criterio restrictivo del tribunal internacional, pues se configuraba una paradójica situación en la que solo era posible cumplir con la decisión internacional restringiendo fuertemente el derecho de defensa del acusado quien ya no podría beneficiarse del instituto de la prescripción.⁷⁰

Con los mismos argumentos, la CSJN convalidó en 2011 esta doctrina en el fallo “Derecho”⁷¹ y luego en 2015 en “Mohamed”, al afirmar que las sentencias de la Corte IDH contra el Estado argentino “son obligatorias para la Corte Suprema”.⁷² A pesar de ello, una nueva composición del máximo tribunal sorprendió a la comunidad jurídica (Gulco, 2017; Onaindia, 2017: 86) con la decisión recaída en “Fontevécchia” en 2017.⁷³ Lorenzetti y Highton de Nolasco, que poco tiempo antes habían suscripto la decisión de “Mohamed”, junto a los nuevos jueces Rosatti y Rosenkrantz,⁷⁴ ahora establecían que las sentencias de la Corte IDH contra Argentina “son, en principio, de cumplimiento obligatorio [...] dentro del marco de sus potestades remediales”,⁷⁵ pues ese es el marco en que se ha obligado el Estado argentino.⁷⁶ En virtud de ello, no podía dejar sin efecto su propia sentencia firme recaída en la causa “Menem”⁷⁷ a través de la cual se había condenado a la editorial Perfil, propiedad del periodista Fontevécchia, al pago de una indemnización pecuniaria, pero que la Corte IDH ordenó dejar sin efecto en “Fontevécchia y D’Amico

69. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (23/12/2004). “Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa - Bulacio, Walter David”, cons. 6.

70. *Ibid.*, cons. 16.

71. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (29/11/2011). “Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal - causa n. 24.079”.

72. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (25/03/2015). “Mohamed, Oscar Alberto - Homicidio culposo, Resolución N° 477/15”.

73. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (14/02/2017). “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevécchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

74. El juez Maqueda votó en disidencia manteniendo una postura consistente con la adoptada en fallos anteriores.

75. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (14/02/2017). “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevécchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cons. 6.

76. *Ibid.*

77. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (25/09/2001). “Menem, Carlos Saúl c. Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios - sumario”.

vs. Argentina”⁷⁸ por vulnerar el derecho a la libertad de expresión de los periodistas involucrados. La Corte Suprema entendió que la Corte Interamericana no constituye un tribunal de cuarta instancia⁷⁹ con potestades suficientes para revocar sus decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada.⁸⁰ Ello vulnera, según la Corte, los principios de derecho público del artículo 27 de la CN⁸¹ que comprenden su carácter de órgano supremo y cabeza del Poder Judicial de la Nación, tal cual lo dispone el artículo 108 de la Carta Magna.⁸²

Como puede observarse, en “Cantos”, la Corte se mostró dubitativa con respecto a la obligatoriedad de las decisiones de los órganos de supervisión creados por los tratados con jerarquía constitucional. Sin embargo, a partir de “Esposito”, estableció una jurisprudencia consistente con nuestros compromisos internacionales y con la letra de la Constitución, pero que luego desconoció en “Fontevicchia”. El tamiz de los principios de derecho público del artículo 27 pareciera ser la jurisprudencia vigente en la nueva composición del tribunal.

Si bien este trabajo no tiene por objetivo efectuar una crítica al último fallo de la Corte Suprema en la materia,⁸³ no podemos dejar de mencionar lo siguiente:

- (i) Argentina aceptó la jurisdicción de la Corte Interamericana y, en consecuencia, acordó aceptar sus sentencias, obligación que además adquirió estatus constitucional después de la reforma de 1994. Por lo tanto, existe una obligación de conducir de buena fe un proceso de implementación efectivo que garantice el cumplimiento de lo decidido en sede internacional. Como lo indica Pinto (2007), negarles eficacia a las decisiones de un organismo creado por un tratado de derechos humanos al que le fue otorgado jerarquía constitucional, supone asignarle al nuevo texto constitucional un valor meramente formal.

78. Corte IDH. Caso Fontevicchia y D’Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

79. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (14/02/2017). “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”. cons. 9.

80. *Ibid.*, cons. 12.

81. *Ibid.*, cons. 16.

82. *Ibid.* De acuerdo con el Artículo 108, “[e]l Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación”.

83. Al respecto ver Losada Revol (2017) y Furfaro (2017).

(ii) La reforma constitucional creó un bloque federal de constitucionalidad que incorpora nuevos principios de derecho público, tales como la obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH (Abramovich, 2017b: 13). Es decir, esos principios no fueron modificados ni alterados, sino que, por el contrario, fueron complementados. El artículo 27 de la CN actúa, entonces, como filtro previo a la incorporación de un tratado a nuestro ordenamiento jurídico para así evitar que los Poderes Ejecutivo y Legislativo obliguen al Estado con tratados contrarios a las normas de la CN (Manili, 2017; Travieso, 1994),⁸⁴ incluidas aquellas disposiciones contenidas en el artículo 75 inciso 22. Superado ese filtro, los tratados adquieren rango suprallegal y, de tratarse de un tratado de derechos humanos que siguió el procedimiento del tercer párrafo del artículo 75 inciso 22, eventualmente jerarquía constitucional. No corresponde, entonces, recurrir a los principios de derecho público del artículo 27 de la CN para negarle eficacia a las sentencias de la Corte IDH.

Sin perjuicio de que todos los poderes del Estado están obligados por los tratados de derechos humanos, la Corte Suprema ahora pretende constituirse en la única entidad del sistema legal argentino que no estará sujeta al escrutinio de los organismos internacionales de supervisión (De Antoni, 2017), ya que sus propias decisiones (pasadas en autoridad de cosa juzgada) no podrían revisarse sin vulnerar los principios de derecho público del artículo 27 de la CN.

3. Balance: los resultados y las cuestiones pendientes del artículo 75 inciso 22

3.1. A nivel del texto constitucional

La jurisprudencia de nuestro máximo tribunal de estos últimos 25 años nos muestra claramente la existencia de importantes problemas de interpretación con respecto a la nueva norma constitucional, que incorporó todo un plexo normativo del derecho internacional de los derechos humanos

84. En similar sentido, ver Bidart Campos (1998: 461).

(Abregú, 2004) con la finalidad de situar a la persona humana en el centro de la tutela del ordenamiento nacional y sujetar a los poderes constituidos a su estricto cumplimiento.⁸⁵ Lo llamativo es que muchos de estos problemas no son nuevos, pues ya se debatían durante el seno de la Convención Constituyente, particularmente los relativos a la correspondencia entre las disposiciones de los tratados de derechos humanos a jerarquizar y los principios de derecho público del artículo 27 de la CN.⁸⁶

A raíz de la solución hallada por el constituyente para salvaguardar las disposiciones de la parte dogmática al insertar las frases “no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución” y “deben entenderse complementarios de esos derechos y garantías”, la Carta Magna, en general, se venía interpretando consistentemente y en armonía a la luz de un único bloque de disposiciones constitucionales que abarca tanto a los tratados jerarquizados como al resto de las disposiciones de la Constitución (Abramovich, 2017b). Es decir, ni los instrumentos de derechos humanos habían prevalecido por sobre la Constitución, ni la Carta Magna los había subordinado a los principios de derecho público. Sin embargo, este criterio armonizante fue ahora puesto en crisis por la Corte Suprema en “Fontevicchia”, generando asimismo un nuevo foco de debate respecto a cuáles son esos principios de derecho público que la Constitución no identifica (Amaya, 2019). Tal indeterminación conlleva una gran incertidumbre con respecto a la relación de las normas constitucionales y el alcance de esos principios frente a las disposiciones de los instrumentos del artículo 75 inciso 22 (Losada Revol, 2017: 496), abriendo de ese modo la puerta para que los poderes públicos verifiquen la correspondencia de las normas internacionales de derechos humanos (y las decisiones de sus organismos de supervisión) con los (desconocidos) principios de derecho público de la CN (Arballo, 2017).

A este problema se le adicionan dos asuntos ausentes durante los debates de la Asamblea Constituyente: el alcance del control judicial de constitucionalidad (y convencionalidad), y la recepción de los estándares de la jurisprudencia de los organismos de supervisión.

85. Ver *supra* secciones 1.2.2 y 1.2.3.

86. Ver, por ejemplo, Muruzabal en *Diario de Sesiones* (1994: 2841); Iriarte en *Diario de Sesiones* (1994: 2846); Maeder en *Diario de Sesiones* (1994: 2901).

En el ejercicio de sus facultades, los jueces habitualmente se convierten en la *boca de la ley* incorporando soluciones e interpretaciones que no se encuentran explícitamente contenidas en el texto que *leen* (Gargarella, 1997). El habitual problema de la *brecha interpretativa* que existe entre lo que *dice* la Constitución y lo que los *jueces dicen que dice la Constitución* (Bayón, 2000) se ve, en cierta forma, potenciado mediante la incorporación de más de una decena de instrumentos internacionales de derechos humanos de amplio contenido al texto constitucional argentino (Thea y Senes, en prensa). Así, el control judicial de constitucionalidad (y, en consecuencia, de convencionalidad) se ha ampliado considerablemente, incrementando de ese modo los riesgos de dispersión normativa y, particularmente, de discrecionalidad judicial (Thea y Senes, en prensa). Tales riesgos son aún mayores si dicha inspección se realiza de oficio, según lo establecido por la CSJN en “Rodríguez Pereyra”.

Es en este punto que entendemos importante la buena fe en la consideración de los estándares que desarrollan los organismos de supervisión en su jurisprudencia, ya que ello ayudaría a reducir la *brecha interpretativa* que puede existir entre la lectura que efectúan los jueces nacionales y los decisores internacionales respecto a un mismo cuerpo normativo. Ello en virtud de que los primeros se encargan de interpretar la Constitución⁸⁷ y los segundos un tratado⁸⁸ que complementa la Constitución y que no deroga artículo alguno de su parte dogmática. El *diálogo jurisprudencial* entre los tribunales locales y los organismos internacionales de supervisión se constituye, entonces, en un elemento importante tendiente a conciliar aspectos en los cuales pueden existir divergencias entre dos órganos jurisdiccionales (Gargarella, 2017; Pizzolo, 2017).

87. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (14/02/2017). “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, voto del Dr. Rosati.

88. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154

3.2. A nivel de los poderes constituidos

La Asamblea Constituyente indicó que, entre los objetivos de jerarquizar una serie de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, se encontraba el de subordinar a los poderes públicos a un estricto régimen de promoción y protección de los derechos fundamentales, sujetándolos a distintos sistemas de supervisión y de responsabilidad internacional.⁸⁹ Así, las obligaciones de derechos humanos son vinculantes para los tres poderes del Estado, y son los propios poderes del Estado los encargados de darle un efectivo cumplimiento.⁹⁰ Para alcanzar tal fin, resulta indispensable la coordinación y diálogo institucional en el marco de las competencias de cada uno de los poderes constituidos, pues lo contrario puede conducir a respuestas fragmentadas e incompletas que reflejen una postura doble o triple (en vez de unívoca) del Estado Nacional frente a la comunidad internacional. Tal diálogo y coordinación ha sido prácticamente inexistente desde la reforma constitucional (Hitters, 2013; Misuraca, 2013), y su prueba más cabal se evidencia ante los problemas que principalmente enfrentó la Corte Suprema en la implementación de las sentencias de la Corte IDH en “Cantos” y “Fontevicchia”, por un lado, frente a “Espósito”, “Derecho” y “Mohamed”, por el otro.

Sin embargo, los problemas de implementación no son patrimonio exclusivo del Poder Judicial, pues de los 15 casos contenciosos fallados por la Corte IDH en contra de Argentina, solo 4 han sido completamente archivados en el marco de los respectivos procesos de supervisión de sentencia.⁹¹ Es en este punto donde tal vez radica la principal deuda del convencional constituyente, y del propio *texto* del artículo 75 inciso 22, ya que el establecimiento de lineamientos o de un mecanismo de implementación de sentencias de los organismos supranacionales con competencia en materia de derechos humanos ha quedado en cabeza del legislador, quien se encuentra en mora desde hace

89. Ver *supra* secciones 1.2.2 y 1.2.3.

90. Corte IDH. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14. Asimismo, ver Pinto (1999: 63-85).

91. Al respecto, ver información disponible en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Casos en Etapa de Supervisión. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/casos_en_etapa_de_supervision.cfm?lang=es

ya 25 años. El derecho comparado interamericano nos brinda algunas experiencias al respecto:⁹² Colombia⁹³ y Perú,⁹⁴ por ejemplo, sancionaron leyes integrales en la materia, mientras que Ecuador incorporó a su Carta Magna una acción constitucional por incumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos para acabar con omisiones o incumplimientos de parte de los poderes constituidos.⁹⁵

La falta de elaboración e implementación de un programa integral de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales hasta el máximo de los recursos disponibles es, sin dudas, la agenda pendiente de los gobiernos desde la reforma constitucional (González, 2006), tanto a nivel local como a nivel federal. Un buen reflejo lo constituye el fallo “QCS” de la CSJN que develó las dificultades que enfrentan las personas con discapacidad y en situación de calle en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para satisfacer su derecho de acceso a una vivienda adecuada.⁹⁶

Si bien es cierto que hubo significativos avances en el reconocimiento judicial de estos derechos, en particular con relación al derecho a la salud,⁹⁷ es igualmente real que también se configuraron importantes retrocesos que, paradójicamente, encontraron su justificación legal en (un mal uso de) los instrumentos de derechos humanos. En el ya referido caso “Chocobar”, por ejemplo, la CSJN congeló la movilidad jubilatoria consagrada en el artículo 14 bis de la Constitución al entender que la frase incorporada en los instrumentos de derechos humanos relativa a los “recursos disponibles” de cada Estado sirve de adecuada directriz para determinar el contenido económico de la movilidad

92. Para un estudio al respecto, ver CEJIL (2009).

93. Colombia. Ley N° 288 de 1996.

94. Perú. Ley N° 27775.

95. Ecuador. Constitución de la República del Ecuador (2008), artículo 93.

96. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (24/04/2012). “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”.

97. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (16/10/2001). “Monteserrín Marcelino c. Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social”; Corte Suprema de Justicia de la Nación. (01/06/2000). “Asociación Benghalensis y otros c. Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986”; Corte Suprema de Justicia de la Nación. (24/100/2000). “Campodónico de Beviacqua, Ana C. c. Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoclásicas”. En estos casos la Corte dispuso la inoponibilidad de restricciones presupuestarias frente al interés superior de los niños. Asimismo, ordenó el otorgamiento de ciertos medicamentos y prestaciones para el tratamiento de VIH y para hacer frente a distintas afectaciones óseas.

jubilatoria.⁹⁸ Más recientemente, los tribunales inferiores declararon la inconstitucionalidad de las disposiciones de la Ley N° 27204 relativas al “ingreso libre e irrestricto” a la educación superior en virtud de que el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales exige que esa formación sea *accesible* sobre la base de la capacidad de cada uno de los Estados, por cuantos medios sean apropiados.⁹⁹ En consecuencia, se entendió que “la educación superior *no* debe ser generalizada”¹⁰⁰ sino únicamente “*disponible*”.¹⁰¹

Asimismo, y al igual que para el caso de la implementación de las sentencias internacionales, la falta de coordinación entre los poderes constituidos también ha sido una importante barrera para el exitoso desenlace de muchos de los avances alcanzados en materia de derechos económicos, sociales y culturales, particularmente frente a problemas estructurales, como la protección de un ambiente sano en la cuenca Matanza-Riachuelo¹⁰² o en lo relativo a las condiciones de la población carcelaria en la provincia de Buenos Aires.¹⁰³ El activismo judicial de los litigios estructurales propició soluciones novedosas y complejas para problemas igualmente complejos (Thea, 2012), pero al mismo tiempo puso de manifiesto serias dificultades de coordinación no solo entre los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, sino también a nivel federal, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La única instancia en la que tal vez existió una coordinación integral en el impulso de una agenda común en materia de derechos humanos de parte de todos los poderes públicos nacionales y provinciales sea la del denominado proceso de Memoria, Verdad y Justicia.¹⁰⁴ Si bien no pretendemos efectuar un juicio de valor al respecto en términos legales¹⁰⁵ (pues ello excedería el ám-

98. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (27/12/1997). “Chocobar, Sixto Celestino c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajuste por movilidad”.

99. Juzgado Contencioso Administrativo Federal No. 9. (05/2016). “Universidad Nacional de la Matanza c. EN – Ministerio de Cultura y Educación s/ Amparo Ley 16.986”. Recuperado de <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/05/Fallos2348.pdf>

100. *Ibid.*, cons. VIII (el destacado es propio).

101. *Ibid.*, el destacado es propio.

102. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (08/07/2008). “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”.

103. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (17/05/2005). “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”.

104. Al respecto, ver Torras, Palmás Zaldua y Perelman (2016).

105. El enfoque de la Corte Suprema en materia de delitos de lesa humanidad fue objeto de elogios y críticas. Al respecto, ver, entre otros, Adler (2013); Trucco (2007b); Rosenkrantz (2003); Elías, (s.f.) Filippini, (s.f.); CELS (s.f.)

bito del presente trabajo), procuramos demostrar cómo una agenda común y coordinada que comprendió a partidos políticos tan variados como el PJ, la UCR, el ARI, el Socialismo, o el Frente Grande, alcanzó verdaderos resultados con altos grados de aceptación y cohesión social.

La reforma constitucional, sin dudas, contribuyó a que la sociedad civil reforzara sus reclamos de memoria, verdad y justicia, que habían encontrado importantes obstáculos legales frente a la vigencia de las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final, y de los indultos otorgados a partir de 1989. Tal coyuntura claramente refleja que el convencional constituyente de 1994 no tuvo intención de reabrir este debate. A pesar de ello, la nueva letra de la Constitución, en el marco de un nuevo contexto político y social poscrisis del año 2001, se constituyó, paradójicamente, en la herramienta fundamental para que los poderes constituidos alcanzaran una verdadera sinergia para la implementación de este proceso de memoria, verdad y justicia. A continuación, enunciaremos, a título meramente ilustrativo, algunos ejemplos que dan fe de lo indicado:

- Poder Ejecutivo: desclasificación de archivos (Decreto N° 4/2010), creación e identificación de sitios para la memoria,¹⁰⁶ obligatoriedad del trámite judicial frente a pedidos de extradición (Decreto N° 420/2003), ratificación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad¹⁰⁷ pendiente desde su aprobación en 1995 (Ley N° 24584).
- Poder Legislativo: anulación de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final (Ley N° 25779), sanción de leyes reparatorias (Ley N° 25914), elevación a rango constitucional de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad (Ley N° 25778).
- Poder Judicial y Ministerio Público Fiscal: inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final,¹⁰⁸ ratificación de

106. Ley N° 26.415, que ratificó el Convenio celebrado entre el Estado nacional y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de creación, organización y funcionamiento del ente público denominado "Espacio para la Memoria y para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos.

107. Ver Tabla sobre el estado de ratificaciones disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-6&chapter=4&clang=_en

108. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (14/6/2005). "Simón, Julio H. y otros s/ privación ilegítima de la libertad - causa n° 17.768".

la Ley N° 25779 que declaró la nulidad de estas leyes,¹⁰⁹ inconstitucionalidad de los indultos,¹¹⁰ dictado de numerosas sentencias condenatorias por delitos cometidos durante la última dictadura militar. También se adoptaron medidas de índole funcional en el ámbito de la CSJN, como la creación de la Unidad de Asistencia y Seguimiento de las causas anteriores al 10 de diciembre de 1983 en las que se investiga la desaparición forzada de personas,¹¹¹ o la Unidad de Superintendencia para Delitos de Lesa humanidad.¹¹² Asimismo, en el ámbito de la Procuración General de la Nación se estableció la Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad,¹¹³ que continuó la labor de la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las Causas por Violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el Terrorismo de Estado.¹¹⁴

El desarrollo del proceso de Memoria, Verdad y Justicia claramente ha demostrado que su implementación en la República Argentina habría sido muy difícil (o prácticamente imposible) si la mera vigencia del artículo 75 inciso 22 no hubiera estado acompañada por una verdadera decisión política de parte de las distintas instituciones y poderes del Estado destinada a aplicar una agenda comprensiva en la materia.

4. Conclusión

Como explica Travieso (2004: 127-145), la constitucionalización de un grupo de instrumentos de derechos humanos ha generado un cambio de paradigma que produjo una verdadera reconfiguración del ordenamiento jurídico argentino, que a la fecha presenta resultados palmarios y tangibles de muy fácil comprobación: por ejemplo, las sentencias recaídas en “Giroidi” y “Mo-

109. *Ibid.*

110. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (08/07/2008). “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad -Riveros-”.

111. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Acordada 14 del 11 de julio de 2007.

112. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Acordada 42 del 29 de diciembre de 2008.

113. Procuración General de la Nación. Resolución 1442 del 29 de julio de 2013.

114. Procuración General de la Nación. Resolución 14 del 7 de marzo de 2007.

hamed vs. Argentina”,¹¹⁵ que garantizan la doble instancia en materia penal; el fallo “Kimmel” de la Corte IDH,¹¹⁶ que trajo consigo la derogación de los delitos de calumnias e injurias, fortaleciendo la libertad de expresión; la derogación del Código de Justicia Militar¹¹⁷ fundado, en gran parte, en la tramitación de los casos “Correa Belisle”¹¹⁸ y “Argüelles y otros”¹¹⁹ ante la CIDH; “Simón” y “Mazzeo”, que implicaron la derogación de las denominadas leyes de impunidad; “Espósito” y “Derecho”, que sortearon la prescripción frente a violaciones graves de derechos humanos. Asimismo, diversos derechos, antes implícitos, ahora adquirieron una explícita raigambre constitucional de directa operatividad a nivel federal y local, como el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica, o el derecho a contraer matrimonio. A mayor abundamiento, la penetración del derecho internacional de los derechos humanos trajo consigo un particular *fortalecimiento* de los principios de igualdad y de no discriminación al brindar una especial protección a grupos específicos como las mujeres, los niños, niñas y adolescentes, las personas con discapacidad, los migrantes y refugiados, las disidencias y diversidades sexuales, o las comunidades indígenas.

El resultado del artículo 75 inciso 22 a lo largo de estos 25 años es, en nuestra opinión, muy positivo, no solo desde un punto de vista sustantivo del texto constitucional y sobre la protección de la persona y de los respectivos mecanismos de supervisión, sino también desde una perspectiva de los logros alcanzados. Hay que reconocer, sin embargo, que frente a la agenda de derechos humanos aún existen importantes desafíos de interpretación constitucional y de efectiva implementación, algunos de los cuales hemos identificado en este trabajo. Creemos, sin embargo, que, en todo caso, las deudas exis-

115. Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255.

116. Corte IDH. Caso Kimmel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

117. Argentina. Ley N° 26394.

118. CIDH, Informe N° 15/10. Petición N° 11.758. Rodolfo Luis Correa Belisle Vs. Argentina. Solución Amistosa. 16 de marzo de 2010.

119. CIDH. Informe N° 135/11. Petición N° 12.167. Hugo Óscar Argüelles y otros vs. Argentina, Informe de Fondo. 31 de octubre de 2011. En este último caso, Argentina fue luego condenada en ejercicio de la función contenciosa de la Corte IDH. Al respecto ver Corte IDH. Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288.

tentes no son de la Constitución Nacional sino de los poderes constituidos que decidieron utilizar mejor o peor las herramientas constitucionales que el convencional constituyente les proveyó.

Bibliografía

- Abramovich, V. (2017a). Seminario Jurisprudencial UNPAZ. Recuperado de <https://seminariojurisprudencial.unpaz.edu.ar/caso-fontevecchia/>
- (2017b). Comentarios sobre “Fontevecchia”, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino. *Pensar en Derecho*, 10, 9-25. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/10/comentarios-sobre-fontevecchia-la-autoridad-de-las-sentencias-de-la-corte-interamericana-y-los-principios-de-derecho-publico-argentino.pdf>
- Abregú, M. (2004). La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción. En V. Abramovich, A. Bovino y C. Courtis (comps.), *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el Ámbito Local. La Experiencia de una Década* (pp. 3-32). Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- Adler, F. (2013). El deber jurídico internacional del Estado Argentino de seguir los criterios interpretativos de la Corte IDH. *Sistema Argentino de Información Judicial (SAIJ)*. Recuperado de <http://www.saij.gov.ar/federico-adler-deber-juridico-internacional-estado-argentino-seguir-criterios-interpretativos-corte-idh-dacf130334-2013-10-30/123456789-0abc-defg-4330-31fcanirtcod>
- Albanese, S. (2015). La Corte Suprema y el alcance de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana 1994-2014. *Pensar en Derecho*, 5, 105-133.
- Alfonsín, R. R. (1996). *Democracia y Consenso. A propósito de la Reforma Constitucional*. Buenos Aires: El Corregidor.
- Amaya, J. A. (2014). El diálogo interjurisdiccional entre tribunales extranjeros e internos como nueva construcción de las decisiones judiciales. *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 12(14), 55-72.
- (2019). El Derecho Constitucional frente al Derecho Internacional. Recuperado de <http://www.iberamericanodc2019.com.ar/media/ponencias3/S2-3004.pdf>
- Anguita, E. y Cecchini, D. (2018). *La “cocina” del Pacto de Olivos: cómo fue la reunión secreta en la que Menem y Alfonsín decidieron la reforma constitucional*. Recuperado de <https://www.infobae.com/sociedad/2019/05/18/la-cocina-del-pacto-de-olivos-como-fue-la-reunion-secreta-en-la-que-menem-y-alfonsin-decidieron-la-reforma-constitucional/>
- Arballo, G. (2017). La Corte Argentina frente a la Corte Interamericana: la resolución de no cumplimiento del caso Fontevecchia - El caso “Editorial Perfil”: el tramo doméstico y el tramo internacional. Blog *Saber Leyes no es Saber Derecho*. Recuperado de <http://www.saberderecho.com/2017/02/lacorte-argentina-frente-la-corte.html>

Jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos

- Argentina. Convención Constituyente (1994). *Diario de Sesiones*. Santa Fe: Convención Nacional Constituyente.
- Barreiros, L. E. y Maisley, N. (2016). Las Relaciones Exteriores en la Constitución Argentina. En R. Gargarella y S. Guidi (coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y Doctrina: Una Mirada Igualitaria: tomo I* (pp. 385-403). Buenos Aires: La Ley.
- Bayón, J. C. (2000). Derechos, democracia y constitución. Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional. *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*, 1, 65-94. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/derechos-democracia-y-constitucion/>
- Bidart Campos, G. J. (1998). Jerarquía y Prelación de Normas en un Sistema Internacional de Derechos Humanos. En *Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio: tomo I* (pp. 447-479). San José: Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- (2006). Manual de la Constitución Reformada: *tomos I y II*. Buenos Aires: Ediar.
- Brysk, A. (1994). *The Politics of Human Rights in Argentina – Protest, Change and Democratization*. Stanford California: Stanford University Press.
- Cárcova, C. M. (2009). ¿Hay una traducción correcta de las normas? *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, III(4), 33-42. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/152/121>
- CEJIL (2009). Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aportes para los procesos Legislativos. Recuperado de https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/implementacion_aportes_para_los_procesos_legislativos_2.pdf
- CELS. (s. f.). Las leyes de Punto Final y Obediencia Debida son inconstitucionales. Recuperado de http://www.cels.org.ar/common/documentos/sintesis_fallo_csjn_caso_poblete.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (11/04/1980). Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina.. OEA/Ser.L/V/II.49 doc. 19.
- (16/03/2010). Informe N° 15/10. Petición N° 11.758. Rodolfo Luis Correa Belisle Vs. Argentina. Solución Amistosa.
- (31/10/2011). Informe N° 135/11. Petición N° 12.167. Hugo Óscar Argüelles y otros vs. Argentina. Informe de Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (09/12/1994). Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94. Serie A No. 14.
- Loayza Tamayo v. Perú. Fondo. Fallo del 17 de Septiembre de 1997 (ser. C) No. 33.
- Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97.
- Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.
- Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

- Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.
 - Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.
 - Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.
 - Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
 - Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.
 - Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255.
 - Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288.
 - (s.f.). Casos en Etapa de Supervisión. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/casos_en_etapa_de_supervision.cfm?lang=es.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (30/6/1941). "Los Lagos S.A. Ganadera c. Gobierno Nacional".
- (12/06/1947). "Becker, Juan Sigfrido y otros".
 - (23/07/1947). "Chantrain, Alfonso c. Gobierno Nacional s/ recurso de habeas corpus".
 - (06/11/1963). "Martin y Cía. Ltda. S.A. c. Gobierno Nacional, Administración Gral. de Puertos".
 - (06/11/1963). "Merck Química Argentina c. Nación Argentina".
 - (05/06/1968). "Esso S.A. c. Gobierno Nacional".
 - (12/03/1987). "Héctor Rubén Costa c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros".
 - (01/12/1988). "Ekmekdjian, Miguel Angel c. Neustadt, Bernardo y otro s/ Amparo".
 - (07/07/1992). "Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros s/ Recurso de hecho".
 - (08/09/1992). "Servini de Cubría, M. c. Arte Radiotelevisivo Arg. S.A. y Borensztein, Mauricio".
 - (07/07/1993). "Fibrac Constructora SCA c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande s/ recurso de hecho".
 - (13/10/1994). "Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)".
 - (07/04/1995). "Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n. 32/93".
 - (12/09/1996). "Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación".

Jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos

- (26/12/1996). "Monges, Analía M. c. Universidad de Buenos Aires / resol. 2314/95 s/ Recurso de hecho".
- (27/12/1997). "Chocobar, Sixto Celestino c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajuste por movilidad".
- (22/12/1998). "Acosta, Claudia Beatríz y otros s/ hábeas corpus".
- (01/06/2000). "Asociación Benghalensis y otros c. Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986".
- (24/10/2000). "Campodónico de Beviacqua, Ana C. c. Estado Nacional/Ministerio de Salud y Acción Social/Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoclásicas".
- (21/12/2000). "Felicetti, Roberto y otros s/ revisión - causa n° 2813-".
- (25/09/2001). "Menem, Carlos Saúl c. Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios - sumario".
- (16/10/2001). "Monteserrín Marcelino c. Estado Nacional -Ministerio de Salud y Acción Social".
- (21/08/2003). "Procurador del Tesoro de la Nación s/ Presentación".
- (24/08/2004) "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-".
- (23/12/2004). "Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa - Bulacio, Walter David".
- (17/05/2005). "Verbitsky, Horacio s/habeas corpus".
- (14/6/2005). "Simón, Julio H. y otros s/ privación ilegítima de la libertad - causa n° 17.768".
- (08/07/2008). "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad -Riveros-".
- (08/07/2008). "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)".
- (31/8/2010). "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación".
- (29/11/2011). "Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal - causa n. 24.079".
- (24/04/2012). "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo".
- (27/11/2012). "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ Danos y Perjuicios".
- (6/8/2013) "Carranza Latrubesse Gustavo c. EN/Ministerio de Relaciones Exteriores/Pcia. de Chubut s/Proceso de Conocimiento".
- (25/03/2015). "Mohamed, Oscar Alberto - Homicidio culposo, Resolución N° 477/15".

- (14/02/2017). "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos".
- De Antoni, R. (2017). ¿Corte Suprema vs. Corte Interamericana de DDHH? Comentarios al fallo "Fontevecchia". *Palabras de Derecho*. Recuperado de <http://palabrasdelderecho.blogspot.com/2017/02/corte-suprema-vs-corte-interamericana.html>.
- Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 22° Reunión – 3ra Sesión Ordinaria, 2 y 3 de Agosto de 1994.
- Dobovšek, J. (2012). Inclusión de los Tratados en el Derecho Argentino. *Revista Aequitas*, 6(6).
- Elías, S. J. (s.f.). "Simón" (o de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho). Recuperado de <https://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Simon.Elias.pdf>
- Eliashev, J. (2004). Pepe Eliashev dialoga con Raúl Alfonsín sobre su Nuevo Libro "Memoria Política" (Desgrabación *Programa Esto que pasa*). Recuperado de http://www.griseldatesio.com/images/img_attachments/nota-eliashev-radio.pdf.
- Fentanes, J. E. (2018). El derecho a la tutela judicial efectiva en la Argentina y la reforma constitucional de 1994. Trascendencia de los tratados internacionales. En P. Maraniello (dir.), *Tratados Nacionales e Internacionales. Actualidad y Perspectiva* (pp. 829-840). Munro: ElDial.
- Filippini, L. (2005). El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz. *Revista Jurídica, Universidad de Palermo*, 6(1). Recuperado de https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n8N1-Sept2007/081Jurica13.pdf
- (s.f.). Algunos problemas en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el fallo Simón de la Corte Suprema argentina. Recuperado de <https://web.archive.org/web/20130512000054/http://cablemodem.fibertel.com.ar/seminario/filippini.pdf>
- Furfaro, L. (2017). Las ataduras de Ulises se aflojan: el pronunciamiento de la CSJN frente al caso "Fontevecchia" de la Corte IDH. *Pensar en Derecho*, 10, 37-79. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/10/las-ataduras-de-ulises-se-aflojan.pdf>
- García Lema, A. M. (1994). El Proceso de Reforma Constitucional. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 19, 91-109.
- Gargarella, R. (1997). La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Revista Isonomía*, 6, 55-70. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-dificultad-de-defender-el-control-judicial-de-las-leyes-0/>
- (2008). La dificultosa tarea de la interpretación constitucional. En R. Gargarella (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional: tomo 1* (pp. 123-148). Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- (2017). La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana. *La Ley AR/DOC.497/2017*.
- Garro, A. M. (1989). Reforma Constitucional en América Latina. La Propuesta Argentina. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27, 127-159. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79399>

Jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos

- Gelli, M. A. (2004). El alcance de la irretroactividad penal y las fuentes del ordenamiento jurídico en el caso "Arancibia Clavel". *La Ley*. Recuperado de <http://artelli.blogspot.com/>
- (2017). Los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y la reivindicación simbólica de la Corte argentina. *La Ley* AR/DOC.500/2017.
- Gil Domínguez, A. (2010). La Corte Suprema de Justicia reafirma el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de oficio. Fallo CSJ (CS). *La Ley*2010-E, 197.
- González, H. (2006). El desarrollo de los derechos a la seguridad social y la prohibición de regresividad en Argentina. En C. Courtis (comp.), *Ni un paso atrás – La Prohibición de Regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 193-253). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- González Napolitano, S. S. (2004). Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno argentino. Recuperado de <http://www.dipublico.com.ar/doc.napolitano.pdf>
- Gordillo, A. (1996) La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales. *Revista de la Administración Pública*, 215.
- Guilco, H. (2017). La Corte Suprema y los derechos humanos. *Perfil*. Recuperado de <http://www.perfil.com/columnistas/la-corte-suprema-y-los-derechos-humanos.phtml>
- Hitters, J. C. (2008). ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de derechos humanos? Control de Constitucionalidad y Convencionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10, 131-155.
- (2013). Los Efectos en el Derecho Interno de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Corzo, E.; Sosa, J. U. Carmona Tinoco y P. Saavedra Alessandrini (coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch, Corte Interamericana de Derechos Humanos y UNAM.
- Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 9. (05/2016). "Universidad Nacional de la Matanza c. EN/Ministerio de Cultura y Educación s/ Amparo Ley 16.986". Recuperado de <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/05/Fallos2348.pdf>
- Losada Revol, I. (2017). The "Ministry of Foreign Affairs" Case: A Ruling with Unforeseen Consequences in the Enforcement of Human Rights in Argentina. *Georgetown Journal of International Law*, 49(1), 461-500.
- Luque, C. D. (2018). La Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales en América Latina. En P. Maraniello (dir.), *Tratados Nacionales e Internacionales. Actualidad y Perspectiva* (pp. 571-578). Munro: EDial.
- Manili, P. L. (2003). *El bloque de Constitucionalidad. La Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: La Ley.
- (2014). El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte a veinte años de la reforma constitucional. *Suplemento Jurisprudencia Argentina (SJA)*. AR/DOC.5454/2014.
- (2017). Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A propósito del fallo "Fontevicchia". Recuperado de <http://www.pablomanili.com.ar/las-sentencias-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-ante-la-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion-a-proposito-del-fallo-fontevicchia/>

- Maraniello, P. (2018). Los Pactos Políticos Nacionales e Internacionales y la consolidación de las libertades constitucionales. En P. Maraniello (dir.), *Tratados Nacionales e Internacionales. Actualidad y Perspectiva* (pp. 17-28). Munro: Eldial.
- Misuraca, M. (2013). Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal. En E. A. Alonso Regueira, *La Convención Americana de Derechos Humanos y su Proyección en el Derecho Argentino* (pp. 91-126). Buenos Aires: La Ley.
- Moncayo, G., Vinuesa, R. y Gutiérrez Posse, H. (1990). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía.
- Onaindia, J. M. (2017). Un fallo que atrasa. *Pensar en Derecho* 10, 81-88. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/10/un-fallo-que-atrasa.pdf>
- Pagliari, A. S. (2011). Derecho Internacional y Derecho Interno. El Sistema Constitucional Argentino. *Ars Boni et Aequi*, 7(2). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3700429>
- Pinto, M. (1999). *Temas de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- (2007). El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En V. Abramovich, A. Bovino y C. Courtis (comps.), *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local. La experiencia de una década* (pp. 163-171). Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- Pizzolo, C. (2006). La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal. *La Ley 2006-D*.
- (2017). ¿Ser “intérprete supremo” en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación “creacionista” de los derechos humanos. *La Ley AR/DOC.501/2017*.
- Rosatti, H. (2014). Entrevista a Horacio Rosatti. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 15. Recuperado de <https://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/10509>
- Rosenkrantz, C. F. (2003). Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law. *International Journal of Constitutional Law*, 1(2), 269-295.
- (2005). Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo). *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 6(1), 203-213. Recuperado de http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n8N1-Sept2007/081Jurica14.pdf
- Roulet, E. (2014). *A 20 años de la Reforma de la Constitución Nacional*. Recuperado de www.con-texto.com.ar/?p=1399
- Sagüés, N. P. (1999). *La Jurisprudencia Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Argentina (1997-1999)* (pp. 461-487). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976200.pdf>
- Terrile, R. A. (2001). *Interpretación Judicial de la Constitución Nacional: Supremacía Constitucional y Control de Constitucionalidad*. Rosario: Editorial Juris.
- Thea, F. G. (2012). La reforma estructural en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Ediciones RAP*, XXXIV(400).
- Thea, F. G. y Losada Revol, I. (2017). El Control de Constitucionalidad. En F. G. Thea (comp.), *Análisis jurisprudencial de la Corte Suprema. Parte General*. José C. Paz: EDUNPAZ.

Jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos

- Thea, F. G., Kodelia, G., y García, A. (2017). Régimen constitucional de los decretos delegados y de necesidad y urgencia. En F. G. Thea (comp.), *Análisis jurisprudencial de la Corte Suprema. Parte General*. José C. Paz: EDUNPAZ.
- Thea, F. G. y Senes, E. A. (en prensa). Jerarquía Normativa en el Ordenamiento Jurídico Argentino. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico Argentino. En J. A. Travieso (coord.), *Derechos Humanos y Garantías. Bases para su Estudio y Análisis*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Torras, V., Palmás Zaldua, L. y Perelman, M. (2016). Memoria, Verdad y Justicia como Política de Estado. *Friedrich Ebert Stiftung Argentina. Análisis*, 11. Recuperado de <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/argentinien/12772.pdf>
- Torres Lépori, A. (1997). Los tratados internacionales en la Constitución argentina. *Lecciones y Ensayos*, 67 y 68, 285-304.
- Travieso, J. A. (1994). La Reforma Constitucional Argentina de 1994. *La Ley*. Recuperado de <http://travieso1.blogspot.com/>
- (2004). Los Nuevos Paradigmas. Enfoques con Nuevas Consideraciones metodológicas. En V. Abramovich, A. Bovino y C. Courtis (comps.), *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local. La experiencia de una década* (pp. 127-146). Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- Trucco, M. F. (2007a). Crímenes de lesa humanidad y cosa juzgada. Comentario al fallo "Riveros". *Sistema Argentino de Información Judicial (SAIJ)*. Recuperado de <http://www.saij.gov.ar/marcelo-trucco-crimenes-lesa-humanidad-cosa-juzgada-comentario-al-fallo-riveros-dasj070043-2007/123456789-0abc-defg3400-70jsanirtcod>
- (2007b). Relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno. *Sistema Argentino de Información Judicial (SAIJ)*. Recuperado de http://www.saij.gov.ar/doctrina/dasf070025-trucco-relaciones_entre_derecho_internacional.htm
- Turyn, A. (2013). Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. En E. A. Alonso Regueira, *La Convención Americana de Derechos Humanos y su Proyección en el Derecho Argentino* (pp. 1-19). Buenos Aires: La Ley.
- Vinuesa, R. E. (1997). Direct Applicability of Human Rights Conventions Within the Internal Legal Order: The Situation in Argentina. En B. Conforti y F. Francioni (eds.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (pp. 149-174). The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.

Los derechos económicos, sociales y culturales y la reforma de 1994: pasaron 25 años y...

Andrés Rossetti

1. Introducción

En este capítulo se reflexiona sobre los derechos “sociales”¹ y su incorporación a la Constitución *formal* argentina realizada en el año 1994.² Se analiza, frente al cumplimiento de los 25 años de su aprobación,³ cuál ha sido el desarrollo y la evolución que la “constitucionalización” de los artículos referidos a ellos tuvieron, tienen y pueden llegar a tener en el sistema jurídico argentino.

2. La reforma constitucional de 1994: aspectos generales

Lo que impulsó la reforma fue, claramente, habilitar la reelección presidencial para el entonces presidente Carlos Saúl Menem, que se encontraba prohibida constitucionalmente. En el plano político, el presidente sentía que contaba con consenso para continuar en el poder –lo que finalmente luego se verificó– y así lo deseaba. Hubo una serie de aspectos “políticos” –el más im-

1. Se denominarán, de aquí en más, como *derechos sociales* a los derechos económicos, sociales y culturales, por una cuestión de economía lingüística, pero debe entenderse que me refiero a las tres categorías de derechos.

2. Pongo especial énfasis en el término *formal* ya que en ese año lo que se realiza es una reforma del texto de la Constitución. Esto se inserta en la discusión con referencia a qué es, o mejor dicho, qué se entiende por una Constitución. La posición, muy extendida en nuestro país y su “academia”, que la Constitución es el texto es por demás reductiva y limitada. Sobre el concepto de constitución, ver, por ejemplo, Comanducci (1998: 97-123) o Guastini (1991: 145- 171).

3. La reforma fue aprobada por la Convención Constituyente, en Santa Fe, el día 22 de agosto de 1994.

portante de ellos puede considerarse la convocatoria a una consulta popular no vinculante para que el pueblo se pronunciase a favor de una reforma constitucional— que hacían suponer que la reforma de la Constitución (CN), con la habilitación a una reelección presidencial, se lograría. Frente a ello, se dio el conocido como “Pacto de Olivos” el 4 de noviembre del 1993, un acuerdo entre los dos líderes de los dos grandes partidos nacionales de entonces (justicialismo y radicalismo, Menem y Raúl Alfonsín) que evitó la consulta y abrió la puerta para que estos dos partidos encontraran, en función de distintos objetivos, la forma de llegar a una convención constituyente con muchos de los principales temas ya acordados, en forma plena o al menos genérica. Previo a ello, existía ya otro acuerdo político, en este caso para no modificar la primera parte de la CN —la que contempla los derechos y garantías, los aún actuales primeros 35 artículos del texto—, entre el justicialismo gobernante y un partido minoritario aliado del gobierno de entonces, la Unión del Centro Democrático (UCeDe), ideológicamente de derecha “liberal”. Todo sumaba y era importante, particularmente antes del Pacto, para llegar a los 2/3 de votos en el Congreso requeridos por el artículo 30 CN para permitir la reforma.

Cabe señalar que la ley declarativa de necesidad de la reforma fue aprobada el 29 de diciembre del 1993 sin respetar los pasos procedimentales que fijaba la Constitución. En la ley no se dio una habilitación especial para el tratamiento de los derechos sociales.⁴

4. La ley declarativa de necesidad de la reforma, Ley Nº 24309, habilitó mediante dos artículos los temas que podían ser objeto de reforma por parte de la Convención Constituyente. El art. 2 de la ley, estableció el llamado *Núcleo de Coincidencias Básicas* que era el fruto del acuerdo político entre Menem y Alfonsín, ya más desarrollado. Estos temas debían ser votados en forma conjunta por sí o por no (así lo establecía el art. 5 de la citada ley, luego incluido en la misma forma en el Reglamento de la Convención Constituyente). Por otro lado, el art. 3 de la ley habilitaba los temas en la forma más “tradicional”, es decir, señalando una serie de puntos y artículos que podían ser reformados dejando su tratamiento y contenido en manos de la Convención. En base a este artículo es que se incorporan los llamados derechos “sociales”, ya que ellos no se encontraban habilitados expresamente. La habilitación para incorporar tratados y actualizar las atribuciones del Poder Legislativo y Ejecutivo (había, a su vez, una habilitación para incorporar algunos nuevos derechos, pero no estaban los sociales entre ellos) es lo que permitió la constitucionalización de los derechos sociales. Remito a lo dicho en Rossetti (1996, 1997 y 2015).

3. Los derechos sociales

La identificación de los derechos “sociales” no es fácil. ¿Entran o no como parte de ellos los derechos de preservación del ambiente, por ejemplo? En los comienzos se consideraba que no, hoy se los suele asimilar. De todos modos, para no entrar en disquisiciones teóricas que superan el objetivo de este texto, doy por entendido que ellos son los derechos que se encuentran reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y documentos similares.⁵

Asimismo, existen discusiones sobre el valor de los derechos sociales, en particular, en relación con la menor importancia que se les suele adjudicar en la confrontación con los llamados de “primera generación” o bien derechos civiles y políticos. He trabajado ya este tema, sobre sus caracteres y otros aspectos en otro texto (Rossetti, 2010), presentando los “mitos” a los que se hace referencia para diferenciar “esencialmente” los derechos de un tipo (civiles y políticos, según la “clásica” pero discutida clasificación que suele utilizarse) de los derechos sociales. La conclusión era, y sigue siendo, que estas “argumentaciones” son falaces y solo se justifican en base a aspectos ideológicos, de poder y conveniencia de parte de los sectores más poderosos —que en buena medida manejan, entre otros, el discurso jurídico— y, por tanto, por esas razones, ignoran, no reconocen o no se preocupan por el respeto y cumplimiento de los derechos sociales. Esto comporta, por cierto, consecuencias graves, muchas veces tremendas, para importantes sectores de la población que ven vulnerados, no cumplidos o respetados sus derechos al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la salud, a la alimentación, entre otros. Los argumentos para ello pasan directamente por su no reconocimiento a nivel normativo (esto no sucede en Argentina, ya que tienen reconocimiento en el texto constitucional, pero sí en otras realidades) o bien usando artilugios y vericuetos legales, interpretativos u otros para evitar o impedir su cumplimiento. Entre estos

5. El PIDESC fue aprobado por la Asamblea de Naciones Unidas en 1966 y entró en vigencia en 1976. Argentina lo ratificó en 1986 y le dio jerarquía constitucional con la reforma constitucional de 1994. Otro documento similar es, en el sistema regional de protección de los derechos humanos americano, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador, aprobado por la OEA en 1988 y que entró en vigor en 1999. Argentina lo ratificó en el año 2003.

argumentos están los vinculados al plano axiológico, con los costos, con su operatividad y demás, cuyo análisis puede verse en el texto al que remito. Solo reitero, en forma extremadamente sintética, lo siguiente: a) no es verdad que los derechos sociales son derechos menos importantes que los civiles y políticos u otros derechos, ya que ello depende de lo que se considere importante y esto varía según la axiología y la visión de cada uno; b) no es verdad que los derechos sociales son solo derechos de prestación y los otros derechos no. Además, aún si así fuera, esto no altera ni su importancia ni su utilidad; c) no es verdad que necesariamente los derechos sociales son más costosos que otros derechos; d) no es verdad que los derechos sociales son necesariamente programáticos, mientras que los demás derechos son operativos; e) no es verdad que los derechos sociales no son, esencialmente, derechos exigibles y los derechos civiles y políticos sí. Repito, a su vez, lo que planteaba hace unos años:

No es “naturalmente” jurídico –en realidad, en principio, no hay nada que lo sea– que la gente no tenga derecho a la alimentación, a la salud, a la vivienda, a la seguridad social, mientras que, en cambio, tenga derecho a la libertad de expresión, derecho de propiedad, al libre comercio etc. En ambos casos se trata de construcciones jurídicas, es decir construcciones artificiales, como todo el derecho, que imponen este tipo de normas y su cumplimiento. Por tanto, no gozar y no tener garantizados derechos sociales no es algo natural, sino una decisión de quienes tienen el poder y no les interesa cambiar el hecho de su constante violación que lleva a la miseria, la pobreza, la desigualdad y la indigencia en la que se encuentra la mayor parte de la población mundial hoy (Rossetti, 2010: 126).

4. Los derechos sociales y la reforma constitucional de 1994

La reforma constitucional de 1994 incorporó, pese a que no era un tema específicamente habilitado por la ley declarativa de necesidad de la reforma, formalmente una importante cantidad de derechos sociales. Ellos se sumaron al ya existente artículo 14 bis. Este había sido incorporado en la reforma constitucional de 1957, llevada a cabo por el gobierno de facto que había destituido en 1955, mediante un golpe de estado, al gobierno democráticamente elegido de Juan Perón. A su vez, se había “derogado” por “proclama” la llamada “Consti-

tución de 1949”, que incorporó una importante cantidad de derechos sociales,⁶ luego muy sucintamente receptados en el artículo recientemente citado y que hoy sigue vigente.

De todos modos, la incorporación en la reforma de 1994 de los derechos sociales se materializó, fundamentalmente, mediante el otorgamiento de jerarquía constitucional a algunos documentos de derechos humanos (tratados y declaraciones) que los contienen. Entre ellos sobresale particularmente el ya citado PIDESC de Naciones Unidas, pero también se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos, que contiene artículos en materia de derechos sociales⁷ o la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre,⁸ entre otros. Cabe destacar que los tratados incorporados se receptan “en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 CN), por lo que cuenta también la interpretación y aplicación que de ellos hagan sus órganos de monitoreo: el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por citar los más conocidos. Asimismo, en el propio texto de la CN se incorporaron en la reforma que aquí se trata artículos muy relacionados con los derechos sociales, como el de protección de un medio ambiente sano (art. 41); protección de usuarios y consumidores (art. 42); el reconocimiento de las acciones de amparo, *habeas data* y *habeas corpus* (art. 43) y la protección de los pueblos indígenas (art. 75 inc. 17) o de la igualdad real de oportunidades y de trato en particular para algunas personas “vulnerables” (art. 75 inc. 23).

No puede dudarse, por tanto, que los convencionales constituyentes de 1994 tomaron una fuerte decisión en materia de derechos sociales y les otorgaron un importante aval y respaldo al incorporarlos en su texto. Las razones que los motivaron son variadas y no es fácil conocerlas. Era claro que en el momento de sancionar la reforma el país se encontraba con un gobierno que no era particularmente atento a estos derechos, ya que había impuesto un modelo económico neoliberal que generaba no solo desigualdad sino también

6. Para un análisis reciente de la llamada “Constitución de 1949” ver Benente (2019).

7. Los artículos 23 sobre derechos laborales; 25 “a un nivel de vida adecuado”; o 27, sobre ciencia y cultura, son ejemplos de ello.

8. Los artículos 11 sobre la preservación de la salud y el bienestar; 12 derecho a la educación; 13 sobre beneficios de la cultura; 14 sobre trabajo y justa retribución; 15 sobre descanso y su aprovechamiento; 16 derecho a la seguridad social son ejemplos de ello.

limitaciones en relación con planes sociales en materia de educación, salud, vivienda y otros aspectos, todos ellos relacionados con los derechos sociales. Estas medidas políticas tensionaban con lo que se incorporaba en la CN.

5. Lo que siguió

Un nuevo texto constitucional, se supone, en virtud de la llamada “fuerza normativa”, por usar un término que suele formar parte del vocabulario de los especialistas, comienza a exigir que la realidad se adecue a los mandatos constitucionales y, por tanto, que sus normas empiecen a ser obedecidas. Es claro, entonces, que las políticas públicas debieran ajustarse a lo establecido en la Constitución. Esto no ha sucedido o al menos no ha sucedido plena y permanentemente. En efecto, hay matices entre los diferentes gobiernos que han pasado a lo largo de estos 25 años de vigencia de la nueva normativa constitucional. Menem, Fernando De La Rúa o Mauricio Macri no se han preocupado mayormente por implementar el efectivo cumplimiento de estos derechos. Néstor Kirchner y Cristina Fernández mostraron una menor desatención al respecto. Puede visualizarse lo dicho, por ejemplo, en datos estadísticos o la evolución del índice de Gini⁹ en el curso de estos años.

Por cierto, frente a la violación o incumplimiento de derechos que están consagrados en el texto constitucional (aun cuando sean “sociales”), el sistema “permite”¹⁰ su reclamo ante los tribunales de justicia. Esto fue incluso reforzado por la reforma del 94, con el consiguiente problema del “argumento contramayoritario” y que reflexiona sobre la razonabilidad de que determinadas cuestiones en materia de control de constitucionalidad queden en manos de

9. Un texto valioso por la información que aporta en materia de estadísticas en los diferentes rubros vinculados con los derechos sociales es el de Piovani y Salvia (2018). También: Pautassi y Gamallo (2012 y 2015). En relación con el índice de Gini (que mide la desigualdad en los diferentes países, hay que recordar que 0 es una situación de perfecta igualdad mientras que 1 es la desigualdad extrema. Puede visualizarse el cambio que se ha ido produciendo en este campo en este link del Banco Mundial: <https://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI?locations=AR&start=1994&fbclid=IwARODOS5-a3ZINTs30wQ3AGgeEbRBCVWzSP4avtCdE6pUdckMSehbzu9MPu8> En 1994 el índice era 45,9 y fue subiendo hasta llegar a 53,8 en el año 2002. La situación empezó a mejorar hasta llegar en el 2013 a los 41 puntos.

10. Las comillas se explican porque hay posiciones que entienden que los derechos sociales no son exigibles ni justiciables.

un poder que no cuenta con legitimidad democrática en su origen, al menos en forma directa. Los tribunales han sido abarrotados de causas vinculadas con derechos sociales en materia de salud, vivienda, jubilaciones, entre otras. Su respuesta ha sido, aunque “variable”, reticente en el tema. La Corte Suprema de Justicia, que tiene la última palabra en materia de “constitucionalidad” en Argentina¹¹ ha tomado, generalmente, también decisiones reticentes pero variables, fundamentalmente, en razón de los diferentes momentos “políticos” y de la composición del tribunal.

En base a lo dicho, una primera reflexión nos permite afirmar que parece más relevante visualizar cómo está compuesta la CSJN y los aspectos políticos o económicos que rodean las decisiones políticas que considerar lo que dice el texto constitucional. En efecto, este ha permanecido “inmutable” en su aspecto formal desde hace 25 años y, sin embargo, ha dado pie para decisiones (políticas y judiciales) abiertamente contradictorias y muchas de ellas o bien contrarias a los derechos sociales o, cuando favorables, insuficientes.¹²

11. En el campo de los derechos, también importa –y mucho– lo que dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los demás órganos de monitoreo de los tratados de derechos humanos, ya que el país se ha comprometido a respetar estos instrumentos. Sin embargo no se considera plenamente vinculante porque no existe un compromiso expreso de respetarlos, salvo en el caso de la Corte mencionada cuando ella interviene y Argentina es parte, en cuyo caso sus decisiones son obligatorias porque se ha asumido un compromiso puntual al respecto (el art. 68, 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dice: Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes). En el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe” del 14 de febrero del 2017 la CSJN tomó, por cuatro votos contra uno, una decisión en sentido contrario de lo afirmado y que no respetaba los compromisos asumidos en el marco del sistema de protección regional de los derechos humanos. La decisión fue *netamente política* y con una muy defectuosa argumentación. Sentado el precedente que deja, para el futuro, un importante margen de discreción a nivel local para definir si se viola o no un derecho humano consagrado a nivel regional, el Estado argentino cumplió con lo dictaminado por la Corte regional, pero este mismo podrá ser invocado para incumplir una sentencia o decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que altera el sentido del reconocimiento del Estado argentino de su competencia.

12. Un recorrido de los principales casos de la CSJN en materia de derechos sociales posreforma constitucional de 1994 puede verse en Etchichury (2015). Mi afirmación en el texto se basa, también, en lo dicho en Etchichury (2018).

6. Las reformas constitucionales (formales), el derecho y el poder. Reflexiones finales

En el estudio del derecho constitucional argentino, se supone que con fines “didácticos”, se distingue entre lo que la doctrina llama el “poder constituyente” y el “poder constituido”. Al primero, se lo divide entre “originario” (el que establece o dicta una Constitución) y “derivado” (el que la reforma o modifica). Con poder constituyente originario y derivado se hace referencia, fundamentalmente, a la perspectiva “formal” de la Constitución. Se pone el énfasis en señalar la superioridad del primero (constituyente) en relación con el segundo, pues se supone que los poderes constituidos están obligados a respetar el producto emanado del poder constituyente: la Constitución (formal). Cabe preguntarse, por cierto, si la realidad nos muestra que esto es efectivamente así o si se trata, más bien, de una “posición formal” que no se adecua a lo que sucede en los hechos concretos, en la realidad constitucional “material” de todos los días. Creo, al respecto, que ello depende de la dinámica política y jurídica de cada Estado en cada tiempo y lugar. No se puede determinar *a priori*, de antemano y como un dogma que siempre el poder constituyente (sea originario o derivado) prima *realmente* por sobre el o los constituido/s. Ello por diversas razones: políticas, jurídicas, lingüísticas o de interpretación, de poder, etc., con independencia de que la “ortodoxia” constitucional lo plantee como un dogma que pareciera admitir pocas discusiones.

Es claro que la reforma constitucional *formal* realizada en Argentina en 1994 reforzó el cúmulo de derechos en general y de los derechos sociales en particular. No es claro, sin embargo, que esto haya cambiado la realidad o haya, necesariamente, influenciado positivamente en ella. En efecto, cabe cuestionarse si el cambio formal sirvió o ayudó o, más bien, perjudicó. En el medio hay un gran número de posiciones que apuntan a que no es contundentemente ni lo uno ni lo otro. Las respuestas seguramente variarán, según los criterios y parámetros que se tomen, o las posiciones que se tengan sobre diferentes aspectos. Surge, frente a lo dicho, un interrogante: ¿para qué “sirven”, entonces, las constituciones “formales”? A ello se suma: ¿para qué sirve el derecho? Las preguntas pueden continuar y no terminar nunca. Los intentos de respuesta exigirían acordar, al menos, qué se entiende por “Constitución” y por “derecho”. No es mi intención —y no da el espacio— detenerme aquí a reflexionar al respecto.

De todos modos, teniendo en cuenta lo expresado, cabe decir que el derecho y los derechos tienen su utilidad y su función.¹³ La Constitución “formal”, a su vez, en un Estado de derecho que se precie de tal, con seguridad sirve en relación con lo que se da en llamar “parte orgánica” o bien la “sala de máquinas” (Gargarella, 2014), ya que allí se establecen *reglas* que por su redacción dejan un menor margen de interpretación. El reconocimiento de los derechos y las garantías se regulan más en forma de *principios*, los que si bien deben –al igual que las reglas– respetarse, es más fácil, por su formulación lingüística, generalmente más abierta, que no se cumplan.¹⁴ Podemos ver esto claramente en relación con la protección del medio ambiente (podría hacerlo también en relación con la igualdad real de oportunidades incorporada en la reforma) porque visualiza enfáticamente la paradoja que quiero mostrar, pero lo dicho igualmente vale en relación con los derechos sociales: se consagró en la reforma del 94 el artículo 41, un derecho (principio) fuertemente protector del ambiente sano. Nunca como a partir de esa fecha ha habido en Argentina una devastación tan contundente del ambiente, sea por la deforestación, la minería a gran escala y un largo etcétera.¹⁵ Sabiendo que no puede darse una respuesta conclusiva porque exige pruebas de intenciones y conductas en relación con cada actor o actora involucrado/a, cabe preguntarse: ¿sirvió o, en cambio, “encubrió” o facilitó el mencionado artículo lo que se venía?

¿Es, entonces, “irrelevante” la Constitución (formal)?¹⁶ La Constitución (y el derecho) sirven para cosas muy diferentes. Los derechos sociales, al me-

13. Ver al respecto, por ejemplo, Cárcova (1991) o Atienza (2001: 145-171).

14. Por cierto, esto no se debe a un problema lingüístico, pero el lenguaje deja más margen argumentativo para ello. A su vez, en realidad, más allá de que a veces se las presente como normas claramente diferenciadas, no pueden distinguirse en forma neta las normas de un tipo o del otro. Eso no quita, por cierto, que en la llamada parte “dogmática” que trata derechos y garantías (aunque ahora también están en la orgánica, por ejemplo en el art. 75 inc. 22 y 23) de la CN hay normas más cercanas a los principios mientras que en la parte orgánica las normas suelen ser más cercanas a lo que se conoce como reglas. Esta distinción entre reglas y principios es polémica. En otro lugar he manifestado: “Cabe señalar que todas las normas tienen un grado, al menos potencial, de ‘apertura’. Esto se relaciona, a su vez, con la distinción que se realiza entre normas que son ‘reglas’ y otras que son ‘principios’, con la idea de que las constituciones tienen una importante cantidad de estos últimos. Si bien suelen presentarse, a veces con fines didácticos, como una división neta, esto no es así ya que los confines entre unas y otras se diluyen y se entremezclan” (Rossetti, 2016: 407).

15. Ver, por ejemplo, Svampa y Viale (2014) o Aranda (2015).

16. Esta es una discusión por demás interesante pero excede el marco de este artículo. Ver, al respecto, por ejemplo, Nino (1992), Tushnet (2010) y Caracciolo (2017).

nos en principio, sirven (o deberían servir) para asegurar las necesidades básicas de las personas, como alimentación, atención sanitaria, vivienda, educación, trabajo, entre otros aspectos que resultan esenciales para la vida de las personas. Persiguen alcanzar sociedades más igualitarias. Por esto, parece razonable e importante incorporar los derechos sociales a las constituciones, pero esto se debate y mucho con variados argumentos y posiciones. En Argentina han sido incorporados y, sin embargo, los resultados concretos de esta incorporación no se han visto.

Creo determinante luchar por los derechos sociales todos los días, con mucha fuerza y con variados medios, no solo jurídicos, sino también políticos y otros. No podemos seguir pensando lo jurídico sin derechos sociales porque eso comporta sociedades, como las actuales, indecentes, injustas, inmorales. En Argentina, además, “inconstitucionales”, porque están en su texto. De todos modos, la exigencia de cumplir y respetar los derechos sociales surge de los derechos humanos básicos porque, como se señaló, significa alimentación, salud, trabajo, vivienda y, con ello, dignidad, humanidad, decencia. ¿Estamos perdiendo estos valores? ¿Estuvieron alguna vez? Sea cual sea la respuesta, parece claro que si hablamos, pensamos, razonamos y defendemos los derechos humanos, la defensa de los derechos sociales y los valores que ellos conllevan se vuelven un aspecto imperativo. Su cumplimiento no depende solamente del derecho —muchas veces construido y armado por quienes persiguen lo contrario: políticas que bajan jubilaciones y fomentan salarios de hambre, se desentienden de la pobreza e indigencia, y demás—, sino fundamentalmente depende de la política, de la economía y otras áreas que, desde la acción, pueden bregar, empujar, apoyar para lograr una sociedad más libre, más justa y, asimismo, más igualitaria para todos. Los derechos sociales, su cumplimiento, son seguramente un peñón más para intentar ese loable objetivo. Por cierto, esto depende de cada uno de los seres humanos que habitamos el planeta y, en nuestro caso, la Argentina, aunque debe tenerse en cuenta que las presiones y condicionamientos externos son intensos y determinan en buena medida las políticas internas. Cada uno sabrá qué puede hacer *con* y *desde* el instrumento “derecho”, pese a que, por cierto, “los poderosos” y privilegiados cuentan con un arsenal de herramientas para imponer su voluntad notablemente mayor que el resto de la población. Sin embargo, la “lucha” y lo determinante tiene muchas aristas y variables. Por de pronto, un “instrumento” —hoy que

vivimos en una democracia con elecciones periódicas— es empezar a elegir a aquellxs gobernantes que se preocupan por el cumplimiento de los derechos sociales y no los pisotean. Hay otros instrumentos, y el derecho cuenta solo en parte —como creo haber demostrado en este escrito en relación con lo sucedido en cuanto a la incorporación de los derechos sociales al texto constitucional en 1994—, pero la solución pasa fundamentalmente por lo político (a lo que se suma lo ético, lo moral, lo económico) y lo que hagan quienes tienen el poder, sus actantes y ejecutantes.

Bibliografía citada

- Aranda, D. (2015). *Tierra arrasada. Petróleo, soja, pasteras y megaminería. Radiografía de la Argentina del siglo XXI*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Atienza, M. (2001). *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Benente, M. (comp.) (2019). *La Constitución maldita. Estudios sobre la reforma de 1949*. José C. Paz: Edunpaz.
- Cárcova, C. (1991). Acerca de las funciones del derecho. En E. Mari et al, *Materiales para una teoría crítica del derecho* (pp. 203-218). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Comanducci, P. (1998). *Assaggi di metaetica due*. Turín: Giappichelli.
- Caracciolo, R. (2017). ¿Existe la Constitución? Un comentario acerca de la función de los jueces constitucionales. En J. Cerdio, P. de Larrañaga y P. Salazar (coords.), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vazquez* (pp. 61-83). México: Unam.
- Etchichury, H. (2015). Los nuevos derechos emergentes de la Constitución reformada. En M. Bernal, C. Pizzolo y A. Rossetti (coords.), *¿Que veinte años no es nada! Un análisis crítico a veinte años de la reforma constitucional de 1994 en Argentina* (pp. 203-227). Buenos Aires: Eudeba.
- *Un giro restrictivo. Nuevas direcciones de la Corte argentina en derechos sociales*. Inédito (por gentileza del autor).
- Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz.
- Guastini, R. (1991). *Quindici lezioni di diritto costituzionale*. Turín: Giappichelli.
- Nino, C. (1992). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Pautassi, L. y G. Gamallo (dirs.) (2012). *¿Más derechos, menos marginaciones? Políticas sociales y bienestar en la Argentina*. Buenos Aires: Biblos.
- (dirs.) (2015) *El bienestar en brechas. Las políticas sociales en la Argentina de la posconvertibilidad*. Buenos Aires: Biblos.

- Piovani, J. I. y Salvia, A (coords.) (2018). *La Argentina en el siglo XXI. Cómo somos, vivimos y convivimos en una sociedad desigual*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Rosetti, A. (1996). Argentina. La reforma constitucional de 1994: el proceso storico. *Quaderni Costituzionali*, XVI(3), 507-515.
- (1997) Argentina. Il contenuto della riforma costituzionale di 1994. *Quaderni Costituzionali*, XVII(1), 166-183.
- Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales. En S. Ribotta y A. Rosetti (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia* (pp. 101-126). Madrid: Dykinson.
- A veinte años de la reforma constitucional de 1994 en Argentina. En M. Bernal, C. Pizzolo y A. Rosetti (coords.), *¿Que veinte años no es nada! Un análisis crítico a veinte años de la reforma constitucional de 1994 en Argentina* (pp. 15-29). Buenos Aires: Eudeba.
- Interpretación constitucional: aspectos teóricos, metodológicos y prácticos. En G. Lariguet (comp.), *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas* (pp. 403-413). Córdoba: Cijis-UNC-Editorial Brujas.
- Svampa, M. y E. Viale (2014). *Maldesarrollo. La Argentina del extractivismo y del despojo*. Buenos Aires: Katz.
- Tushnet, M. (2010). *Why the constitution matters*. New Haven: Yale University Press.

El recorrido del (des)amparo colectivo en el ámbito federal

José María Salgado

1. Introducción

Los días 11, 12 y 16 de agosto de 1994 la Convención Nacional Constituyente debatió en torno al artículo 43, que incluía la acción de amparo, el hábeas data y al hábeas corpus.¹ El texto, originado en la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías, proponía la incorporación de esos procesos al plexo constitucional. El nuevo artículo que se incorporaría a la Constitución Nacional ampliaba la base de garantías, derechos y procesos constitucionales existentes e incluía, en su segundo párrafo, una novedad absoluta en la legislación: el amparo colectivo.

Trazar un análisis de los veinticinco años que pasaron desde aquel momento, para hacer referencia a las deudas y promesas incumplidas, impone establecer qué era lo que esperaban los constituyentes, cuál era el perfil de la garantía que constitucionalizaban, qué fue lo que sucedió después, y cuál es la situación actual de los derechos de incidencia colectiva y las vías para tutelarlos.

2. La Convención Constituyente

¿Qué fue lo que se habló en la Convención Nacional Constituyente? Para elaborar y caracterizar una síntesis de los argumentos que se abordaron, toma-

1. Orden del Día N° 9.

ré aquellos pasajes más significativos de algunas de las intervenciones de los convencionales, lo que permitirá tener un panorama de la concepción que se tenía en ese entonces de la temática.

En la primera sesión, luego de referirse al amparo individual y su recorrido histórico, el convencional Rodolfo Alejandro Díaz señaló:

Este tema fue el que generó una de las más ricas discusiones en la comisión y varias posiciones brillantemente argumentadas por los distintos señores convencionales. Además, es un tema muy vivo y presente en la discusión doctrinaria de las ciencias del derecho, pero asumimos, quienes suscribimos el dictamen, que el desarrollo científico de estos nuevos temas no está aún terminado ni maduro; está muy vivo y es muy estimulante su discusión. Además, aunque no está maduro el proceso de desarrollo de la expansión de la tutela del amparo como para darle jerarquía constitucional, la comisión –tomando en cuenta la enorme cantidad de proyectos presentados– propone la fórmula que significa un avance importante en la constitucionalización de la tutela. No limita las posibilidades sino que expande de un modo determinado y específico la oportunidad de acceder a esta tutela.

Aunque quizá no valga la pena, reitero que este segundo párrafo del dictamen no limita el derecho reconocido a toda persona, como se estipula en el primero.

Luego habló el convencional Eduardo S. Barcesat, quien vinculó las nuevas garantías con los derechos humanos y su universalidad como algo distinto a la defensa de lo individual:

Es decir, cuando se trata de derechos económicos, sociales y culturales no basta con imponer al Estado y a las particulares obligaciones de no hacer, de abstenerse o de interferir. Hay una obligación mayor que la de imponer, y es la del resultado. Esa obligación es decir que cuando un Estado nacional ratifica un pacto está adquiriendo no solamente el compromiso de no interferir en el goce efectivo del derecho, sino que está comprometiendo el resultado. Y ese resultado es para todos y es exigible, porque de lo contrario no sería un derecho, sería una monserga moral, un compromiso ético o una remisión a lo imaginario, pero no sería un derecho.

Blanca Lelya Roque centró el objeto de lo colectivo en el medio ambiente:

Se ha dicho que la acción de amparo es la madre de todas las libertades, y como tal, queremos consagrarla de la misma manera y con la misma convicción que

hemos tratado estos nuevos derechos que han nacido en una trama compleja en nuestras sociedades contemporáneas, así como también de las relaciones de distinta naturaleza que se generan en el seno de la sociedad.

Por estos motivos, los beneficios de esta acción se extienden a los derechos que protegen al ambiente, como medio y factor de vida y a causa de su permanente degradación se ha formado en la sociedad la conciencia acerca de la necesidad de cuidarlo.

Hilda Norma Ancarani le dio un cariz más amplio y advirtió diferencias en la legitimación:

Además, el proyecto contempla la procedencia de esa acción contra cualquier forma de discriminación, como medio de protección de los derechos de incidencia colectiva, como son, por ejemplo, el medio ambiente, la competencia, el usuario y el consumidor, que están expresamente consagrados en esta Constitución y respecto de los cuales se hace dos tipos de legitimación: la personal, que se refiere a todo habitante, y la especial procesal, que habla, por ejemplo, del Defensor del Pueblo o de las asociaciones que propendan a estos fines.

María de las Mercedes Elordi, con una mirada más restrictiva, señalando los abusos a que la herramienta –suponía– daría lugar y cuestionando la legitimación de las asociaciones, se opuso a su inclusión, alertó sobre la proliferación de los reclamos y su uso abusivo:

Una mención especial corresponde realizar en relación con los derechos de incidencia colectiva consignado en el dictamen de mayoría. Pregunto, ¿qué son los derechos de incidencia colectiva? ¿Cuál es el alcance de los mismos? ¿Quién podrá calificarlos como tales? En su enumeración taxativa, si lo es, ¿cuál es la norma que los provee?

Como no he encontrado respuesta a tales interrogantes, no dudo en afirmar que tal mención no es propia de un texto constitucional.

Juan Schroder respondió a la intervención anterior centrándose en la defensa del medio ambiente, en la legitimación popular para el ejercicio del reclamo y en los intereses económicos involucrados en este tipo de procesos:

Hace instantes, una señora convencional preguntaba cuáles eran estos derechos. Aunque es una cuestión tan obvia, la voy a explicar. Lo importante es destacar quiénes son los que no quieren que imperen estos derechos, que son los mismos que siguen hablando de la industria de los juicios. Quien dice esto toma una posición totalmente hipócrita, porque no se puede avanzar a contra-mano de lo que señalan los principales documentos a nivel internacional, por ejemplo, la Carta Mundial de la Naturaleza en su principio 23 y la Declaración de Río en su principio 10.

Humberto Quiroga Lavié esclareció que no existía tal acción popular y asimiló la especie regulada a los derechos públicos subjetivos:

Quiero manifestar al señor convencional preopinante que a raíz de negociaciones entre los distintos bloques se suprimió del segundo párrafo la acción popular de los derechos colectivos. Este concepto implica colocar a los derechos de los damnificados en acción con relación a la protección de los derechos colectivos. En definitiva, la sustitución de la palabra “también” en el segundo párrafo no debe implicar que el titular damnificado como consecuencia de encontrarse afectado un derecho colectivo no puede iniciar la acción en razón de la utilización del amparo de los derechos individuales previstos en el primer párrafo.

Sé que hay una disidencia en el entendimiento de cuál es el carácter del derecho o interés legítimo en cabeza de cualquier ciudadano para proteger no sus propios derechos sino los derechos colectivos. Virtualmente, es la inclusión de la acción popular que figuraba en mi proyecto.

Iván José María Cullen defendió la legitimación que se le reconocía a las asociaciones y su representatividad:

En cuanto al problema de las entidades intermedias –recojo aquí lo dicho por el señor convencional Schroder, del Frente Grande– hay que tener presente que esto no debe llevarnos a ninguna preocupación. Las entidades intermedias que se dedican a la defensa de este tipo de derechos tienen un gran desenvolvimiento en el mundo y, fundamentalmente, en los Estados Unidos. Son canales idóneos de participación de la gente, que encuentra a través de ellas la protección de las minorías discriminadas o la de estos derechos de incidencia colectiva. Tanto es así, que en los Estados Unidos –bien lo saben los señores convencionales– estas entidades suelen con mucha frecuencia tener una participación activa, incluso

dentro de la Corte, cuando se van a resolver temas que afectan los intereses que ellas pretenden tutelar. Una de ellas es *Amicus Curiae*.

Juan Pablo Cafiero se refirió a la extensión de la legitimación que se estaba reconociendo:

Entendemos que se ha logrado un avance muy importante en lo que hace a la forma en que el amparo está expuesto en el texto del dictamen de mayoría. No obstante, falta una precisión en el segundo párrafo en lo que se refiere a la legitimación de su presentación porque si bien con la fórmula del primer párrafo podría llegar a entenderse que frente a los intereses difusos o colectivos toda persona está habilitada y legitimada para interponer la acción de amparo, no queda claro cuando el segundo párrafo termina diciendo que podrán hacerlo el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a los fines de evitar cualquier forma de discriminación y a la protección de derechos colectivos que protegen el medio ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, etcétera. Por eso es que solicitamos —ya lo han dicho varios señores convencionales— la posibilidad de que la redacción incluya la palabra “también”, de manera que los párrafos primero y segundo pueden articularse en una misma línea de protección del acceso a la Justicia.

Nos parece que el hecho de que sean solamente el Defensor del Pueblo y las asociaciones las habilitadas para interponer acciones de amparo en protección de derechos colectivos, constituye un recorte importante e incluso un retroceso en lo que la Justicia ya ha reconocido, y lo sigue haciendo, cuando se presentan particulares a reclamar y a pedir el amparo de los jueces ante actos de la administración pública en contra de los derechos garantizados por la Constitución y las leyes.

Eduardo S. Barcesat tomó nuevamente la palabra para defender la legitimación del afectado:

Pero suprimir la legitimación del particular damnificado francamente sería una especie de novedad trágica para el derecho, por cuanto ese particular damnificado —que es el primer interesado— no podría interponer la acción de amparo en caso de tratarse de un derecho colectivo o difuso que le afectare personalmente. Ello resultaría absolutamente incongruente y, por otra parte, ni el Defensor del Pueblo ni las entidades o asociaciones que se creen pueden tener la representación y extensión territorial necesarias para tutelar estos derechos. Ello significaría dejarlos sin ninguna forma de protección jurisdiccional. En consecuencia, solici-

tamos que se recuerde el correcto criterio adoptado por nuestra Corte Suprema que dijo que cuando se trata de un derecho difuso o pluripersonal el primero que lo ejerce lo agota, con lo cual se evita la hipótesis muy fantasiosa de que hubiera una industria de pleitos por invocación de un mismo derecho lesionado.

Alberto M. García Lema explicó un poco más la legitimación del afectado:

Señor presidente: el sentido de agregar la expresión “el afectado” es hacer explícita una circunstancia obvia, porque afectado supone siempre la existencia de una lesión o daño que perturba a una persona. Por lo tanto es una condición general de nuestro sistema jurídico permitir el ejercicio de las acciones a personas que sufren una lesión o daño en sí mismas. La aclaración del afectado, a mi juicio, responde a esa condición.

Juan Carlos Hitters se refirió a los efectos que podía deparar el ejercicio de la acción por uno de los afectados en relación con el resto:

Quiero evitar que quede en las actas algo que a mi criterio es un error. Un señor convencional expresó que hay jurisprudencia firme y que el primero que ejerce esta acción en el caso de los intereses difusos agota el hecho. A mi juicio eso es equivocado. Por ejemplo, si un río está afectado y un ribereño pierde el juicio, no agota la acción, no hace cosa juzgada y el vecino puede iniciar otra acción. Es importante que esto quede claro.

Gelli explica que, aunque en el dictamen de la Comisión de Redacción, en el despacho de la mayoría de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías se hablaba de particular damnificado y –originariamente– no se incluyó al afectado como sujeto legitimado para accionar, fue por la insistencia de varios convencionales que se logró, finalmente, su incorporación, aunque sin disipar las dudas respecto a su alcance (Gelli, 2004: 396). En efecto, para la elaboración del texto se tomó el proyecto del convencional Rodolfo C. Barra, y quienes insistieron fueron Barcesat, Schroder y Cullen (Quiroga Lavié, 1998: 211).

Como síntesis de lo que constituiría la “promesa” formulada en la Constitución reformada, podría decirse que se vislumbraba la incorporación de los derechos de incidencia colectiva en el marco del amparo, sobresaliendo ciertos aspectos que despertaron mayor interés: i) en cuanto al objeto de tutela,

universalidad, derechos humanos, medio ambiente, consumo y derechos públicos subjetivos; ii) en cuanto a la legitimación, la amplitud y extensión para reclamar, llegando a contemplar –aunque descartándola– la acción popular; iii) lo tocante a lo problemático de los efectos de las decisiones en procesos de este tipo; iv) que se trataba de una novedad que necesitaba maduración y desarrollo y v) también se alertó sobre eventuales abusos con su utilización y gran interés de los sectores de poder en su eventual instauración.²

3. El Congreso Nacional

Lo esperable era que, luego de la sanción de la reforma de la Constitución Nacional, el legislador tomara la cuestión novedosa y brindara los mecanismos necesarios para poder realizar los mandatos de los constituyentes. Hasta el momento en que se escriben estas líneas nada de ello ha sucedido en el Congreso de la Nación (Verbic, 2014).

Alrededor de treinta proyectos de ley fueron ingresados en la Cámara de Diputados³ y cerca de una decena en la Cámara de Senadores.⁴ Solo un proyecto, el 6234-D-2018, del diputado nacional José Luis Ramón, obtuvo dictamen favorable con modificaciones en la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, el 23 de octubre de 2018, y llegó a ser tratado en el recinto el 15 de mayo de 2019. Ese día, su presentante propuso remitirlo nuevamente a la Comisión referida a efectos de brindar mayor información sobre sus alcances por los cuestionamientos que había tenido.

Hay dos leyes que se refieren a los derechos de incidencia colectiva desde sus ámbitos de aplicación específicos que deben ser mencionadas. La Ley de Defensa del Consumidor (LDC N° 24240), sancionada antes de la reforma

2. La temática se enrola entre los nuevos derechos y actores de poder generados en la Reforma cuyo funcionamiento y convivencia con los antiguos derechos no fue ni reglada, ni resuelta por la Constitución Nacional (Gargarella, 2015).

3. 3429-D-2005; 3698-D-2005; 1607-D-2007; 2199-D-2009; 4776-D-2009; 6010-D-2009; 5996-D-2010; 6442-D-2010; 2540-D-2011; 4033-D-2011; 4055-D-2011; 2748-D-2012; 538-D-2013; 7200-D-2013; 153-D-2014; 1045-D-2014; 826-D-2015; 4527-D-2015; 6158-D-2015; 585-D-2016; 5356-D-2016; 7798-D-2016; 345-D-2017; 2710-D-2017; 2847-D-2017; 573-D-2018; 1610-D-2018; 3599-D-2018; 5463-D-2018 y 6234-D-2018.

4. S-1095/00; S-1412/09; S-1496/09; S-1786/09; S-3396/10; S-18/11; S-1045/11; S-204/11; S-1468/12; S-66/13; S-1909/14; S-38/15 y S-3716/16.

constitucional y modificada en el aspecto en estudio mediante la Ley N° 26361, contiene algunas previsiones relativas a la legitimación y al alcance de la cosa juzgada; la Ley General del Ambiente (LGA N° 25675), posterior a la reforma constitucional, también contiene especificaciones en torno a la legitimación, la cosa juzgada y otros aspectos del trámite. En ambos casos, se trata de regulaciones procesales invertebradas que no logran dar respuesta a la innumerable cantidad de cuestiones que este tipo de litigio involucra. La regulación aislada y fragmentaria repercute negativamente en su aplicación práctica y la ausencia de un sistema genera más incertidumbre que certezas.

4. El avance en la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Entre los tres poderes constituidos, en un recorrido discontinuo —con avances y retrocesos—, el que más y mejor se ocupó de atender las necesidades de los procesos colectivos fue la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Históricamente se sindicó como antecedente en el que nació el “amparo colectivo” al caso “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo”,⁵ anterior a la reforma constitucional de 1994, con el que se otorgó operatividad al derecho de rectificación, respuesta o réplica a quien alegara haber sido lesionado en sus sentimientos religiosos (Quiroga Lavié, 1992; Santiago, 2014).

El máximo tribunal, en un primer período posterior a 1994, que duró alrededor de doce años, emitió numerosos fallos referidos de modo lateral al abordaje procesal de los derechos de incidencia colectiva, reconociendo o denegado la legitimación a los sujetos habilitados en la Constitución Nacional, dando cuenta de ciertos efectos de la cosa juzgada, aunque sin definir el sistema bajo el cual se abordarían los conflictos colectivos. En esta etapa es difícil hablar de una doctrina jurisprudencial clara, consecuente y estable. En ese tiempo, la ausencia de referencias en la legislación hacía que solo se pudieran hilvanar especulaciones sobre el devenir futuro del instrumento (Salgado, 2010).

5. Allí, la Corte sostuvo que “a diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio y exclusivo, en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva”, del considerando 25, CSJN, (07/07/92), “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo”, *Fallos* 315:1492.

Recién hacia el año 2006, comienza la construcción del caso colectivo mediante el dictado de varios fallos, entre los cuales el más resonante fue “Mendoza”. En ellos abordó la cuestión con vocación docente, llegando a explicar cuáles eran las especies de derechos tutelables en el ordenamiento jurídico argentino.⁶ Fundamentalmente, la CSJN deslindó los derechos individuales de los colectivos y, entre estos últimos, diferenció los individuales homogéneos de los difusos.

Con el tiempo, fue la tesis de Lorenzetti la que esquematizó el sistema de derechos en tres dimensiones: i) los derechos individuales, ii) los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y iii) los derechos individuales homogéneos. En “Mendoza”, en su voto particular, definía a los primeros como aquellos bienes jurídicos individuales ejercidos por su titular, a los segundos, los derechos colectivos, como aquellos que tienen por objeto un bien colectivo, perteneciente a toda la comunidad, indivisible y que no admite exclusión alguna. Los derechos individuales homogéneos, finalmente, fueron conceptualizados como aquellos en los que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, pero en los que existe un hecho, único o continuado, que provoca la lesión de todos ellos y, por lo tanto, es identificable una circunstancia fáctica o normativa homogénea.

El tribunal terminó de perfilar cuál era el modelo escogido para la tutela de los derechos de incidencia colectiva en el caso “Halabi”⁷ y lo ha mantenido hasta el presente. Podríamos decir que, así como hace más de seis décadas con los casos “Siri”⁸ y “Kot”⁹ creó el amparo individual contra actos u omisiones del Estado o de particulares, con “Mendoza” y “Halabi” sentó las bases del tipo de proceso colectivo escogido como mecanismo de tutela de esa clase de

6. CSJN, (20/06/06), “Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros”, M. 1569. XL; (26/09/06), “Monner Sans, Ricardo c/ Fuerza Aérea Argentina s/ amparo”, DJ, 2006-3-654; (31/10/06), “Ministerio de Salud y/o Gobernación”, *Fallos* 329:4741; (31/10/06), “Mujeres por la Vida. Asociación Civil sin Fines de Lucro -filial Córdoba- c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, *Fallos* 329:4593; (31/10/06), “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones resol. 2629/99 s/ amparo ley 16986”, *Fallos* 329:4647; 26/6/07, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional”, *Fallos* 330:2800 (Salgado, 2007)

7. CSJN, (24/02/09), “Halabi, Ernesto c/ P. E. N. - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”. *Fallos* 332:111.

8. CSJN, (27/12/57), “Siri, Angel s/interpone recurso de hábeas corpus”, *Fallos*, 239:382.

9. CSJN, (05/09/58), “Kot, Samuel S. R. L. s/recurso de hábeas corpus”, *Fallos* 241:291.

derechos. En el considerando 20 del fallo, encontramos los elementos salientes de la elección formulada por la Corte:

la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.

Luego esta línea jurisprudencial fue profundizada en una creciente e incesante serie de pronunciamientos: *Thomas*;¹⁰ *Cavalieri c/ Swiss Medical S. A.*;¹¹ *PADEC c. Swiss Medical S. A.*;¹² *Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S. A.*;¹³ *Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica de Argentina*;¹⁴ *Consumidores Financieros c/ Banco Itaú*;¹⁵ *Consumidores Financieros c/ La Meridional*;¹⁶ *Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S. A. s/ amparo*;¹⁷ *Defeinder c/ Telefónica de Argentina*;¹⁸ *Universidad Nacional de Rosario c/ Entre Ríos*;¹⁹ *Kersich c/ ABSA*;²⁰ *Unión*

10. CSJN, (15/06/10), *Fallos* 333:1023.

11. CSJN, (26/06/12), *Fallos* 335:1080.

12. CSJN, (21/08/13), *Fallos* 336:1236.

13. CSJN, (06/03/14), *Fallos* 337:196.

14. CSJN, (06/03/14), "Unión de Usuarios y Consumidores C/ Telefónica de Argentina S. A. s/ sumarísimo", U. 56. XLIV.

15. CSJN, (24/06/14), *Fallos* 337:753.

16. CSJN, (24/06/14), *Fallos* 337:762.

17. CSJN, (23/09/14), *Fallos* 337:1024.

18. CSJN, (27/11/14), "Asociación Civil Defeinder y otros c/ Telefónica de Argentina S. A. s/ Proceso de conocimiento", A. 803. XLVI. RHE.

19. CSJN, (11/12/14), *Fallos* 337:1447.

20. CSJN, (02/12/14), *Fallos* 337:1361.

de Usuarios y Consumidores c/ Banco de Entre Ríos;²¹ ASSUPA c/ YPF S. A.;²² Asociación De. Fe. In. Der. c/ Instituto Nacional Serv. Sociales para Jubilados y Pensionados;²³ Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra;²⁴ García c/ PEN;²⁵ Consumidores Financieros c/ Nación Seguros;²⁶ Protecc. Ambiental Río Paraná c/ Carboquímica;²⁷ Consumidores Financieros Asoc. Civil c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S. A.²⁸ Dentro de la numerosa cantidad de fallos –cuya enumeración no pretende ser exhaustiva–, el máximo tribunal fue abarcando diversas cuestiones: la competencia, la legitimación, la gratuidad en el acceso, la conexidad entre los procesos, la conformación, homogeneidad y representatividad del grupo, etc. Se trata de distintos aspectos relativos al trámite del proceso colectivo que de ningún modo abarcan la totalidad de las cuestiones involucradas, sino que van dando respuestas esporádicas y necesarias a lo que cotidianamente se suscita en los tribunales.

Lo central de la actividad de la CSJN, sobre lo que mayormente nos detendremos en el análisis, fue la elección de un mecanismo concreto, entre varios posibles que se podrían haber delineado. En muchos países europeos –por poner ejemplos– se ha seguido, mayormente, una matriz no representativa.²⁹ Se sigue lo que se conoce como el mecanismo *opt-in*, en el que se confía en un sujeto al que se considera representativo de los intereses del grupo, y se espera la adhesión de los involucrados al litigio que él gobernará. Es decir, se han legislado modalidades tales como las demandas adhesivas, los recursos repetitivos, los casos modelo y/o los precedentes formalmente vinculantes,

21. CSJN, (30/12/14), “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Nuevo Banco de Entre Ríos S. A. s/ ordinario”, U. 10. XLIX. REX.

22. CSJN, (30/12/14), “Asociación Superficialarios de la Patagonia c/ YPF S. A. y otros s/ daño ambiental”, A. 1274. XXXIX. IN2.

23. CSJN, (10/02/15), Fallos 338:29.

24. CSJN, (10/02/15), Fallos 338:40.

25. CSJN, (10/03/15), “García, José y otros c/ PEN y otros s/ amparo ley 16.986”, CSJ 004878/2014/CS001.

26. CSJN, (24/11/15), Fallos 338:1344.

27. CSJN, (29/03/16), “Asociación Civil Protecc. Ambiental del Río Paraná Ctról. Contam. y Restauración del Habitat y otro c/ Carboquímica del Paraná y otro s/ amparo”, CSJ 003570/2015/CS001.

28. CSJN, (10/07/18), COM 56581/2008/CS1.

29. Son los casos de Italia, Alemania, Francia e Inglaterra.

resultando esencial que cada uno de los miembros del grupo exprese su voluntad para poder agregarse a los resultados de ese proceso colectivo.

El sistema escogido por la CSJN, en cambio, es el que se denomina *opt-out*, o de pretensión representativa, que encuentra su arquetipo más desarrollado en la Regla 23 del derecho federal de los Estados Unidos. El eje de este mecanismo se centra en que una persona –legitimada extraordinaria o por vía legal– representa los reclamos o defensas del grupo sin que sea necesario que sus integrantes concurren personalmente al pleito ni expresen su voluntad para quedar incluidos en aquel; por el contrario, solo deberán formular tal petición para apartarse, en los casos en que el objeto del proceso lo permita –v. gr. derechos individuales homogéneos–. La representación adecuada es el modo en que ese legitimado extraordinario se “autopostula” como el portador de la voz del grupo en conflicto y, bajo un riguroso control de sus condiciones, a efectos de garantizar la eficaz tutela de todos los derechos comunes, le hace extensivas las consecuencias de ese proceso (Gidi, 2004; Oteiza, 2006; Giannini, 2007; Verbic, 2007; Meroi, 2008; Salgado, 2011).

En este punto, deben notarse varios aspectos: i) la reforma constitucional, al incluir los derechos de incidencia colectiva, perfilándolos como una especie tutelable a través de la “acción de amparo”, no indicó qué tipo de dispositivo procesal era aplicable. El tiempo, el estudio y los casos dieron cuenta de que no se trataba de algo rápido y expedito, como fue la matriz de los casos “Siri” y “Kot”, y que por la complejidad de las discusiones que en su marco se llevaban a cabo había que tomar otros recaudos; ii) la lectura del artículo 43, párrafo segundo, de la Constitución, deja además otras enseñanzas, que indican que lo postulado en el texto no es limitante de otras vías para tutelar los derechos de incidencia colectiva, sino una base o piso de garantías disponibles y, como sucede con los sujetos legitimados en la LDC y en la LGA, puede estructurarse la modalidad que se considere más eficaz de acuerdo a los objetivos deseados; iii) la CSJN eligió una opción de tutela específica, que no solo no es mencionada por la Constitución Nacional, sino que hasta su introducción pretoriana era ajena a nuestro sistema procesal por provenir del *common law* y que iv) el camino escogido no limita ni se contrapone con la eventual pero posible imbricación, por vía legislativa, de sistemas *opt in* y *opt out*, que sin dudas lo harían más completo y eficaz. Aunque no abordaré aquí el argumento, no creo que se trata de propuestas antagónicas que no puedan

convivir, como tampoco creo que sean sustitutos; pienso que son herramientas cuya disponibilidad es necesaria, y que pueden resultar más o menos útiles de acuerdo al conflicto que se desee abordar (Salgado, 2019).

5. Otros instrumentos creados por la CSJN

En esta última década continuaron los avances de la CSJN, tanto en materia de decisiones jurisdiccionales, como en la creación de herramientas que, directa o indirectamente, dan apoyo a la tarea que debe hacerse en un proceso de estas características.³⁰

Mediante las acordadas N° 28/2004, 14/2006 y 7/2013 se incorporó la figura de los *amicus curiae*,³¹ que fueron definidos como actores sociales convocados a los litigios para pluralizar y enriquecer el debate constitucional, y así fortalecer la legitimación de las decisiones jurisdiccionales dictadas por la CSJN en cuestiones de trascendencia institucional.³² El artículo 2 de la Acordada (Ac.) N° 7/13 indica que

El Amigo del Tribunal deberá ser una persona física o jurídica con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito. En el primer capítulo de su presentación fundamentará su interés para participar en la causa y deberá expresar a qué parte o partes apoya en la defensa de sus derechos, si ha recibido de ellas financiamiento o ayuda económica de cualquier especie, o asesoramiento en cuanto a los fundamentos de la presentación, y si el resultado del proceso le representara –directa o mediatamente– beneficios patrimoniales.

La Corte decidirá en qué casos la actuación de los *amicus* resulta necesaria y su actuación tendrá

30. En lo tocante al tratamiento de los conflictos de política pública y justicia dialógica, véase Gargarella (2014) y Salgado (2015).

31. Ya en los debates de la Convención Nacional Constituyente de 1994 se había hablado de los *amicus curiae* al debatir sobre el artículo 43 de la Constitución Nacional.

32. Acordada N° 7/2013 de la CSJN.

por objeto enriquecer la deliberación en cuestiones institucionalmente relevantes, con argumentos fundados de carácter jurídico, técnico o científico, relativos a las cuestiones debatidas. No podrá introducir hechos ajenos a los tomados en cuenta al momento de trabarse la litis, o que oportunamente hayan sido admitidos como hechos nuevos, ni versar sobre pruebas o elementos no propuestos por las partes en las etapas procesales correspondientes (art. 4, Ac. N° 7/13).

Las audiencias públicas ante el máximo tribunal fueron reglamentadas mediante la Acordada N° 30/07, también con la finalidad de

eleva la calidad institucional en el ámbito del Poder Judicial y profundizar el estado constitucional de derecho vigente en la República [...] permitirá poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza este Tribunal.³³

Se previeron tres tipos de audiencias: informativa, conciliatoria y ordenatoria, que podrán ser convocadas con el voto de tres de sus integrantes. En la asistencia a las audiencias se dará prioridad para participar a las partes y a quienes ellas designen, también al público en general en la medida de las capacidades de la sala. Los jueces podrán interrogar libremente a los abogados, sin que ello implique prejuzgamiento. Las audiencias serán filmadas y grabadas, sus actas serán públicas y accesibles.

Con la Acordada N° 36/2009 se creó la Unidad de Análisis Económico, su función principal es brindar opiniones fundadas sobre los posibles impactos macroeconómicos que pudieran derivarse de las decisiones que adopte el alto tribunal en el ejercicio de su función jurisdiccional.

También se creó una Oficina de Justicia Ambiental, bajo la Superintendencia de la CSJN, que tiene entre sus funciones impulsar, coordinar y fortalecer la difusión de las decisiones e iniciativas vinculadas con la justicia ambiental a nivel nacional e internacional.³⁴

En línea más directa con la tutela transindividual, la CSJN creó el Registro Público de Procesos Colectivos (RPPC) radicados ante tribunales del

33. De los fundamentos de la Acordada N° 30/07.

34. Acordada N° 1/14.

Poder Judicial de la Nación, que funciona con carácter público, gratuito y de acceso libre, en el ámbito de su Secretaría General y de Gestión. La Corte invitó a los superiores tribunales provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires a suscribir convenios para compartir la información almacenada y facilitar el acceso recíproco e ilimitado a los registros respectivos.³⁵ El detonante de esta creación fue el fallo “Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S. A. s/ amparo”.³⁶ El caso versó sobre la medida cautelar innovativa solicitada por el intendente de Berazategui, consistente en la refacturación del servicio de cable prestado por la accionada a los usuarios del partido mencionado, de acuerdo a la aplicación de resoluciones de la Secretaría de Comercio Interior. Consistía, en términos prácticos, en una rebaja en el abono y en el mantenimiento del servicio en idénticas condiciones en tanto durara el proceso colectivo.

El voto mayoritario, suscripto por Lorenzetti, Fayt y Maqueda, señaló que no se ponderó adecuadamente la incidencia que tenía en el pleito la medida cautelar dictada en otra causa, en la que se debatía una cuestión sustancialmente análoga y en la que se dispuso que la Secretaría de Comercio Interior debía suspender la aplicación de una resolución que en el presente caso invocaba la actora. El resultado era que se superponían los efectos de medidas cautelares dictadas en procesos colectivos de distintas jurisdicciones, con sujetos diferentes, pero vinculadas a una causa común y homogénea. Por esta razón, la Corte consideró la necesidad de adoptar pautas mínimas e indispensables de prelación para que se evitasen pronunciamientos contradictorios sobre una misma cuestión. En virtud de lo dicho, y por advertir el incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provenían de diferentes tribunales del país, el dispendio jurisdiccional que ello provocaba, el riesgo cierto de que se dictasen sentencias contradictorias, la objetable multiplicación de acciones procesales con objetos superpuestos y que los referidos inconvenientes podrían provocar una situación de gravedad institucional, el tribunal estimó necesaria la creación de un Registro de Acciones Colectivas, donde deberían inscribirse todos los procesos de esa naturaleza que se tramitasen ante los tribunales del país. Pocos días después del fallo, dictó la Acordada N° 32/14, con la que acompañó como anexo el RPPC.

35. Acordada N° 32/14.

36. CSJN, (23/9/14), M. 1145. XLIX.

Es necesario señalar, como pauta conclusiva de este apartado, que los procesos colectivos, en todas sus formas, no es una actividad que la CSJN pueda afrontar con exclusividad, sino que lo esperable es que se tramiten en los tribunales inferiores. De tal modo, aunque la valoración de las innovaciones instrumentales sea positiva, es necesario también advertir que el uso de ellas debería extenderse para que cualquier juez con competencia de grado inferior pueda acceder cuando requiera de su auxilio.

6. El Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos

Dentro de las innovaciones producidas por la CSJN sobresale la Acordada N° 12/16, mediante la cual aprobó el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos (RAPC). Cuando fue creado, en octubre de 2014, pensaba que quizás fuera tiempo de analizar la posibilidad de delegar legislativamente la regulación de esos procesos en manos del alto tribunal; también consideraba, en aquel momento, que la creación del RPPC, sumado al deber de los jueces de informar e inscribir desde su radicación, así como una serie de presupuestos elementales en el trámite (evaluación de admisibilidad, identificación de la clase involucrada, la verificación de la condición de representante adecuado del legitimado, entre otros), reflejaba que la CSJN había encontrado el modo en que aquello que había señalado en sus fallos fuera llevado a la práctica por los jueces inferiores. En efecto, bajo el deber de informar se marcaba la línea de lo que –antes de comunicar– debía hacerse (Salgado, 2014).

En sus consideraciones y justificaciones para aprobar el RAPC, los tres magistrados que conformaban el tribunal en ese entonces –Lorenzetti, Maqueda y Highton– explicaron que el cumplimiento del deber de informar a efectos de evitar la inexorable frustración del sistema, evidenciaba un dispar cumplimiento por parte de los tribunales nacionales y federales; que no obstante la información brindada por el RPPC, se mantenían causas con pretensiones similares o idénticas tramitando ante distintos tribunales, lo que podría conducir a una situación de gravedad institucional por el dictado de sentencias contradictorias, el dispendio de recursos y la interferencia entre los casos por decisiones jurisdiccionales encontradas o superpuestas.

La CSJN consideró la experiencia acumulada, así como las consultas, aportes y sugerencias recibidas por los tribunales y los usuarios. Juzgó la necesidad de precisar algunos aspectos y fijar reglas que ordenaran la tramitación a fin de asegurar la eficacia práctica del RPPC, el logro de sus objetivos, y garantizar a la población un mejor servicio de justicia. En base a la preferencia temporal del tribunal previniente para asignar la competencia, justificó el dictado del RAPC para la definición de los criterios con que aquel principio se haría operativo.

Fundamentó sus atribuciones en los artículos 18 de la Ley N° 48, 10 de la Ley N° 4055 y 4 de la Ley N° 25488, que –según indicó– la autorizaban a dictar los reglamentos necesarios para el mejor funcionamiento de la justicia, para la ordenada tramitación de los pleitos, con tal de que no sean repugnantes a las prescripciones de la ley de procedimientos, a ejercer la superintendencia sobre las cámaras federales, los jueces de sección y demás funcionarios de la justicia federal y a dictar todas aquellas medidas que considere adecuadas para el mejor cumplimiento de los fines de la reforma procesal implementada en el año 2002.

Por ello dispuso que los tribunales nacionales y federales, en el marco de los procesos colectivos, debían ajustar su actuación a sus previsiones. A su vez, invitó a los superiores tribunales de justicia del país a celebrar convenios de colaboración mediante el acceso recíproco a la información y, además, fijó como límite de vigencia de la normativa creada el dictado de la ley regulatoria por parte del Poder Legislativo nacional.

En su regulación, acompañada en un anexo a la acordada, se estableció que regirá para las causas iniciadas a partir del primer día hábil del mes de octubre de ese año y excluyó aquellas referidas a la Ley N° 26675 –LGA– y aquellas que involucren a personas privadas de su libertad o que se vinculen a procesos penales.

Estipuló, entre los recaudos de la demanda, que debía precisarse: *En los procesos que tengan por objeto bienes colectivos*: a) el bien colectivo cuya tutela se persigue y b) que la pretensión esté focalizada en la incidencia colectiva del derecho. *En los procesos referentes a intereses individuales homogéneos*: a) la causa fáctica o normativa común que provoca la lesión a los derechos; b) que la pretensión se focalice en los efectos comunes y c) la afectación del derecho de acceso a la justicia de los integrantes del grupo involucrado. *En ambos casos se deberá*: a) identificar el colectivo; b) justificar la adecuada representación; c) indicar, de corresponder, los datos de la inscripción en el Registro Nacional de

Asociaciones de Consumidores; d) denunciar, con carácter de declaración jurada, si ha iniciado otra u otras acciones cuyas pretensiones guarden una sustancial semejanza y, en su caso, los datos de individualización, el tribunal donde se encuentran tramitando y su estado procesal y e) realizar la consulta al Registro Público de Procesos Colectivos respecto de la existencia de otro proceso en trámite cuya pretensión guarde sustancial semejanza e informar su resultado. De modo previo a dar traslado de la demanda, el juez, si lo cree necesario, puede pedir al RPPC los informes sobre procesos con objeto semejante; también está facultado para reconvertir en colectivas demandas iniciadas en clave individual.

Ante la existencia de juicios registrados con semejanzas sustanciales, se establece la remisión a efectos de concentrar ante el mismo juez, las causas o la comunicación de la resolución denegatoria. El juez que recibe el expediente, por su parte, deberá decidir si acepta la radicación o devolverlo con los fundamentos de la negativa, comunicando en ambos casos al RPPC. Se establece que solo serán apelables las decisiones que desestimen la remisión de la causa al tribunal donde tramita el proceso registrado, así como la decisión de rechazo del tribunal que lo recepta.

Una vez radicado el expediente, o ante la inexistencia de otro con semejanzas, el juez deberá dictar el auto de inscripción, dando cuenta de: 1. la identificación provisional de la composición del colectivo, con indicación de sus características o circunstancias que hacen a su configuración; 2. identificar el objeto de la pretensión; 3. identificar el sujeto o sujetos demandados y; 4. ordenar la inscripción del proceso en el RPPC. Esta decisión será irrecurrible. Inscripto el proceso colectivo, pudiendo el RPPC requerir aclaraciones, no podrá registrarse otro con sustancial semejanza y producirá la remisión a ese tribunal de todos aquellos procesos que presenten esa condición.

De acuerdo al RAPC, no puede darse curso a la demanda colectiva hasta tanto el pleito quede inscripto en el RPPC, recién entonces se dará traslado. Una vez contestada o vencido el plazo para hacerlo, conjuntamente con la decisión que resuelva las excepciones y antes de convocar a la audiencia preliminar, el juez deberá dictar el auto de certificación, ratificando o modificando lo dispuesto en el auto de inscripción y determinando la modalidad de comunicación a los integrantes del colectivo sobre la existencia del proceso. A su vez, toda decisión posterior relevante, como la certificación, la modificación del representante del colectivo, la alteración en su integración o el otorgamien-

to o levantamiento de medidas cautelares, deberá ser comunicada al RPPC. También aquellas que homologuen acuerdos, las sentencias definitivas y toda otra que, por la índole de sus efectos, lo justifique. Lo propio debe hacerse con las medidas cautelares dictadas antes de la radicación del proceso.

El RAPC otorga facultades a los jueces, en razón de la naturaleza de los bienes involucrados y los efectos expansivos de la sentencia, para tomar con celeridad todas las medidas que fueren necesarias a fin de ordenar el procedimiento. Idéntica actividad deberán adoptar cuando la vía prevista para el trámite –amparo, sumarísimo o cualquier otra– pudiera desnaturalizar el reclamo.

7. Facultades legislativas de la CSJN

¿Podría la CSJN emitir un reglamento de este tenor? Distintas cuestiones se encuentran comprendidas en lo dispuesto y en la lectura de los fundamentos dados por el tribunal, así como en las normas en las que se funda. El contexto que vengo describiendo en este trabajo me impide ser categórico en la negativa. No tengo dudas que lo ideal, para aventar todo cuestionamiento, hubiera sido la sanción de una ley. Sin embargo, la omisión imperturbable del Poder Legislativo es la que legitimó, antes que autorizó, a la Corte a avanzar en el desarrollo del proceso colectivo. En el momento en que se elaboró el RAPC habían transcurrido veintidós años de la reforma constitucional.

El alto tribunal, para emitir la Acordada N° 12/16, citó tres leyes. Una de ellas, la Ley N° 25488, en mi criterio en nada se vincula con el contenido del acto, pues se trata de la facultad para el dictado de medidas referidas a la reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación del año 2002. Las dos restantes, leyes N° 48 y 4055, tienen más de cien años de vigencia. La más antigua data de 1863, y fue sancionada en tiempos embrionarios de la organización nacional; la otra es de 1902, y se encarga de la organización de la justicia federal.

En ambos casos, las facultades conferidas son aquellas inherentes a todo poder público para su existencia y conservación, recursos propios para mantener y hacer práctica su autoridad, y toda la independencia necesaria para su organización interna (González, 2001: 555). Son reglamentarias a efectos del mejoramiento del servicio de justicia, mas siempre están supeditadas a las leyes procesales y, obviamente, al bloque de constitucionalidad. Indefectible-

mente su alcance ha quedado delimitado a las previsiones del artículo 113 de la Constitución Nacional, que faculta a la Corte a dictar “su reglamento interior”, lo que implica su organización, gobierno y funcionamiento.

El RAPC, si bien contiene un gran número de disposiciones que sin duda caen dentro de las facultades referidas, en tanto ordena el funcionamiento de los tribunales, también incursiona en otras cuestiones que, evidentemente, son ajenas (recaudos para acceder a la jurisdicción, fijación de competencias, restricción de la apelabilidad, facultades de los jueces), o al menos admiten que dicha facultad sea puesta en duda. Sin embargo, como lo señalaré seguidamente, no creo que el análisis de este asunto pueda concluir aquí.

El sistema de registración y las reglas de actuación proveen —en los aspectos que se han ocupado— mayor previsibilidad y transparencia al litigio colectivo. Necesarias ambas para establecer correctamente una modalidad de tutela que no puede funcionar de un modo anárquico, donde sus protagonistas se ven impedidos de delinear una estrategia de trabajo, pues no saben cómo se desenvolverá la relación procesal ni cuáles serán sus consecuencias. Es claro que, a partir de esa realidad, se genera un círculo vicioso en el que los conflictos se multiplican a partir del propio intento por solucionarlos.

En una mirada en perspectiva, debo anotar otros elementos para completar el cuadro. La Corte, secuencialmente, ha ido efectuando distintas progresiones desde sus fallos, con la creación de instrumentos que coadyuvan al trámite de los reclamos colectivos, y ha instado al Poder Legislativo a que dicte la ley respectiva. El silencio mantenido por más de dos décadas en la legislación, que no deja de ser una respuesta, se presenta como una valla insalvable para la tutela de estos derechos. El tribunal puso en la agenda del Poder Legislativo la cuestión, en un intento de obligarlo a hacer lo que debería haber hecho hace mucho tiempo.

La Acordada N° 12/16 fue también una denuncia de los problemas diarios que enfrentan quienes operan con este tipo de reclamos, sean actores, demandados o magistrados. Brindó, de modo incipiente, certezas, pues fortaleció la credibilidad del sistema en tanto comenzó a poner claridad y transparencia en su funcionamiento, alejándolo de las clásicas y justas críticas de que ha sido objeto en las distintas latitudes donde el proceso colectivo tiene una mayor tradición.

En una ecuación ponderativa sobre las objeciones al actuar de la Corte, es necesario contemplar la apatía mostrada por el Poder Legislativo en la colaboración necesaria para que pueda desarrollar su función. El RAPC se presenta como una defensa de ciertos derechos que, de otro modo, estarían destinados a malograrse. También es una defensa del adecuado funcionamiento del Poder Judicial.

Se trata de un acto de gobierno de la CSJN que, en mi opinión, supera la crítica que podría realizarse —desde los distintos enfoques posibles—, cuando se valora el compromiso con la puesta en valor de derechos que, como queda marcado en este cuarto de siglo transcurrido, han merecido el ocultamiento sistemático del resto de los poderes del Estado.

8. La CSJN y el repliegue

La CSJN, luego de la sanción del RAPC, tuvo un repliegue en la amplitud con la que admitió los procesos colectivos. Se trata de dos casos vinculados al conflicto por los aumentos exponenciales de las distintas tarifas de servicios públicos.

8.1. Estándar oclusivo en los derechos individuales homogéneos

En agosto de 2016, en un caso referido a la tarifa del gas, el tribunal dictó sentencia en la causa “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo” (CEPIS).³⁷ Allí rechazó parcialmente la acción colectiva y dejó afuera de los beneficios de la decisión a gran parte del grupo (todos los usuarios “no residenciales”) inicialmente representado por los legitimados colectivos. Los residenciales, en cambio, se beneficiaron por la anulación del cuadro tarifario.

De las muchas cuestiones que se desprenden del fallo quiero resaltar la que, en mi opinión, debe ser considerada como un retroceso palmario en la

37. CSJN, (18/08/2016), “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, FLP 8399/2016/CS1.

evolución de la tutela colectiva, pues implica una restricción del ámbito en que puede ser utilizada. Se trata del argumento con el cual la CSJN hizo una disección transversal, sorpresiva e injustificada de la clase. Usó un cuestionable estándar, no previsto más que en su jurisprudencia, que la llevó a afirmar que los usuarios no residenciales del servicio no podían demandar en clave colectiva, dado que no se advertía que su derecho individual de acceso a la justicia estuviese cercenado.

No se trató de la primera vez que la CSJN utilizó dicho parámetro, que ya había sido postulado tibiamente en “Halabi” y reiterado en: “PADEC c. Swiss Medical S. A.”.³⁸ “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Prudencia Cía. Argentina de Seguros Grales. S. A. s/ Ordinario”,³⁹ en “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Amparo”⁴⁰ y en “Asociación de Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros”.⁴¹ La necesidad de justificar la dificultad en el acceso individual a la justicia fue

38. CSJN, (21/08/2013), *Fallos* 336:1236. Se consideró que era escaso el monto individual y la ausencia de incentivo habilitaba el planteo individual homogéneo.

39. CSJN, (27/11/2014), CSJ 161/2013 (49-C). Dijo que “las particulares características de la cláusula impugnada y las especiales situaciones en las que ésta opera permite sostener que las víctimas excluidas de la cobertura del seguro cuentan con incentivos suficientes para cuestionar de manera individual su validez, sin que resulte necesario que una asociación asuma la representación de su interés como forma de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva”.

40. CSJN, (10/02/2015), 000721/2007(43-A)/CS1, A. 721. XLIII. RHE. Dijo que “aun cuando pudiera sostenerse que, en el caso, el interés individual considerado aisladamente, justifica la promoción de demandas individuales, no es posible soslayar el *incuestionable contenido social del derecho involucrado* que atañe a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (Itálicas agregadas).

41. CSJN, (10/02/2015), A.566.XLVIII. Se consideró que “la reseña efectuada demuestra que el universo de situaciones y supuestos que la actora pretende abarcar en su demanda resulta excesivamente vasto y heterogéneo y, además, presenta singularidades que impiden resolver la cuestión planteada, útilmente y con efecto expansivo, en el marco de un único proceso”. Lo que llevó a la CSJN a concluir que no se configuraba un grupo relevante de consumidores para actuar en forma colectiva. En un fallo posterior se negó legitimación a la asociación actora por cuanto “debió cumplir de un modo razonable con la carga de precisar el grupo relevante de usuarios que, no obstante haber contratado como responsables inscriptos el servicio de la demandada, le otorgaron a este un destino compatible con el ámbito subjetivo previsto en el artículo 1° de la ley 24.240”. CSJN, (09/12/15), “Consumidores Libres Cooperativa Ltda. Prov. Serv. Acc. Com. c/ AMX Argentina (Claro)”, CSJ 1193/2012 (48-C)/CS1.

también delineada como un recaudo de la demanda por derechos individuales homogéneos en el RAPC.

En “CEPIS”, luego de considerar los recaudos de este tipo de procesos, la CSJN sostuvo que

por el contrario, el recaudo de estar comprometido seriamente el “acceso a la justicia” –cuyo cumplimiento, según se expresó en “Halabi” (*Fallos* 332: 111), resulta ineludible para la viabilidad de una acción colectiva que tenga por objeto la defensa de intereses individuales homogéneos– no se encuentra cumplido respecto de todos los miembros del colectivo cuya representación se pretende asumir [...] solo en relación al mencionado colectivo [los usuarios residenciales] cabe aquí presumir una posición de mayor vulnerabilidad frente al efectivo cumplimiento de la garantía constitucional señalada (considerando 13, 4º párrafo del precedente “Halabi” citado). A este respecto, el Tribunal ha resaltado en diversos precedentes la importancia del proceso colectivo como una forma de garantizar el acceso a la justicia, valor que cobra especial importancia en este supuesto toda vez que el costo que significaría demandar individualmente supera claramente el beneficio que cada uno de dichos usuarios podría obtener de la sentencia dictada en la causa respectiva. Una interpretación que restringiera a este grupo la posibilidad de demandar de manera colectiva en este caso equivaldría lisa y llanamente a negar efectividad a la tutela constitucional frente a un acto lesivo.⁴²

Sobre esas premisas se sostuvo también que

respecto del resto de los usuarios (no residenciales) no se ha demostrado, ni resulta de manera evidente de las constancias de autos, que el ejercicio individual de la acción no aparezca plenamente posible en atención a la entidad de las cuestiones planteadas [...]. Esta circunstancia impide tener por corroborada, con una certeza mínima, que se encuentre comprometida la garantía de acceso a la justicia que, conforme a la doctrina sentada en el precedente citado, resulta necesaria para habilitar la vía intentada respecto de tales usuarios, por lo que los efectos de esta sentencia no pueden alcanzarlos.⁴³

42. Considerando 12.

43. Considerando 13.

El criterio proveniente de la causa “Halabi” fue mantenido en los siguientes términos:

Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta.⁴⁴

Dividir una clase sobredimensionada para su manejo más funcional es algo posible en el marco de los procesos colectivos. Incluso algo necesario cuando –como lo señala el fallo– existen circunstancias heterogéneas entre sus integrantes. Empero, la mentada división que determina los alcances subjetivos del fallo, debe hacerse en la etapa preparatoria, es decir con la certificación (o con el auto de inscripción según la denominación que la propia CSJN le dio en el RAPC) y no en el momento del dictado de la sentencia. Se debe advertir que la concentración de ambos actos –esto es, definición del universo de sujetos comprendidos en la clase y la sentencia de mérito– impide el ejercicio del derecho de exclusión (*opt out*) que el mismo fallo refiere, y que conforma la estructura del debido proceso colectivo referido a derechos individuales homogéneos (Verbic y Salgado, 2016a).

De acuerdo al estándar enunciado por la CSJN, el acceso a los litigios colectivos quedaría delimitado del siguiente modo: los pequeños reclamos, aquellos por los cuales de ningún modo una persona siquiera imaginaría la posibilidad de instar un juicio individual, tienen garantizado el acceso. En estos casos se trata, muchas veces, de la única vía posible de acceso a la jurisdicción. La proce-

44. Considerando 13 del fallo CSJN, (24/02/09), “Halabi, Ernesto c/ P. E. N. - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, *Fallos* 332:111.

dencia de la tutela individual homogénea en los restantes casos, aquellos en los que se justifica que los titulares individuales motoricen sus pretensiones, queda supeditada a que exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por la materia de fondo en discusión o por involucrar el conflicto a sectores vulnerables.

La garantía de acceso a la jurisdicción no puede ser parcelada de ese modo, respondiendo a materias específicas o a sectores delimitados. ¿En muchos de los casos excluidos no se afectaba también el ejercicio de las acciones individuales? ¿No había pequeñas cooperativas, centros culturales, clubes de barrio y tantos otros usuarios “no residenciales” que no solo no demandarían, sino que probablemente dejarían de funcionar? Sea que se trate de personas vulnerables, sectores tradicionalmente postergados o débilmente protegidos, sea que se discutan cuestiones atinentes al ambiente, al consumo o a la salud, la estructura del conflicto individual homogéneo implica que en todos los casos puede afectarse el ejercicio individual de derechos ante la justicia.

La condición considerada relevante por la CSJN —la defensa del ejercicio individual de los derechos— para generar la pauta de acceso, que se presenta como excepcional, no se deriva de la materia o de las personas sino de la estructura ontológica del conflicto. Por ello, las premisas tenidas como elementos distintivos para la enunciación resultan irrelevantes.

Si se quiere razonar de modo inverso, tomando el sendero revelador de la reducción al absurdo, quienes defiendan el estándar deberían estar dispuestos a sostener que, en los casos citados en que se encuentren involucrados sectores relegados o vulnerables o materias específicas, estarían dispuestos a atropellar el ejercicio individual en pos de la vía colectiva. Evidentemente el razonamiento es falaz, pues lo que debe buscarse es un mecanismo idóneo que permita el ejercicio de la acción individual homogénea, olvidando esos condicionantes ficticios, sin mengua de la facultad individual de determinar su ejercicio diferenciado.

8.2. Restricción en la legitimación

En otra intervención, menos de un mes después, el 6 de septiembre de 2016, la CSJN se expidió en autos: “Abarca, Walter José y otro c/ Estado Nacio-

nal - Ministerio de Energía y Minería y otro s/ Amparo Ley 16.986”,⁴⁵ revocando, por unanimidad, la medida cautelar dispuesta por la Sala II de la Cámara Federal de La Plata, al considerar que no había “causa o controversia” que habilitara la intervención del Poder Judicial en los términos del artículo 116 de la CN y del artículo 2 de la Ley N° 27, habida cuenta de la falta de legitimación de los distintos actores que conformaban el polo activo de la relación procesal.

En el considerando 12 del fallo, cuando la CSJN comenzó a hilvanar la solución, hizo una pregunta liminar que consistía en dilucidar si los actores poseían legitimación, como presupuesto necesario para la existencia de un caso o controversia. Es a partir de este interrogante que el tribunal inició su derrotero dentro de un laberinto en el cual la salida sería, únicamente, la respuesta que deseaba obtener: desconocer la legitimación a los múltiples presentantes (Verbic y Salgado, 2016b).

El Defensor del Pueblo de la provincia de Buenos Aires podría carecer de legitimación –en base a los propios precedentes de la CSJN– para impugnar actos emanados de autoridades nacionales; sin embargo, es por demás cuestionable que el tribunal invalide un interinato concedido por la Comisión Bicameral del Defensor del Pueblo de la Legislatura de la provincia de Buenos Aires ante la acefalía del órgano provincial, cuando se trata de una cuestión de derecho público local que la CSJN no tiene competencia para revisar (Arballo, 2016). De ese modo, clausuró la primera voz habilitada para solicitar la tutela colectiva.

Al referirse a la legitimación de los miembros de la Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires, denegó la legitimación en base a una doctrina jurisprudencial asentada, que considero correcta. Les desconoce legitimación en tanto se pretende hacer valer el cargo que ostentan. Lo propio sucedió con el Partido Justicialista de la provincia de Buenos Aires. En ambos casos, se trata de supuestos respecto a los cuales no se ha reconocido una habilitación legal que los legitime de modo extraordinario. En este caso, sin embargo, merecía algún tipo de justificación denegar la legitimación de los diputados, no ya por esa condición, sino por haber sostenido ser afectados como usuarios y consumidores del servicio de energía eléctrica que, como se menciona al comienzo del fallo, fue esgrimida por ellos. Esta es una omisión grave y relevante que ex-

45. CSJN, (06/12/2016), “Abarca, Walter José y otro c/ Estado Nacional - Ministerio de Energía y Minería y otro s/ Amparo Ley 16986” (N° FLP 1319/2016/CS1).

cluye a otros eventuales legitimados colectivos. Se agudiza en tanto se trata del estudio de una medida cautelar que tenía una alta posibilidad de ser receptada.

En medio de una argumentación esquiva, que parece haber tomado solo los elementos procesales que mejor se orientaban al arribo de una decisión prefijada, al tribunal se le presentó como insalvable la situación del Club Social y Deportivo “12 de Octubre” en su carácter de usuario del servicio. Aquí, el fallo tomó un desvío no anunciado, poniendo en cuestión la representatividad adecuada del sujeto, ya que era innegable su legitimación. Reconocerla daba una respuesta positiva al interrogante liminar que el mismo tribunal propuso y que le impedía revocar —al menos por ausencia de legitimación— el pronunciamiento cautelar. Es otro defecto serio de argumentación que coadyuvó a plasmar un itinerario laberíntico sin ninguna salida que resguarde el debido proceso.

En el caso, la cuestión es relevante, puesto que la Ley N° 27098, que regula el Régimen de Promoción de los Clubes de Barrio y de Pueblo, les reconoce una tarifa social básica de servicios públicos. Es por ello que no se podía desconocer, al menos, el mantenimiento de la medida cautelar decretada para la clase, que bien podría estar compuesta por entidades comprendidas por la citada normativa. La medida cautelar podía ser mantenida, aunque se exigiera una mejora en las aptitudes del representante, aun sustituyéndolo por otro o, incluso, como se hizo en la causa CEPIS, delimitando los contornos de la clase de modo oficioso. Sobre todo si el propio RAPC faculta a los jueces a tomar las medidas que fueran necesarias a fin de ordenar el procedimiento.

Por último, pero no por eso menos importante, la CSJN no hizo mención alguna de la situación de una asociación de defensa del consumidor que estaba presentada en el expediente, y cuya intervención podría haber salvado el problema de legitimación y logrado, así, la configuración de un “caso” para tratar el fondo de la pretensión cautelar.⁴⁶

En suma, más allá de otras argumentaciones que podrían hacerse sobre el caso, la postura asumida por la CSJN quedó a la luz. La legitimación operó en este caso en su más profunda expresión política: como un instrumen-

46. Conforme se desprende del dictamen del Ministerio Público Fiscal (apartado VI), había una presentación de la Unión de Usuarios y Consumidores a fojas 567-600 que aparentemente no había sido proveída aún (ya que el dictamen se refiere con referencia a eso a que “todavía el universo de accionantes en el sub lite podría ser alterado”).

to discursivo que permite al Poder Judicial invocar la ausencia de “causa o controversia”,⁴⁷ y evitar así intervenir en ciertos asuntos sociales, económica y políticamente delicados. Máxime a menos de un mes del fallo “CEPIS”,⁴⁸ que perfilaba una respuesta en materia cautelar muy clara.

La línea de restricción al reconocimiento de la legitimación continuó en fallos posteriores. En “Asociación Sepa Defenderse c/ Secretaría de Energía de la Nación”,⁴⁹ también vinculado a las tarifas (gas), argumentando que la inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores es un presupuesto necesario para que aquellas puedan accionar, en virtud de la exclusión de la asociación actora de dicha nómina, carecía de virtualidad el conflicto de competencia suscitado. Lo que es equivalente a negar la legitimación de plano.⁵⁰ La referencia a la cita de los precedentes de la CSJN, por lo demás, no es correcta puesto que en el caso que se cita en la sentencia, se había considerado suficiente la inscripción en la Inspección General de Justicia y la consecuencia no debía ser que el proceso no pudiera continuar, sino que no pudiera subsanar una falla en la representatividad adecuada (Verbic, 2019).

En otros casos reiteró los límites a las demandas colectivas promovidas por los defensores del pueblo de distintas provincias, Buenos Aires,⁵¹ Chaco,⁵²

47. Debe notarse que se trata de cuestiones bien distintas. Aunque se hable de un argumento que no puede abordarse aquí, es claro que “caso” es aquel conflicto en el que los jueces se encuentran autorizados a intervenir y “legitimación”, en cambio, es la persona habilitada a efectuar el planteo. Por ello puede haber casos planteados por personas no legitimadas.

48. (Verbic y Salgado, 2016a).

49. CSJN, (26/12/18), FLP 39652/2014/CS1. Algo similar sucedió en un caso posterior en el que por la omisión de demostrar la inscripción del Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria (SUTPLA) en el registro especial para las asociaciones sindicales, se negó la posibilidad de encuadrar el reclamo relacionado con el abono de una retribución como una acción colectiva. CSJN, 7/3/19, “Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria SUTPLA y otro c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación”, CNT 55653/2012/1/RH1.

50. Citando el fallo CSJN, (27/11/14), “Asociación Civil Defeinder y otros c/ Telefónica de Argentina S. A.”, 803/2010(46-A)/CS1.

51. CSJN, (04/06/19), “Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires c/ Estado Nacional Argentino (Ministerio de Energía y Minera)”, FPL 28350/2017/CS1.

52. CSJN, (25/06/19), “Defensor del Pueblo de la Provincia del Chaco c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/ amparo colectivo”, FRE 4118/2016/CS1.

Corrientes⁵³ y Formosa⁵⁴ por considerar su falta de legitimación para cuestionar resoluciones dictadas por autoridades nacionales en materia de suministro de energía eléctrica, de gas y de peajes.⁵⁵

9. Final

He trazado, en los aspectos que considero más relevantes, la historia institucional del proceso colectivo en el ámbito federal. Es un devenir que se enrola en la emergencia y en la excepción permanente que rige nuestra cultura. Un punto de partida poco nítido, el debate constituyente, una larga y persistente omisión del legislador y su abordaje por vía de una creación pretoriana de los jueces para campear necesidades. En el contexto argentino, la excepción, aquello que sucede por una emergencia, de un modo diverso al previsto y por canales que no son los idóneos, hace mucho tiempo se ha convertido en la regla. La consecuencia lógica es la falta de un programa, la ausencia de sistematización, la primacía de la intuición sobre la razón y el análisis, también la omisión de muchas cuestiones necesarias para este tipo de estructura de abordaje de conflictos.

Pienso en la cantidad de necesidades sociales acumuladas –más allá de los derechos de incidencia colectiva– que han alcanzado un suficiente grado de madurez y han sido sometidas a un profundo debate, para luego no ser receptadas en el derecho vigente merced a algún obstáculo, ardid o zancadilla burocrática que hace naufragar el juego democrático y la representatividad legislativa. Su contracara es que convivimos con decisiones que llegan a nuestra realidad por caminos insospechados, por necesidad o imposición, pero sin el debate previo que las legitime.

La historia institucional del proceso colectivo prescinde del elemento central al que está destinado: el colectivo, las personas. Esas que por varias generaciones se han visto privadas de los beneficios de una herramienta de realización de derechos, que no han podido asistir a debates sinceros sobre su

53. CSJN, (25/06/19), "Vallejos Tressens, César A. c/ Estado Nacional Argentino s/ amparo ley 16.986", FCT 153/2016/CA1 - CS1.

54. CSJN, (25/06/19), "Defensoría del Pueblo de la Provincia de Formosa c/ Estado Nacional s/ amparo ley 16.986", FRE 402/2016/2/RH1.

55. Al hacerlo se remontó a sus precedentes de *Fallos* 329:4542, 340:745 y 341:1727.

utilidad, posibilidades y peligros. Ellas, nosotros, los distintos colectivos, los grupos, las clases, nos hemos convertido en objeto. Somos parte de la deuda de la última reforma constitucional. Debemos recuperar nuestra subjetividad y exigir las promesas incumplidas.

Bibliografía

Documentos:

Argentina. Convención Constituyente (1994). *Diario de sesiones*. Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación.

Artículos:

Arballo, G. (2016). De Defensores y Defensorías: la legitimación negada en la sentencia de la Corte sobre tarifas eléctricas en PBA. "Saber leyes no es saber derecho". Recuperado de <http://www.saberderecho.com/2016/09/de-defensores-y-defensorias-la.html>

Gargarella, R. (2014). El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. En R. Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires; Siglo XXI.

----- (2015). Breve balance de la reforma constitucional de 1994, 20 años después. *Pensar en derecho*, 3(5), 17-34.

Gelli, M. A. (2004). *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada*. Buenos Aires: La Ley.

Giannini, L. J. (2007). *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*. Buenos Aires: Librería Editora Platense.

Gidi, A. (2004). *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil, Un modelo para países de derecho civil*. México: UNAM.

González, J. V. (2001). *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, actualizado por H. Quiroga Lavié. Buenos Aires: La Ley.

Meroi, A. (2008). *Procesos colectivos, Recepción y problemas*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Oteiza, E. (coord.) (2006). *Procesos colectivos*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Quiroga Lavié, H. (1992) Ha nacido el amparo colectivo, con motivo del derecho de réplica. *La Ley*, 1992-D, 879.

----- (1998). *El amparo colectivo*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Salgado, J. M. (2007). La Corte y la construcción del caso colectivo. *La Ley*, 2007-D, 797.

----- (2010), *Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

----- (2011). *Tutela Individual Homogénea*. Buenos Aires: Astrea.

----- (2014). Clase, certificación y registro de procesos colectivos. *La Ley* 2014-E, 510,

----- (2015). El proceso colectivo y la política pública. Un sistema en construcción. *La Ley*, AR/DOC/1998/2015.

----- (2019). *Conflicto masivo y proceso*. (Ponencia). XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Juan. (inédito).

Santiago (h). A. (2014). *Historia de la Corte Suprema Argentina. El período de la restauración democrática*. Buenos Aires: Marcial Pons.

Verbic, F. (2007). *Procesos colectivos*. Buenos Aires: Astrea.

----- (2014). Apuntes sobre los procesos en trámite ante el Congreso de la Nación para regular la tutela colectiva de Derechos en la República Argentina. En J. M. Salgado (dir.), *Procesos colectivos y acciones de clase*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica.

----- (2019). Falta de representación colectiva sobreviniente. *La Ley*, AR/DOC/113/2019.

Verbic, F. y Salgado, J. M. (2016a). Un estándar inconstitucional para el acceso a la justicia. *La Ley*, 2016-E, 99.

----- (2016b). La legitimación colectiva en su laberinto. *La Ley*, AR/DOC/2859/2016.

Medidas de acción positiva para las personas con discapacidad

Juan Antonio Seda

1. Introducción

La reforma constitucional de 1994 ha tenido un impacto significativo en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad en la República Argentina. En primer lugar, porque incorpora expresamente la necesidad de legislar medidas de acción positiva para este colectivo. En segundo lugar, por la enunciación sobre la importancia de los tratados internacionales de derechos humanos, que si bien tenían una relevancia reconocida, se amplificó en esta reforma. Y, en tercer lugar, por la refundación y consolidación de la acción de amparo, que en materia de salud y específicamente en discapacidad, tuvo un gran impacto.¹

Las personas con discapacidad constituyen el quince por ciento (15%) de la población mundial, según el Reporte Global de la Discapacidad que elaboró la Organización Mundial de la Salud junto a otros organismos internacionales en el año 2010. Estas personas tienen una serie de demandas hacia los gobiernos y hacia la sociedad, que va desde la provisión de bienes básicos (salud, movilidad, alimentación), hasta otros más sofisticados (ámbitos de educación, socialización, recreación). En cualquier caso, imponen un desafío para las sociedades

1. Se suele hablar de “ampliación de derechos” aunque, quizás, la idea estaría mejor expresada a través de la noción de efectividad de los derechos enunciados y no como una “adición” de derechos. Los procesos legislativos que tuvieron lugar a partir de la segunda mitad del siglo XX han dado reconocimiento a los reclamos colectivos, articulando jurídicamente demandas sociales. Pero habría que entender a estos “derechos naturales” como realmente derechos históricos, construidos a partir de luchas por las garantías del individuo frente al Estado y a otros particulares (Bobbio, 1991).

democráticas que han incorporado en su legislación el reconocimiento a este grupo. Muy en particular, a aquellos Estados parte de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.² Las políticas públicas de los Estados democráticos deben, entonces, tener en cuenta estos reconocimientos jurídicos, que asumen la desigualdad estructural como un desafío y que obligan a elaborar formas de equiparación de oportunidades (Sen, 2004).

Ante el desafío de una desigualdad creciente en las sociedades contemporáneas, se desarrollaron diversas estrategias de legislación, retomando algunas nociones clásicas, como la de los estatutos y la justicia distributiva.³ Aquí intentaremos profundizar en los fundamentos de esta prioridad en la asignación de recursos para un grupo específico de la población. El sistema internacional de derechos humanos fue cobrando relevancia por diversos motivos, entre otros, la ilusión, todavía vigente, de brindar garantías individuales a todos los habitantes del planeta. Es inevitable señalar que, en nuestro país, se le prestó más atención a ese renacimiento de un humanismo global a partir de la jerarquización al rango constitucional de algunos instrumentos, que vino con la reforma constitucional de 1994. Por supuesto que la mayor jerarquía normativa de los tratados internacionales ya estaba contemplada en nuestro sistema jurídico antes de aquella reforma, pero esta reafirmación pudo ser, para algunos, un buen recordatorio. O sea que no podríamos asignar una relación de causa y efecto a dos fenómenos que son simultáneos, uno a nivel local y otro a nivel global.

Muchas de las normas del derecho internacional de los derechos humanos tienen una tendencia marcada hacia la declaración genérica de principios. Sería pertinente analizar si se justifica utilizar a los instrumentos legales como textos declarativos o si, en cambio, se debería tender a un equilibrio óptimo entre reglas y directrices, a efectos de lograr una real igualdad jurídica a partir de principios éticos pero con reglas que brinden certidumbre en la interpreta-

2. La República Argentina ratificó este tratado internacional de derechos humanos a través de la Ley N° 26378 y le otorgó rango constitucional por medio de la Ley N° 27044.

3. Aristóteles afirmaba que la justicia es la principal virtud de las sociedades (Aristóteles, 1985). Específicamente, en el capítulo V de *Ética a Nicómaco*, plantea que la justicia distributiva es dar a cada uno lo justo o correcto, aunque reconociendo que a veces esa asignación podría ser contraria a una perspectiva retributiva. Estas nociones se alejan de la justicia procedimental, o sea, garantizar que exista un sistema que administre los conflictos a partir de reglas previas y conocidas por las partes en contienda. Esta idea distributiva puede ser tildada de piadosa, por tomar en cuenta antes las necesidades que los merecimientos. También deja un amplio margen de discrecionalidad al juez, lo cual la torna dudosa o incierta.

ción (Dworkin, 1993). Veremos que a la ambigüedad en las normas se agrega un problema quizás más profundo, como es la definición de los límites del colectivo de las personas con discapacidad. En nuestro país, aparentemente, estaría resuelto con la expedición del Certificado Único de Discapacidad.⁴ Sin embargo, en la jurisprudencia de diversas jurisdicciones hay casos en los cuales aún sin tal documentación, se han concedido los beneficios.

En este trabajo, también veremos que las medidas de acción positiva para las personas con discapacidad tienen una tradición en la legislación argentina. O sea que, aun cuando se trate de una mención valiosa, no fue novedosa ni disruptiva la incorporación de las medidas de acción positiva que propone el inciso 23 del artículo 75 de la Constitución Nacional.⁵ Las mejores intenciones volcadas en la redacción de leyes, no siempre otorgan resultados efectivos para los presuntos beneficiarios de las normas, lo cual lleva a un desgaste en los reclamos, ya sea en ámbitos administrativos como en sede judicial. En la República Argentina, convivimos con naturalidad con incumplimientos flagrantes de las normas, y las medidas de acción positiva no son una excepción a esta lamentable práctica. El retaceo de prestaciones para las personas con discapacidad se ha constituido en una rutina habitual, a la cual se impone como respuesta el amparo judicial. Por este motivo, tanto las medidas de acción positiva como el amparo, han sido avances destacados de esa reforma constitucional.⁶

Además de las normas sancionadas en materia de discapacidad, tanto a nivel nacional como internacional, hay que prestar atención al proceso de articulación global de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad, en lo que usualmente se conoce como el movimiento asociativo. Tal combinación hace que las demandas tengan tanto mayor visibilidad

4. Se trata de un documento que acredita la condición de persona con discapacidad y que toma los parámetros de la Clasificación Internacional de las Funciones, de la Salud y de la Discapacidad (OMS, 2001). En nuestro país se aprobó el CUD a través de la Ley N° 25504.

5. Dice textualmente el artículo 75 en su inciso 23: "Corresponde al Congreso [...] Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular, respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

6. Sin perjuicio de reconocer el valor de estas incorporaciones constitucionales, ninguna de ellas puede ser considerada como novedad en el sistema jurídico argentino. Ello no quita que puedan haber sido un recordatorio y que quizás a través del énfasis produjo un efecto político o cultural en los jueces y también en los colegas que ejercen la profesión.

cuanto mayor potencia ante los gobiernos en los reclamos por legislación, políticas públicas y asignación presupuestaria. Ahora bien, la forma de organización transnacional y la globalización jurídica suponen otra clase de desafíos, tanto para la retórica activista como para la interpretación jurídica. Por ello se requiere de un análisis detenido acerca de los fundamentos de las medidas de acción positiva, como medio para lograr una efectiva igualdad de oportunidades. Iniciaremos entonces el análisis del fundamento de las medidas de acción positiva en la noción aristotélica de justicia distributiva, y sus avances en los debates filosóficos, jurídicos y políticos contemporáneos.

2. Justicia distributiva

La clásica noción del contrato social ha sido el sostén teórico para el surgimiento de los gobiernos democráticos, como instancias de regulación de los vínculos políticos en la comunidad, a través de la cesión voluntaria de la soberanía por parte de los individuos al Estado. Desde esta perspectiva, surgida con la modernidad, la voluntad mancomunada de las personas le brinda legitimidad al Estado, a través de la soberanía popular. Autores como Hobbes, Locke, Rousseau y Kant fueron baluartes en la actual noción del individuo como sujeto de derecho. O sea, cada persona humana tiene capacidad jurídica por su sola existencia, noción central y básica de los sistemas democráticos que se construyeron en el mundo en los últimos dos siglos.⁷ Este último debate guarda una especial trascendencia en materia de discapacidad mental o intelectual, ya que están muy difundidas consignas que afirman que la condición de sujeto de derecho recién se produjo con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Tal afirmación es en extremo polémica porque ignora doscientos años de pensamiento filosófico, político y jurídico.

Las perspectivas contractualistas se han actualizado a efectos de incorporar objeciones acerca de intereses específicos de algunos grupos de la población,

7. La condición de sujeto de derecho del individuo no atiende necesariamente a las particularidades de los grupos según su condición hegemónica o subordinada. Refiere a una ficción liberal general, por lo tanto, si se buscara una novedad en las condiciones objetivas de acceso a bienes, no aplicaría buscarla en la tradicional ficción de constituirse como "sujeto de derecho".

salvando así la crítica por su extrema abstracción. Si bien el contrato social es una construcción teórica, no significa que no pueda incorporar el plano de las reivindicaciones concretas y particulares de grupos específicos, por ejemplo, las de las personas con discapacidad. Hay que aclarar que los primeros contractualistas ya reconocían los intereses particulares, aunque las diferencias quedaban en un segundo plano ante la prioritaria dimensión colectiva. Claro que la idea de igualdad es diferente a lo largo de la historia, también influida por los avances tecnológicos y los bienes que están disponibles en el mercado. Por ejemplo, la ampliación y diversificación de los bienes y servicios a los que las personas con discapacidad y sus familias pueden acceder, con el propósito de disminuir las barreras, constituyen un incentivo extra para reclamar por aquellas medidas que podrían tender a la equidad en la participación activa en la vida social.

Los conflictos de intereses no son un obstáculo insalvable para ese contrato social, pero requieren de un tratamiento en el cual se funden las bases de la asignación de cargas y de beneficios en el marco de la cooperación social.⁸ Los principios que emerjan de ese contrato social serán plasmados en el sistema normativo a través de las reglas del procedimiento democrático. Precisamente, un contractualista contemporáneo, John Rawls, ha planteado que las instituciones sociales deben estar nutridas de la justicia, de lo contrario se tornan contrarias a la esencia de aquel acuerdo social básico. No es sencillo de determinar cuándo una norma o una institución son acordes a la virtud (algo abstracta) de justicia (Rawls, 1971). He aquí precisamente uno de los grandes aportes de este autor, en cuanto a retomar la aristotélica noción de justicia distributiva, según la cual las instituciones sociales pueden corregir desigualdades manifiestas entre los seres humanos. Esta perspectiva, conocida por diferentes denominaciones, como, por ejemplo, liberalismo igualitario, toma en consideración en el hipotético momento del contrato social a la posición original de los individuos más desfavorecidos, lo que hoy llamaríamos grupos estructuralmente vulnerables. Claramente entre esos grupos desfavorecidos, están las personas con discapacidad.⁹

8. Toda la historia constitucional está marcada por el concepto original de la participación en las decisiones por parte de quienes estarán obligados a ceder algo, noción central de la carta magna de 1215 ("*No taxation without representation*"). Este antecedente predemocrático constituye sin embargo uno de los iconos de la ficción contractualista.

9. He aquí, posiblemente, la mayor paradoja en materia de igualdad, ya que hay reclamos de grupos de personas con discapacidad que reniegan de una identidad diferencial, proclamando que les corresponden los

Obviamente que el contrato social no es más que una abstracción, cuyo propósito es el de dar fundamento teórico a las relaciones jurídicas y sociales en una comunidad. Pero de allí surge la legitimidad estatal para la asignación de recursos. El concepto clásico de igualdad que trae nuestra Constitución Nacional desde 1853/60 planteaba la no intromisión del Estado para que los individuos pueden desarrollar sus aptitudes y obtener sus propósitos en la vida social sin interferencias arbitrarias. Es una idea que subsiste, pero que no parece suficiente para lograr intercambios justos entre los individuos o entre los grupos. Por lo tanto, aparece desde mediados del siglo XX la noción de medidas de acción positiva o discriminación inversa, precisamente bajo la perspectiva de la justicia distributiva.

Los reclamos por justicia social no apuntan a interacciones entre individuos, sino entre grupos sociales.¹⁰ En esta clase de reivindicaciones está implícita una crítica al optimismo ingenuo que se puede depositar en las valoraciones meritocráticas del individuo. Pero aun tomando en cuenta los condicionantes sociales, ello no implica necesariamente un desapego de todos los principios liberales (Rawls, 1995). No es que se ignoren las decisiones del ser humano libre en la sociedad, sino que se reconoce la imposibilidad de torcer con la acción individual algunos de los condicionantes sociales que no permiten una competencia “justa” por asignaciones y cargas en la comunidad. O sea que los límites de la imparcialidad de la justicia son aquellos que surgen cuando las soluciones que se brindan son “injustas” por no tener en cuenta la posición de partida de las personas o los grupos sociales. Cuando mencionamos aquí a la *justicia* no nos referimos al sistema judicial, sino precisamente al componente distributivo del contrato social, o sea que consiste en una noción política y no procedimental. De allí surgen, entonces, los principios que se tendrán en cuenta para la asignación de bienes y de cargas en la comunidad. Diría Rawls que cuando construimos los principios de justicia detrás del velo de ignorancia, no sabemos qué capacidades tendremos, y por ello (en nombre

beneficios y prestaciones que solicitan, por su sola condición de seres humanos, en igualdad de condiciones con los demás. Ahora bien, si ignoráramos la condición identitaria particular de estos grupos, no existiría justificación jurídica o política para brindarles una atención prioritaria (Clifford, 1995).

10. La clásica noción marxista de clases sociales no es necesariamente opuesta a la democracia liberal y los derechos humanos. Es una categoría teórica que mantiene sentido (con ciertos cuidados) en la lucha por los derechos sociales contra la opresión política y económica del sistema capitalista (Bobbio, 1991).

de lo que este autor denomina principio de diferencia) conviene dotar de más prioridad de las personas con discapacidad.

Cuando se trata de diferencias estructurales que impactan en una segregación o en discriminación sistemática, resulta injusto no tomar en cuenta las condiciones desiguales de partida entre los individuos. En el caso de la discapacidad, es más nítida la desventaja y, por lo tanto, se puede hacer una distinción genérica que reconozca prioridades. Esto no significa desalentar la competencia individual a través del mérito y el esfuerzo. Tampoco que necesariamente una persona con discapacidad tendrá una resolución favorable en cualquier disputa judicial, ya que las medidas de acción positiva se legislan para el colectivo. Pero, además, porque se trata de un ajuste realizado en la legislación y no en la intervención de los jueces, algo que los magistrados no siempre aceptan y pretenden también influir o inclusive legislar para los casos concretos.

3. Igualdad, estatutos y validez universal de los derechos

Una de las características de los últimos tratados internacionales de derechos humanos es la propensión a legislar para grupos específicos de la sociedad, en la búsqueda de protección para aquellos segmentos sociales más vulnerables de la población. Esta tendencia sale del clásico esquema del primer liberalismo político, en el cual los sujetos de derecho son solamente los individuos. Por el contrario, esta postura innovadora se desarrolló durante gran parte del siglo XX y asume la posibilidad de darle entidad jurídica y política a algunos grupos, en lo que algunos autores han denominado el comunitarismo (Taylor, 1993; Kymlicka, 1995). Es esta una modificación de la perspectiva que toma la Constitución Nacional reformada en 1994, adecuándose el estilo de redacción a las tendencias mundiales. Justamente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad constituye el principal emblema de esta postura comunitarista y que propone estatutos diferenciales para los integrantes de este colectivo de la población mundial.¹¹

11. Cuando un grupo particular tiene derechos especiales, se requiere de un complejo proceso sociocultural de reconocimiento de una identidad, tema ampliamente abordado por la antropología social (Barth, 1976; Clifford, 1995).

Los derechos humanos, como ideología universal, constituyen un relato ético y político que han sufrido modificaciones trascendentes durante las últimas décadas, en particular acerca de su validez universal (Baumann, 2008). Ya hemos mencionado cómo la noción de igualdad ha cambiado con las medidas de acción positiva. De forma análoga, la aplicación universal de los derechos ha sido puesta en duda por la necesidad de discernir condiciones previas diferenciadas, como, por ejemplo, la de las personas con discapacidad. Junto a este colectivo podríamos mencionar a otras minorías étnicas en la lucha contra la segregación y el reconocimiento de sus derechos civiles, pero también grupos etarios, como los niños y los ancianos. A partir de la incorporación de la perspectiva multicultural, las legislaciones tienen destinatarios específicos, a modo de estatutos. La diferenciación no tiene que ver necesariamente con una condición social, sino con características demográficas o condiciones históricas de tratamiento por parte del resto de la sociedad. En esta política de reconocimientos, cada grupo disputará su lugar y su legitimidad para establecer las condiciones en el diálogo social, en un contexto de ciudadanía multicultural (Taylor, 1993).

En las medidas de acción positiva o discriminación inversa, hay una idea de equidad. Gerd Baumann (2008) explica esto como una “lógica de rectificación”.¹² ¿Qué es lo que se rectifica? ¿Es una compensación a las personas por el hecho de tener una deficiencia física, sensorial, mental o intelectual? Si así fuera, la rectificación estaría apoyada en una noción normalizadora de los cuerpos o las conductas, de alguna forma profundizando la segregación. Entonces, más que medidas de acción positiva serían limosnas o asistencias basadas en la conmisericordia. El fundamento de la rectificación es el reconocimiento de una postergación histórica, producto del prejuicio y la segregación sufrida. La rectificación es compensación al colectivo desfavorecido, que entonces podrá alegar derechos particulares, que se superponen a los

12. El término “rectificación” abre valiosos interrogantes, ya que lleva implícita una lógica del error. Pero el error no es la propia discapacidad, sino precisamente la segregación y discriminación que sufrió ese colectivo durante largos períodos. En este sentido, la noción de rectificación lleva a otro concepto que plantea el autor, el de “minoría consentida”, en tanto grupo que tiene ganada una preferencia en la asignación de bienes y cargas en el contrato social (Baumann, 2008: 28).

derechos universales. Es, por lo tanto, una adición a los derechos universales, una protección extra que se encarna en un derecho subjetivo.¹³

La ciudadanía y los derechos ya no son solamente universales, existen estratificaciones que requieren de un variado entramado de normas para saber qué normas aplicar en cada caso. Esta noción de ciudadanía multicultural no es restrictiva de derechos, sino que, por el contrario, amplía su cobertura a partir de la particularidad de su condición de minoría reconocida (Kymlicka, 1995). Claro que ello obliga a un análisis socio-antropológico en torno a las fronteras difusas de los grupos identitarios, para saber quiénes componen ese grupo específico de la población.¹⁴ En nuestro país se ha resuelto el tema, al menos desde la perspectiva burocrática, con la creación de un certificado de discapacidad, esto es, mediante una acreditación otorgada por el Estado a partir de las especificaciones técnicas que emite la Organización Mundial de la Salud.¹⁵

La noción de un conglomerado articulado alrededor de la defensa de las personas con discapacidad es acorde con el dialogo a nivel global con organismos internacionales. Sin embargo, un grupo de organizaciones no gubernamentales no puede ser equiparado a un Estado nacional. Entonces: ¿en qué condición participa el movimiento asociativo en las instancias intergubernamentales? ¿Hay una representación transnacional de las asociaciones defensoras de los derechos de las personas con discapacidad? ¿La mera condición de persona con discapacidad otorga legitimidad para hablar por los demás integrantes de ese grupo? Quienes así opinan, se fundan en una premisa: la perspectiva de las personas con discapacidad no es trasladable a quien no ha experimentado esa sensación de discriminación (Barton, 1998). Este apego al análisis de los integrantes del grupo puede tener ventajas y desventajas, pero

13. La acepción más apropiada aquí para derecho subjetivo es aquella que refiere a un privilegio, a una prioridad de asignación.

14. En su célebre obra *Los grupos étnicos y sus fronteras*, el antropólogo Frederic Barth muestra las complejidades o, inclusive, los dilemas que pueden producirse cuando se intenta realizar este tipo de clasificaciones (Barth, 1976). Las nociones de adhesión y de membresía a los grupos étnicos se pueden aplicar perfectamente al análisis de la incorporación al colectivo de las personas con discapacidad.

15. La Ley Nº 22431 incorporaba la emisión de un certificado de discapacidad, pero se actualizaron los criterios y se logró una unificación inter provincial a partir de la adhesión de las jurisdicciones a la Ley Nº 25504, que crea el Certificado Único de Discapacidad. Los criterios para la emisión del Certificado Único de Discapacidad provienen de la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF), emitido por la OMS en el año 2001.

parece aplicar más a las reivindicaciones que al análisis científico o técnico. Así, uno de los lemas más importantes del movimiento asociativo se sintetiza en la consigna “*nada sobre nosotros sin nosotros*”.¹⁶

Algunos autores han sostenido que la condición de opresión establece una conciencia distinta y que la mirada externa no logra captar esa pertenencia, análoga a la conciencia de clase (Oliver, 1998). Sin embargo, la mayoría de las interpretaciones tienden a evitar esa disyuntiva radical entre “ser o no ser” persona con discapacidad, para acotar la consigna a la plena participación del colectivo, a través de las organizaciones representativas, en las decisiones públicas. Una de las características destacadas de la redacción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue que incluyó en el proceso de preparación a una serie de consultas con entidades representativas. Esta participación tiene valor político y simbólico, ya que se le da reconocimiento explícito al colectivo, como sujeto de derechos. De esta forma, se refuerza aquella noción comunitarista que ya mencionamos y que permite brindar estatutos específicos a un grupo de la población. Claro que esto no significa que la legislación en materia de discapacidad se hubiera inaugurado con este tratado internacional de derechos humanos, ya que había muchas normas previas, como veremos a continuación.

4. Algunas medidas de acción positiva para personas con discapacidad

Hay leyes previas a la reforma constitucional de 1994 que ya incorporaban la noción de discriminación inversa o medidas de acción positiva. En esta categoría hay normas sobre franquicias para la compra de automotores, prioridad para el ingreso al empleo público, y un cupo mínimo de personas con discapacidad en la planta de trabajadores y trabajadoras de la administración pública.

16. El inciso “o” del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad expresa: “Considerando que las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente”. El artículo 3º, inciso c menciona como uno de los principios la “participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad”. Este principio de participación es reiterado en varios artículos más, sin mencionar al 30, que específicamente refiere al derecho a la participación en las decisiones públicas.

También hay beneficios previsionales especiales, regulaciones sobre transporte y uso de instalaciones en edificios públicos. Una de las expresiones más claras que remiten a las medidas de acción positiva es la cobertura integral de prestaciones para las personas con discapacidad. Podremos ver luego cómo la mera enunciación de estas medidas no es suficiente para su concreción efectiva.

Como ya fue dicho, hay varias normas a lo largo del siglo XX que fueron orientadas específicamente a reconocer beneficios específicos para este conjunto de la población. En 1981, bajo la presidencia del dictador Jorge Rafael Videla, se aprobó el Decreto-Ley N° 22431, que creaba un régimen integral de cobertura de prestaciones para personas con discapacidad, pero también promovía una serie de franquicias y beneficios en seguridad social y educación. Si bien a lo largo de casi cuatro décadas fue parcialmente derogada en varios aspectos, esta ley sigue vigente en nuestro país. Paradójicamente, en varios de sus pasajes plantea la perspectiva de justicia distributiva y remite a uno de los principales fundamentos de las medidas de acción positiva, como es el de neutralizar la desventaja. En el año 1971, también en dictadura militar, esta vez a cargo del general Agustín Lanusse, se sancionó el Decreto-Ley N° 19279, que contenía entre sus prescripciones la reducción de tasas e impuestos para personas con discapacidad que adquirieran vehículos. El objeto de esta norma era que tales franquicias especiales contribuyeran a la movilidad de este conjunto de la población. En esta misma dirección se sancionó poco después (mayo de 1973) el Decreto-Ley N° 20475, que promovía un régimen especial para “minusválidos” que desearan anticipar su jubilación por ese motivo, siempre que demostraran que esa incapacidad laborativa (producida por una discapacidad acreditada a través del organismo sanitario competente) superara un porcentaje del treinta y tres por ciento. Ya en 1974, la Ley N° 20888 modifica el régimen jubilatorio para personas afectadas con una ceguera congénita, permitiéndoles acceder a ese beneficio con cuarenta y cinco años o bien luego de veinte años de servicio.

En la ya mencionada Ley N° 22431 se incorporaban otras medidas de acción positiva, como la prioridad en el empleo y la cobertura de un cupo mínimo en la administración pública nacional con personas con discapacidad (del cuatro por ciento de los empleados de planta permanente). Esta última norma sigue vigente, aunque modificada parcialmente por la Ley N° 25689, sanciona-

da en el año 2002, que es un poco más abarcadora.¹⁷ Claro que esta ampliación pretende incluir a los tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) de la órbita nacional. No queda tan clara su aplicación en la órbita del Poder Judicial, ya que hay sistemas propios de ingreso a la carrera judicial; sin embargo, en varias jurisdicciones se vienen aplicando políticas de inclusión laboral de personas con discapacidad. Esta ley no tiene aplicación directa en las provincias y debería ser receptada por vía de la adhesión o bien a través de normas especiales.

Otra medida de acción positiva es la explotación de un local comercial por parte de personas con discapacidad, prescripción también incluida en la Ley N° 22431.¹⁸ Aquella asignación de una pequeña explotación comercial complementaba al ya mencionado artículo octavo que refería al empleo público. El beneficio consiste en atender personalmente ese comercio, aunque se pudiera requerir de la ayuda de terceros. Estos pequeños locales de venta en edificios públicos se mantienen en la mayoría de las dependencias públicas. Este texto consta de dos partes, la primera de las cuales se enfoca en la prioridad que tienen las personas con discapacidad en cualquier concesión para esa actividad y la segunda, en la nulidad que tendrán los contratos otorgados sin haber tenido en cuenta aquella asignación prioritaria. Es esta una clásica medida de acción positiva, en términos de otorgar prioridad en la asignación de un bien.

Hay muchas otras medidas de acción positiva relacionadas con diversos aspectos de la vida, como el transporte, la educación o el trabajo, pero posiblemente una de las normas de mayor impacto es la que crea un sistema de cobertura integral de prestaciones para las personas con discapacidad. Se

17. El nuevo texto del artículo octavo de la Ley N° 22431 agrega una aclaración sobre qué debe entenderse por el Estado nacional: "entendiéndose por tal los tres poderes que lo constituyen, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos...".

18. Dice el artículo 11 de la Ley N° 22431: "En todos los casos en que se conceda u otorgue el uso de bienes del dominio público o privado del Estado nacional o de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires para la explotación de pequeños comercios, se dará prioridad a las personas discapacitadas que estén en condiciones de desempeñarse en tales actividades, siempre que las atiendan personalmente, aun cuando para ello necesiten del ocasional auxilio de terceros. Idéntico criterio adoptarán las empresas del Estado nacional y de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires con relación a los inmuebles que les pertenezcan o utilicen...Será nulo de nulidad absoluta la concesión o permiso otorgado sin observar la prioridad establecida en el presente artículo. El Ministerio de Trabajo, de oficio o a petición de parte, requerirá la revocación por ilegitimidad de tal concesión o permiso. Revocado por las razones antedichas la concesión o permiso, el organismo público otorgará éstos en forma prioritaria y en las mismas condiciones, a persona o personas discapacitadas".

trata de la Ley N° 24901, sancionada en el año 1997 y que promueve un sistema de colaboración solidaria, a través del cual el sistema de la seguridad social argentina cubre los costos de tratamientos, rehabilitaciones y medidas complementarias para la inclusión de las personas con discapacidad en la vida social.¹⁹ Las entidades obligadas a tal cobertura son las obras sociales, que se sostienen con los aportes de los trabajadores, los empleadores y el Estado.²⁰ Para aquellas personas sin empleo registrado y que, por lo tanto, no cuentan con una obra social, queda la posibilidad de reclamar esas mismas prestaciones al Estado. Se enuncia en la norma una serie de prestaciones en materia de salud y rehabilitación, que abarca tanto a la persona con discapacidad como, en algunos casos, también a su familia:

- Prestaciones preventivas: desde la concepción hasta el período perinatal, incluyendo apoyo psicológico al grupo familiar.
- Prestaciones de rehabilitación: proceso continuado para adquirir o restaurar aptitudes.
- Prestaciones terapéuticas educativas: se busca la autonomía a través de técnicas terapéuticas, pedagógicas y recreativas.
- Prestaciones educativas: desarrollan acciones de enseñanza-aprendizaje.
- Prestaciones asistenciales: para requerimientos esenciales (vivienda y alimentación).

Analizaremos, a continuación, si la enunciación ha sido más ambiciosa que las posibilidades fácticas de las obras sociales. Estas suelen ser renuentes al cumplimiento efectivo, por lo cual, como veremos a continuación, muchos reclamos son judicializados.

19. El artículo 1° de la Ley N° 24901 dice: "Institúyese por la presente ley un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos".

20. Están reguladas a través de la Ley N° 23660. Hay que decir que la Ley N° 26282, que sanciona el marco regulatorio de las empresas de medicina prepaga, impone a estas entidades también la cobertura integral a favor de las personas con discapacidad a la cual refiere la Ley N° 24901.

5. Los amparos por prestaciones en discapacidad

Como ya se anticipó, el reconocimiento de la cobertura integral de las prestaciones en discapacidad no es armónico, ya que en muchos casos los trámites administrativos que realizan los usuarios en las obras sociales se tornan hostiles, en particular para aquellos tratamientos más onerosos. Esto lleva, entonces, a que se promuevan numerosas demandas judiciales contra las obras sociales, por incumplimiento de cobertura en prestaciones. El amparo en discapacidad tiene en común con otros tipos de amparos en el propósito de proteger derechos constitucionales, pero se diferencia por la aplicación específica de la Ley N° 24901.²¹ Esta norma se pone en juego en la mayoría de las fundamentaciones de las acciones de amparo, ya que expresa muy claramente la cobertura. Tan clara es la mención que ni siquiera podríamos decir que aquí el amparo viene a proteger derechos constitucionales implícitos, sino prescripciones muy concretas en materia de prestaciones.

Desde la sanción de la Ley N° 24901 y como consecuencia de la falta de efectividad de sus prescripciones, han tramitado una gran cantidad de amparos en discapacidad. Si bien el amparo fue pensado como una medida procesal extraordinaria, la gran cantidad de incumplimientos por parte de los sujetos obligados ha hecho que se transforme en una vía rutinaria. Esto le quita en parte sus características originarias, por ejemplo, la celeridad.²² Las formas del amparo se han especificado según el objeto del reclamo, así, hay amparos en salud, amparos sindicales, amparos tributarios y de otras áreas, donde la recurrencia de la

21. Como ya se mencionó, en el año 2008 la República Argentina ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a través de la Ley N° 26378. Si bien este tratado internacional de derechos humanos no contiene prescripciones tan específicas como la Ley N° 24901, es un elemento más para fundar el derecho. Hay que aclarar, sin embargo, que no hubo un cambio en la tendencia de la jurisprudencia en esta materia con la sanción de la Convención mencionada (Seda, 2017).

22. Es común escuchar hablar de la "ordinarización" del amparo, en referencia a la ampliación fáctica de plazos, así como la incorporación de otras formas de prueba que no estaban inicialmente previstas. El rol de aquella medida urgente hoy recae en la medida cautelar que se incorpora en la acción de amparo y que sí tiene procedimiento rápido. Si bien fue concebido como un proceso unilateral, se lo ha distorsionado en la práctica y se ha convertido en un proceso ordinario de conocimiento, de características bilaterales y con la misma lentitud que otras acciones, en lugar de la respuesta expedita que se necesitaría y que se previó originalmente (Maraniello, 2011).

acción hace que se consoliden en la práctica judicial algunos procedimientos. De allí que se pueda hablar de subtipos de amparos (Maraniello, 2011).

En la reforma de 1994 se incorporó expresamente al texto constitucional la acción de amparo. Dice el actual artículo 43 de la Constitución Nacional:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción 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, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

Esta incorporación recoge los aspectos básicos que ya estaban vigentes a través de la Ley N° 16986 (Ley de Amparo), sancionada en octubre de 1966. Pero la Constitución Nacional ahora permite una ampliación de la legitimación activa, particularmente respecto de las acciones de clase o amparos colectivos.

Hay que aclarar que los primeros antecedentes de la acción de amparo en nuestro país fueron fruto de la creación pretoriana, como defensa de derechos y libertades constitucionales a través de vías rápidas, inicialmente contra acciones arbitrarias del Estado. Podemos ver que actualmente el amparo se ha convertido en una herramienta que puede interponerse contra acciones u

omisiones del Estado, pero también de otros particulares. De esta manera, las denegatorias de prestaciones en discapacidad por parte de las obras sociales derivan en esta clase de acciones, casi de forma automática. Hay que decir que ha sido esta la vía a través de la cual se han logrado muchísimas prestaciones en discapacidad desde el año 1997 hasta ahora. Los amparos para dar cumplimiento a lo dispuesto por la Ley N° 24901 han producido un impacto mayor que las declaraciones que surgen de los documentos internacionales de derechos humanos (Seda, 2017).²³

Los amparos en discapacidad tienen como principal propósito el de impugnar los constantes incumplimientos (denegatorias totales o parciales, demoras, renuencia en brindar los servicios) de las obras sociales a lo ordenado por la Ley N° 24901. Estas entidades suelen alegar que las prestaciones requeridas son onerosas, pero es ese justamente el fundamento para socializar tal gasto en salud. La Organización Mundial de la Salud desde hace algunas décadas utiliza el término “gasto catastrófico en salud” para referirse a aquellas situaciones en las cuales un individuo o un grupo familiar necesita afrontar los costos de un tratamiento que implica una porción muy significativa de su ingreso regular.²⁴ El sistema de obras sociales que tiene la República Argentina apunta hacia un cierto grado de socialización de la política sanitaria, que tiene como principales beneficiarias a las personas con discapacidad. Lamentablemente, ese sistema de salud socializado convive con una alta ineficacia y también con graves índices de corrupción en la dirigencia gremial y estatal en cuanto a la gestión de los fondos que corresponden a los trabajadores. Sin embargo, habría que preguntarse si es esa la causa del incumplimiento o se trata de un problema de insuficiencia real de fondos.

23. Si bien se le debe reconocer un trascendente valor a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el impacto de esta norma es mucho más político, cultural y simbólico que jurídico. Por supuesto que ese impacto luego se puede traducir en los procesos judiciales. Pero de la lectura de los cientos de procesos judiciales en este campo, se puede notar que tiene mucha mayor incidencia la Ley N° 24901 que la Convención.

24. Se ubica usualmente este porcentaje en treinta por ciento, aunque algunos documentos lo amplían a un cuarenta por ciento. Uno de los fundamentos de la Organización Mundial de la Salud para detectar esta clase de gastos es la noción de equidad en el acceso a los sistemas de salud. La socialización de estos servicios, ya sea total o parcial, constituye una de las vías para ese acceso, lo cual, por supuesto, requiere de una previsión presupuestaria por parte del Estado o de las entidades privadas obligadas.

6. Cierre

La reforma constitucional argentina de 1994 incorporó las medidas de acción positiva, aunque no se pueda decir que fuera una novedad en la legislación nacional o provincial. La evolución normativa en materia de reconocimiento del colectivo de las personas con discapacidad es muy anterior a esta reforma constitucional. Uno de los principales riesgos de creer en falsas novedades consiste en que quedan impunes y olvidadas las décadas de incumplimiento normativo. Debería hacerse un análisis prudente e informado acerca del proceso de avance en esta materia, lo cual no significa que no pueda señalarse el agregado del inciso 23 del artículo 75. Ello no exime al nuevo texto de la promesa incumplida, ya que hemos visto que muchas de las medidas de discriminación inversa se mantienen como normas sin vigencia fáctica. Es injustificado el optimismo que emana de las generosas declaraciones de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de derechos humanos.

Por otra parte, es muy probable que la Constitución Nacional reformada haya reforzado a la acción de amparo como un medio procesal para impugnar los incumplimientos de las normas. De allí que esta es la vía de reclamo a la que se acude en casi todos aquellos casos en los cuales las obras sociales deniegan prestaciones en discapacidad. También es necesario aclarar que la acción de amparo ya existía mucho antes de 1994, primero como creación pretoriana y luego con ley propia. Hay que reconocer, sin embargo, que a partir de 1994 hubo un mayor activismo judicial en esta materia. Posiblemente, también influya mucho en ello la Ley N° 24901, sancionada poco tiempo después de aquella reforma constitucional. En cualquier caso, se produjo un incremento en los reclamos a través de amparos contra las obras sociales. Eso pone de manifiesto otra promesa incumplida del sistema jurídico argentino: la de garantizar un Estado de bienestar basado en la socialización de algunas áreas, por ejemplo, las prestaciones sanitarias. Es llamativo cómo se produce y se mantiene un desajuste tan profundo entre las declaraciones voluntaristas que se formulan desde las leyes y las prácticas sociales. La proliferación de amparos demuestra que hay un importante porcentaje de prestaciones que, para ser otorgadas, deben ser ordenadas por la vía judicial.

El clima de época de la reforma constitucional era proclive a las demandas en materia de derechos de los pacientes, tanto en cuanto a responsabilidad

médica como también en cuanto al reclamo por prestaciones. Los avances técnicos impulsan a la demanda de tratamientos cada vez más sofisticados, en un proceso tecnológico de diversificación mayor de servicios. También el aporte interdisciplinario amplía la cantidad de intervenciones profesionales, en la búsqueda por cubrir necesidades variadas. Son modificaciones propias de la época y que no se realizaron exclusivamente en nuestro país. Por lo tanto, habría que tomar en cuenta muchas variantes para saber si se justifica o no una retórica triunfalista acerca de los contenidos de la norma. En cuanto a los organismos estatales, se crearon muchos desde la nueva Constitución Nacional.²⁵ En materia de discapacidad, ha sido profusa la creación de oficinas burocráticas en las últimas décadas, particularmente, en la órbita del Poder Ejecutivo Nacional.

La producción y consecuente oferta a gran escala de tecnologías sanitarias es, seguramente, una de las causas que provocaron la proliferación de reclamos por prestaciones. Sin embargo, no podemos subestimar el factor político en la demanda, con el crecimiento de la influencia de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad. Cuando nos referimos a este colectivo, no podemos simplificar su composición, ni disimular su heterogeneidad. Pero hay un elemento político que sí lo congrega y cohesiona: la condición de discriminación y segregación que han sufrido y todavía sufren en muchos lugares del mundo. Por tal motivo, uno de los principales méritos de la Convención sobre los Derechos sobre las Personas con Discapacidad ha sido lograr aunar los reclamos de seres humanos en distintas situaciones.²⁶ La constitución de esta identidad grupal ha consolidado la perspectiva jurídica comunitarista, que ya se expresaba a través de la sanción de normas que reconocían la necesidad de establecer medidas de acción positiva.

25. Habría que tomar cierta distancia para reflexionar sobre el valor efectivo de cada área burocrática, pero es claro que la opinión de aquellos que ocupan los cargos de funcionarios no es la más apropiada para opinar con equidistancia.

26. La constitución de esta identidad colectiva es reciente, por lo cual constituye un escandaloso anacronismo el intento de "historizar" a "la discapacidad" como si fuera un grupo que atravesó por distintos momentos de la historia de la humanidad. Esta clase de relatos míticos son valiosos como forma de consolidación de una identidad, pero no pueden ser considerados seriamente desde la perspectiva académica. Este relato épico tiene un lugar simbólico trascendente en la constitución de la identidad colectiva de las personas con discapacidad (Seda, 2017).

Esos incumplimientos suelen atribuirse a la ineficiencia, la corrupción o la falta de sensibilidad de las entidades obligadas a brindar las prestaciones. Pero hay que recordar que las obras sociales, como asociaciones de cooperación mutua, teóricamente, han sido erigidas sobre la base de la solidaridad entre todos los trabajadores para subvenir a los costos de aquellos integrantes que se hallen en situaciones tales, como enfermedades o bien tratamientos de rehabilitación. Las leyes argentinas han convalidado en reiteradas oportunidades a esta clase de organización para la atención sanitaria.²⁷ Claro que no son entidades de participación voluntaria, sino compulsiva y están muy fuertemente reguladas por el Estado, así como también financiadas en un importante porcentaje por el erario público. No hay que olvidar que aquellas personas que no sean aportantes del sistema de la seguridad social pueden reclamar las prestaciones al Estado. Esta promesa de prestaciones socializadas se cumple muy parcial e ineficientemente, con graves consecuencias para quien no las recibe cuando las necesita.

El anhelo fundacional que suele permear a la clase política puede conducir a errores de diagnóstico acerca del impacto de nuevas leyes. La reforma constitucional de 1994 no escapa a esta clásica sobreestimación de la función pedagógica de las normas. Esta clase de movimientos está apoyada en una retórica épica, generalmente sin sustento fáctico. La ilusión de una sociedad sin necesidades insatisfechas no se ha concretado y, por el contrario, cada vez hay más demandas urgentes desatendidas en segmentos específicos de la población. Quizás la vía jurídica y política para afrontar los desafíos actuales no sea la acumulación de declaraciones, sino la negociación racional entre actores sociales, considerando prioridades jurídicas a través de los criterios de la justicia distributiva para la asignación de recursos escasos.

27. Es una tentación para muchos colegas considerar a las obras sociales como fondos anónimos, sin detenerse en el origen del esfuerzo conjunto. Ello lleva a que se justifique cualquier petición y se promuevan demandas exorbitantes. Sin embargo, un ejercicio prudente de la profesión, basado en principios éticos, no debería promover más que lo justo y necesario, aun cuando las obras sociales actuaran de manera reticente para la cobertura de otras prestaciones indispensables.

Referencias bibliográficas

- Aristóteles (1985). *Ética a Nicómaco*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Barth, F. (1976). *Los grupos étnicos y sus fronteras*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Barton, L. (1998). Sociología y discapacidad: algunos temas nuevos. En *Discapacidad y sociedad* (pp. 19-33). Madrid: Morata.
- Baumann, G. (2008). *El enigma multicultur*al. Buenos Aires: Paidós.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema.
- Clifford, J. (1995). *Dilemas de la antropología, literatura y arte en la perspectiva posmoderna*. Barcelona: Gedisa.
- Dworkin, R. (1993). *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós.
- Goffman, E. (2001). *Estigma. La identidad deteriorada*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Kymlicka, W. (1995). *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós.
- Maraniello, P. (2011). El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales. *Revista IUS*, 5(27), 7-36. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100002&lng=es&tlng=es
- Oliver, M. (1998). ¿Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada? En L. Barton (comp.), *Discapacidad y sociedad* (pp. 34-58). Madrid: Morata.
- OMS (2011). *International Classification of Functioning, Disability and Health*. Recuperado de <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2007/pr59/es/index.html>
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Boston: Harvard College.
- (1995). *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Seda, J. (2017). *Discapacidad y derechos. Impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Buenos Aires: Jusbaire.
- Sen, A. (2004). *Nuevo examen de la desigualdad*. Madrid: Alianza Editorial.
- Taylor, Ch. (1993). *El multiculturalismo y "La política del reconocimiento"*. México: Fondo de Cultura Económica.

**Los derechos de los
consumidores y usuarios.
A 25 años de la reforma
constitucional de 1994**

Sergio Sebastián Barocelli

1. Introducción

La protección jurídica de los consumidores encuentra su fundamento en el campo de lo social en los embates sufridos por los efectos de la llamada “sociedad de consumo” (Carrasco Rosa, 2007; Bocoock, 1995; Bauman, 2000; Bauman, 2007; Baudrillard, 2012) y en la comprobación en el campo de la economía de las llamadas “fallas del mercado” (Reich, 1985; Bourgoignie, 1994; Ramsay, 1989).

El derecho reconoce la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios, y establece, en consecuencia, una serie de normas, principios e instituciones de protección en su favor.

Con diferentes tradiciones e intensidades, la protección jurídica de los consumidores se encuentra presente actualmente en todo el mundo –incluso en Argentina– gracias a la visibilización de los problemas y demandas de los consumidores en la esfera pública por el “movimiento consumerista” (Sánchez Legrán et al, 2008).¹

1. En términos globales, suelen presentarse dos modelos claramente diferenciados de organizaciones de defensa de los consumidores, en relación con los objetivos que pretendan alcanzar. Hay asociaciones cuyos objetivos son solamente el colocar al consumidor en mejor situación dentro del seno de las estructuras del mercado. En este caso, se trataría de organizaciones enclavadas en el actual sistema de mercado y que solo persiguen corregir los desmanes o abusos de este. Buscan lograr la llamada “soberanía del consumidor”. Otro modelo lo representarían las asociaciones cuyo objetivo sea el cambio social, la transformación de las actuales estructuras económicas. En este otro caso se trataría por tanto de organizaciones que sin renunciar a

La experiencia argentina en materia de protección jurídica de los consumidores, si bien encuentra algunos antecedentes en el derecho local,² en normas indirectas,³ como en el desarrollo de la doctrina especializada, puede enmarcarse a partir de dos hitos fundamentales:

- a) la Ley N° 24240 de Defensa del Consumidor (LDC), sancionada el 22 de septiembre de 1993 y promulgada parcialmente el 13 de octubre de 1993, por Decreto N° 2089/93;⁴
- b) la incorporación de los derechos de los consumidores en la Constitución Nacional, fundamentalmente en los artículos 42 y 43 dentro de los llamados “nuevos derechos y garantías”.

Este camino fue posteriormente cimentado por las sucesivas reformas de la LDC, por diferentes “leyes especiales de defensa al consumidor”,⁵ reglamentaciones y normas específicas de entes y agencias especializadas,⁶ y por

defender una mejor posición de los consumidores en el mercado y combatir los desmanes y abusos de este, también se proponen contribuir a cambiar el actual modelo de producción, distribución y consumo. Según las actividades desarrolladas, también existen dos modelos diferentes. En un primer modelo se incluirían las organizaciones que se encuadran en el campo exclusivo de la defensa del consumidor y las llamaremos específicas. En un segundo modelo se encuadrarían aquellas organizaciones cuyas actividades y campos de actuación son más amplias y que en un momento determinado también asumen la defensa del consumidor y a estas las llamaremos no específicas. En este caso se encontrarían los movimientos vecinales, de mujeres, cooperativas, organismos de derechos humanos, etc.

2. En derecho local, la Constituciones de las provincias de San Juan y Córdoba, que con sus reformas constitucionales de 1986 y 1987, respectivamente, reconocieron los derechos de los consumidores y las Leyes N° 2307 Plan Provincial de Defensa del Consumidor de la provincia de Río Negro de 1989 y N° 5547 de Defensa del Consumidor de la provincia de Mendoza, de 1990.

3. Podemos mencionar aquí a la Ley N° 19511 de Metrología Legal, la de Abastecimiento (retitulada posteriormente como de Regulación de las Relaciones de Producción y Consumo), la Ley de Defensa de la Competencia o la Ley Lealtad Comercial.

4. La ley tiene como antecedente el proyecto del senador Luis León que recibiera media sanción en 1986 y proyecto del diputado Marcos Di Caprio, que recogiera el anteproyecto de Atilio A. Alterini, Roberto López Cabana y Gabriel Stiglitz presentado en el trabajo: Alterini et al (1989).

5. En este punto, podemos mencionar: la Ley N° 24806 de publicidad de la enseñanza privada, la Ley N° 25065 de Tarjeta de Crédito, la Ley N° 25093 de libre elección de escribano, la Ley 25542 de Precio Uniforme de Venta al Público (PVP) de libros, la Ley N° 25599 de turismo estudiantil, la Ley N° 25651, de tickets o vouchers de turismo, la Ley N° 26043 de leyendas obligatorias en videojuegos y la Ley N° 26356 de Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido; la Ley N° 26682 de Medicina Prepaga, la Ley N° 26492 de Regulación de la Cadena de Frío de los Medicamentos, la Ley 26951 de Registro Nacional “No Llame” o la Ley N° 26993 de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo, Ley 26739 que reformó la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina; Ley N° 26831 del Mercado de Capitales.

6. Comunicación “A” 5460 de protección de usuarios de servicios financieros del Banco Central de la República Argentina, Resolución General IGJ N° 26/2004 de Sistemas de Capitalización y Ahorro para Fines Determinados, posteriormente sustituida por la Resolución General IGJ N° 8/2015.

la incorporación de diversas normas directas e indirectas de protección al consumidor en el Código Civil y Comercial sancionado por Ley N° 26994.

En el presente trabajo nos proponemos realizar un análisis crítico de las instituciones en materia de protección de los consumidores y usuarios, reconocidas en los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional; hacer un análisis de los derechos e instituciones plasmados en la última reforma constitucional; inscribir esta reforma en la experiencia comparada, y analizar los desafíos pendientes en la materia.

2. La protección de los consumidores en el derecho constitucional comparado

El reconocimiento de los derechos de los consumidores en el orden constitucional a nivel global no es una tendencia generalizada pero sí en aumento (Ginsburg et al, 2013), con diversos alcances y extensiones. Más controvertida es el emplazamiento, como personalmente entendemos, de dichos derechos bajo la categoría de “derechos humanos” (Sahián, 2016; Tambussi, 2009; Deutch, 1994; Kingisepp, 2012; Jagielska et al, 2012).

La pionera fue la Constitución de Portugal de 1976, que, bajo influencia del Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea del 14 de abril de 1975, reconoció los derechos de los consumidores en su artículo 60, estableciendo a su vez la protección de los consumidores como uno de los cometidos prioritarios del Estado en materia económica y social (art. 81 inc. h), y como uno de los objetivos de la política comercial (art. 99 inc. 5).

La Constitución portuguesa, como precursora tuvo su influencia en otras normas constitucionales, como las de España de 1978 (art. 51) y en las de los países de la lusofonía: la de Brasil de 1988 (art. 5 inc. XXXII, 150 inc. 5, 170 inc. V), Cabo de Verde de 1999 (art. 80), Timor Oriental de 2002 (art. 53), Mozambique de 2004 (art. 92) y Angola de 2010 (art. 78).

Las Constituciones portuguesa y española marcaron, así, una tendencia que se expandió y reflejó, con diferentes alcances en su contenido y extensión, en el reconocimiento de los derechos de los consumidores en la Constitución de Andorra de 1993 (art. 35) y en varios países hispanoamericanos: en primer término, en el Perú, que fue el primer país latinoamericano que

incluyó en su Constitución de 1979 el principio de protección de los consumidores (artículo 110). Dicha Constitución fue reemplazada por la de 1993, que incluyó con mayor extensión los derechos de los consumidores en su artículo 65. Seguidamente, esta impronta se extendió a México en 1983, agregando nuevas disposiciones en 2013 (art. 6 y 28), Colombia en 1991 (art. 78), Paraguay en 1992 (art. 38 y 72), Guatemala en 1993 (art.119 inc. i y 130), en nuestro país en 1994 (art. 42 y 43), Costa Rica en 1996 (art. 46), Venezuela en 1999 (art. 113 y 117), Ecuador en 2008 (art. 92), Bolivia en 2009 (art. 20 y 75), El Salvador en 2010 (art. 101 y 110), República Dominicana en 2010 (art. 53) y Nicaragua en 2014 (art. 99 y 105). Cabe agregar que las Constituciones de Panamá de 1972 (art. 106 inc. 1 y 122 inc. 3), de Honduras en 1982 (art. 75, 331 y 347) y de Surinam de 1992 (art. 48) cuentan también con normas indirectas de protección.

En Europa, el panorama es más acotado; además de las ya citadas Portugal y España, podemos mencionar la Constitución de Suiza de 1999 (art. 87) y la de Turquía de 1982 (art. 172). También están presente los derechos de los consumidores en las leyes fundamentales de varios países postcomunistas: Bulgaria de 1991 (art. 19), Lituania de 1992 (art. 46), Uzbekistán de 1992 (art. 53), Ucrania de 1996 (art. 42), Polonia de 1997 (art. 76), Armenia de 2005 (art. 31.1), Serbia de 2006 (art. 90), Montenegro de 2007 (art. 70), Kosovo de 2008 (art. 119 inc. 7), Georgia de 2013 (art. 30) y Hungría de 2013 (artículo M.2). Se observa aquí que en los países de la antigua “cortina de hierro” la constitucionalización de los derechos de los consumidores fue un capítulo del proceso de reformas políticas y económicas que implicaron el tránsito del socialismo a las economías de mercado. Asimismo, en el ámbito comunitario se los reconoce en el artículo 129 A del Tratado de la Unión Europea, y en el artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En África, por su parte, además de las ya mencionadas constituciones de países de habla portuguesa, podemos mencionar también las constituciones de Sudáfrica de 1996 (Anexo 4, parte A), Sudan de 2005 (Anexo d, apartado 24), Kenia de 2010 (art. 46), Níger de 2010 (art. 100), Sudán del Sur de 2011 (anexo C, apartado 21) y Egipto de 2014 (art. 27).

Por último, en Asia, como constituciones que poseen normas de protección de los consumidores podemos mencionar la de Filipinas de 1987 (art. 16, sec-

ciones 9 y 11), Corea del Sur de 1987 (art. 124), Camboya de 1993 (art. 64), Yemen de 2001 (art. 10), Tailandia de 2007 (art. 61), la República Árabe Siria de 2012 (art. 133), Vietnam de 2013 (art. 28) y Nepal de 2015 (art. 44 y 51).

Como denominador común, además de las constituciones pioneras, podemos encontrar dos grandes influencias en este proceso de reconocimiento constitucional a nivel global, en especial en Asia, África, Europa del Este y América Latina y el Caribe: en el plano normativo, el peso retórico de las Directrices de Naciones Unidas de Protección al Consumidor, aprobación en 1985 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas a instancias del Consejo Económico y Social (ECOSOC), posteriormente modificadas en 1999 y 2015; en el plano político y económico, la notable influencia del llamado “Consenso de Washington”, que incluía la protección de los consumidores dentro de las diez fórmulas de reformas para los países en desarrollo en pos de consolidar una economía de mercado (Williamson, 1990).

3. La protección jurídica de los consumidores en la reforma constitucional de 1994

A partir de la habilitación del tema por la Ley N° 24309 de necesidad de la reforma constitucional, la Convención Constituyente de 1994 se abocó al estudio y debate sobre la defensa de la competencia, del usuario y del consumidor. En su tratamiento en las sesiones, el despacho de mayoría fue informado por el convencional Irigoyen, quien aclaró que la Comisión de “Nuevos Derechos y Garantías” tuvo una preocupación específica en este punto, al abordar el conocimiento de 74 proyectos, sobre los que se efectuó una “compatibilización de textos” y también diversas propuestas de instituciones particulares, entre las que rescata especialmente el proyecto de Gabriel Stiglitz presentado ante el II Congreso del Derecho del Consumidor, realizado en la ciudad de Rosario en mayo de 1994.⁷

7. Convencional Irigoyen, 31ª Reunión-3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 16 de agosto de 1994, Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones, <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm#Art.42> [Consultado 02-01-2018].

Dichos derechos quedaron consagrados en los artículos 42 y 43 CN. La incorporación de dichas normas es uno de sus más notables ejemplos (Mosset Iturraspe, 2011) de la llamada “constitucionalización del derecho privado” (Caramelo, 2011), “descodificación superior” (Sozzo, 2011), emergente del “derecho civil constitucional o constitucionalizado” (Mosset Iturraspe, 2011) o “derecho privado constitucional”, en el que la fuerza normativa de la Constitución impacta en las relaciones *inter privados* (Gil Domínguez, 2006).

De la interpretación de dichos artículos podemos sostener como principales innovaciones en la materia:

a) *Cambio de paradigma político-económico*. Muchas veces se ha sostenido la existencia de un “programa económico de la Constitución Nacional” (Dalla Vía, 2017). En ese sentido, creemos que, desde la reforma constitucional de 1994, dicho programa se ha visto especialmente reformulado. Sin dudas que el paradigma económico de la ley fundamental argentina es una economía de libre mercado con propiedad privada (art. 11, 12, 14, 17 y 20 CN y varios tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, conforme el artículo 75 inc. 22 CN) pero con regulación e intervención estatal en pos de asegurar diversos derecho e intereses sociales,⁸ entre ellos, la protección de consumidores y usuarios. Por consiguiente, la protección de los consumidores es un principio de política económica y social, que obliga al Estado a regular y a ejercer el poder de policía en la materia;

b) *El reconocimiento de la vulnerabilidad estructural de los consumidores*. Esta vulnerabilidad se materializa en los planos negocial, técnico, económico,

8. Podemos ejemplificar: la transparencia y libre competencia, evitar el abuso de posiciones dominantes y otras prácticas colusorias y control de los monopolios (art. 42 CN); un desarrollo ambientalmente sustentable (art. 41 CN); la prosperidad, adelanto, bienestar y el progreso de la ilustración (art. 75 inc. 18 CN); el desarrollo humano, el progreso económico con justicia social, la productividad de la economía nacional y la generación de empleo (art. 75 inc. 19 CN); la propiedad comunitaria y el desarrollo humano de los pueblos indígenas (art. 75 inc. 17 CN); medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75. Inc. 23 CN, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Convención de los Derechos del Niño y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad); la calidad de vida, acceso universal a la alimentación, vestido y vivienda adecuados y una mejora continua de las condiciones de existencia y protección contra el hambre (art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, con jerarquía constitucional conforme el art. 75 inc. 22 CN) y la función social de la propiedad y la prohibición de la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre (art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

jurídico, informativo, psicológico, biológico, de acceso la justicia y político (Marques, 2016; Miragem, 2012; Moraes, 1999; Rusconi, 2009). Sin perjuicio de ello, puede conjugarse en intersección con otras vulnerabilidades, configurándose el caso de los consumidores hipervulnerables (Barocelli, 2018);

c) Los fundamentos del principio protectorio como base axiológica y metodológica del derecho del consumidor. El principio protectorio es uno de los principios fundamentales del derecho del consumidor. El mismo constituye una derivación del principio *pro homine*⁹ de los derechos humanos, conjugado por el principio general del derecho *favor debilis* o de protección de la vulnerabilidad. Dicho principio protectorio, en su faz interpretativa, se suele expresar en tres formas: a) regla *in dubio pro consumidor*; b) regla de la norma más favorable; y c) regla de la condición más beneficiosa (Barocelli, 2015b);

d) El emplazamiento de la relación de consumo como categoría delimitadora del ámbito de aplicación del derecho del consumidor. El artículo 42 CN implicó el tránsito de una noción contractual de consumo a una mucho más amplia.

Podemos caracterizar a la relación de consumo como el nexo jurídico intersubjetivo, estructuralmente asimétrico, nacido del contacto social entre quienes desarrollan actos de mercado y quienes adquieren, utilizan o disfrutan esos bienes y servicios para uso privado o sufren daños en virtud de dichas actividades. Dicha relación se configura como una especie particular de relación jurídica, que puede configurarse tanto como una relación jurídica privada como una relación jurídica pública, bajo la forma de una relación jurídica obligatoria. La relación de consumo tiene como sujetos a los consumidores y los proveedores y puede comprender en su causa-fuente a los contratos, a otras relaciones de derecho privado y derecho público, a las prácticas comerciales y al hecho jurídico de consumir;

e) El establecimiento de la manda a las autoridades públicas a proveer a la protección de los derechos de los consumidores. Si bien el Estado, en principio, no es parte del vínculo jurídico del consumo –salvo que sea como provee-

9. Recordemos que el principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre (Pinto, 2016).

dor—, cierto es también que no juega un rol neutral. Por imperio del artículo 42 CN, las autoridades públicas deben velar por el respeto de dichos derechos por parte de los proveedores de bienes y servicios para la vigencia efectiva de los mismos, y adoptar medidas en pos de la prevención de posibles vulneraciones de derechos, la defensa de los derechos e intereses de los consumidores, la implementación de procedimientos para la prevención y resolución de conflictos, el fomento de las asociaciones de consumidores, y el desarrollo de programas y campañas de educación al consumidor;

f) *Participación ciudadana*. Para organizarse, participar y defender sus derechos, los consumidores y usuarios han recurrido a la conformación de organizaciones que promuevan sus intereses. Por consiguiente, el reconocimiento legal de las asociaciones de consumidores no es más que la respuesta del campo jurídico a la emergencia y consolidación en el ámbito de la sociedad civil del llamado “movimiento consumerista”. En América Latina y el Caribe la emergencia del movimiento consumerista tuvo su desarrollo en la década de 1980, en el escenario común de transición democrática y posdictaduras, donde se vivenciaban distintas experiencias de participación ciudadana y movimientos sociales. Siendo pioneras en la década del ochenta ADELCO y la Liga de Amas de Casa, tras la sanción de la Ley N° 24240 y la reforma del año 1994, se constituyen otras asociaciones, con diversas modalidades de organización y campo de acción. Actualmente, han sido reconocidas, según datos oficiales, cuarenta y seis asociaciones en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores, existiendo también otras inscriptas en los registros locales. Asimismo, otras organizaciones de actuación más amplia (organismos de derechos humanos, centros de estudiantes, de jubilados, ligas de amas de casa, etc.), sin ser asociaciones de consumidores, trabajan en la temática de los derechos de los consumidores.

Las asociaciones de consumidores desempeñan un rol fundamental, no solo como vehículo de organización de los intereses de los consumidores ante las autoridades y la opinión pública, sino también para la participación en la toma de decisiones públicas que les afectan, en los procedimientos de consulta públicas, audiencia pública, debates parlamentarios, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa popular (conforme el art. 39 de la CN y la Ley N° 24747) y otras instancias de participación ciudadana. También se destacan, en este apartado, las previsiones que disponen lugares específicos para las asociaciones de consumidores y usuarios en ámbitos de gestión y toma de decisiones, como

el consejo consultivo de asociaciones en las autoridades de aplicación, los consejos de usuarios en entes reguladores o el lugar reservado en el Directorio del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos para las organizaciones de usuarios y consumidores (art. 139 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires), y el miembro previsto en el Directorio de la Sociedad Ferrocarriles Argentinos Sociedad del Estado (art. 9º de la Ley N° 27132) (Barocelli, 2015a);

g) *El reconocimiento de los derechos de los consumidores y su participación dentro de la categoría de derechos de incidencia colectiva.* El reconocimiento de los derechos de los consumidores en el plano constitucional, con el nivel de detalle del artículo 42 CN, colocó a la Argentina en la vanguardia mundial en la materia y fue, sin duda, uno de los grandes aciertos de los constituyentes de 1994.

En ese sentido, los derechos de los consumidores pueden revestir la calidad tanto de individuales como de incidencia colectiva, conforme detalla expresamente el artículo 43 CN, participando también, conforme la doctrina judicial de “Halabi”¹⁰ en derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos o referentes a intereses individuales homogéneos.

La doctrina sistematiza los derechos de los consumidores, conforme la siguiente clasificación (Stiglitz y Stiglitz, 2012):

I) Derechos primarios o fundamentales, que constituyen obligaciones que debe garantizar el Estado:

-acceso al consumo: derecho implícito¹¹ que comprende un piso mínimo de inclusión y ciudadanía social de toda persona humana y, por tanto, de accesibilidad y asequibilidad de bienes y servicios a determinados bienes y servicios básicos garantizados por el Estado (alimentación, vivienda, salud, educación, agua, servicios públicos domiciliarios, transporte, entre otros.), que permitan un estándar de vida digno, de modo de cubrir sus necesidades indispensables (Pérez Bustamante, 2004; Rusconi, 2009; Pérez Bustamante, 2011);

-educación para el consumo: a efectos de promover una mayor concientización social de los consumidores, que facilita la toma de decisiones res-

10. CSJN, 24/02/2009, “Halabi, Ernesto c. P.E.N.”, Fallos 332:111.

11. Conforme la interpretación de los artículos 41, 42, 33, 75 inc. 19 y 125 CN y de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, conforme el artículo 75 inc. 22 CN (v. gr., el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los artículos 22 y 25.1. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros) y las Directrices de Naciones Unidas de Defensa del Consumidor.

ponsables, el conocimiento y ejercicio de sus derechos y la promoción del consumo sustentable. Este derecho constituye una obligación del Estado de implementar políticas que impliquen, entre otras cuestiones, incluir en los planes de estudio de todos los niveles los contenidos relativos a la problemática del consumo, desarrollar acciones de concientización y difusión pública de los derechos de los consumidores y las vías de protección, en especial, para los consumidores hipervulnerables;

-consumo sustentable:¹² implica que las necesidades de bienes y servicios de las generaciones presentes y futuras se satisfacen de modo tal que puedan sustentarse desde el punto de vista económico, social y ambiental. Sabido es que el desarrollo sustentable requiere la eliminación de los dos polos de la sociedad de mercado –el consumismo y la pobreza–, por ser contrarios al equilibrio ecológico, económico y social, presupuesto base de la sustentabilidad (Pérez Bustamante, 2011). En este primer punto, la eliminación de la pobreza encuentra su vinculación con el ya mencionado derecho de acceso al consumo. En cuanto al consumismo, la cuestión resulta más compleja y requiere, por tanto, de acciones de concientización social sobre el uso racional de bienes y servicios, la búsqueda de herramientas eficaces para el aprovechamiento equitativo y sostenible de los recursos naturales sin que afecte las necesidades de las generaciones futuras, en toda la cadena de producción, distribución, comercialización y consumo, como así también la regulación de las conductas de mercado que lo promueven, como publicidades ilícitas y técnicas de marketing inapropiadas y otros medios indirectos como la industria cultural (Barocelli, 2015b). Creemos que el consumo sustentable no debe estar centrado exclusivamente en su dimensión ecológica (las famosas “erres” del movimiento ecologista: reducir, reutilizar y reciclar, promoción de la producción artesana, tratamiento y disposición de residuos, eficacia y alternativas energéticas, entre otras), sino también una dimensión ética (que promueva en

12. Este derecho se encuentra reconocido de manera expresa en las Directrices de Naciones Unidas sobre protección al consumidor y en algunos textos constitucionales provinciales, como la Constitución de Entre Ríos, en sus artículos 30, 78 y 83 o en el Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires (Ley N° 13.133), en sus artículos 3 inc. f y 8 y 9. Asimismo, se encuentra implícito en nuestra Constitución Nacional, a través de una interpretación sistémica del preámbulo y los artículos 33, 41, 42, 43, 75 inc. 2, 18 y 19 y 125 y constituye una de las atribuciones de la autoridad de aplicación federal, conforme el artículo 43 inciso a de la LDC.

los consumidores decisiones racionales y responsables a la hora de consumir, y que desalienten el consumismo como forma de alcanzar el bienestar y la felicidad), equitativa o social (en donde se vislumbre frente a determinados bienes o servicios las consecuencias en el plano laboral y social que hay detrás de ellas, como la promoción del trabajo decente y combate al trabajo esclavo e infantil, entre otros) y económica (que plantee el análisis sobre las consecuencias en la organización de los factores de producción y promueva la redistribución y un reparto más equitativo de la riqueza, del comercio justo, la economía social y solidaria, la fiscalidad “verde”, y la “contratación verde”, entre otras iniciativas).

-libertad de elección en su faz colectiva: refiere al presupuesto necesario de la existencia de un mercado transparente y de libre competencia, que permita a los consumidores la posibilidad de elegir entre diferentes productos y servicios dentro del mayor surtido y a los precios más bajos. Se sostiene que la libertad de elección importa el ejercicio libre e irrestricto de la voluntad en el marco de las relaciones de consumo, exteriorizado mediante la posibilidad de efectuar verdaderas opciones, sin condicionamientos arbitrarios o ilegítimos y el combate a las ya referidas “fallas del mercado” (Rusconi, 2009), con formación autónoma de los precios, imposibilidad de que las empresas concurrentes basen su política industrial, comercial y de ventas exclusivamente en decisiones propias y libre elección de los consumidores (Kemelmajer De Carlucci, 2001). Si bien esta premisa llevada al extremo es, en cierta medida, una utopía, cierto es que para propender a una mayor libertad de elección de los consumidores, las autoridades públicas deben garantizar la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, propendiendo al control de los monopolios y oligopolios, y el acceso a variedades de productos y servicios.

II) Derechos sustanciales, que implican soluciones que se insertan en el derecho de fondo como parte del programa prestacional de la relación de consumo, y que constituyen obligaciones que los proveedores deben garantizar. Dicho reconocimiento de obligaciones *ex lege* de fuente constitucional, determina, además, el estándar de actuación de los proveedores en el mercado y, por consiguiente, en la ilicitud de las prácticas comerciales que vulneren dichos derechos. Estos son:

-información: una de las desigualdades más significativas entre consumidores y proveedores la constituye la asimetría informativa, conforme lo hemos analizado anteriormente al referir a las “fallas del mercado”. La información tiene la aptitud de generar conductas previsibles y es un valor agregado abstracto, es decir, disminuye el margen de incertidumbre y evita riesgos (Gherzi, 2009). En la llamada etapa precontractual, la información juega un papel destacado, ya que permite que los consumidores puedan tomar decisiones libres y razonadas, teniendo en cuenta las ventajas y desventajas de un negocio y sus consecuencias. Esto permite la formación del consentimiento en forma adecuada (Pinese y Corbalán, 2009). Se trata, pues, de un “consentimiento informado” que facilita al consumidor conocimiento para permitirle elegir y decidir. Sin embargo, cumple un papel fundamental en todas las etapas y circunstancias de la relación de consumo: durante toda la vigencia del contrato o negocio jurídico, especialmente en los contratos de duración, al momento de su extinción, en la etapa poscontractual y aun frente a actos unilaterales del proveedor o frente a daños sufridos por actos de mercado.

El derecho a la información abarca tanto circunstancias de hecho (características esenciales de los bienes y servicios, modo de empleo, circunstancias de su desarrollo, etc.), como de derecho (derechos y obligaciones de las partes de manera pormenorizada, condiciones de su comercialización y posibles prohibiciones o restricciones legales de uso del bien o de la realización del servicio). Asimismo, comprende aquella información conocida por el proveedor, e incluso la ignorada por este. En este último caso, deberá realizar las gestiones necesarias para procurarse de dicha información.

Como obligación del proveedor, la información debe cumplir con los siguientes estándares constitucionales, en lo todo lo relacionado con las características de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización, y toda otra circunstancia relevante, a saber: adecuada, en relación al destinatario (adecuación subjetiva); que permita su comprensión y acceso y en relación al bien o servicio brindado y sus condiciones de comercialización (adecuación objetiva); veraz, es decir, sin falsedades, simulaciones, ambigüedades o vaguedades, datos contrarios a la realidad, ardidés o artificios para disimular ciertas características de bien o servicio, o que pueda inducir a engaños o confusiones, como también a partir del desarrollo por el provee-

dor de una “transparencia activa”, que implique informar oficiosamente sobre cuestiones que resultan de interés.

-protección de la salud y seguridad: que tiene por finalidad principal mantener incólumes la integridad física y los bienes del consumidor (Agoglia et al, 2004; Rinesi, 2007), y la garantía de inocuidad de los bienes y servicios que los proveedores introducen en el mercado, como de sus actos de mercado, así como la advertencia sobre riesgos y peligros. Este derecho-obligación tiene dos fases: una preventiva y otra resarcitoria. En su faz preventiva, implica una serie de acciones por parte de los proveedores tendientes a un objetivo: los bienes y servicios que se comercialicen deben ser seguros. Posee esto una íntima vinculación con los principios de prevención y precaución del derecho de daños (Andorno, 2002), y con la obligación de información y de trato digno. Si bien el riesgo cero es quizá utópico, este objetivo implica una diversidad gradual: abstenerse de la comercialización de bienes o servicios que puedan causar daños, advertir sobre el uso adecuado de bienes y servicios y sobre posibles riesgos, peligros o consecuencias adversas, adoptar medidas para eliminar, aminorar o disminuir la posibilidad de riesgos. En su faz resarcitoria, ante el incumplimiento de la obligación de seguridad del proveedor, al ser una obligación de resultado, devengará la obligación de resarcir los daños ocasionados en la persona o el patrimonio.

-condiciones de atención y trato digno y equitativo: este derecho, quizá el más importante y propio de la tradición iberoamericana de la protección de los consumidores, pone de relieve no solo la temática como una regulación de mercado sino, a nuestro modo de ver, principalmente, el respeto de la dignidad de la persona humana en el mercado. Por condiciones de atención nos referimos a los medios o infraestructuras establecidas por el proveedor para vincularse con los consumidores, ya sea de modo presencial (oficinas, establecimientos abiertos al público, centros de atención al cliente, talleres, unidades de atención posventa, visitas de agentes comerciales o venta directa, etc.) o a distancia (correo postal, centros atención telefónica, fax, correo electrónico, página web, redes sociales u otras formas de comunicación electrónica). En cuando al trato, comprende tanto la comunicación escrita o verbal (expresiones, uso del lenguaje, volumen o intensidad de la voz), la no verbal (expresiones, gestos, movimientos, etc.), y otras conductas positivas o negativas del proveedor (tratamiento o almacenamiento de datos, procedimientos

de atención, modalidades del servicio, etiquetados, protocolos de resolución de reclamaciones, etc.) (Barocelli, 2017).

En cuanto a los estándares que deben cumplir esas condiciones de atención y de trato, podemos señalar, siguiendo el mandato constitucional y legal, que debe ser digno y equitativo. Se trata de un estándar de conducta que el proveedor está obligado a observar en la relación de consumo, que pretende resguardar la moral y salud psíquica y física de las personas, toda vez que la ausencia de un trato digno y equitativo genera lesión en los derechos constitucionales del consumidor, agravándolos en su honor. Asimismo, atiende a la preservación de la igualdad y proporcionalidad respecto del contenido de la relación de consumo (Colazo, 2015).

En relación al concepto de dignidad, desde el plano filosófico, podemos recurrir a Kant, quien entendió que dignidad implica entender que “el hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como medio” (Kant, 1980). La dignidad es el derecho que tienen todos los hombres y mujeres a ser respetados como tales, es decir, como ser humano con todos los atributos de su humanidad (Ekmekdjian, 1999). En este orden de ideas, entendemos que en la atención y el trato debe ser respetuoso, cortés, amable, considerado, afable y atento, sin abusos, humillaciones, vejaciones o intimidaciones.

El respeto a la dignidad comprende también la consideración de la individualidad del ser humano, con sus limitaciones, diferencias y singularidad, y no entenderlo como un número, una cifra o una cosa, propio de la masividad. Aquí reviste de importancia la cuestión de los consumidores hipervulnerables y la necesidad de “ajustes razonables”.

Respecto al concepto de equidad, se encuentra íntimamente vinculado en este punto con el trato igualitario y no discriminatorio, sin distinciones ni diferenciaciones injustificadas (Rusconi, 2009).

-protección de los intereses económicos: en concordancia con los lineamientos de las Directrices de Naciones Unidas, podemos sostener que el derecho a la protección de los intereses económicos de los consumidores comprende tres contenidos: a) regulación sobre precios y calidades de los productos y servicios; b) la vigencia de una “justicia contractual” o regulación contractual, y c) un sistema de compensación efectiva en materia de daños (Stiglitz y Stiglitz, 1994).

-libertad de elección en su faz individual: el ya referido derecho, en la faz individual implica el ejercicio la libertad de contratación de los consumidores, en cuanto a que la decisión de contratar o no contratar, qué contratar y en qué condiciones, deber ser adoptada por los consumidores de forma libre e informada. Por consiguiente, toda acción generalizada por desvirtuar el ejercicio de este derecho por los consumidores deberá entenderse como una práctica abusiva, por ejemplo, las llamadas “ventas atadas” (Barocelli, 2014).

III) Derechos instrumentales, que implican mecanismos de implementación e instrumentos de tutela de los restantes derechos:

-a la organización y participación, tanto individual como colectiva, fundamentalmente a través de la constitución y actuación en asociaciones de consumidores, quienes desempeñan un rol fundamental en la defensa de los derechos de incidencia colectiva de los consumidores, deviene que el Estado debe garantizar su funcionamiento, autorización y financiamiento;

-a procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos: el Estado debe garantizar herramientas que permitan de manera justa, sencilla, rápida, exenta de formalidades y poco costosas vías de reclamación y acceso a la justicia de los consumidores, que no se limitan exclusivamente al acceso a la jurisdicción propiamente dicha, en forma individual o colectiva, sino que comprende también vías administrativas y otros mecanismos extrajudiciales de resolución de controversias (arbitraje, conciliación, entes reguladores, defensorías del cliente, reclamación ante organizaciones de consumidores, reclamos online, entre otros).

h) El amparo y el habeas data como herramientas procesales constitucionales de tutela de los derechos de los consumidores. El artículo 43 emplaza al amparo como el remedio expedito frente a lesión, restricción, alteración o amenaza, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, actual o inminente, de los derechos y garantías de los consumidores, tanto en la faz individual como colectiva. El habeas data también puede resultar la acción idónea para tomar conocimiento de los datos de los consumidores en poder del proveedor y de su finalidad, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos.

4. Principales desafíos pendientes en materia de protección a los consumidores

El trayecto recorrido en materia de protección de los usuarios y consumidores, desde la sanción de la Ley N° 24240 en 1993, y la elevación al rango constitucional de sus derechos ha sido, en balance, con sus aciertos y desaciertos, un camino de avance sostenido y progresivo.

Sin embargo, numerosos desafíos pendientes marcan el camino de las autoridades públicas en “hacer carne” los postulados de los constituyentes de 1994. Entendemos que ellos son:

a) *La protección de los consumidores como política pública.* La protección de los consumidores como política pública es una cuestión que merece su consolidación y profundización. Ello requiere reconocer diversas dimensiones de la protección de los consumidores:

I) como uno de los principios rectores de la política económica y social;

II) como una de las políticas que deben desarrollar autoridades de aplicación tanto federales cuanto locales;

III) como una de las políticas que las autoridades de aplicación de diversas actividades reguladas específicamente (servicios públicos, transporte, entidades financieras, seguros, contratos de ahorro previo, mercado de capitales, turismo, etc.) y con funciones de contralor —como las Defensorías del Pueblo o los entes de control interno y externo del sector público— deben contemplar e implementar en el ejercicio de sus funciones.

En estos puntos, si bien pueden desatarse diversas iniciativas a nivel nacional o local, con mayor o menos continuidad en el tiempo y las gestiones (Stiglitz, 2012), creemos que todavía hay mucho para profundizar.

b) *Jerarquización y descentralización de las autoridades de aplicación.* Otra necesidad imprescindible es el de una autoridad nacional de aplicación fuerte, descentralizada, especializada e independiente, en especial, de los proveedores. Ello obliga, por tanto, que no se los ubique en los organigramas dentro de las áreas económicas o productivas, tradicionalmente más vinculados o permeables a los *lobbies* de los sectores empresarios. Más bien, la autoridad debe contar con la participación de las asociaciones de consumidores y vinculación con los sectores académicos especializados. Las experiencias del INDECOPI en Perú, la SERNAC en Chile, la PROFECO en México, el extinto

INDEPABIS en Venezuela o la Superintendencia de Industria y Comercio en Colombia, son ejemplos a tener presente. El diseño institucional del Anteproyecto de Defensa del Consumidor de 2018, que propone la creación de una Autoridad Nacional del Consumidor (ANCON) como organismo descentralizado, con autonomía funcional y autarquía financiera, conducido por un directorio seleccionado por concurso público de antecedentes y oposición, es una iniciativa a promover.

La concertación de políticas a través del Consejo Federal de Consumo (COFEDEC) resulta indispensable, como también la implementación de autoridades de aplicación a nivel local bajo análogos criterios de diseño institucional, antes referidos, con el mayor nivel de cercanía posible. El ámbito municipal y comunal, por su proximidad, creemos que es el ámbito ideal para la implementación de políticas.

Dicha concertación de políticas y armonización de derechos debe también profundizarse en el plano internacional, tanto en los ámbitos del Mercosur, la OEA y otros foros regionales, como el ámbito universal de la ONU, en miras a la atención de situaciones de consumo transfronterizo, en especial, en el campo del comercio electrónico y la protección de los turistas.

Las Defensorías del Pueblo, nacional y locales, también deben fortalecer y consolidar su rol en materia de protección de usuarios y consumidores, en especial, en el ejercicio de la legitimación extraordinaria para la defensa de los derechos de incidencia colectiva de los consumidores.

En ese sentido, entendemos necesario consolidar, fortalecer y ampliar la actuación del Ministerio Público en la materia. El Ministerio Público como defensor de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad juega un papel destacado en la defensa del orden público y el acceso a la justicia de los consumidores. Este papel destacado se visibiliza en cada una de las ramas del Ministerio Público:

I) Respecto del Ministerio Público Fiscal, conforme las disposiciones de los artículos 52 y 54 de la Ley N° 24240, su intervención tiene tres funciones: como fiscal de la ley, como actor legitimado en los procesos de consumo de incidencia colectiva, y como actor “suplente” o “sustituto”, para el caso de que una acción intentada por una asociación de consumidores legitimada sea desistida o abandonada.

El programa establecido en el ámbito de la Procuración General de la Nación y la experiencia brasileña en la materia son ejemplos a tener presente.

II) Respecto al Ministerio Público de la Defensa, resulta necesario que los consumidores, fundamentalmente los hipervulnerables, tengan acceso a una defensa pública gratuita y de calidad. En esta materia, los desafíos se centran en dos cuestiones: el ámbito donde el Ministerio Público de la Defensa va a actuar, y la población a la que va a asistir. Respecto del ámbito donde actuará, creemos que el mismo no debe circunscribirse exclusivamente a la intervención en causas judiciales propiamente dichas, sino también en la instancia conciliatoria previa, conforme los criterios del artículo 9 de la Ley N° 26993. En cuanto a la población a asistir entendemos que los criterios a determinarse deben comprender a las situaciones de pobreza, vulnerabilidad o pertenencia a sectores sociales menos favorecidos, y en el caso de las personas jurídicas, a las entidades sin fines de lucro integradas o conformadas por personas en condiciones de vulnerabilidad social, de conformidad con los estándares internacionales reflejadas por las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Asimismo, creemos necesario la articulación con otros servicios de asesoramiento y patrocinio jurídico gratuito desarrollados por universidades, asociaciones de consumidores y otras instituciones. En su rol tutelar entendemos que debe ser también instrumento de acceso a la justicia de niñas, niños, adolescentes y personas con padecimientos mentales, todos ellos también consumidores hipervulnerables, pudiendo intervenir tanto en acciones individuales o de incidencia colectiva.

c) Procedimientos eficaces para la resolución de conflictos. A nadie se le escapa que los consumidores y usuarios día a día ven como sus derechos son conculcados y son sometidos a peregrinar entre centros de atención al cliente, oficinas de defensa del consumidor, conciliadores, asociaciones de consumidores, entes reguladores, entre otros, sin lograr, muchas veces, respuestas eficaces e integrales a sus demandas e intereses. La justicia ordinaria, por el cúmulo de causas y por las miradas tradicionales que a menudo posee, no siempre brinda las respuestas adecuadas a las expectativas de los consumidores.

La necesidad de procedimientos eficaces para la prevención y resolución de conflictos en las relaciones de consumo es un mandato de la Constitución Nacional, y de las Directrices de Naciones Unidas de Protección al Consumi-

dor y una demanda innegable de los consumidores y usuarios que día a día ven vulnerados sus derechos y encuentran dificultades para acceder a la justicia.

Sobre este punto, si bien se implementaron diversas instituciones en la materia (conciliación administrativa, procedimiento ante entes reguladores, arbitraje de consumo, defensor del cliente, entre otros), creemos que los esfuerzos deben estar encaminados en lo siguiente:

I) Que las reclamaciones de los consumidores puedan presentarse en todo el territorio nacional en ámbitos de cercanía (nivel municipal o comunal) y a través de herramientas tecnológicas (portales web y aplicaciones) de manera sencilla y gratuita, a efectos de acceder a instancias de conciliación previa, gratuita y obligatoria para los proveedores;

II) En caso de fracaso de dicha instancia, la universalización de formas de compensación ágiles por las autoridades de aplicación (por ejemplo, a través del instituto del daño directo, en la forma establecida por el ALDC), o articulación con otros métodos de resolución de conflictos (arbitraje de consumo);

III) El establecimiento en todas las jurisdicciones de un fuero especializado en materia de relaciones de consumo. Creemos que dicho fuero deberá entender tanto en acciones individuales como de incidencia colectiva, sin limitaciones en razón de montos, o tipo de vínculos entre consumidores y proveedores. Su eficacia dependerá de su conformación por jueces/zas, fiscales, defensores/as y asesores/as tutelares comprometidos y consustanciados con los principios, las normas y la filosofía del derecho del consumidor y su actuación bajo los principios de celeridad e inmediatez e informalismo a favor del consumidor, con procedimientos rápidos, accesibles y orales, sin chicanas procesales, que en lo posibles se resuelvan en una única audiencia y con plazos máximos obligatorios de resolución. Entendemos que debe ser efectivamente gratuita para los consumidores en todos los aspectos, comprendiendo la exención del pago de tasas, publicaciones, costas y demás gastos judiciales y con el mayor grado de cercanía posible. En ese sentido, consideramos valiosas las experiencias desarrolladas en varias jurisdicciones de justicias de pequeñas causas y de articulación con la justicia de paz.

d) Ampliación de derechos. Los nuevos desafíos de la sociedad de consumo, con cambios constantes y vertiginosos, demandan de los legisladores una constante actualización de las normas e instituciones de protección.

En tal sentido, ir hacia un Código de Protección y Defensa de los Consumidores, como los tienen Brasil, Perú, Italia, Francia, Luxemburgo y Rumania y en el ámbito subnacional el Código de Consumo de Cataluña de 2010; que implique tanto una “codificación compilación”, unificando en un único cuerpo ordenado diferentes regulaciones dispersas en la LDC, el CCC y leyes especiales, y una “codificación innovación” (Piasant, 2017), regulando cuestiones como en el campo de la tutela de los consumidores hipervulnerables, la problemática del sobreendeudamiento de los consumidores, las prácticas abusivas, en especial, en materia de crédito al consumo, atención al cliente, y cobranza extrajudicial de deudas, la protección de los consumidores en el entorno digital, protección al consumidor con perspectiva de género, entre otras, es una demanda innegable. El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor de 2018 es una iniciativa que va en ese sentido.

e) Educación para el consumo. Los esfuerzos en la materia requieren ser profundizados, extendidos y generalizados, con un enfoque interdisciplinario. Si bien pueden encontrarse algunas experiencias interesantes, la incorporación en los contenidos obligatorios y la presencia real en las aulas de las problemáticas de los consumidores es una cuestión en la que hay seguir ahondando esfuerzos, en particular, sobre cuestiones de actualidad: educación financiera, consumo en el entorno digital, protección de datos personales, entre otros.

La educación al consumidor debe contribuir a la formación de individuos libres, participativos, con una actitud consciente y crítica ante la sociedad de consumo, como una práctica emancipadora y transformadora que habilite a recrear el mundo de la sociedad de consumo en la que estamos inmersos y, parafraseando a Freire, permita a los consumidores decir “su” palabra (Freire, 1970). Como sostuvo este destacado pedagogo, “la verdadera educación es praxis: reflexión y acción del hombre sobre el mundo para transformarlo” (Freire, 1997).

En el campo de la educación al consumidor, se incluye la necesidad de instrumentar campañas públicas de difusión y concientización, la creación y difusión de programas educativos en los medios masivos de comunicación social, como la generación de espacios mediante la utilización de tecnologías de la información y las comunicaciones, tanto destinado a los consumidores como a los proveedores, en especial, pequeñas y medianas empresas. En tal sentido, creemos que los medios audiovisuales cuya titularidad

este en cabeza del Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las universidades nacionales, los institutos universitarios, las emisoras de los pueblos indígenas y los establecimientos educativos deben jugar un papel fundamental, creando espacios y programas, con participación de las autoridades de aplicación respectivas y las asociaciones de consumidores.

f) *Organización y participación de los consumidores.* La finalidad principal de las asociaciones de consumidores es la defensa, información y educación de los consumidores. Se perfilan, por tanto, como funciones de las asociaciones de consumidores las de facilitar la organización de los consumidores como grupos de interés y canal de participación en la toma de decisiones públicas, constituirse como ámbitos de consulta y asistencia estatal, velar por el fiel cumplimiento del sistema de normas de protección al consumidor, participar en promoción de los derechos de los consumidores y de pautas de consumo, economía doméstica y estilos de vida más sustentables, y en la educación al consumidor, divulgar información de interés directo e indirecto de los consumidores y usuarios, asesorar, asistir, aconsejar y acompañar a los consumidores en sus reclamos, desarrollar campañas de protesta o concientización, defender los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, participar en el diseño, implementación y gestión de los sistemas de prevención y resolución de conflictos en las relaciones de consumo y desarrollar investigaciones sobre problemáticas vinculadas al consumo, sin que esto implique un *numerus clausus*.

El conocimiento de campo coloca a las asociaciones en un rol preminente a la hora de proponer a los organismos competentes el dictado de normas jurídicas o medidas de carácter administrativo o legal, o de colaborar con su perfeccionamiento. Por ese motivo, es recomendable que dichos organismos presten especial atención a las propuestas de las asociaciones.

Asimismo, resulta fundamental que el Estado contribuya con el financiamiento de las asociaciones de consumidores para el cumplimiento de sus fines, pues sin recursos resulta imposible su funcionamiento y consecución de sus fines.

5. A modo de conclusión

Decía Gabriel Stiglitz en 1995:

La ausencia de implementación del derecho del consumidor en Argentina –y otros países de Sudamérica–, tiene su causa sustancial, en el notorio desinterés de los gobiernos, por desarrollar políticas de protección del consumidor y adoptar infraestructuras administrativas adecuadas para ponerlas en práctica. Esas deficiencias de la política y la Administración de los gobiernos, son la consecuencia de un modelo neoliberal concebido “a ultranza”, y sustentado fundamentalmente sobre la base de la desregulación, que intenta dejar la suerte del consumidor, en manos de las reglas del mercado, del libre juego de la economía. A la ausencia de políticas de protección del consumidor se suma en nuestros países –insistimos–, la debilidad de las infraestructuras administrativas encargadas de la protección del consumidor. Los órganos de defensa del consumidor, en Argentina y otros países de Sudamérica, son centralizados, jerárquicamente irrelevantes y políticamente intrascendentes. Finalmente, el desinterés de los gobiernos por la aplicación de políticas del Consumidor, se agudiza, en la medida que los modelos de ajuste económico-individualistas, aparecen enfrentados con los postulados de la justicia social, haciendo recaer los mayores costos, sobre los sectores con menores ingresos. De modo que la necesidad de efectiva implementación del Derecho del Consumidor, en particular, en beneficio de los grupos más necesitados y carecientes, es un imperativo en la búsqueda de la justicia social (Stiglitz, 1995).

En veinte años de defensa del consumidor en Argentina mucho se ha avanzado. No obstante, muchas de las realidades allí descriptas siguen interpeándonos, especialmente a quienes se encuentran al frente de la toma de decisiones.

Creemos firmemente que, en pos de cumplir adecuadamente su rol, el Estado debe realizar una correcta implementación de las instituciones antes descriptas, con agentes especializados y consustanciados con las normas, principios y filosofía del derecho del consumidor, en estructuras jerarquizadas, independientes y con presupuestos adecuados y políticas públicas activas, coordinadas y concertadas, entre todos los poderes y niveles del Estado. Caso contrario, nos quedaremos en una mera expresión de deseos, más que en un efectivo mejoramiento en la calidad de vida de las personas. Esperamos, con paciencia y optimismo, como nos enseña Gabriel Stiglitz, por dicha concreción (Stiglitz 2013).

Bibliografía

- Alterini, A. et al (1989). El estatuto del consumidor en el marco de un proyecto de ley. *Diario La Ley*, 1989-B, 1002.
- Agoglia, M. et al (2004). La buena fe y la obligación de seguridad. En M. Córdoba (dir.), L. Garrido Cordobera y V. Kluger (coords.), *Tratado de la Buena fe en el Derecho: tomo I*. (pp. 253 y ss.). Buenos Aires: La Ley.
- Andorno, R. (2002). El principio de precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica. *Diario La Ley*, 2002-D, 1326.
- Barocelli, S. (2014). Libertad de elección del consumidor y “ventas atadas” en el Proyecto de Código. *Diario La Ley*, Sup. Act.22/05/2014, 1.
- (2015a). Asociaciones de Consumidores. En G. Stiglitz y C. Hernández (dirs.), *Tratado de Derecho Del Consumidor*: tomo. IV). Buenos Aires: La Ley.
- (2015b). Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial. *Revista DCCyE* 2015 (febrero), 63.
- (2017). Prácticas comerciales. En F. Álvarez Larrondo (dir.), G. Rodríguez (coord.), *Manual de Derecho del Consumo* (pp. 321 y ss.). Buenos Aires: Erreius.
- (2018). *Consumidores Hipervulnerables*. Buenos Aires: El Derecho.
- Bauman, Z. (2000). *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Madrid: Gedisa.
- (2007). *Vida de consumo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Baudrillard, J. (2012). *La sociedad de consumo. Sus límites, sus estructuras*. Madrid: Siglo XXI.
- Bocock, R. (1995). *El Consumo*. Madrid: Talasa.
- Bourgoignie, T. (1994). *Elementos para una teoría del Derecho del Consumidor* (pp. 11 y ss.). San Sebastián: Departamento de Comercio, Consumo y Turismo del País Vasco.
- Caramelo, G. (2011). La constitucionalización de los derechos del consumidor. En S. Picasso y R. Vázquez Ferreyra (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada: tomo III*. Buenos Aires: La Ley.
- Carrasco Rosa, A. (2007). *La sociedad de consumo: origen y características*. Recuperado de <http://www.eumed.net/ce/2.007a/acr.htm>
- Colazo, I. (2015). El trato digno y equitativo al consumidor a la luz de los principios constitucionales. *Revista SAJ*: DACF110011.
- Dalla Vía, A. (2017). El programa económico de la constitución nacional. Discurso de ingreso en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. *Anales*, LXII(55).
- Deutch, S. (1994). Are Consumer Rights Human Rights? *Osgoode Hall Law Journal*, 32(3), 537-578. Recuperado de <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol32/iss3/4>

- Ekmekjian, M. (1999). El valor de la dignidad y la Teoría del Orden Jerárquico de los Derechos Individuales. En G. Bidart Campos (coord.), *Los valores en la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Ediar.
- Freire, P. (1970). *Pedagogía del oprimido*. Montevideo: Tierra Nueva.
- (1997). *La educación como práctica de la libertad*. México: Siglo XXI Editores.
- Ghersi, C. (2009). *Responsabilidad de las entidades bancarias*. Buenos Aires: Universidad.
- Gil Domínguez, A. (2006). Derecho a la no discriminación negativa y alquileres: la fuerza normativa de la Constitución en las relaciones horizontales. *Diario La Ley* 2006-F, 379.
- Ginsburg, T. et al (2013). Getting to Rights: Treaty Ratification, Constitutional Convergence, and Human Rights Practice. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, 434.
- Jagielska, M. et al (2012). Are Consumers Rights Human Rights? En J. Devenney y M. Kenny (eds.), *European Consumer Protection: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kant, I. (1980). Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/fundamentacion-de-la-metafisica-de-las-costumbres--0>
- Kemelmajer De Carlucci, A. (2001). Derechos de los consumidores y Derecho de la Libre Competencia. *Separata Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*. Buenos Aires: La Ley.
- Kingisepp, M. (2012). The Constitutional Approach to Basic Consumer Rights. *Juridica International Law Review*, XIX, 49-58. Recuperado de http://www.juridicainternacional.eu/public.pdf/ji_2012_1_49.pdf
- Marques, C. (2016). *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. San Pablo: Editora Revista dos Tribunais.
- Miragem, B. (2012). *Curso de Direito do Consumidor*. (p. 102). San Pablo: Editora Revista dos Tribunais.
- Moraes, P. (1999). *Código de Defesa do Consumidor - O princípio da vulnerabilidade*. Porto Alegre: Síntese.
- Mosset Iturraspe, J. (2011). *Derecho Civil Constitucional*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pp. 299-459.
- Paisant, G. (2017). Una mirada comparada a los sistemas de protección jurídica de los consumidores y la experiencia de francesa. En J. Villalba Cuéllar y A. Alarcón Peña (dirs.), *Escritos de derecho privado contemporáneo. Contratos, responsabilidad y mercado en el siglo XXI*. Bogotá: Ibáñez.
- Pérez Bustamante, L. (2004). *Derechos del consumidor*. Buenos Aires: Astrea.
- (2011). En C. Regazzoni (ed.), *Salud y Conciencia Pública*. Buenos Aires: Fundación Sanatorio Güemes.
- Pinese, G. y Corbalán, P. (2009). *Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica.
- Pinto, M. (2016). El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. Recuperado de <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/as->

sets/files/documentos/el-principio-pro-homine-criterios-de-hermeneutica-y-pautas-para-la-regulacion-de-los-derechos-humanos.doc

- Ramsay, I. (1989). *Consumer Protection: Text and Materials (Law in Context)*. Londres: Weidenfeld and Nicolson, p. 36.
- Reich, N. (1985). *Mercado y derecho*. Barcelona: Ariel.
- Rinessi, A. (2007). *El deber de seguridad*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Rusconi, D. (2009). *Manual de Derecho del Consumidor*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 88-155.
- Stiglitz, G. (1995). El derecho del consumidor en Argentina y en el MERCOSUR. *Diario LA LEY*. 19-V-95.
- (2012). *La defensa del consumidor en Argentina, 30 años de Derecho, sin políticas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- (2013). A veinte años de la sanción de la ley 24.240 de defensa del consumidor. *Diario LA LEY* 2013-B, 1209
- Stiglitz, G. y Stiglitz, R. (1994). *Derechos y Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: La Rocca.
- (2012) *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires: La Ley.
- Tambussi, C. (2009). *El consumo como derecho humano*. Buenos Aires: Universidad.
- Sahián, J. (2016). *Dimensión constitucional de la tutela de los consumidores. Progresividad y control de regresividad de los derechos de los consumidores*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Recuperado de <http://eprints.ucm.es/43562/1/T39003.pdf>
- Sánchez Legrán, F. et al (2008). *FACUA y el movimiento de consumidores*. Sevilla: Ediciones FACUA-Consumidores en Acción.
- Sozzo, G. (2011). Defensa del Consumidor. En A. Bueres (dir.), *Código Civil y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial* (T. 8A). Buenos Aires: Hammurabi.
- Williamson, J. (1990). What the Washington Consensus Means by Policy Reform. En J. Williamson (ed.), *Latin America Adjustment: How Much has Happened*, Washington D.C.: The Institute for International Economics.

Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina post reforma constitucional de 1994: una relación en conflicto y en cuestión

*Silvina Zimmerman, Mishkila Rojas
y Facundo Capurro Robles*

1. Introducción

Con la conformación de los Estados nación se desarrollaron políticas asimilacionistas e integracionistas hacia los pueblos indígenas, producto de las cuales se repartieron las tierras que ellos ocupaban de manera tradicional y se los obligó a abandonar sus estructuras sociales, económicas, políticas y su derecho consuetudinario.

Los Estados nación nacen con una pretensión homogeneizadora de constitución de un ser nacional, de abandono de los rasgos identitarios que se diferenciaran del modelo dominante propuesto (Valverde, 2013: párr. 2), y en el caso argentino con una estructura racista.¹

A partir de esta concepción ideológica se diseñó una estructura institucional y jurídica construida para el hombre blanco, europeo, occidental y civilizado, que dejó afuera a las mujeres, a los afrodescendientes, a los niños y también a los pueblos indígenas.

Esa identidad negada persiste, en buena medida, hasta nuestros días. Para el año 1994 subsistía en la Constitución argentina la cláusula del artículo 67, inciso 15, que encomendaba “conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo” (Constitución Nacional, 1853). Hace relativamente poco, en el año 2010, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, le marcaba una grave preocupación al Estado

1. Basta con revisar las *Bases* de la nación de Juan Bautista Alberdi para encontrar múltiples pasajes que colocan al indígena como un ser inferior y no civilizado.

argentino. En el informe periódico de cumplimiento de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial —en el que se analiza, entre otras cuestiones, la situación de los pueblos indígenas—, este órgano puntualizó que la información oficial presentada por el Estado reflejaba que este se percibía a sí mismo como un Estado blanco y europeo, prácticamente negando la existencia de pueblos indígenas originarios y comunidades de origen africano (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 2010: párr. 27).

A su vez, según estudios de varios organismos internacionales, los pueblos indígenas sufren la mayor pobreza estructural de la Argentina y tienen los peores indicadores sociales. A modo de ejemplo, de acuerdo con datos del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) sistematizados en el informe para Argentina del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, el 23,5% de los hogares indígenas se encuentran con las necesidades básicas insatisfechas en comparación con el 13,8% de los hogares no indígenas; asimismo, según el Ministerio de Salud, el ingreso de los hogares de la población indígena es 7 veces menor al del conjunto de los hogares del país (Consejo de Naciones Unidas de Derechos Humanos, 2012a: párrs. 61, 65 y 73).

En estas condiciones —de negación, racismo y asimetría, de despojo de tierras tradicionales, de sometimiento jurídico y de condiciones sociales extremas— arriban los pueblos indígenas a fines del siglo veinte. En esa etapa, logran conquistar derechos tanto en el ámbito interno de los Estados como en la comunidad internacional.

En la arena internacional, los Sistemas de Protección de los Derechos Humanos desempeñaron un rol de singular importancia para la instauración de un paradigma de protección de la diversidad cultural. En esos espacios se discutieron y adoptaron sucesivos instrumentos específicos de derecho indígena, como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Además, los órganos de protección de los derechos humanos reinterpretaban los derechos consagrados en los tratados generales de derechos humanos, como por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la Convención Americana sobre

Derechos Humanos, para incorporar una perspectiva etnocultural e integrar allí las pautas culturales y la cosmovisión de estos pueblos.

Por otra parte, en la década del noventa se llevaron adelante reformas constitucionales en América Latina que dieron cabida a este nuevo paradigma y reconocieron derechos específicos territoriales, de autonomía y autogobierno, de consulta y participación, garantías específicas de derecho indígena, usos alternativos a la pena de prisión y el derecho a decidir los conflictos según su derecho consuetudinario y sus sistemas de justicia tradicional, entre otros. Algunos Estados, como el ecuatoriano y el boliviano, en las reformas constitucionales del siglo XXI se redefinieron incluso como Estados plurinacionales y pluriculturales (Ramírez, 2015).

Todo esto revolucionó el derecho occidental y generó tensiones y desafíos. Por ejemplo, cómo conciliar la protección de la diversidad cultural con la carta liberal de derechos que tiene una pretensión de universalidad, o una propiedad que es colectiva y comunitaria frente a la propiedad privada, o el reconocimiento de una jurisdicción especial indígena con el sistema judicial occidental (Bonilla, 2001: 145).

A su vez, en estas últimas décadas, en América Latina también se produjo una paradoja: pese a que se visibilizaron los pueblos indígenas, sus luchas y sus derechos, hubo una escalada de la conflictividad a raíz de que muchos países llevaron adelante proyectos de desarrollo mineros, petroleros, forestales, sojeros sobre territorios indígenas. En este escenario asimétrico de poder, los pueblos y comunidades, sin contar con la seguridad jurídica de sus territorios, ni mecanismos de protección, se enfrentan al accionar de corporaciones y empresas que, muchas veces con la anuencia del Estado, provocan nuevos procesos de despojo, la destrucción de las tierras y de los recursos naturales, poniendo en riesgo la supervivencia cultural.

En este contexto, el presente capítulo tiene por objetivo reflexionar acerca de la implementación de los derechos de los pueblos indígenas a veinticinco años de su reconocimiento en la Constitución Nacional. En particular, se abordará la situación del derecho a la tierra y al territorio y la relación de los pueblos y comunidades indígenas con el sistema de administración de justicia.

2. La consagración constitucional de los derechos de los pueblos indígenas, su articulación con el ordenamiento jurídico y la agenda pendiente

Aunque algunas provincias ya habían reconocido los derechos de los pueblos indígenas en sus constituciones o en sus legislaciones locales, estos derechos alcanzaron su punto de inflexión con la reforma constitucional de 1994, y su consagración específica en el artículo 75, inciso 17.

El actual texto constitucional no reconoce niveles de autonomía política ni el reconocimiento de una jurisdicción especial indígena, como sí lo hacen otras constituciones de América Latina. Sí establece el “respeto de la identidad cultural” de los pueblos indígenas, declara su preexistencia étnica y cultural, es decir, reconoce que antes de la propia creación del Estado argentino existían pueblos y comunidades indígenas en este territorio y consagra, a su favor, un conjunto de derechos específicos. Entre ellos, el derecho a la personería jurídica, a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionales indígenas, con una serie de restricciones como su inembargabilidad e inenajenabilidad, y el derecho a la consulta y participación en la gestión referida a los recursos naturales. A su vez, en virtud de la estructura de Estado federal, se establece que el cumplimiento de los derechos indígenas es una competencia concurrente entre la nación y las provincias.

Este reconocimiento se vio retroalimentado por la jerarquía constitucional que se le otorgó, en esa misma reforma, a diversos tratados de derechos humanos, en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, en razón de la especial relevancia que adquirieron los sistemas de protección de los derechos humanos en esta materia, tal como apuntamos en la introducción de este capítulo.

Conjuntamente, el 4 de marzo de 1992 el Congreso Nacional sancionó la Ley N° 24071, aprobatoria del Convenio 169 de la OIT y su ratificación tuvo lugar el 3 de julio del año 2000. Este instrumento complementa el marco constitucional porque establece la obligación de respetar la relación especial de los pueblos indígenas con la tierra; el derecho a la propiedad y posesión comunitaria sobre las tierras que tradicionalmente ocupan; la protección de los recursos naturales de sus tierras; el deber de establecer medidas especiales para garantizar a las personas indígenas protección eficaz en

materia de contratación y condiciones de empleo; de disponer de medios de formación profesional iguales a los de los demás ciudadanos; de extender progresivamente los regímenes de seguridad social sin discriminación alguna; de adoptar medidas para el acceso a la educación en todos los niveles en pie de igualdad; de facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras y de asegurarse que existan instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, entre otros derechos.

Pese a este profuso reconocimiento normativo, a nivel nacional, la principal ley que regula los derechos de los pueblos indígenas es la N° 23302 de protección de comunidades aborígenes, del año 1985, que continúa vigente, pese a que plantea diferentes problemas de constitucionalidad porque contradice estándares de la matriz proveniente del derecho internacional de los derechos humanos (Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, 2001: 337).

En los veinticinco años que transcurrieron desde la reforma constitucional se aprobaron escasas leyes nacionales dirigidas a implementar los derechos de los pueblos indígenas.

En este sentido, el nuevo paradigma constitucional y la ratificación del Convenio 169 de la OIT plantearon el desafío de revisar, desarrollar e implementar políticas y programas en múltiples ámbitos, como el educativo, con el fin de poner en práctica el derecho a la educación bilingüe e intercultural, o el de la salud, para incluir los sistemas tradicionales de salud indígena. No obstante, la agenda central del movimiento indígena en la Argentina durante estas dos décadas estuvo signada por la lucha por el derecho a la tierra y al territorio indígena y, relacionado con ello, con reclamos por la efectivización del derecho a la consulta y participación.

Esta agenda puede visualizarse con nitidez en las intervenciones de diversos órganos de protección de los derechos humanos en relación con el Estado argentino.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), en sus sucesivas evaluaciones, alertó sobre la falta de cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de demarcación de territorios, prohibición de desalojos y titulación de tierras, y llamó al Estado a velar por la plena aplicación de las leyes N° 26160, 26554, 26894 y 27400, garantizando la realización de un estudio de impacto sobre sus derechos y la provisión de un presupuesto propio

y de recursos humanos adecuados (Comité DESC, 2011: párr. 10 y 2018: párr. 19). También destacó la falta de cumplimiento del derecho a consulta y del consentimiento libre, previo e informado a nivel nacional y provincial en el otorgamiento de concesiones a empresas de propiedad estatal o a terceros para la explotación económica de las tierras y territorios tradicionalmente ocupados por los pueblos indígenas, en especial, en las actividades extractivas realizadas en Jujuy, Salta, Neuquén y Chubut² (Comité DESC, 2018: párr. 20).

Al mismo tiempo, resaltó que la obligación de respetar los derechos económicos, sociales y culturales se vulnera cuando los Estados parte dan prioridad a los intereses de las empresas en detrimento de los derechos del Pacto, sin la debida justificación, o cuando aplican políticas que afectan negativamente a esos derechos, por ejemplo, cuando se ordenan desalojos forzosos en el contexto de proyectos de inversión. Allí, los valores culturales de los pueblos indígenas y los derechos asociados a sus tierras ancestrales se ven particularmente amenazados (Comité DESC, 2017: párr. 12).

Por su parte, el Comité de Derechos del Niño recomendó al Estado la adopción de medidas afirmativas, reflejadas en el presupuesto, en favor de niños, niñas y adolescentes indígenas. En particular, aquellas destinadas a erradicar las causas profundas de la mortalidad de lactantes. También manifestó su preocupación sobre los efectos nocivos que la explotación minera a cielo abierto y el uso de agroquímicos, especialmente por terceros, como las empresas privadas y transnacionales, tienen para el ambiente y la salud de los niños que viven en zonas de actividad minera y de producción de soja. (Comité de los Derechos del Niño, 2018: párr. 34).

2. Respecto del consentimiento informado, en su reciente informe el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU precisó que, entre otros elementos, el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas debe estar libre de intimidación, coacción, manipulación. A su vez, destacó que la información debe presentarse en una forma que los pueblos indígenas puedan entender y, de ser necesario, traducida a una lengua que entiendan, mediante procedimientos culturalmente adecuados, que respeten las tradiciones y formas de organización de los pueblos, incluyendo información sustantiva sobre la índole y el tamaño del proyecto, el ritmo a que se construirá y la reversibilidad y el alcance del proyecto o la actividad que se proponga, las razones del proyecto, las zonas que serán afectadas, las evaluaciones de impacto social, ambiental y cultural; el tipo de indemnización o de participación en los beneficios y todos los posibles efectos y perjuicios de la actividad propuesta. También remarcó que la circunstancia de no dar el consentimiento puede indicar una falta legítima de confianza en el proceso de consulta o en la iniciativa nacional, y que el consentimiento debe ser documentado, de manera de dejar constancia de los pasos que se hayan seguido para obtenerlo y de la esencia del acuerdo concertado por las partes (Consejo de Derechos Humanos, 2018).

En relación con los derechos territoriales, tanto la Comisión como la Corte Interamericana han sostenido reiteradamente que, si el Estado no garantiza el derecho de las comunidades indígenas a su territorio tradicional, puede obstaculizar el ejercicio de toda una gama de derechos, ya que el acceso efectivo a sus tierras está directamente relacionado con la preservación de sus medios de subsistencia y su forma de vida (Corte IDH, 2005: párr. 157b; CIDH, 2002: párr. 130). En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos remarcó que la falta de acceso a la tierra, territorios y recursos, forman parte de la obligación del Estado de proteger el derecho a la vida (Comité de Derechos Humanos, 2018: párr. 26).

Los órganos del sistema interamericano resaltaron, asimismo, que el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria se ha interpretado como un derecho individual y colectivo (Corte IDH, 2004: párr. 151). Afirieron que la recuperación, el reconocimiento, la delimitación, la demarcación y el registro de tierras son derechos esenciales para la supervivencia cultural y la preservación de la integridad de las comunidades (CIDH 2000: párr. 16; Corte IDH 2005: párr. 146, 2014b: párr. 111-124). La Comisión señaló recientemente que la pérdida de tierras ha tenido un efecto desproporcionado sobre las mujeres indígenas porque generalmente “pierden sus medios de subsistencia tradicionales, como, entre otros, la recolección de alimentos, la producción agrícola, el pastoreo”, además de perder su papel decisivo en las comunidades (Consejo de Naciones Unidas de Derechos Humanos, 2015: párr. 61).

A su vez, a través de sus informes anuales, la Comisión dio seguimiento a los desalojos forzosos y violentos de varias comunidades integrantes del pueblo mapuche en Argentina (CIDH, 2017a: párr. 62). También destacó la necesidad de poner un especial énfasis en la garantía de los derechos de la niñez indígena, específicamente en cuanto a sus derechos de acceso a la tierra, al agua, a una educación bilingüe e intercultural, a la salud y el derecho a la identidad (Corte IDH, 2018: párr. 33).

En la actualidad, se encuentra en trámite ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos el primer caso sobre derechos territoriales de los pueblos indígenas en la Argentina, en el cual desde el año 1998 la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat reclama por la falta de otorgamiento por parte del Estado argentino de su título único de propiedad comunitaria. Hasta el día de hoy no se ha completado la demarcación

y delimitación de los territorios ancestrales reclamados por más de sesenta comunidades indígenas (Carrasco y Zimmerman, 2006: 32; CELS, 2019).

3. El derecho a la tierra, al territorio y a los recursos naturales: sin avances sustanciales que permitan su implementación

En base a los preceptos constitucionales que se adoptaron, Argentina avanzó con la implementación del derecho a la tierra y territorio indígena a partir de una serie de leyes nacionales tal como fue mencionado anteriormente. La ley de mayor relevancia en esta materia fue la N° 26160 del año 2006, que declaró la emergencia territorial en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas del país, preexistentes o cuya personería jurídica haya sido inscrita en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (RENACI) u organismo provincial competente, en aquellas provincias que hubieren celebrado convenio al respecto. La principal consecuencia de esta ley de emergencia territorial es que suspendió la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos que implicaran desalojos de comunidades indígenas ubicadas en tierras que ocuparan tradicionalmente. En paralelo, el Estado nacional asumió la obligación de llevar a cabo el relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas. Para que este supuesto se dé, la ocupación debe ser “actual, tradicional y pública” y fehacientemente acreditada, recaudos que dieron lugar a interpretaciones dispares. Quienes tienen una visión civilista reducen el alcance del derecho a la tierra y al territorio y, consecuentemente, realizan un nuevo despojo, mientras que quienes abordan esos requisitos desde el marco del derecho público, la matriz del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de los pueblos indígenas, respetan el territorio en su integralidad, incorporando los distintos criterios de uso tradicional que desarrollan las comunidades.

Como derivación de esta ley, se creó el Programa Nacional de Relevamiento Territorial –cuya autoridad de aplicación es el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI)–, creado mediante la Resolución del INAI N° 587/2007, con el objetivo de realizar el relevamiento territorial de las comunidades indígenas en un lapso de cuatro años. No obstante, la ley debió ser prorrogada

en tres oportunidades: 2009 (Ley N° 26554), 2013 (Ley N° 26894) y, más recientemente, 2017 (Ley N° 27400). Actualmente, el plazo de suspensión de desalojos de comunidades rige hasta el 23 de noviembre de 2021. De acuerdo con esta regulación, podrán ser relevadas las tierras de aquellas comunidades que puedan demostrar que en el año 2006 (año de sanción de la Ley N° 26160) ocupaban tierras tradicionales, conforme pautas culturales y su cosmovisión.

La realización del informe técnico-jurídico-catastral puede ser realizada de manera centralizada, por técnicos que conforman un Equipo Técnico Operativo perteneciente al INAI, o descentralizada, mediante convenios con las provincias. El resultado de ese informe es descriptivo de la situación de la comunidad al momento de su realización, sin producir consecuencias legales concretas para las comunidades que les permita erigirse como dueñas de sus territorios tradicionales. El informe queda conformado por un Cuestionario Socio-Comunitario (CUESCI) acerca de la situación de la comunidad, cartografías de caracterización catastral, un informe histórico-antropológico y un informe legal que incluye información catastral y dominial de la tierra relevada. Queda concluido con una resolución administrativa del INAI que da por finalizado el relevamiento.

El 12 de diciembre de 2017 el Estado nacional presentó el *Primer Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos 2017-2020*, aprobado mediante el Decreto N° 1024/2017, dentro del cual el Eje 1, titulado “Inclusión, No Discriminación e Igualdad”, prevé el accionar en materia de políticas públicas en relación con los pueblos indígenas (ítem 12). Allí se establece como objetivos, en relación al derecho a la tierra:

1. Culminar los relevamientos territoriales técnico-jurídico-catastrales para determinar la ocupación actual, tradicional y pública de las comunidades indígenas (meta: 100% de relevamientos solicitados culminados).
2. Promover la suscripción de acuerdos federales con las provincias para efectivizar el derecho a la posesión y propiedad comunitaria (meta: firmar acuerdo con doce provincias).
3. Consolidar un sistema de alerta temprana para la prevención y abordaje de conflictos vinculados a comunidades indígenas en funcionamiento (metas: emitir 100% de alertas sobre situaciones que así lo ameriten e intervenir en al menos el 30% de los casos alertados).

A junio de 2019, según información tomada del Portal de Datos Abiertos de la Justicia Argentina del Registro de Comunidades Indígenas de la Argentina –que incluye información provista por las provincias con las que existe un convenio vigente para la tramitación de personerías jurídicas de comunidades–, hay identificadas 1.688 comunidades indígenas con personería jurídica, otorgada como tal, en trámite o con otro tipo de personería jurídica, como por ejemplo, asociaciones civiles (RESOL-2018-1041-APN-MJ).

Hacia el año 2016, de cara a la proximidad de la finalización del plazo de la Ley de Emergencia Territorial en el año 2017, el INAI informó que había 456 comunidades con relevamiento culminado y 303 comunidades con relevamiento en proceso (Amnistía Internacional Argentina, 2017). En el 2017, el INAI preveía relevar 150 comunidades y, hacia 2018, otras 230 comunidades más, según los avances del Plan Nacional, cuyo seguimiento es público en su plataforma digital. Respecto a 2017 no existe información disponible y en 2018 se concluyeron 182 relevamientos. Es decir que, de las 1.688 comunidades identificadas, todavía quedan alrededor de 1.000 comunidades en el país a las que no se le hizo el relevamiento territorial.

En relación con el objetivo de firmar convenios con doce provincias para la realización del relevamiento, el INAI sostiene haber firmado convenio con Jujuy, Misiones, Río Negro y Salta en modalidad de coejecución. En cuanto al sistema de alerta temprana, entre 2018 y 2019 el INAI identificó 160 conflictos que involucran y/o afectan a comunidades indígenas, de los cuales únicamente en 8 casos se otorgaron servicios jurídicos del Programa de Fortalecimiento Comunitario y Acceso a la Justicia (Res. INAI 235/04).

Se observa, entonces, que el derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas en la Argentina fue reducido a la implementación del Programa Nacional de Relevamiento Territorial que únicamente prevé la recopilación de información situacional de comunidades. No solo quedan por fuera aquellas comunidades indígenas que reclaman la recuperación de sus tierras tradicionales, sino que tampoco prevé la regulación de tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano para aquellas comunidades que debieron relocalizarse a centros urbanos y periurbanos por falta de acceso a la tierra, al trabajo, a la salud y a la educación.

Más aún, la herramienta propuesta por este programa tampoco garantiza el derecho a la tierra y al territorio, ya que apenas se prevé la aprobación de

una carpeta técnica que describe la situación de la comunidad pero que no establece titulación o escrituración alguna (Barbieri, 2015: 102). A la fecha, no está previsto ningún tipo de continuidad para avanzar en este sentido.

4. Un servicio de administración de justicia de espalda a los pueblos indígenas

En el contexto descrito, ¿qué rol viene desarrollando el Poder Judicial y el sistema de administración de justicia? Las falencias y omisiones del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo pueden ser subsanadas mediante la intervención del Poder Judicial en tanto garante, en este caso, de los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, la relación de los pueblos indígenas con el sistema de administración de justicia presenta características y complejidades particulares. Muchas de las aristas de esa relación han sido abordadas y vienen siendo advertidas por los órganos de derechos humanos de la ONU y de la OEA en cumplimiento de sus misiones y funciones.

De acuerdo con los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, para asegurar el acceso de los miembros de las comunidades indígenas a la justicia, es esencial que el Estado confiera una protección efectiva, teniendo en cuenta sus características económicas y sociales, así como su situación particular de vulnerabilidad, sus valores y sus costumbres (Corte IDH, 2010b: párr. 184).

Respecto a las mujeres indígenas, la Corte Interamericana mencionó, en especial, los obstáculos que ellas encuentran para el debido acceso a la justicia, tales como hablar otro idioma, no conseguir intérpretes y no poder costearse un abogado (Corte IDH, 2010b: párr. 70).

Por su parte, la Comisión Interamericana señaló que el racismo estructural, la exclusión social y la inaccesibilidad geográfica obstaculizan en gran medida el acceso al sistema de justicia (CIDH, 2007a: párr. 19). Señaló la necesidad de reconocer el respeto de los sistemas jurídicos indígenas como un derecho humano de naturaleza colectiva, sin que ello implique que el Estado esté exento del deber de proporcionar a los pueblos indígenas los servicios del sistema de justicia oficial (CIDH, 2007b: párr. 185). Consideró fundamental fortalecer la capacidad de los sistemas de justicia indígena

para proteger a las mujeres indígenas, tratándolas con justicia y equidad, en consonancia con el sistema internacional de derechos humanos (CIDH, 2017b: párr. 182). Recomendó generar espacios de coordinación entre los sistemas de justicia del Estado y los sistemas de justicia indígena tradicional para incorporar una perspectiva de género e intercultural a fin de aumentar la protección judicial de las mujeres indígenas cuando sufren violaciones de derechos humanos. Estos espacios deben promover la participación activa de las mujeres indígenas en los sistemas de administración de justicia y en el enfoque de las reparaciones (CIDH, 2017b: párr. 231).

En su informe sobre la situación de los pueblos indígenas en la Argentina, el Relator de la ONU James Anaya, destacó que estos grupos:

enfrentan varias barreras para acceder a la justicia, incluyendo barreras lingüísticas, culturales, económicas y de distancia. En particular, se ha reportado que la mayoría de los tribunales provinciales desconocen o no consideran debidamente la legislación nacional e internacional sobre pueblos indígenas, principalmente respecto de los derechos a las tierras y los recursos naturales (Consejo de Naciones Unidas de Derechos Humanos, 2012a: párr. 51).

Cuando se analiza el acceso a la justicia de los pueblos indígenas deben considerarse múltiples dimensiones. Algunas de ellas coinciden con las barreras propias con las que se enfrentan los grupos en situación de vulnerabilidad social, pero otras están ligadas a las dificultades asociadas a la necesidad de administrar justicia, deconstruyendo el paradigma liberal para dejar paso a los institutos y formas del derecho indígena pertenecientes a otros sistemas culturales.

En relación con el acceso a la justicia, los operadores judiciales suelen ser indiferentes a la desigualdad y asimetría que existe entre las partes, ya sea cuando una comunidad indígena procura reivindicar sus derechos ante terceros o ante el Estado. A su vez, el sistema tiene rutinas, circuitos y trámites que impactan de manera desigual sobre los derechos de quienes reclaman (CELS, 2016a: 272).

Por otro lado, en términos generales, no se han desarrollado reformas institucionales o legales que permitan incorporar las garantías de derecho indígena, como los intérpretes, traductores, peritos culturales y las penas alternativas a la prisión previstos en los instrumentos internacionales (Defensoría General de la Nación, 2010: 60-66; Azzali y Barberi, 2012). Del mismo modo, no existe asistencia técnico-jurídica especializada para que las comunidades in-

dígenas puedan reclamar el cumplimiento efectivo de sus derechos, o fondos para afrontar los costos de un proceso judicial o la producción de pruebas. Si bien el INAI, como se refirió, cuenta con un Programa de Fortalecimiento Comunitario, su ejecución es limitada y no se encuentran explicitados los criterios para que las comunidades puedan acceder a ese servicio. Dentro del cuerpo de defensores federales se ha creado un Programa de Diversidad Cultural pero tampoco ofrece un servicio jurídico generalizado para los pueblos y comunidades. Además de los escasos recursos del programa, las abogadas y los abogados suelen encontrarse con el escollo de que muchas de las causas se tramitan en la justicia provincial, sobre la que no tienen competencia. Y cuando un caso se tramita en la justicia federal deben conseguir la anuencia del defensor de la jurisdicción para intervenir.

No obstante, como se expresó en reiteradas ocasiones, no solo se presentan las tradicionales barreras para lograr el acceso al sistema de administración de justicia sino que, cuando los pueblos y comunidades consiguen llegar allí, se enfrentan con nuevos muros impuestos por un sistema que aún no se ha reconfigurado para abarcar la complejidad de las formas de vida indígena, tal como se abordará a continuación.

4.1. Dificultades para identificar y procesar los casos como de derecho indígena

En primer lugar, existen dificultades para identificar un caso como de derecho indígena y para que, a partir de ello, se ponga en marcha un tratamiento con perspectiva indígena, lo que obliga a realizar una relectura, reinterpretación y readaptación de los institutos jurídicos y de los procedimientos legales en clave indígena.

Esta es una labor que, tal como se adelantó, los órganos de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas y de la OEA vienen desarrollando hace muchos años. Por ejemplo, cuando el Comité DESC emitió una observación general sobre el derecho a la vivienda adecuada en el año 1997, vinculada con los desalojos, tuvo en cuenta la situación especial de los pueblos indígenas, ¿por qué? Porque si bien un desalojo es una afectación grave para cualquier comunidad, adquiere un impacto diferenciado sobre los pueblos y

comunidades indígenas que tienen una relación especial con determinadas tierras y recursos naturales, que no es solo de explotación económica, sino que contiene elementos inmateriales y espirituales, y está esencialmente vinculada con la reproducción de una forma cultural en ese espacio. Del mismo modo, cuando se debe implementar el derecho de propiedad comunitaria indígena, esta institución no se puede encuadrar bajo los principios y parámetros de la propiedad privada porque se trata de formas colectivas que en nada se asemejan a aquella. Cuando se deben realizar estudios de impacto ambiental y social en casos que están involucrados los pueblos indígenas, es necesario relevar el impacto cultural, es decir, los potenciales daños culturales a la forma de vida de esos pueblos. Eso implica readaptar esos estudios de impacto para incluir la perspectiva cultural y la participación de los pueblos indígenas.

Esta tarea de relectura y readaptación de los institutos jurídicos y de los procedimientos aún encuentra muchas dificultades en el sistema de administración de justicia argentino, tal como pudo corroborarse en un conjunto de casos que llegaron a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

En la causa “Martínez Pérez, José L. c/ Palma, Américo y otros” (CSJ 466/2013 [49-M]/CS1) –decidida por la CSJN el 24 de febrero de 2015, por remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación–, vinculada con el derecho a la tierra y al territorio de la comunidad Las Huaytekas, tres instancias judiciales de la provincia de Río Negro (primera instancia, cámara de apelaciones y tribunal superior) convalidaron el pedido de desalojo de la comunidad por parte de un particular. Para ello, descartaron la defensa de la comunidad que había alegado que esas tierras formaban parte de su territorio tradicional y que, por lo tanto, no podía ser desalojada. Desconocieron, de ese modo, las directivas expresas de la Ley N° 26160 que prohíbe expresamente el desalojo judicial y administrativo de comunidades indígenas.

Los tribunales ordenaron el desalojo en razón de que entendieron que las tierras disputadas no eran indígenas, porque la comunidad había construido una vivienda recientemente allí, ignorando el alcance que tiene la noción de “territorio” en el derecho internacional y constitucional.

Esta comunidad era mapuche y, tal como surge del dictamen de la procuración, realizan prácticas tradicionales de recolección y pastoreo que se desarrollan en épocas estacionales. Aun cuando el particular que petitionó el desalojo había comprado las tierras en disputa, la comunidad continuó ejerciendo allí la

ocupación tradicional indígena mediante la recolección de leña y de plantas que se usan para la elaboración de medicinas o el tránsito por senderos, el pastoreo de animales y la utilización del *rewe*. La noción de ‘territorio indígena’ implica, precisamente, proteger esa forma especial de relacionarse con la tierra, muy distinta a la de la propiedad privada asentada en un lugar determinado.

Cuando el caso llegó a la Corte Suprema, el tribunal suspendió el desalojo. Lo hizo porque, simultáneamente al trámite del juicio, el INAI concluyó el relevamiento jurídico territorial de la Ley N° 26160, que definió que las tierras disputadas formaban parte del territorio tradicional de la comunidad. Se trató de una sentencia de significativa trascendencia porque interpeló a la judicatura frente al fenómeno de los múltiples desalojos ordenados durante los más de diez años de vigencia de la ley. El máximo tribunal federal expresó:

el uso y la ocupación territorial indígena “va más allá del establecimiento de aldeas específicas e incluye tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y otros fines” [...] Esta posesión comunitaria, tutelada por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados, pone en cabeza del Estado un conjunto de obligaciones vinculadas con la protección de la tierra, de los recursos naturales y de ciertos patrones culturales.

Y puntualizó:

cuando —como en el presente caso— existen elementos que revelan con un grado de verosimilitud suficiente que las tierras pueden formar parte de la ocupación tradicional de una comunidad indígena, los jueces deben extremar su cautela [...]. La ejecución del desalojo cautelar puede afectar el derecho de la comunidad a la posesión y propiedad comunitaria indígena, del que depende su supervivencia como pueblo organizado con una cultura diferente (CSJN, 2015, por remisión el dictamen de la PGN).

Sin embargo, persiste la duda en relación con lo que habría ocurrido si no hubiese existido ese reconocimiento oficial del Estado y los miembros del tribunal se hubieran visto obligados a interpretar, por sí solos, el alcance de la posesión tradicional indígena. Llevar a cabo una exégesis de esta peculiar posesión en consonancia con los estándares internacionales en la materia es

fundamental porque la mayoría de las comunidades indígenas no cuentan con la formalización legal de sus territorios. De hecho, una de las mayores cuentas pendientes en nuestro país es que las comunidades indígenas no tienen reconocidos los títulos de propiedad colectivos, lo que las vuelve muy vulnerables frente al accionar de particulares, empresas o del propio Estado.

Un abordaje encorsetado desde las instituciones del derecho occidental ocurrió también en el caso de la comunidad Pilquiman, en la que sucesivas instancias judiciales hicieron caso omiso del derecho a la consulta y participación indígena (Zimerman, 2015: 93-109).

Esta limitada perspectiva de los operadores jurídicos puede obedecer a diversos factores. ¿Falta de claridad y conocimiento sobre los estándares normativos relativos a estos derechos? Puede ser, en alguna medida. Pero, esencialmente, nos enfrentamos a una judicatura con una fuerte tradición liberal, que forma parte de una estructura institucional pensada para defender el Estado nación moderno como tal y que, por lo tanto, en muchos casos se resiste a aceptar los derechos de los pueblos indígenas.

4.2. Instrumento de criminalización y desarticulador de la lucha indígena

En segundo lugar, el Poder Judicial funciona hoy como instrumento a través del cual se criminaliza y desarticula la lucha indígena por el cumplimiento de sus derechos.

En tal sentido, los órganos de derechos humanos vienen señalando sistemáticamente un patrón en la relación de los pueblos indígenas con el sistema de justicia y una doble victimización. Cuando las comunidades acuden a la administración de justicia para reclamar la efectivización de sus derechos, por ejemplo, el derecho a la tierra y al territorio, se enfrentan con obstáculos de diversa índole, como los que se señalaron en los títulos anteriores. Y cuando desarrollan estrategias de exigibilidad política son objeto de violencia y criminalizados en la justicia (Comisión de Derechos Humanos, 2004: párr. 9; Comité de Derechos Humanos, 2010: párr. 25; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 2010: párr. 21; Comité DESC, 2011: párrs. 8-9).

La criminalización opera de distintos modos. Con imputaciones clásicas en causas vinculadas con la protesta social desarrollada por los pueblos indígenas, muchas veces luego de violentas represiones, por delitos de entorpecimiento de la circulación de transportes, extorsión o coacción, a través de la promoción de causas por daños, y en la mayoría de los casos, por el delito de usurpación, es decir, en procesos penales en los que se considera a los indígenas como los usurpadores de sus propios territorios de ocupación tradicional (Gomiz, 2012: 409).

Este mecanismo de criminalización provoca diversos efectos: se expone a las comunidades a violentos allanamientos, genera una fuerte intervención policial en el territorio producto de las constantes diligencias judiciales, las fuerzas de seguridad despliegan, muchas veces, un trato hostil, estigmatizante y racista, y tiene un efecto amedrentador y, por tanto, disciplinador hacia las comunidades indígenas con el objeto de anular los procesos de organización social de reclamos colectivos de derechos. Además, obliga a las comunidades, a las que ya les cuesta obtener patrocinio jurídico para el reclamo de sus derechos, a redireccionar esos escasos recursos hacia una estrategia defensiva. A todo ello se suma que, en esos procedimientos, no suelen implementarse las garantías de derecho indígena, no se toman en cuenta las características culturales de los grupos, sus costumbres, su derecho consuetudinario y no se aseguran intérpretes ni peritos culturales (DGN, 2010: 60 y ss.).

Finalmente, una de las formas más crudas en que se manifiesta el aparato represivo estatal es mediante la construcción y persecución del indígena como terrorista. Existe toda una línea que pretende ubicar a los pueblos indígenas como nuevas amenazas contra el Estado de derecho y la democracia y, en ese orden, se sancionaron las denominadas leyes antiterroristas (Lenton, 2017).

En varios países americanos “las figuras penales de terrorismo y financiamiento del terrorismo han sido reformadas por iniciativa y presión del Grupo de Ayuda Financiera Internacional (GAFI) [...] junto con las que abordan el delito de lavado de dinero, en las directrices a los países miembros” (CELS, 2016b: 17). Uno de los casos más graves de aplicación de este tipo de normas es el de Chile, donde la Ley Antiterrorista, que prevé las penas más altas del ordenamiento jurídico, opera bajo normas procesales que no se adecuan a los estándares de derechos humanos, como el uso de testigos anónimos o “sin rostro” y de la extensión de la detención preventiva. En la sentencia “Norín

Catrimán” sobre la aplicación de esta ley en contra de referentes del pueblo mapuche, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que la norma vulnera garantías procesales básicas como la presunción de inocencia y el derecho a responder en libertad, además de que su aplicación se había fundado en estereotipos y prejuicios relacionados al origen étnico de los involucrados (Corte IDH, 2014a).

En Argentina, el artículo 41 de la Ley N° 26734 agravó los delitos previstos en el Código Penal de la Nación cuando se cometieren con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros a realizar un acto o abstenerse de hacerlo. En esos supuestos la escala penal se incrementará en el doble del mínimo y el máximo. Esta ley fue muy resistida por los movimientos sociales por el temor de que fuera utilizada como instrumento de persecución, los que finalmente consiguieron incorporar una causal de excepción en el texto de ese artículo: “Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional”.

Al respecto, la CSJN, el 29 de diciembre de 2015, tuvo que fallar en un juicio en el que se discutió la competencia entre la justicia provincial y la federal, en el marco de protestas por un reclamo territorial indígena en “Ministerio Público Fiscal c/ Jones Huala, Martiniano y otros” (Competencia CSJ N° 4137/2015/CSI). En esta causa, la justicia provincial pretendía subsumir los reclamos indígenas como actos de terrorismo y que la causa se tramitara ante la justicia federal. El alto tribunal, por remisión a los fundamentos y conclusiones del dictamen del procurador fiscal Víctor Abramovich, de fecha 11 de noviembre de 2015, puntualizó que los hechos endilgados a los miembros de la comunidad indígena no habían sido ejecutados con la finalidad prevista en la norma y, además, expresó que “los acontecimientos bajo análisis están enmarcados en una protesta llevada adelante en reclamo de derechos sociales, lo que ameritaría aplicar, eventualmente, la excepción prevista en el artículo 41 quinquies del Código Penal” (CSJN, 2015).

Si bien son escasas las causas que culminan con condenas penales, el proceso mismo es utilizado como una forma de ejercer violencia institucional y como mecanismo de hostigamiento.

4.3. Construcción y usos de estereotipos discriminatorios en las sentencias judiciales

Finalmente, otra cara con la que se presenta el Poder Judicial frente a los reclamos indígenas es mediante la construcción y usos de estereotipos discriminatorios en las sentencias judiciales. En el mencionado caso “Norín Catrimán”, el tribunal interamericano de resaltó que la aplicación de la ley y el castigo penal se había fundado en estereotipos y prejuicios relacionados al origen étnico de los involucrados. En la sentencia chilena se había sostenido, de modo expreso, que los mapuches eran históricamente violentos, que era público y notorio que cometen acciones de violencia organizada, o que se oponían a determinada empresa petrolera, derivando de ello responsabilidades individuales penales de la pertenencia a un grupo étnico.

Estas visiones estereotipadas refuerzan la distribución desigualitaria de poder que pone a un colectivo en lugar de subordinación y reafirma la existencia de identidades menospreciadas. Hoy en día se están desarrollando líneas teóricas que apuntan a pensar el uso de estereotipos y prejuicios en las decisiones judiciales, no solo como violación de la igualdad y la no discriminación, sino también de la garantía de imparcialidad, porque significa por ejemplo que el juzgador no abordó el caso como tercero imparcial, libre de prejuicios, sino a partir de una visión estereotipada sobre el grupo étnico involucrado (Clérico, 2018: 7).

4.4. Mecanismos de respuesta institucional que abordan el acceso a la justicia con enfoque cultural diferenciado

La legislación comparada y los órganos de protección de derechos humanos han desarrollado criterios para la actuación de los operadores de la justicia y de las fuerzas de seguridad en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas, para asegurar que los procedimientos judiciales implementen el enfoque cultural diferenciado.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México ha desarrollado un Protocolo de Actuación para quienes imparten Justicia en casos que involucren Derechos de Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas

(México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013); en Colombia existe un Protocolo de Orientación y Asesoría para las Víctimas de Violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario Pertenecientes a Pueblos Indígenas (Defensoría del Pueblo, 2011) y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial de Perú cuenta con un Protocolo de Atención y Orientación Legal con Enfoque Intercultural dirigido a funcionarios del Perú (Perú, Consejo Ejecutivo, 2015).

Estos documentos contienen pautas de actuación para los operadores y las operadoras judiciales con el fin de incorporar un enfoque diferenciado en los procedimientos legales. Entre las recomendaciones que se efectúan, pueden mencionarse las siguientes: 1) Deber de averiguar si en los casos que investigan hay elementos de especificidad cultural relevantes para ser tomados en cuenta en el momento de determinar, por ejemplo, la responsabilidad penal de los miembros indígenas, y si estos elementos influyeron en la comisión de los hechos o en los elementos determinantes de la responsabilidad del imputado; 2) deber de asegurar que en cualquier procedimiento legal se asegure el derecho a intérpretes de la cultura indígena, previsto en los instrumentos internacionales de derechos humanos; 3) deber de requerir la intervención de peritos culturales con el fin de ofrecer un marco general del sistema cultural de la persona involucrada en el proceso, y para acercarse al sistema normativo de la comunidad y la cultura particular; 4) deber de adoptar un enfoque cultural diferenciado en la ejecución de medidas que impacten en las comunidades indígenas o sus miembros.

Por su parte, para cumplir con estos deberes, se torna necesario: a) Revisar los procedimientos y los requisitos procesales para adaptarlos a las pautas culturales de los pueblos indígenas, evitando que se conviertan en un obstáculo para el acceso a la justicia o la protección judicial; b) establecer un diálogo con las instituciones representativas de las comunidades indígenas a los fines de concertar el ingreso a sus territorios, así como la modalidad de las diligencias judiciales o medidas de probatorias e investigativas que se llevarán a cabo, las pautas específicas que rodean los operativos y para identificar áreas que deben considerarse de especial protección por constituir sitios sagrados, de valor religioso, cultural o histórico de la comunidad; c) procurar la coordinación y concertación con las

instituciones representativas de los pueblos indígenas;³ d) proteger las tierras, recursos naturales y sitios sagrados de las comunidades indígenas, y adoptar medidas para prevenir que esos espacios sean dañados, especialmente si se va a excavar o remover terrenos, y procurar que el ingreso sea lo menos invasivo del entorno comunitario; e) informar de manera adecuada las diligencias que se realizarán en la comunidad, con un lenguaje sencillo y entendible y, cuando sea necesario, a través de traductores o intérpretes.

Como se detalla seguidamente, en Argentina son muy escasos los avances en materia institucional que involucren a la justicia indígena, el acceso a la justicia o la protección judicial con perspectiva etnocultural de los pueblos indígenas.

En tal sentido, el Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén (Ley N° 2784) en el artículo 109 prevé que “Cuando se trate de un hecho cometido por un miembro de un pueblo indígena, se aplicará en forma directa el art. 9.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo” que estipula que “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”. El Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut (Ley N° 5478) introdujo idéntica norma en el artículo 33.

Un hito muy novedoso fue la adopción, el 29 de agosto de 2014, por Resolución N° 6 del Ministerio Público Fiscal de Neuquén, de la Declaración de Pulmarí, entre representantes de ese ministerio, la Corporación Interestadual Pulmarí y el Consejo Zonal Pewence.⁴ En esa declaración, los participantes decidieron:

- Reconocer y respetar la identidad cultural de los pueblos indígenas neuquinos en la forma de resolver sus conflictos, dentro del marco de los derechos humanos y del ordenamiento jurídico vigente.
- Fomentar, a través de actividades conjuntas, el intercambio cultural.
- Rescatar y poner en valor las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas.

3. En países como Colombia las medidas de prueba en comunidades indígenas se llevan adelante en colaboración con las autoridades indígenas, luego de sucesivos encuentros de entendimiento. En algunos casos, se designa un enlace en representación de la comunidad para que articule con los funcionarios, tanto en forma previa como durante la ejecución de la diligencia. Los acuerdos sobre los criterios generales para la realización de las diligencias pueden protocolizarse en actas de audiencias.

4. Ver en tal sentido: <http://www.mpfneuquen.gob.ar/mpf/index.php/es/noticias-2/85>.

- Promover los métodos de resolución de conflictos basados en el diálogo y en el respeto mutuo.
- Coordinar acciones en conjunto para articular el abordaje de los conflictos.

A su vez, mediante la Instrucción General N° 6, firmada por el fiscal general de Neuquén, a principios de septiembre de 2014, los y las fiscales fueron instruidos para comenzar a aplicar la Declaración de Pulmarí para la resolución de casos penales con hombres y mujeres de las comunidades mapuches de Neuquén. En esta Instrucción se establecieron las pautas para el reconocimiento de los métodos y costumbres indígenas:

- Debe tratarse de un conflicto que interese al derecho penal.
- El conflicto debe involucrar solo a miembros de comunidades indígenas reconocidas por el Estado.
- El hecho debe haber ocurrido únicamente en territorio reconocido de las comunidades indígenas.
- El hecho no debe afectar gravemente el interés público o involucrar un interés público prevalente.
- De aplicarse una sanción, debe respetar los derechos humanos.
- El conflicto debe ser resuelto o avalado por una autoridad legitimada por las comunidades indígenas.

Finalmente, en las provincias de Chaco y Neuquén se prevé la integración de juicios por jurados que respeten la pertenencia étnica y cultural de los acusados. El artículo 4 de la Ley N° 7661 de Juicio por Jurados de Chaco dispone que

cuando se juzgue un hecho en donde el acusado y la víctima pertenezcan al mismo pueblo indígena Qom, Wichí o Mocoví, el panel de doce jurados titulares y suplentes estará obligatoriamente integrado en la mitad por hombres y mujeres de su misma comunidad de pertenencia.

Por su parte, el artículo 198, apartado 6, del código procesal penal de Neuquén, establece:

Integración plural. El jurado deberá quedar integrado, incluyendo los suplentes, por hombres y mujeres en partes iguales. Se tratará de que, como mínimo, la mitad del jurado pertenezca al mismo entorno social y cultural del imputa-

do. Se tratará también, en lo posible, que en el panel de jurados haya personas mayores, adultas y jóvenes.

En este contexto, en esta provincia se conformó el primer jurado intercultural para enjuiciar a Relmu Ñamku, mujer indígena que fue acusada de tentativa de homicidio por arrojar una piedra contra una auxiliar de la justicia cuando se encontraba realizando un corte de ruta contra una empresa petrolera (Apache Corporation) en defensa de su territorio. Ese jurado fue quien finalmente absolvió a la dirigente mapuche (Amaya, 2015).

5. Reflexiones finales

La consolidación del Estado nación en América Latina cristalizó el sometimiento político, económico, cultural y jurídico de los pueblos indígenas. La destrucción de la identidad cultural de estos pueblos se llevó adelante mediante políticas de asimilación, integración e incluso de exterminio. Este proceso de aculturación fue acompañado por la invisibilización de los pueblos y comunidades indígenas, y el relegamiento de sus miembros como ciudadanos de segunda categoría, sin posibilidades de participar en el proyecto liberal propuesto por esos nuevos dispositivos de estructuración social.

En esas condiciones de negación y racismo y sometimiento arribaron los pueblos indígenas a fines del siglo XX, en el que consiguen el reconocimiento de derechos específicos, luego de poner en cuestión el modelo de Estado monocultural y la hegemonía cultural de Occidente. En la actualidad, la implementación de un nuevo paradigma de protección de la diversidad cultural y de los derechos de los pueblos indígenas presenta múltiples tensiones, resistencias y desafíos.

El derecho a la tierra y territorio por parte de las comunidades indígenas en la Argentina aún dista de aquella promesa constitucional formulada por los y las constituyentes a partir del cambio de paradigma. La política adoptada desde entonces hasta la actualidad a través del Programa Nacional de Relevamiento Territorial, presenta deficiencias desde su misma formulación, ya que no apunta a abordar la situación actual de las más de 1.600 comunidades identificadas, sino que apenas brinda (en una ejecución que no alcanza

al 50% en doce años transcurridos desde su sanción) información descriptiva que no tiene consecuencias de escrituración o titulación de tierras. Es una deuda pendiente abordar la efectiva protección de este derecho fundamental de acuerdo a los estándares internacionales en derechos humanos. No obstante los esfuerzos realizados que apuntan a la disponibilidad de información y de datos en relación al avance en la implementación del programa a través de su difusión en plataformas digitales oficiales, la información aún dista de ser clara y accesible para medir el grado de implementación y desarrollo.

Por otra parte, pensar el acceso a la justicia y la protección judicial efectiva de los pueblos y comunidades indígenas exige reflexionar en múltiples sentidos. Por un lado, a la situación de exclusión social que atraviesan estos pueblos se suman barreras geográficas, lingüísticas, económicas y la consecuente imposibilidad de obtener patrocinio jurídico. Por otro lado, son muy incipientes las reformas institucionales o legales dirigidas a reglamentar las garantías de derecho indígena, como los intérpretes, traductores, las pericias culturales, el uso de penas alternativas a la prisión, la incorporación de los valores, usos y costumbres de estos pueblos en los procedimientos legales, o de sistemas de coordinación entre los sistemas de justicia del Estado y los sistemas de justicia indígena tradicional. Algunas reformas recientes, como las de Neuquén, Chubut o Chaco han diseñado criterios de esta índole para el ámbito penal y formas de integración intercultural para el juicio por jurados.

Paralelamente, la administración de justicia y sus operadores enfrentan un profundo desafío: cómo erigirse en una justicia capaz de aplicar el derecho de manera tal que permita incorporar la llegada del nuevo paradigma de protección de la diversidad cultural. Para ello, resulta necesario que los operadores judiciales realicen una tarea de relectura, readaptación y reinterpretación de los institutos jurídicos y de los procedimientos legales con el fin de articular e integrar al sistema jurídico la cosmovisión y la forma de vida indígena.

El cumplimiento de ese objetivo continúa siendo muy deficiente no solo porque los operadores jurídicos siguen tramitando los casos desde la tradición y el derecho liberal, sino porque la administración de justicia se presenta hoy como un dispositivo a través del cual se desarticula y criminaliza la lucha de los pueblos indígenas. La manifestación del aparato represivo estatal se ha agudizado, en las últimas décadas, a raíz de las estrategias de defensa de los territorios desplegadas por estos pueblos ante los nuevos despojos producto de

la ejecución de proyectos de desarrollo. Su faz más violenta se ha visibilizado mediante la construcción y persecución del indígena como terrorista. En este orden de ideas, el proceso penal es utilizado como herramienta para ejercer violencia institucional y como mecanismo de hostigamiento y debilitamiento de los pueblos y comunidades.

En este contexto, resulta urgente adoptar medidas integrales para poner fin al racismo estructural y a la discriminación que permea en las distintas dimensiones en que se manifiesta el servicio de justicia. Sin un compromiso institucional que atienda a este primordial objetivo no será posible alcanzar una justicia intercultural que dé cabida a las distintas expresiones culturales que conviven en nuestra sociedad y seguirá reproduciéndose la situación histórica de sometimiento de los pueblos y comunidades indígenas.

Referencias

- Amaya, S. (04/11/2015). Neuquén: un jurado intercultural absolvió a la dirigente mapuche Relmu Ñamk. *La Nación*. Recuperado de www.lanacion.com.ar.
- Amnistía Internacional Argentina (2017). *Prórroga de la Ley de Emergencia Territorial Indígena-26.160*. Recuperado de <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2017/10/final3.pdf>
- Argentina. Ley N° 23302. (1985). Ley sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes.
- Argentina. Ley N° 24071 (1992). Apruébase el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- Argentina. Ley N° 26734 (2011). Modificación Código Penal.
- Argentina, Ministerio Público de la Defensa, Defensoría General de la Nación (2010). *Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas*. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa.
- Argentina, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2017). *Primer Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos (2017-2020)*. Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/plan-nacional-accion>
- Argentina, Ministerio Público Fiscal, Dictamen PGN. (11/11/2015a). "Martínez Pérez, José Luis c/ Palma, América y otros s/ medida cautelar s/ casación".
- (11/11/2015b). "Ministerio Público Fiscal e/ Jones Huala, Martiniano y otros".
- Azzali, J. C. y Barberi, P. (2012). *Acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes indígenas. Criterios de actuación para una defensa técnica adecuada*. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación-Unicef Argentina.

- Barberi, P. (2015). La ley 26.160 como política pública orientada a la protección de la propiedad comunitaria indígena: algunos avances y desafíos pendientes. En S. L. Ivanoff, F. Kosovsky, J. M. Salgado, S. Ramírez, L. Gutiérrez Villar, D. Rodríguez Duch y S. Zimerman, *Dossier Propiedad Comunitaria Indígena C-910* (pp. 101-122). Comodoro Rivadavia: Editorial Universitaria de la Patagonia (EDUPA).
- Bonilla, D. (2001). *Los derechos fundamentales y la diferencia cultural. Análisis del caso colombiano*. En M. Alegre, A. do Amaral Juor, F. Atria, A. Bascuñán Rodríguez, D. Bonilla, E. Bulygin, J. R. Cossio, C. Courtis, F. Cox, M. D. Farrell, V. Ferreres Comella, R. Gargarella, A. Jana Linetzky, G. L. Priest, E. Rivera Ramos, C. Rose, J. Silk y N. Torbisco Casais (eds.), *Los derechos fundamentales* (SELA 2001, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional Política) (pp.141-169). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Carrasco, M. y Zimerman, S. (2006). *El Caso Lhaka Honhat. Informe IWGIA*. Buenos Aires: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA)-Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) (2016a). *Derechos Humanos en la Argentina. Informe 2016*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- (2016b). *Derechos. Los estados latinoamericanos frente a la protesta social*. Buenos Aires: Siglo XXI. Recuperado de http://www.cels.org.ar/protestasocial_AL/
- (2019) *Un hito para el derecho a la propiedad comunitaria indígena. Audiencia en la corte interamericana por el caso lhaka honhat, en la provincia de salta*. Recuperado de <https://www.cels.org.ar/web/2019/03/un-hito-para-el-derecho-a-la-propiedad-comunitaria-indigena-audiencia-en-la-corte-interamericana-por-el-caso-lhaka-honhat-en-la-provincia-de-salta/>
- Chubut. Ley N° 5478. Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut.
- Clérico, L. (2018). Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad. *Revista Derecho del Estado*, (41), 67-96. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.18601/01229893.n41.03>
- Colombia, Defensoría del Pueblo (2011). *Unidad de Atención Integral a Víctimas de la Violencia, Protocolo de orientación y asesoría para las víctimas de violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario pertenecientes a pueblos indígenas*.
- Comisión de Derechos Humanos (2004). *Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Adición, Conclusiones y recomendaciones del Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y la Administración de Justicia*. [A/HRC/21/XX/Add.Y]. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2000). *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú*. [OEA/Ser.L/V/II.106]. Recuperado de <http://www.cidh.org/countryrep/Peru2000sp/indice.htm>
- . (27/12/2002). "Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)", Informe 75/02, Petición 11.140.
- (2007a). *Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. [OEA/Ser.L/V/II]. Recuperado de <http://www.cidh.org/countryrep/Bolivia2007sp/Bolivia07indice.sp.htm>
- (2007b). *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las américas*. [OEA/Ser.L/V/II]. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/women/ Acceso07/indiceacceso.htm>

- (2017a). *Informe anual*. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2017/indice.asp>
- (2017b). *Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas*. [OEA/Ser.L/V/II]. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MujeresIndigenas.pdf>
- (2018). *Informe anual*. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/indice.asp>
- Comité de Derechos Humanos (2010). *Examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al artículo 40 del pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Argentina*. [CCPR/C/ARG/CO/4].
- . (2018). *General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*. [CCPR/C/GC/36]. Versión avanzada sin editar.
- . (2011b). *Examen de los informes presentados por los estados partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales: Argentina*. [E/C.12/1/Add.38]. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social.
- . (2017). *Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*. [E/C.12/GC/24]. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social.
- . (2018). *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina*. [E/C.12/ARG/CO/4]. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social.
- Comité de los Derechos del Niño (2018). *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina*. [CRC/C/ARG/CO/5-6].
- Comité de Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación Racial (CERD) (2001). *Examen de los informes presentados por los estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Argentina*.
- . (2004). *Examen de los informes presentados por los estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Argentina*.
- . (2010). *Examen de los informes presentados por los estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Argentina*. [CERD/C/ARG/CO/19-20].
- . (2016a). *Observaciones finales para Argentina*.
- . (2016b). *Observaciones finales sobre los informes periódicos 21° a 23° de la Argentina*. [CERD/C/ARG/CO/21-23].
- Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1997). *Observación General N° 7, El derecho a una vivienda adecuada*. Recuperado de <https://www.es.cr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-7-derecho-una-vivienda-adeuada>
- (2011a). *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto*. [E/C.12/ARG/CO/3].

Consejo de Naciones Unidas de Derechos Humanos (2012a). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya*. [A/HRC/21/XX/Add.Y].

----- (2012b). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Adición, la situación de los pueblos indígenas en Argentina*. [A/HRC/21/47/Add.2].

----- (2014). *El acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas: justicia restaurativa, sistemas jurídicos indígenas y acceso a la justicia para las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas. Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. [A/HRC/EMRIP/2014/3/Rev.1].

----- (2015). *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli Corpuz*. [A/HRC/30/41].

----- (2018). *Consentimiento libre, previo e informado: un enfoque basado en los derechos humanos. Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. [A/HRC/39/62].

Constitución Nacional Argentina (1853, 1994).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (31/08/2001). "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua". Fondo, reparaciones y costas.

----- (12/10/2004). "Comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo (Belice)", Informe 40/04, Petición 12.053.

----- (17/06/2005). "Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay". Fondo, reparaciones y costas.

----- (30/08/2010a). "Fernández Ortega y otros Vs. México". Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

----- (31/08/2010b). "Rosendo Cantú y otra Vs. México". Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

----- (29/05/2014a). "Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile". Fondo, reparaciones y costas.

----- (14/10/2014b). "Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá". Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

----- (14/03/2019). "Comunidad Lhaka Honhat vs. Argentina". Audiencia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 130 período de sesiones. Recuperado de <https://vimeo.com/325228157>.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). (10/11/2015). "Martínez Perez, José L. c/ Palma, Americo y otros" (CSJ 466/2013 (49-M)/CS1).

----- (29/12/2015). "Ministerio Público Fiscal e/ Jones Huala, Martiniano y otros" (Competencia CSJ 4137/2015/CS1).

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), FLACSO (2013). *El acceso a la Asignación Universal por Hijo en los pueblos indígenas del norte argentino*. Recuperado de https://www.ilo.org/legacy/spanish/argentina/100voces/recursos/9_investigacion/3.pdf

- Gomiz, M. (2012). *Criminalización del pueblo Mapuche en Argentina*. En *Los derechos indígenas tras la declaración. El desafío de la implementación*. España: Publicaciones de la Universidad de Deusto.
- Lenton, D. (2017). *El nuevo enemigo público*. *Anfibia* Recuperado de <http://revistaanfibia.com/ensayo/nuevo-enemigo-publico/>
- México, Suprema Corte de Justicia de la Nación (2013). *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*. Recuperado de <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo-de-actuaci%C3%B3n-para-quienes-imparten-justicia-en-casos-que-involucren-personas-comunidades-y>
- Neuquén. Ley N° 2784. *Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén*. Promulgada: 11 de enero de 2012.
- Organización Internacional del Trabajo. (1989). *Convenio 169. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169
- Perú, Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (2015). *Protocolo de atención y orientación legal con enfoque intercultural dirigido a funcionarios de Ucayali y Loreto*. Recuperado de <https://fislem.org/wp-content/uploads/2019/06/Peru-protocolo-de-atencion.pdf>
- Quiroga Lavié, H., Benedetti, M. Á. y Cenicacelaya, M. D. (2001). *Derecho Constitucional Argentino*, volumen I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Ramírez, S. (2015). *Matriz Constitucional, Estado Intercultural y Derecho de los Pueblos Indígenas*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Valverde, S. (2013). De la invisibilización a la construcción como sujetos sociales: el pueblo indígena Mapuche y sus movimientos en Patagonia, Argentina. *Anuario Antropológico*, I-II, 139-166. Recuperado de <https://aa.revues.org/414>
- Zimmerman, S. (2015). Derechos de los pueblos indígenas. Derecho a la consulta y participación. *Revista de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Infojus. Recuperado de <http://bit.ly/2xU6NQE>

Depende del lente con que se mire: derecho a un ambiente sano en Argentina

María Valeria Berros

1. Un conflicto reciente (y que continúa)

A veinticinco años del reconocimiento del derecho a un ambiente sano del que gozan todos los habitantes de la República Argentina, uno de los dirigentes de la Federación Agraria de Entre Ríos, Elvio Eguía, afirmó recientemente: “es más fácil reubicar las escuelas que cambiar la producción. Reubicar a tres alumnos, que encima vienen del pueblo porque los lleva la maestra para no perder su trabajo. La escuela no estuvo antes que el campo” (*La Izquierda Diario*, 2019).

Esta insólita declaración se encuentra en el contexto de una nueva causa judicial, única en su tipo, que logró prohibir las fumigaciones con agrotóxicos alrededor de las escuelas rurales de toda la provincia de Entre Ríos, es decir, que permitió que más de mil escuelas rurales, a las que asisten niñas y niños de las diversas latitudes de ese territorio provincial, puedan dejar de lidiar día a día con los pesticidas que se esparcen a su alrededor o sobre ellas. Este caso visibiliza una serie de tensiones que se reeditan permanentemente ante problemáticas socioambientales y que permiten observar el modo en que coexisten condiciones de posibilidad que han tornado viable, por una parte, que el Superior Tribunal de Justicia entrerriano emita un fallo de estas características y, por la otra, que se planteen este tipo de propuestas que buscan cerrar las escuelas rurales y reubicar a sus estudiantes en colegios urbanos. Tanto el fallo como la propuesta de cierre han escandalizado a disímiles sectores de la población. La sentencia generó una enorme esperanza por parte de organizaciones sociales vinculadas al tema desde hace años, así como un explícito rechazo que se tradujo en manifestaciones y declaraciones variopintas, la mayor parte de ellas vinculadas con la necesidad de

preservar la producción agraria, a la que se considera base medular de nuestra economía, historia e identidad nacional.

Las sucesivas decisiones judiciales que configuran los contornos de este caso han sido el resultado de sendas acciones de amparo interpuestas por el Foro Ecologista de Paraná y la Asociación Gremial del Magisterio de Entre Ríos contra la provincia de Entre Ríos. En la demanda inicial solicitaron que se determine una franja de mil metros libres del uso de agrotóxicos alrededor de escuelas rurales para fumigaciones terrestres, y tres mil metros en caso de fumigaciones aéreas; que se fije una barrera vegetal como zona de resguardo alrededor de cada establecimiento; que se ponga en marcha un sistema de vigilancia epidemiológica sobre niños, niñas y adolescentes y personal docente y no docente que asisten a las escuelas rurales, mediante análisis de orina, sangre y genéticos de los menores; y que se efectúe el análisis de agua de lluvia y del agua utilizada para el consumo de los alumnos que comprenda la presencia de una serie de agrotóxicos, los órganos clorados y fosforados, carbamatos y piretroides por parte de la Dirección de Hidráulica de la Provincia.

La primera decisión la toma el vocal de la Sala II de la Cámara Segunda de Paraná, Oscar Daniel Benedetto, el día 1 de octubre de 2018.¹ En su texto admite parcialmente la acción, y prohíbe la fumigación terrestre con agrotóxicos en un radio de mil metros y en un radio de tres mil metros en el caso de las aéreas. A su vez, exhorta al Estado provincial para que lleve a cabo estudios que permitan delinear pautas objetivas respecto del uso racional de químicos y agroquímicos que se sustente en la prevención de daños, así como en la determinación de la contaminación actual y condena al Estado provincial y al Consejo General de Educación a que en un plazo de dos años implanten barreras vegetales a una distancia de 150 metros de todas las escuelas rurales de la provincia.

Esta decisión de la primera instancia fue inmediatamente apelada por la provincia de Entre Ríos y llegó a la Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Superior Tribunal de Justicia que, por voto de la mayoría, la confirmó el 29 de octubre de 2018, manteniendo la prohibición de fumigar en

1. Sala III de la Cámara Segunda en lo Civil y Comercial de Paraná (01/10/2018).

las distancias decididas por el juez de Cámara, aunque modificando algunos de los otros puntos sobre los que se había pronunciado.²

La normativa vigente en materia de fumigaciones en la provincia de Entre Ríos nada dice respecto de las escuelas rurales. Así, este fallo viene a subsanar un vacío regulatorio que, cabe destacar, como se reitera en otros territorios provinciales, abre un posible escenario de réplicas para estrategias judiciales del mismo tenor.

Dos meses más tarde, y sin ningún estudio sólido sobre por qué deberían aminorarse las distancias decididas por la sentencia de Cámara y confirmadas por el Superior Tribunal de Justicia, el Poder Ejecutivo decide dictar el Decreto N° 4407/2018. Allí se establece una distancia sustancialmente menor: cien metros para efectuar fumigaciones terrestres con agrotóxicos alrededor de las escuelas rurales y quinientos metros en caso de fumigaciones aéreas.³ La confección de este decreto se desarrolla en el contexto de un sinnúmero de reclamos, movilizaciones y protestas del sector agrario, permanentemente contestadas desde las organizaciones sociales y el gremio docente entrerriano. Tal vez las dos fotografías más elocuentes de esta situación sean, por un lado, las imágenes de los cortes de ruta propulsados por algunos grupos de productores y, por el otro, la de la llamada “ronda de los martes” alrededor de la Casa de Gobierno. Esta última es convocada por la Coordinadora por una Vida sin Agrotóxicos en Entre Ríos, aún desde antes que este caso haya sido judicializado, dado que también se encuentra en debate la necesidad de una nueva ley sobre pesticidas para la provincia, lo que ha generado una serie de audiencias públicas y discusiones al interior de la legislatura provincial.

En estas circunstancias, nuevamente el Foro Ecologista de Paraná y la Asociación Gremial del Magisterio de Entre Ríos interponen una acción de amparo. En este caso, solicitan que se declare la nulidad y se revoque el decreto dictado inmediatamente después de haberse resuelto la prohibición de fu-

2. Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Superior Tribunal de Justicia (29/10/2018).

3. Artículo 1°: “Prohíbanse las aplicaciones terrestres de fitosanitarios en lugares donde existan escuelas rurales lindantes a lotes de uso productivo, debiendo respetarse una distancia de cien (100) metros entre los límites o cercos de la escuela y el cultivo lindero, y fuera del horario escolar o en días no lectivos”; Art. 2°: “Prohíbanse las aplicaciones aéreas de fitosanitarios en lugares donde existan escuelas rurales lindantes a lotes de uso productivo, debiendo respetarse una distancia de quinientos (500) metros entre los límites o cercos de la escuela y el cultivo lindero, y fuera del horario escolar o en días no lectivos” (Decreto N° 4407/2018).

migar en la máxima instancia jurisdiccional de la provincia. En este segundo proceso, en la primera instancia, interviene la Sala III de la Cámara Segunda en lo Civil y Comercial, que admite parcialmente la demanda y resuelve la nulidad parcial del decreto –sus artículos 1 y 2 que son los que determinan las distancias de fumigaciones– considerando su inconstitucionalidad por violar la cosa juzgada, debido a que no respetan el estándar normativo que se desprende de la sentencia anterior del Superior Tribunal.⁴

Nuevamente el Estado provincial decide apelar la sentencia y, por lo tanto, vuelve a tomar intervención en la causa el Superior Tribunal de Justicia. Su Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal dicta sentencia el 14 de mayo de 2019.⁵ El máximo tribunal se pregunta si el decreto del Poder Ejecutivo se fundamenta en razones válidas, o bien no posee ningún tipo de argumento robusto que permita modificar la decisión adoptada pocos meses antes y acercar las fumigaciones a 100 o 500 metros según sean terrestres o aéreas. La negligencia por parte del Estado provincial en fundar su propia decisión no pasa inadvertida, por el contrario, la letra de esta nueva resolución expresamente y con detenimiento alude a este tema:

no debía el Foro Ecologista demostrar que las distancias dispuestas en el Decreto son perjudiciales para la salud (mucho menos esperar que exista un perjudicado concreto como sugiere la defensa), sino que, puesto ello en duda, el Estado debía poner a disposición los documentos que revelaran qué tipo de intervención tuvieron el Ministerio de Salud a través de la Dirección de Epidemiología y la Secretaría de Ambiente del Ministerio de Producción de la Provincia de Entre Ríos, y/o qué “estudios científicos y académicos” avalan las distancias fijadas en el Decreto, para verificar que luego de la sentencia en “Foro Ecologista” se había cumplido con la condición allí dispuesta... “En fin, la insolencia técnica del trabajo interministerial, conforme más adelante me referiré, no dejan lugar a “una duda” que amerite mayor amplitud probatoria y debate. El rigor científico está –simplemente– ausente, más no controvertido.⁶

4. Sala III de la Cámara Segunda en lo Civil y Comercial de Paraná (28/03/2019).

5. Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Superior Tribunal de Justicia (14/05/2019).

6. Fragmento sentencia de la Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Superior Tribunal de Justicia (14/05/2019).

Del texto de la resolución se advierte que difícilmente puede hablarse de controversia o incerteza científica, dado que no existe siquiera un argumento experto que pueda ser debatido y que haya sido considerado como fundamento del contenido regresivo del decreto. Por el contrario, el mismo fue dictado sin evidencia que pudiera rebatir la decisión que, haciendo aplicación del principio precautorio, fue tomada pocos meses antes por parte de la justicia.

El retroceso que implica el decreto es considerado como una de las principales razones del tribunal para afirmar la nulidad de los artículos 1 y 2 de esa norma. El fallo previo es considerado como un “piso” y como un “techo” del reconocimiento de un derecho, el derecho a un ambiente sano, con lo cual una decisión por debajo de dichos estándares viola el alcance de la cosa juzgada, más aún cuando no ha sido producto de un estudio serio que requiere tiempo, inversión de recursos, trabajo territorial, determinación de perfiles epidemiológicos, etc.

Este derrotero generó que dos veces el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos se pronuncie sobre el conflicto. Primero, respecto de las distancias sobre las que existía un vacío legal. Poco más tarde, sobre la validez de una reducción considerable del criterio que tomó la justicia, que se desprende del contenido de la normativa emitida por el Poder Ejecutivo Provincial.

Aunque parezca inverosímil, el 1 de agosto de 2019, se dio a conocer un nuevo Decreto, el N° 2239, en el que nuevamente se vuelve sobre la intención de aminorar las distancias de las fumigaciones con límites entre 100 y 500 metros,⁷ aun cuando la máxima instancia judicial provincial ya se había pronunciado claramente sobre su carácter regresivo. En este caso, entre los considerandos del decreto, se cita a modo de argumento o soporte científico un viejo informe llevado a cabo en 2009 por parte de la Comisión Nacional de Investigación sobre Agroquímicos. Cuando este documento fue dado a conocer, una década atrás, recibió fuertes críticas por parte de integrantes del propio

7. El nuevo decreto establece diferentes áreas de exclusión, e insiste en los cien metros como medida menor empeorando aún más la situación, dado que el punto desde el cual se mide la distancia de cien metros no es el perímetro de la escuela sino su casco. Su artículo 2 determina: “Establécese una “zona de exclusión” donde se no podrán realizar aplicaciones de plaguicidas en las áreas comprendidas en un radio de cien (100) metros para el caso de aplicaciones terrestres y de quinientos (500) metros para aplicaciones aéreas, medidas desde el centro del casco de la escuela rural”.

ámbito científico.⁸ A su vez, citar un informe que data de diez años, considerando la proliferación de estudios sobre el tema que se vienen desarrollando en las propias instituciones universitarias y del sistema científico nacional, incluso en aquellas radicadas en el propio litoral argentino, no deja de ser llamativo. Sin embargo, así se funda el nuevo intento de confrontar la decisión judicial que, conforme lo que ya han manifestado las organizaciones involucradas en las causas judiciales previas, dará lugar a un nuevo planteo de inconstitucionalidad.

El ir y venir de este conflicto, en cierto modo, permite también visualizar los vaivenes del derecho a un ambiente sano en nuestro país. Es por ello que lo hemos elegido para pensar sobre algunas aristas con relación a las deudas y a las promesas incumplidas del contenido constitucional que se selló en 1994.

2. Diferentes miradas y distancias

Cuatro sentencias, todas ellas en una misma dirección. Dos decretos que deciden transitar en la dirección opuesta. ¿Qué nos dice este caso sobre el derecho a un ambiente sano a veinticinco años de su reconocimiento constitucional?

Las respuestas pueden ser muy diversas, pero existe una forma de observarlo que, del mismo modo que en el conflicto al que se hizo referencia en el apartado previo, también remite a las distancias.

8. Inmediatamente después de la publicación del Informe de 2009 denominado "Evaluación de la información científica vinculada al glifosato en su incidencia sobre la salud humana y el ambiente" se realizaron fuertes críticas: "utiliza bibliografía sesgada, recorta la problemática y equipara estudios de Monsanto con trabajos de científicos independientes" El informe del Conicet cita reiteradamente un trabajo de Gary Williams, Robert Kroes y de Ian Munro de 2000. Lo referencia en 32 oportunidades y lo utiliza como escudo ante los estudios críticos sobre glifosato. "La recopilación de Williams fue patrocinada por la empresa Monsanto. El mundo académico lo sabe. Aun así, en el informe muchas investigaciones independientes resultaron invalidadas por las observaciones realizadas por Williams para Monsanto", lamentó Fernando Mañas, becario del Conicet, especializado en daño genético producido por glifosato, citado en el informe y con tres publicaciones internacionales en la temática". En similar perspectiva se remarca que "El objetivo del informe implica una visión reduccionista y fragmentaria que pretende simplificar una situación compleja, excluyendo al sujeto y parcializando la construcción del conocimiento. El informe es una simple enumeración de bibliografía, con muy poco análisis crítico, reflexivo y comparativo de sus resultados", aseguró la doctora en Ciencias Naturales Norma Sánchez, profesora titular de Ecología de Plagas de la Universidad Nacional de La Plata e investigadora independiente del Conicet" (*Página 12*, 2019).

Si los lentes que utilizamos para analizar el caso permiten ver de cerca, encontramos: el derecho ambiental en pleno movimiento, con sus complejidades en cuanto al contenido e interpretación de las normas aplicables y sus silencios; el efectivo o precario sistema de acceso a la justicia; las tramas argumentales en circulación, los decisorios que se adoptan, entre varios otros aspectos. Si nuestra intención es mirar desde una perspectiva más lejana, podríamos identificar la pléyade de herramientas, instituciones, principios, formas de acceso a la jurisdicción que se han venido desarrollando en los últimos años y que se ponen en juego en cada conflicto que se judicializa. Ese acervo que, en principio, aparece como bastante sólido.

A su vez, cada caso que llega a los tribunales da cuenta de las fallas que existen en la implementación de políticas públicas en materia ambiental y también coloca en tela de juicio cuán robusto o no es nuestro sistema de acceso a la justicia: ¿cuán sencillo resulta, por ejemplo, para un conjunto de vecinos y vecinas de un pueblo del litoral argentino presentar una acción de amparo por fumigaciones contra productores y contra el Estado en sus diferentes niveles?

Desde el conocido precedente “San Jorge”⁹ del año 2009 hubo varios otros casos que llegaron a la instancia judicial. Esta sentencia, incluso, inspiró un importante número de reclamos en diversas provincias por la reforma de la legislación vigente en materia de fumigaciones en un sentido más protectorio. Cabe preguntarse si ese conjunto de casos judiciales y esos intentos por lograr mejores regulaciones no terminan resultando más que un aislado grupo de supuestos –más o menos exitosos y sostenidos en el tiempo– en un territorio incesantemente fumigado a la espera de un debate profundo acerca de cómo queremos vivir o, en otras palabras, qué contenido queremos y/o estamos dispuestos a dar al derecho a un ambiente sano. Similares inquietudes

9. Este es el primer caso que adquiere notoriedad en materia de fumigaciones, dado que las prohíbe en una zona aledaña a uno de los barrios de la localidad de San Jorge, provincia de Santa Fe, también diferenciando según se trate de fumigaciones de tipo terrestre o aérea. En el mismo se conjugan varias decisiones de primera y de segunda instancia: Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil, Comercial y Laboral de San Jorge, Provincia de Santa Fe (16/03/2009), Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe (09/12/2009), Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil, Comercial y Laboral de San Jorge, Provincia de Santa Fe (21/02/2011), Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe (19/04/2011).

pueden plantearse en otras regiones del país en las que proliferan conflictos socioambientales de diferente tenor (Aranda, 2015; Merlinsky, 2013a, 2106).

Cabe interrogarse, entonces, por los límites de este derecho que, sin embargo, viene acompañado de una prolífica generación de herramientas que intentan enhebrarse con el contenido del pacto constitucional de 1994. Este paralelismo marca una posible doble mirada sobre el derecho a un ambiente sano, las deudas pendientes y las promesas incumplidas.

Si retomamos la metáfora de los lentes a partir de los cuales mirar, queda claro que, para reflexionar sobre el derecho a un ambiente sano en Argentina, necesariamente se requiere de ambos lentes y las diferentes distancias asumen un rol medular, debido a que permiten un mayor o un menor grado de pormenorización sobre lo que sucede en el territorio. Es allí adonde se juega el verdadero contenido del derecho a un ambiente sano, más allá de las páginas que puedan escribirse sobre cuál es su significado y cómo se lo aplica e interpreta.

El caso reseñado, entonces, canaliza una mirada especialmente vinculada con un espacio, un lugar, un conflicto, que permite lograr un mayor detalle a partir de los cristales que muestran los pormenores, el cómo se moviliza y cómo se interpreta el derecho a un ambiente sano allí y ahora. Sin embargo, también se torna necesaria la otra mirada, aquella que desde más lejos permite cierta perspectiva y que deja en evidencia la proliferación de normas que, en nuestro ordenamiento jurídico vigente, intentan robustecer el derecho a un ambiente sano. Esas normas que representan un gran número de posibilidades argumentales, una gran riqueza en términos de principios y de herramientas de política, de toma de decisiones, etc., pero sobre las que persiste un profundo problema de efectividad.

El artículo 41 de la Constitución Nacional puede ser considerado el eje a partir del cual se vertebran las regulaciones que contienen el derecho ambiental en Argentina. El mismo fue incorporado en el apartado Nuevos Derechos y Garantías, conforme las posibilidades del Núcleo de Coincidencias Básicas, más conocido como “Pacto de Olivos”, que marcó el contenido de la Ley N° 24309 que declaró la necesidad de reforma constitucional en diciembre de 1993.

En plena década neoliberal esta incorporación de un derecho colectivo al contenido constitucional podría leerse en clave progresista, aun dentro de un contexto sociohistórico que no lo fue. Sin embargo, hubo espacio para este tipo de incorporaciones no solo en Argentina sino en varios países de América

Latina que al reformar sus cartas magnas también introdujeron, de manera más o menos similar, el derecho a un ambiente sano.¹⁰

Así, se suscriben pactos constitucionales en los que el ambiente aparece como un objeto de protección, dejando con ello atrás el derecho a destruir que imperó modernamente y que comenzó a resquebrajarse al compás de derrames de petróleo, accidentes nucleares, entre otras catástrofes (Rèmond-Gouilloud, 1994). Las cuestiones ambientales aparecen, entonces, como una problemática socialmente relevante que comienza a contar con una traducción jurídica, en este caso, de inspiración antropocéntrica. Sin embargo, en el debate constituyente de 1994, ya tímidamente se adelantaban discusiones que hoy revisten mayor actualidad de la mano del denominado “giro ecocéntrico” encabezado por las reformas constitucionales latinoamericanas desarrolladas en el siglo en curso en Ecuador y Bolivia (Haidar y Berros, 2015). En aquel momento una pequeña minoría en el debate de comisión ya señalaba la relevancia de desmarcarse del antropocentrismo, aunque los dictámenes de mayoría no se hicieron eco de estas posturas. Asimismo, durante las discusiones se iban tildando a estas propuestas como “monocéntricas” o “chivocéntricas” en una apuesta por la ridiculización de este tipo de perspectivas.¹¹

Finalmente, cuatro son los párrafos que sellan el contenido del derecho a un ambiente sano y sobre los cuales existen diferentes aristas para analizar:

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, y a la información y educación ambientales.

10. Poco tiempo antes, Brasil introduce el derecho a un ambiente sano en su texto constitucional de 1988 (art. 225), luego lo hacen Colombia en 1991 (art. 76), Paraguay en 1992 (art. 7), Perú en 1993 (art. 66) y Ecuador en 1998 (art. 88).

11. En un trabajo colectivo previo se hizo un análisis de las intervenciones que tuvieron lugar durante la discusión sobre el contenido del artículo 41 en las que se advierte esta discusión. Puede consultarse: (Codex Humano, 2014).

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

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

En este trabajo el foco se coloca sobre los primeros párrafos que reconocen el derecho y, además, determinan el diseño del reparto de competencias regulatorias en materia ambiental, que difiere del sistema que distingue entre competencias delegadas a la nación y reservadas a las provincias. En este caso se establece que le corresponde a la nación el dictado de las leyes de presupuestos mínimos y a las provincias las necesarias para complementarlas (Esaín, 2008, 2017). Este no es un dato menor dado que, a partir de esta diferenciación de competencias es que se obtienen las normativas que pasarán a integrar las diversas escalas regulatorias a nivel nacional y provincial, y que configuran el acervo de herramientas disponibles de nuestro derecho ambiental contemporáneo.

Con el correr del tiempo, se ha ido acrecentando el universo de leyes de presupuestos mínimos que regulan una importante variedad de tópicos: la Ley N° 25612 regula la gestión integral de residuos de origen industrial y de actividades de servicio en 2002; la Ley N° 25670 aborda la gestión y eliminación de PCB en 2002; la Ley N° 25675 establece los lineamientos fundamentales, objetivos, principios, herramientas de gestión de la política ambiental en 2002; la Ley N° 25688 regula la gestión ambiental de aguas en 2003; la Ley N° 25831 configura el régimen de libre acceso a la información pública ambiental en 2003; la Ley N° 25916 aborda la gestión de residuos domiciliarios en 2004; la Ley N° 26331 genera un esquema de protección de los bosques nativos en 2007; la Ley N° 26562 se dedica al control de actividades de quema en 2009; la Ley N° 26639 diagrama el sistema de preservación de glaciares y del ambiente periglacial en 2010; la Ley N° 26815 alude al manejo del fuego en 2012 y, finalmente, la más reciente Ley N° 27279 regula la gestión de envases vacíos de productos fitosanitarios desde el año 2016.¹²

12. Cabe señalar que, si bien las normas de presupuestos mínimos sancionadas a la fecha dejan ver un considerable número de asuntos regulados, desde hace tiempo existe una creciente demanda social y de organizaciones no gubernamentales por una ley de protección de humedales, por una ley de evaluación de impacto ambiental, así como por una ley que regule de modo específico el problema del cambio climático.

En todos los casos se trata de normas que establecen el mínimo de protección que debe ser respetado por las legislaciones locales, con lo cual se da una particular articulación entre las escalas regulatorias.

Al pacto constitucional y a esta serie de leyes de presupuestos mínimos se suma la incorporación de tratados internacionales con jerarquía superior a las leyes, como ocurre, entre otras convenciones ratificadas por Argentina, con la Convención sobre los Humedales de Importancia Internacional de 1971, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres de 1973, la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres de 1979, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985, la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992, el Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992, la Convención de Naciones Unidas sobre la Lucha contra la Desertificación de 1994, por solo mencionar algunas de las más relevantes.

Sin perjuicio de la importancia particular que pueda revestir cada una de estas normas, y la trascendencia que pueden asumir unas u otras según el conflicto socioambiental de que se trate, en este caso, daremos especial centralidad no solo al contenido del artículo 41 de la Constitución Nacional, sino también a una de las normas de presupuestos mínimos, que es la que contiene buena parte de los pilares para la construcción de políticas en materia ambiental, la ya mencionada Ley N° 25675, más conocida como Ley General del Ambiente. Se trata de una norma bastante sólida. Contiene objetivos claros, principios adecuados al momento en el que fue sancionada, instrumentos de política y de gestión ambiental, vías de acceso a la jurisdicción y ciertas peculiaridades que asumen los tribunales a la hora de tener que decidir sobre temas ambientales, lo que ha fundamentado la idea de “las cortes verdes” (Cafferatta, 2007).

Recientemente, en el Senado nacional se aprobó un proyecto de ley de presupuestos mínimos sobre este último tema propulsado por el senador Fernando Pino Solanas. A ello cabría agregar una nueva normativa sobre áreas naturales protegidas, ya que el régimen regulatorio hoy en vigor proviene de la última dictadura militar y, entre otras cuestiones, involucra conceptos peligrosos como el de “expulsión de intrusos” que puede ser llevada a cabo por la Administración de Parques Nacionales una vez que un territorio ha sido declarado como Parque Nacional. En este momento existe un conflicto sobre este tema en el caso del Parque Nacional Islas de Santa Fe en el que, bajo el mencionado fundamento legal, se está intentando la expulsión de algunas familias que habitan en las islas hace décadas (Pausa, 2019).

El interrogante aparece cuando el lente se acerca y el o la observadora quiere saber si, por ejemplo, la política ambiental efectivamente promueve en forma prioritaria el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, como requiere el artículo 2 de la ley mencionada, haciéndose eco de los lineamientos que la propia Constitución prevé sobre el porvenir; si las decisiones se toman conforme el contenido de los principios que esta norma positiviza, si se evalúan los impactos ambientales que puedan alterar negativamente los ecosistemas y producir, como consecuencia, daños en la salud de todo tipo, si posee acceso a la información ambiental y si existen efectivos canales para la participación ciudadana en la toma de decisiones. Allí es donde se torna necesario cambiar el lente para observar más de cerca y donde la reseña del caso que mencionamos, sin dudas uno de los que más discusión pública ha generado en el corriente año, reviste un nuevo sentido.

3. Contrastes

El conflicto de las escuelas rurales de Entre Ríos es lo suficientemente complejo y a la vez paradigmático de un modelo socioeconómico implantado en buena parte del territorio del centro, litoral y norte argentino, que también permite contrastar las perspectivas más lejanas con aquellas más cercanas. A su vez, no es ajeno a un tipo de conflictividad que excede el territorio argentino y que se replica en todo tipo de latitudes alrededor del mundo en las que se advierte el uso indiscriminado de pesticidas, preferentemente combinado con el desarrollo de monocultivos. Se trata de un riesgo que ha sido introducido por la propia humanidad, formando así parte de la pléyade de riesgos considerados “manufacturados” que vienen siendo objeto de análisis por parte de las ciencias sociales y las humanidades, que se han dedicado a identificar y a problematizar sus consecuencias en términos sociales, culturales, políticos e institucionales (Beck, 1998, 2002, 2007; Douglas, 1996; Douglas y Wildavsky, 1983 Giddens, 1993; Hermitte, 2007; Noiville, 2003).

El caso de Entre Ríos demuestra que existen procesos a partir de los cuales las sociedades comienzan a exigir mayores protecciones frente a riesgos cuyas consecuencias ambientales y relativas a la salud humana vienen siendo objeto de numerosos estudios científicos, así como de ejercicios de epidemiología

popular.¹³ Estos últimos suelen ser centrales ante este tipo de riesgos, sobre todo en los casos en los que el Estado no da una respuesta. Así, personas que habitualmente conviven con ciertos riesgos reúnen evidencias y otras informaciones y las ligan con conocimientos y recursos expertos a los fines de entender la epidemiología de enfermedades que los afectan, o bien, que afectan a parte de la población de los lugares, su biodiversidad y ecosistemas. Esos ejercicios suelen recibir la forma de mapas.¹⁴

En este contexto, si nos atenemos a la letra constitucional, surge claramente no solo el derecho a un ambiente sano, sino que las autoridades son las encargadas de tutelar este derecho. Esa tutela requiere de políticas públicas en la materia, claramente ausentes en este caso. Ni siquiera la norma que regula las fumigaciones en la provincia de Entre Ríos alude a las mismas. Se establecen restricciones en relación a caseríos y también galpones avícolas, pero nada se expresa sobre los establecimientos educativos rurales, que son 1032 en el territorio entrerriano. Este vacío legal es el que la acción de amparo interpuesta intenta resolver articulando argumentos provenientes del derecho ambiental, los derechos humanos y, en particular, los derechos de los niños, niñas y adolescentes, consagrados hace ya treinta años en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Argentina por medio de la Ley N° 23849 del año 1990.

La acción judicial puede ser leída, ahora, en otra clave. Da cuenta de una promesa incumplida del contenido del artículo 41 de la Constitución Nacional. Hasta este planteo, niñas, niños, trabajadoras y trabajadores de las escuelas rurales entrerrianas no habían recibido suficiente atención por parte

13. En septiembre de 1992 Phil Brown publica uno de los artículos fundacionales sobre epidemiología popular denominado *Epidemiology and Toxic Waste Contamination: Lay and Professional Ways of Knowing*. (Brown, 1992). En este trabajo se efectúa un contrapunto entre las formas de conocimiento provenientes de "legos" y "profesionales" sobre la leucemia en niños en Woburn, Massachusset (Estados Unidos), que es ligada a un número de toxinas industriales presentes en el agua.

14. Es importante señalar que en Argentina uno de los primeros casos judiciales en los que se aplica el principio de precaución se relaciona de modo directo con el denominado "mapa de la muerte", que fue confeccionado por vecinas y vecinos de Ezpeleta, en La Plata, provincia de Buenos Aires. Se trata de un caso relacionado con las emisiones de radiaciones no ionizantes provenientes de una subestación transformadora. Ver Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata (08/07/2003), "Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ENRE - EDESUR s/cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora".

de las autoridades que deben bregar por promover de manera prioritaria la calidad de vida de las actuales y futuras generaciones.

¿De qué derecho a un ambiente sano puede gozar una niña que asiste a un colegio en el que, tal vez, tenga que refugiarse cuando pasan aviones dispersando pesticidas que contaminan el patio en el que juegan en los recreos?

Frente a esta pregunta desde amplios sectores se sostiene que, por la instancia, el problema de los efectos de los agrotóxicos es controvertido y, entonces, debe esperarse a que se salde dicha controversia para poder tomar decisiones. Sin embargo, esta postura es diametralmente opuesta a lo que nuestro derecho ambiental vigente prevé. Entre los contenidos que forman parte de las normas de presupuestos mínimos, cuya regla base de funcionamiento está prevista en la Constitución expresando que se trata de un mínimo que no puede ser desconocido por las provincias, se encuentra el principio precautorio. El artículo 4 de la Ley N° 25675 establece que:

La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: [...] Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.

De la letra de este principio se desprende que aun cuando persistiera la controversia científica –cuestión que ya va siendo dejada atrás por la abrumadora y creciente cantidad de estudios científicos publicados sobre la materia– ello no podría ser considerado como razón para postergar decisiones (Sozzo y Berros, 2009). Trasladar la decisión hacia el futuro puede significar que nunca pueda decidirse, porque tal vez sea demasiado tarde y estemos ante daños graves, definitivos y de imposible recomposición.

Estas decisiones pivotan sobre diferentes instituciones que son eje del contenido del derecho ambiental.

En primer lugar, ¿se encuentra el Estado midiendo los impactos ambientales de la actividad agraria en Entre Ríos? En dicho territorio y, en general, no. Las regulaciones sobre evaluación de impacto ambiental no suelen disponer entre las actividades que deben iniciar procedimientos de

impacto ambiental a este tipo de empresa. Sin embargo, el artículo 11 de la Ley N° 25675 establece que

Toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución.

La letra del texto es clara, su falta de efectividad genera que exista poca información sobre los impactos y consecuencias en el ambiente y en la salud de las personas y de otros seres vivos.

Allí aparece el segundo aspecto a considerar: la información. ¿Qué información se produjo/produce sobre los efectos de los pesticidas? ¿Cómo se puede acceder a la información? Existen mecanismos para ello; de hecho, la Constitución desde 1994 y Ley N° 25831 a partir de 2003 específicamente regula el acceso a la información pública ambiental. Lo que cabe interrogarse a la luz de este caso es cuál es la calidad de la información a la que puede accederse en un contexto en el que el Estado, luego de años de vacío legal sobre el tema, y con posterioridad a un conflicto judicializado, primero decide dictar un decreto regresivo sin dotarlo de argumentos y razones válidas y, más tarde, reitera este mismo accionar en base a un informe que data de una década atrás. Este obrar permite canalizar una serie de dudas respecto del acceso a la información que podría brindarse ante afectaciones a la salud de las poblaciones que transitan su cotidianeidad en las diferentes escuelas rurales de Entre Ríos.

Finalmente, un tercer punto que es central en este tipo de problemas es la participación ciudadana. Los problemas colectivos, dentro de los que se inscriben los ambientales, están colocando en crisis a los mecanismos de toma de decisiones en las democracias abogando por una mayor participación. Nuestra legislación se hace eco de esto, incluso como uno de los objetivos que debe cumplir la política ambiental: “fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión” (art. 2 inc. c Ley N° 25675). Posiblemente, esto sea una de las mayores deudas pendientes que se articulan con el reconocimiento del derecho a un ambiente sano. ¿Cuáles han sido los mecanismos mediante los cuales pudimos o no debatir sobre cómo queremos vivir? ¿En qué instancia se definió democráticamente cuál es el contenido del derecho a un ambiente sano?

Posiblemente, la respuesta a un interrogante de ese tenor en la Argentina contemporánea sea: en los tribunales. Y esa respuesta puede ser vista desde dos ángulos. El primero indicaría que existe una gran cantidad de casos que llegan a los estrados judiciales y en los que, por ejemplo, la información pública es reclamada al Estado cuando existen contratos secretos¹⁵ (Giustiniani, 2017), se ordena generar articulaciones interinstitucionales para la confección de un tan esperado plan de saneamiento de la Cuenca Matanza Riachuelo, cuyo estado de polución afecta a millones de personas¹⁶ (Merlinsky, 2013b), solo por mencionar algunos casos que tuvieron enorme nivel de repercusión pública. El segundo señalaría que, en paralelo a que algunos casos llegan a los tribunales, muchos otros quedan en el camino por falta de acceso a la justicia, lo que deja casi sin esperanzas a quienes viven anclados en realidades que distan bastante de ser cercanas a un ambiente saludable.

El ejercicio de pensar el derecho a un ambiente sano en Argentina y las deudas que quedan pendientes, así como sus promesas incumplidas, mediante la observación más cercana de un conflicto en particular y contemporáneo, se visualiza como una invitación hacia una mirada del derecho que no solo observe el contenido literal de las normas en vigor. De hecho, el plexo normativo en materia ambiental en el país no es menor, en general es actualizado –aun cuando, por supuesto, existen temas pendientes u otros tantos cuya regulación debería reformarse en un sentido más protectorio–, ha servido de base para la generación de una pléyade de reclamos judiciales en los que también se fue construyendo el sentido del derecho a un ambiente sano. Sin embargo, la carencia de políticas públicas robustas en materia ambiental, así como los retrocesos y vaivenes tanto regulatorios como institucionales, plantean el mayor desafío en una verdadera construcción colectiva sobre el contenido de ese derecho o, como ya se ha afirmado, en el interrogante acerca de cómo queremos vivir considerando en este momento también a las generaciones que nos sucedan.

15. Corte Suprema de Justicia de la Nación (10/11/2015), "Giustiniani, Rubén Héctor c/YPF – s/amparo por mora".

16. Corte Suprema de Justicia de la Nación (08/07/2008), "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios".

4. Cierre

¿Cómo seguir? ¿Cuáles podrían ser las promesas y deudas que comiencen a saldarse en los próximos años en relación al derecho a un ambiente sano en Argentina? ¿Qué se puede aportar desde el campo académico en este futuro inmediato y en el más mediano y largo plazo?

Las respuestas a estas preguntas de ninguna manera pueden ser unívocas, solo consisten en una invitación a reflexionar. Tal vez desde el campo de la investigación sociojurídica se puedan efectuar aportes no solo mostrando estos claroscuros del derecho a un ambiente sano sino, y especialmente, volcando más energías en el análisis de casos desde miradas que crucen diferentes disciplinas. Las cartografías interdisciplinarias de los conflictos, y el análisis de su costado jurídico, siempre permiten repensar no solo el contenido del derecho aquí abordado, sino también el rol y los posibles usos que pueden hacerse del mismo. Como parte de una trama mucho más compleja, las normas que se van sancionando, muchas de ellas resultado de reclamos y movilizaciones sociales, se convierten en argumentos disponibles para resistir retrocesos y argumentar frente a la justicia. Sin embargo, también pueden convertirse en trampas que no solo no contribuyan a mejorar la calidad de vida de personas y el estado de los ecosistemas o de ciertos animales, sino que generen nuevas formas de desigualdad social (Carman, 2011, 2017).

Este tipo de distinciones difícilmente se puedan identificar mediante un análisis normativo, aunque sea lo más preciso y detallado, dado que el verdadero contenido del derecho a un ambiente sano se configura en el territorio, en la cotidianeidad de las personas que lo habitan. Y, por tanto, adquiere también diferente contorno según los territorios que analicemos. ¿Es igual el derecho a un ambiente sano para las clases medias urbanas congregadas en ciudades grandes e intermedias que para quienes habitan en los más difíciles territorios en los que se desarrolla un proceso de explotación de la naturaleza casi descontrolado? ¿De qué acceso a la justicia ambiental podemos hablar si en la mayor parte de las provincias no existe una institucionalidad robusta para efectuar reclamos de este tipo? ¿Cuáles son los casos que, como el de las escuelas rurales en Entre Ríos, dejan no solo sentencias sino debates públicos instalados que hacía mucho tiempo se intentaba construir por parte de diferentes grupos sociales? ¿Qué puede tomarse de estas experiencias que, de algún modo, lo que hacen es cons-

truir respuestas sobre las promesas incumplidas de parte de las autoridades que deben tutelar el derecho a un ambiente sano para el ahora y para el porvenir? ¿Cómo se podrían revitalizar algunas ideas de nuestro derecho ambiental contemporáneo considerando las contribuciones que a este campo han realizado algunos países latinoamericanos generando una ampliación de derechos que reconoce que la naturaleza es un sujeto de derecho?

Y, finalmente, podríamos cerrar con una pregunta que en cierto modo engloba a las demás: ¿cuál es la urgencia? Para dar respuesta a este interrogante se podrían citar el enorme caudal de reportes de todo tipo de agencia internacional y comisiones de expertos en diferentes áreas del conocimiento que alertan sobre la pérdida de biodiversidad, la contaminación por plásticos, la polución de los océanos, la contaminación del aire, el cambio climático, la extinción acelerada de grandes mamíferos, el avance de industrias extractivas, entre tantos otros temas que se van sumando a una lista de problemas con los que el planeta está lidiando hoy en día. Todos ellos muestran una fotografía difícil. Sin embargo, frente al avance de estos y otros problemas en América Latina se suma una imagen que hace que este tema revista también más centralidad. En el año 2018 se cometieron ciento sesenta y cuatro asesinatos contra personas que defienden el ambiente, más de la mitad de los cuales ocurrieron en Latinoamérica (Global Witness, 2019). En este continente la defensa del agua, de los ríos, de la selva, de las montañas y los glaciares no solo es un tema que moviliza grupos sociales ante la indolencia de buena parte de las autoridades que tienen a su cargo su tutela, es un problema que genera muerte. Cada año se suceden los reportes de la organización internacional no gubernamental Global Witness, que muestran que, al compás de la profundización de la emergencia ambiental, se suman asesinatos de personas comprometidas y empeñadas en su defensa. En la vida de estas personas también se juega el contenido del reconocimiento del derecho a un ambiente sano.

Referencias bibliográficas

Aranda, D. (02/09/2009). Glifosato con más polémica. *Página 12*.

---- (2015). *Tierra arrasada. Petróleo, soja, pasteras y megaminería. Radiografía de la Argentina del siglo XXI*. Buenos Aires: Sudamericana.

Depende del lente con que se mire: derecho a un ambiente sano en Argentina

- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós.
- (2002). *La sociedad del riesgo global*. Barcelona: Siglo XXI.
- (2007). *La sociedad del riesgo mundial*. Barcelona: Paidós.
- Brown, P. (1992). Epidemiology and Toxic Waste Contamination: Lay and Professional Ways of Knowing. *Journal of Health and Social Behavior*, 33(3), 267-272.
- Cafferatta, N. (21/03/2007). El tiempo de las cortes verdes. *Revista Jurídica La Ley*.
- Carman, M. (2011). *Las trampas de la naturaleza. Medio ambiente y segregación en Buenos Aires*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- (2017). *Las fronteras de lo humano. Cuando la vida humana pierde valor y la vida animal se dignifica*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Codex Humano (2014). ¿Veinte años no es nada? Un estudio de los debates constituyentes de 1994 sobre ambiente y patrimonio cultural. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Nueva Época*, (9), 65-81.
- Douglas, M. (1996). *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*. Buenos Aires: Paidós.
- Douglas, M. y Wildavsky, A. (1983). *Risk and culture. An essay on the selection of technological and environmental dangers*. California: University of California Press.
- Esáin, J. (2008). *Competencias ambientales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (04/10/2017). El control de complementariedad en materia ambiental. Los presupuestos mínimos ambientales. *La Ley*, 1-8.
- Giddens, A. (1993). *Las consecuencias de la modernidad*. Madrid: Alianza.
- Giustiniani, R. (2017). *El contrato secreto YPF-Chevron*. Buenos Aires: Eudeba-Ediciones UNL.
- Global Witness (2019). *¿Enemigos del Estado? De cómo los gobiernos y las empresas silencian a las personas defensoras de la tierra y el medio ambiente*. Londres: Global Witness.
- Haidar, V. y Berros, M. V. (2015). Hacia un abordaje multidimensional y multiescalar de la cuestión ecológica: la perspectiva del buen vivir. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, (108), 111-134.
- Hermitte, M. A. (2007). La fondation juridique d'une société des sciences et des techniques par les crises et les risques. En C. Burton-Jeangros, C. Grosse y V. November (dirs.), *Face au risque*. Ginebra: Georg-L'Equinoxe.
- La Izquierda Diario* (22/05/2019). Sojeros de Entre Ríos proponen mover escuelas para seguir fumigando con agrotóxicos.
- Merlinsky, M. G. (2013a). *Cartografía del conflicto ambiental en Argentina*. Buenos Aires: Ciccus.
- (2013b). *Política, derechos y justicia ambiental. El conflicto del Riachuelo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- (2016). *Cartografía del conflicto ambiental en Argentina II*. Buenos Aires: Ciccus.

María Valeria Berros

Noiville, C. (2003). *Du bon gouvernement des risques. Le droit et la question du "risque acceptable"*. París: Presses Universitaires de France.

Pausa (04/06/2019). Parques Nacionales desaloja a los isleros santafesinos.

Rémond-Gouilloud, M. (1994). *El derecho a destruir. Ensayo sobre el derecho del medio ambiente*. Buenos Aires: Losada.

Sozzo, G. y Berros, M. V. (2009). Una agenda para el principio precautorio. *Revista Crítica de Derecho Privado*, (6), 763-794.

Referencias legislativas

Argentina. Ley N° 25612.

Argentina. Ley N° 25670

Argentina. Ley N° 25675

Argentina. Ley N° 25688

Argentina. Ley N° 25831

Argentina. Ley N° 25916

Argentina. Ley N° 26331

Argentina. Ley N° 26562

Argentina. Ley N° 26815

Argentina. Ley N°27279

Argentina Provincia de Entre Ríos Decreto N°4407/2018.

Argentina Provincia de Entre Ríos Decreto N° 2239/2019.

Referencias jurisprudenciales

Corte Suprema de Justicia de la Nación (08/07/2008), "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios".

----- (16/03/2009), "Peralta, Viviana c/ Municipalidad de San Jorge y otros s/ amparo".

----- (10/11/2015), "Giustiniani, Rubén Héctor c YPF - s/ amparo por mora".

Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil, Comercial y Laboral de San Jorge, Provincia de Santa Fe (21/02/2011), "Peralta, Viviana c/ Municipalidad de San Jorge y otros s/ amparo".

Depende del lente con que se mire: derecho a un ambiente sano en Argentina

Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Superior Tribunal de Justicia, (29/10/2018), "Foro Ecologista de Paraná y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/acción de amparo".

----- (14/05/2019), "Foro Ecologista de Paraná (2) y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/acción de amparo".

Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe, (09/12/2009), "Peralta, Viviana c/ Municipalidad de San Jorge y otros s/ amparo".

----- (19/04/2011), "Peralta, Viviana c/ Municipalidad de San Jorge y otros s/ amparo".

Sala III de la Cámara Segunda en lo Civil y Comercial de Paraná (01/10/2018), "Foro Ecologista de Paraná y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/acción de amparo".

----- (28/03/2019), "Foro Ecologista de Paraná (2) y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/ acción de amparo".

Sobre los autores y las autoras

Agostina Daniela González

Abogada (UBA). Auxiliar docente de Derechos Humanos y Garantías en la Facultad de Derecho (UBA). Integrante del Área Jurídica del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA).

Ana María Bestard

Abogada (UBA). Especialista en sociología jurídica (UBA). Doctora en Derecho (UBA). Profesora Adjunta Regular de Elementos de Derecho Constitucional y Bases Constitucionales del Derecho Privado (UBA). Profesional principal, Carrera del Personal de Apoyo (CONICET).

Andrés Rossetti

Abogado (UNC). Magíster en International Human Rights Law (Universidad de Lund) y Dottore di ricerca in Diritti umani (Universidad de Palermo). Profesor de Derecho Constitucional (UNC). Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (UNC).

C. Ignacio Giuffré

Abogado (Universidad de Mendoza); Especialista en Derecho Constitucional (UCA); Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy (Università degli Studi di Genova y Universitat de Girona). Jefe de Trabajos Prácticos de la Cátedra Derecho y Comunicación (Universidad Nacional de Cuyo). Ayudante de Trabajos Prácticos Meritorio de la Cátedra de Derecho Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Mendoza).

Facundo Capurro Robles

Abogado (UBA). Magíster en Estudios Legales Internacionales (Washington College of Law). Docente de Derechos Humanos y Garantías (Facultad de Derecho, UBA). Becario de Open Society Foundation. Asesor del Comité Nacional para la Prevención de la Tortura.

Federico G. Thea

Abogado (UBA). LL.M. en Public Law and Human Rights (University College London). Profesor Titular Regular de Análisis Jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (UNPAZ). Profesor Adjunto (interino) de Derechos Humanos y Garantías (UBA). Rector de la UNPAZ.

Fernando Braccacini

Abogado (UBA). Especialista en derecho penal (UTDT). Magíster en derecho (Yale University).

Gerardo Tripolone

Abogado (UNSJ) y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Docente de Introducción al Estudio e Investigación Jurídica y de Derecho Constitucional (UNSJ). Becario postdoctoral de CONICET.

Gonzalo Sebastián Kodelia

Abogado (UBA). Profesor Titular de Introducción al Derecho Argentino (UNPAZ). Director del Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNPAZ).

Isaías Losada Revol

Abogado (UBA). LL.M. en International Legal Studies (Georgetown University Law Center, 2017). Jefe de Trabajos Prácticos de Análisis Jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (UNPAZ).

José María Salgado

Abogado (UBA). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Profesor adjunto regular de Derecho Procesal (UBA). Profesor asociado de Derecho Procesal (UNPAZ). Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP) 2017-2019.

Juan Antonio Seda

Doctor en Derecho (UBA). Licenciado y Profesor en Ciencias Antropológicas (UBA). Profesor Adjunto de Práctica Profesional, y de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). Profesor Titular interino de Didáctica Especial del Derecho (UBA). Director del Programa de Actualización y Profundización en Discapacidad (UBA).

Liliana Ronconi

Abogada y Profesora para la enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas (UBA). Especialista en Ciencias Sociales con mención en Currículum y Prácticas Escolares (FLACSO) y Doctora en Derecho (UBA). Profesora en las Facultades de Derecho de la UBA y la UP. Becaria de Posdoctorado del CONICET e Investigadora Adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja (UBA).

María Valeria Berros

Abogada, Especialista en Derecho de Daños y Doctora en Derecho (FCJS-UNL). Docente de Derecho Civil II y de Sociología y Derecho en la FCJS-UNL. Investigadora de CONICET.

Mauro Benente

Abogado y Doctor en Derecho (UBA). Profesor de Teoría del Estado (Facultad de Derecho-UBA) y de Filosofía del Derecho (UNPAZ). Coordinador del Grupo de Trabajo “Pensamiento Jurídico Crítico (CLACSO). Director del Instituto Interdisciplinario de Estudios Constitucionales (UNPAZ).

Mishkila Rojas

Abogada (UBA). Maestrando en Políticas Públicas (UTDT). Secretaria Ejecutiva del Consejo Provincial de Asuntos Indígenas de la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires.

Nicolás Diana

Abogado y especialista en derecho administrativo y administración pública (UBA). Profesor titular regular, director de la Escuela de Posgrado y del Observatorio de Contratos de Participación Público Privada de la UNPAZ.

Sebastián Linares

Abogado (Universidad Nacional de La Plata). Doctor en Ciencia Política (Universidad de Salamanca). Profesor Adjunto de Derecho Constitucional (Universidad Nacional del Sur). Investigador de CONICET en IIESS (Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales del Sur).

Sergio Sebastián Barocelli

Abogado (UBA). Profesor Titular (USAL). Profesor Adjunto Regular (UBA). Profesor Permanente de Posgrado USAL-UBA-UCA-UNLPam. Investigador Adscripto Instituto Gioja (UBA).

Silvina Zimmerman

Abogada y Doctora en Derecho (UBA). Profesora Adjunta Regular de la materia Derechos Humanos y Garantías (Facultad de Derecho, UBA). Directora del Doctorado en Derechos Humanos de la Universidad de Lanús. Secretaria Letrada de la Procuración General de la Nación en una fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.



Las *deudas* de la reforma constitucional de 1994 aluden a aquellos aspectos que, por entonces, ni siquiera fueron pensados o analizados por los/as legisladores/as que sancionaron la ley que declaró la necesidad de la reforma de la Constitución en diciembre de 1993, y por los/as convencionales constituyentes que sesionaron en las ciudades de Santa Fe y Paraná entre el 25 de mayo y el 22 de agosto de 1994. Pero además, las *deudas* aluden a aquellas materias sobre las cuales la teoría *tradicional* del derecho constitucional rara vez se detiene, a las perspectivas conceptuales y a las herramientas metodológicas escasamente empleadas. Por su parte, las *promesas incumplidas* refieren a algo distinto. A aquellos objetivos que, en mayor o en menor medida, eran compartidos por las y los constituyentes pero que, por diversas razones, se encuentran total o parcialmente incumplidos.

[Extracto del Prólogo]

Instituto Interdisciplinario
de Estudios Constitucionales