

La Constitución argentina ahora: qué trae en la caja

Esta larga historia nos deja en la cúpula normativa, al día de hoy, el siguiente contenido neto. Veamos la etiqueta descriptiva de su contenido.

130 artículos

La Constitución histórica de 1860 tenía 110 artículos, mientras que la actual tiene “aparentemente” 129 artículos. Pero una cuenta más minuciosa revelará también la cifra de 130: es porque –como repasamos en nuestro racconto histórico– hay dos arts. 14, si tenemos en cuenta el 14 “bis” (el único fruto de la reforma constitucional de 1957).

Amenities

La Constitución también incluye otro material “no articulado”, que va antes y después del *articulado*. En primer lugar: el preámbulo (el cual analizaremos más adelante en detalle).

En el “después” encontramos “cláusulas transitorias” incorporadas en la última reforma de 1994. Son diecisiete cláusulas, y la mayoría de ellas tiene un sentido solo transicional para ordenar la entrada en vigencia de las nuevas normas (fijando plazos que en algún caso quedaron incumplidos). Otras tienen un sentido más duradero, como la cláusula transitoria primera: “La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional”.

La Constitución offshore

Por último, el “paquete” constitucional también comprende una serie de textos

“incorporados” a la Constitución por el art. 75 inc. 22, cuya nómina y pormenores examinaremos en otro apartado. Técnicamente, entonces, esos tratados y declaraciones son también *materiales constitucionales*, y por esa razón se los incluye en la mayoría de las ediciones “en papel”, en las que la “Constitución propiamente dicha” ocupa solo una porción pequeña.

Estos materiales constitucionales contienen dos declaraciones (que son adoptadas por los organismos, sin ratificación local) y ocho tratados o convenciones (que primero son firmados por el presidente y luego deben ser ratificados por el Congreso).

El art. 75 inc. 22 CN: los tratados que tienen jerarquía constitucional

- La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana de 1948.
- La *Declaración Universal de Derechos Humanos*, aprobada por la Asamblea General de la ONU de 1948.
- La *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, pues fue firmada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos realizada en esa ciudad en 1969, y que nuestro país ratificó por Ley 23.054 en 1984.
- Una dupla de pactos de la ONU: el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Ambos fueron aprobados por la Asamblea General de la ONU de 1966, y nuestro país los ratificó por Ley 23.313 en 1986.
- La *Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, aprobada en Sesión Plenaria de la ONU en 1948, a la que nuestro país adhirió por Decreto 6286 de 1956.
- La *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, suscripta en Nueva York el 13 de julio de 1967, y ratificada por nuestro país por Ley 17.722 de

1968.

- *La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1979, y ratificada por nuestro país por Ley 23.179 en 1985.
 - *La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1984, y ratificada por nuestro país por Ley 23.338 en 1986.
 - *La Convención sobre los Derechos del Niño*, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1989, y ratificada por nuestro país por Ley 23.849 en 1990.
-
-

Esta lista original de 1994 no es definitiva. El mismo art. 75 inc. 22 abrió la opción de “elevant” otros tratados de derechos humanos a la jerarquía constitucional, mediante la aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Tratados que tienen jerarquía constitucional agregados post-1994

- *La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* (aprobada por nuestro país por Ley 24.556 en 1995; con jerarquía constitucional por Ley 24.820 de 1997).
 - *La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad* (aprobada por Ley 24.584 en 1995; con jerarquía constitucional por Ley 25.778 de 2003).
 - *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (aprobada por Ley 26.378 en 2008; con jerarquía constitucional por Ley 26.744 de 2014).
-
-

Aclaremos que hay muchos otros tratados de derechos humanos aprobados por nuestro país, y que *no por el solo hecho de ser de “Derechos Humanos” un tratado tendrá rango constitucional* (sí será, como todo tratado, un instrumento que prevalecerá ante una ley del Congreso, anterior o posterior a su adopción, pues tiene jerarquía superior).

Por ejemplo, un tratado muy importante e independiente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es el llamado Protocolo de San Salvador, una suerte de capítulo 2.0 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero que se aprueba por separado, dedicado a reconocer y definir un pack más amplio de derechos económicos, sociales y culturales. Nuestro país lo aprobó en 1996 (Ley 24.658) y el protocolo entró en vigor a nivel internacional en 1999 (usualmente estos tratados requieren la aprobación de un mínimo de países para entrar en vigencia). Así la situación es la siguiente: la Convención Americana tiene rango constitucional, pero no la tiene este protocolo adicional.

El art. 75 inc. 22 también nos dice cómo es el camino de salida de esos tratados. En los tratados comunes basta con una ley común para habilitar al presidente a que haga su “denuncia” (acto formal que en el derecho internacional supone la voluntad de desvincularse de un tratado). Pero en los tratados a los que se les ha asignado jerarquía constitucional hay una suerte de “paralelismo de competencias”: si se ha requerido dos tercios para darles ese rango, la misma mayoría es requerida para autorizar esa “denuncia”. Tal es la solución que adopta la Constitución de 1994.

Pero hay más que “solo los tratados”. Al incorporarlos, se lo hace “en las condiciones de su vigencia”, vigencia que implica aplicarlos conforme al modo en que los entienden sus organismos especializados. Muchos pactos tienen “comités” que se expiden con dictámenes en forma de “observaciones” temáticas o dedicadas a un país.

Seguramente el más notorio es el caso de la Corte Interamericana, órgano de la Convención Americana de Derechos Humanos, que supone ya una *jurisdicción supranacional*, específica (es solo sobre el pacto en cuestión). En un caso de 1995, la Corte argentina asumió esto al decir que conforme al art. 75 inc. 22, las “condiciones de su vigencia” implicaban aplicar la Convención “tal como efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”.[\[20\]](#)

Ello hace que en el “paquete” constitucional aparezca también un contenido

oculto a primera vista: esas opiniones y esa jurisprudencia, según afirmó la Corte en esa ocasión –criterio que se mantiene–, “*debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales* en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”. Más adelante (en el capítulo dedicado a la Justicia) vamos a ver algo más sobre este tribunal y sobre el llamado “*control de convencionalidad*”.

Estructura

La Constitución se divide en dos grandes partes: la llamada “dogmática” (incluye básicamente derechos y garantías) y la llamada “orgánica” (que habla de poderes).

Esta estructura aparece en casi todas las constituciones provinciales, que observan ese mismo orden: primero “los derechos”, luego “los poderes”. Y ha permanecido igual desde la Constitución de 1860, con algunos cambios: en la reforma de 1994 se incorporó un segundo capítulo en la parte dogmática (titulado “Nuevos Derechos y Garantías”) y una sección más en la parte orgánica (dedicada al “Ministerio Público”, o sea, fiscales y defensores).

Si miramos la Constitución a través de las páginas de un “índice”, vamos a ver que en la parte dogmática tenemos dos capítulos:

- *Declaraciones, Derechos y Garantías*, un “capítulo primero” (el contenido y la numeración es el mismo de la Constitución de 1853/60, más el 14 bis de 1957) que llega hasta el art. 3
- *Nuevos Derechos y Garantías*, un “capítulo segundo” que va de los arts. 36 al 43 y que fue incorporado en la reforma de 1994.

Y en la parte orgánica tenemos dos “títulos”:

- El primero referente al *Gobierno Federal*, con cuatro secciones dedicadas:
 - al Poder Legislativo (la sección orgánica más extensa, que va de los

- arts. 44 al 86);
- al Poder Ejecutivo (que va de los arts. 87 al 107);
- al Poder Judicial (que va de los arts. 108 al 119);
- al Ministerio Público (una sección de un solo artículo, el 120, que fue incorporada en 1994).
- Y el segundo dedicado a los *Gobiernos de Provincia* (que va de los arts. 121 al 129, y que dedica este último a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Una “pirámide” jurídica

Podríamos decir que hay una “pirámide” jurídica que no se percibe a simple vista, pero aparece si se mira la Constitución con atención. Ya hemos señalado que el principio es el de supremacía de la Constitución (art. 31) pero hurgando en el art. 75 inc. 22 descubrimos un sistema de jerarquía de varios estratos que fue introducido en 1994:

- La Constitución argentina dice que *todos* los tratados internacionales (y los concordatos, que son los tratados que se celebran con el Vaticano) tienen *jerarquía superior a las leyes*, siempre. Esto implica que si hay un tratado internacional que choca con una ley civil o tributaria, prevalece el tratado.
- También se establece que *ciertos* tratados (que menciona el mismo art. 75 inc. 22) cuentan con un “plus”: tienen *jerarquía constitucional*, “en las condiciones de su vigencia, [...] y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.
- La CN además dispone que el presidente “expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de *no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias*” (art. 99 inc. 2) lo cual plasma la idea de que *las leyes son superiores a los reglamentos*.

En consecuencia, nos queda una pirámide organizada del siguiente modo:

- *En la cúpula*: un “bloque de constitucionalidad” integrado por
 - la Constitución misma;
 - los tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional, y que deben entenderse como “complementarios” según el art. 75 inc. 22.
- *Segundo rango*: por debajo de la Constitución, y encima de las leyes, cualquier otro tratado internacional (sea o no de DDHH).
- *Tercer escalón*: las leyes del Congreso.
- *Los otros escalones*: la normativa sublegal, que está a cargo del Ejecutivo y ya no del Congreso: decretos, resoluciones y disposiciones (y que tienen su propia jerarquía: el reglamento del presidente fija el marco al que debe ceñirse la resolución ministerial, etc.).

El preámbulo, rezo laico

El preámbulo es un “por qué” y un “para qué” de la Constitución. No es norma, pero es algo tal vez más importante que eso, porque tiene *doble fundamentalidad*: son los criterios constructivos declarados de la norma fundamental. En ese sentido no se trata tan solo de una cara bonita del texto constitucional: puede brindarnos mucha sentencia (y mucho “jugo” interpretativo), porque allí se exponen las premisas que subyacen en el artefacto. Esto llevó a que la Corte invocara sus cláusulas (como la de “afianzar la justicia”) para fundar sus decisiones en casos en los que no existía una norma directamente aplicable, de modo que el preámbulo no es un mero ejercicio literario privado de sentido jurídico.

Y por eso, el preámbulo puede y debe ser leído con cierto detalle.

Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las

provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.

Los preámbulos eran muy de estilo en las constituciones, y de hecho era muy raro que carecieran de ellos. Alberdi había también esbozado uno en su proyecto de 1852. Era un preámbulo más alberdiano (por desarrollista) y pragmático.

Nos, los representantes de las Provincias de la Confederación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente, invocando el nombre de Dios, Legislador de todo lo creado, y la autoridad de los pueblos que representamos, en orden a formar un Estado federativo, establecer y definir sus poderes nacionales, fijar los derechos naturales de sus habitantes y reglar las garantías públicas de orden interior, de seguridad exterior y de progreso material e inteligente, por el aumento y mejora de su población, por la construcción de grandes vías de transporte, por la navegación libre de los ríos, por las franquicias dadas a la industria y al comercio y por el fomento de la educación popular, hemos acordado y sancionado la siguiente Constitución de la Confederación Argentina.

Al sustituir el preámbulo propuesto por Alberdi, los constituyentes de 1853 adoptaron un texto que tomaría prestado mucho del preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos, incluyendo algunas cláusulas prácticamente iguales.

Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer la justicia, garantizar la tranquilidad nacional, tender a la defensa común, fomentar el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y para nuestra posteridad, por la presente promulgamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América.

“Nos los representantes del pueblo”

Hay una explícita variación aquí. No dice “Nosotros el pueblo”, como la de los Estados Unidos de América. Tampoco dice, como proponía Alberdi, “los representantes *de las Provincias de la Confederación*”. Esto implica que los autores del documento se saben solo representantes, y a la vez que hay un pueblo “único”, el “pueblo de la Nación Argentina”, y no de “los pueblos de las provincias” como se deduce del prólogo de Alberdi. Un ente colectivo común, integrado por provincias que “lo componen”.

Esto cambia un poco el eje de lo que sucedía en los “pactos preexistentes” mentados, que eran pactos entre provincias, y el preámbulo sirve para hacer una aclaración y una advertencia sobre lo que es la Constitución: no es un arreglo entre provincias iguales que se federan, sino un pacto constitutivo de una nación única, que (según el texto explícito) todos ya tomaban como propia. Ciertamente es que, a la fecha en que esto sucedía, la realidad era desmentida por el secesionismo notable de Buenos Aires, que no conformó la Confederación, y que se mantendría afuera hasta 1860. La corrección de ese error no sería constitucional sino bélica: Pavón.

“Con el objeto de”

Vamos a establecer una constitución, pero no cualquier constitución. Aquí aparecen algunos objetivos cardinales:

- *Constituir la unión nacional.* Largamente deseada y disputada en guerras internas y contrariada por ligas provinciales facciosas. El gran pacto de 1853 no es solo dejar de hacerse la guerra, sino unirse. No es un armisticio ni un toma y daca, sino una idea más trascendente que marida con la idea de “un pueblo” en lugar de “varios pueblos” de la que hablamos antes.[\[21\]](#)
- *Afianzar la justicia.* Es fácil correr desbocado hasta encandilarse con el sustantivo “justicia”, pero llamamos la atención sobre el verbo activo que lo condiciona: “afianzar”. Es una visión “minimalista” (porque el constituyente sabe que no va a “lograr” la Justicia y seguramente no era

lo que pretendía), pero a la vez “activista” en la medida en que ese “afianzar” permite reconstruir una idea constitucional más poderosa: que no nos importa tanto la justicia declamada como propósito, sino también –y sobre todo– la idea más terrenal de que haya un sistema de garantías (fianzas) que le den anclaje y tutela. Puede ser acaso que esto no haya sido el propósito de los constituyentes, y que por cierto estemos “sobreinterpretando” el preámbulo, pero buena parte de la gimnasia de adjudicación de sentido de la Constitución se basa en diversas formas de la sobreinterpretación. En todo caso, en retrospectiva esta cláusula “se deja leer” de aquel modo y esa lectura posible no es solo academicista o especulativa, sino que está respaldada por el uso que ha hecho la Corte de la jurisprudencia de esta cláusula. Cuando un juez no encuentra algo en el derecho constitucional expresamente normado, podrá decir que a pesar de esa omisión es su deber “afianzar la justicia” y tomar en cuenta ese valor. Estamos ante una Constitución que le hace un guiño de admisión a cierto “iusnaturalismo”: no solo queremos “ley”, sino “justicia”.

- *Consolidar la paz interior.* Da por sentado nuestro narrador omnisciente que había una paz, y que la Constitución debía “consolidarla”. Tomando por bueno esto (ya hemos mencionado varias veces el “problema Buenos Aires” a la fecha de 1853), nos interesa entonces una idea plausiblemente progresista. Así como no se define la salud por la ausencia de enfermedad, la paz no se define por la ausencia de guerras. El constituyente lo sabe y sabe que hay “paces” diferentes: las inestables y las más consolidadas. En esta lógica, el “consolidar la paz interior” no parece un mandato “antibelicista” sin más, sino también un mandato integral tendiente a lograr mejores precondiciones de paz, en un arco que va desde las estrictamente materiales (no desigualdad hostil) hasta las conceptuales (no discursos discriminatorios, de odio, etc.). Así entendida, tal vez esta cláusula también arroja un mandato más permanente entre los “objetos” que el constituyente de 1853 postulaba.
- *Proveer a la defensa común.* Primera “copia” del preámbulo estadounidense. Admite, sin embargo, otras lecturas “actualizadas”: citaremos aquí otra vez a Germán Bidart Campos. Dice Bidart: “No es solo ni prioritariamente aludir a la defensa bélica. La comprende, pero la excede en mucho. El adjetivo “común” indica que debe defenderse todo lo que hace al conjunto social, lo que es “común” a la comunidad; en primer lugar, defender la propia Constitución, y con ella, los derechos personales, los valores de nuestra sociedad, las provincias, la población,

el mismo Estado democrático, el federalismo.

- *Promover el bienestar general.* Otra “copia” del preámbulo norteamericano. En algunos fallos la Corte ha traducido esa frase como una visión de búsqueda del “bien común”, y parece ser una idea que atenúa el individualismo efervescente de su matriz liberal, aunque también quiere...
- *... asegurar los beneficios de la libertad.* La expresión supone desde el vamos que la libertad tiene per se beneficios que deben ser “asegurados”. Si hilamos fino, encontramos aquí un valor cardinal específico, más que un mero propósito.

Por otra parte, todos estos objetivos, que son fines, bienes y valores, se hallan en reciprocidad: unos coadyuvan a que se realicen los otros.

“Para quiénes”

Llegamos al destinatario final: “para *nosotros*, para *nuestra posteridad* y para *todos los hombres del mundo* que quieran habitar en el suelo argentino”. Hay un doble arco temporal: de presente (nosotros de hoy) y de futuro (la posteridad). En esa idea hay una promesa, pero también una responsabilidad asumida de justicia intergeneracional, lo cual tiene especial relevancia en –por ejemplo– temas ambientales. Por último, algo que señalaba Bidart Campos: hemos de interpretar varias cosas:

1. una pretensión de durar y permanecer hacia y en el futuro;
2. una indicación de que los fines y valores de su proyecto político deben realizarse ya y ahora, en cada presente, para “nosotros”, los que convivimos “hoy”, sin perjuicio de su prolongación para los que nos sucedan en el tiempo; el futuro no relega ni amputa al presente;
3. una apertura humanista y universal de hospitalidad a los extranjeros.

Y la invocación final (¡más laica de lo que parece!)

A Dios, “fuente de toda razón y justicia”. Muchos han asumido la idea de una vocación teologal a partir de esta frase preambular. Y una tentación que puede tener el intérprete agnóstico es la de bajarle el precio: tomar esta idea como una mera fórmula litúrgica y no jurídica, que no tiene “naturaleza” normativa.

Pero tal vez haya una opción mejor: tomársela en serio y leerla completa. Podemos pensar que el constituyente (que ciertamente quería ser amigable con el enfoque clerical) fue astuto en precisar cuáles son las virtudes cardinales detrás de la invocación: lo que viene a cuento es un fin más “analítico” y terrenal, porque lo que nos importa en definitiva son dos cosas, *razón y justicia*. Quedarse con el “Dios” a secas es romper la continuidad y el sentido de la frase y el verdadero espíritu de su idea: no miremos el dedo que la Luna señala, sino la Luna que señala el dedo.

Razón y justicia es nuestro rezo laico.

El genoma constitucional: representativa, republicana y federal

Una constitución no puede leerse *nunca* como una sucesión aislada de normas permisivas, mandatorias o prohibitivas. Es también un todo orgánico que va más allá de la suma de sus partes. Por eso es necesario entenderla a través de las claves o etiquetas que adopta como “dogma”.

Ahora nos detendremos en el “triple apellido” de nuestra Constitución, que proclama en el art. 1 que “la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma *representativa republicana federal*”. Para el análisis de este triple apellido no seguiremos este orden de enunciación, sino que comenzaremos primero por lo que es nuestro nombre de pila: somos una república.

Vamos a hablar ahora mismo de dos de esos carteles, los que hacen a la “forma de gobierno”, que es representativa y republicana. Más adelante veremos en detalle el que hace a la “forma de Estado”, que es nuestro sistema de división *vertical* del poder: el federalismo.

“Republicana”

El constitucionalismo argentino se autoproclamó “republicano” y esa definición implica no solo un nombre, sino una clave de interpretación y un metaprincipio jurídico. Para un primer acercamiento a su efecto concreto nos centramos en el catálogo que Bidart Campos asigna a la forma republicana de gobierno, la que se puede definir a través de las siguientes características:

- *Nadie tiene todo el poder*: hay *división de poderes*; que se traduce en una primaria “tripartición” en Ejecutivo, Legislativo y Judicial.
- *Todo poder es temporal*: hay *periodicidad de mandatos*, con posibilidad de renovación periódica, lo que suele combinarse y reasegurarse con una prohibición o limitación de reelección en cargos ejecutivos para evitar que ello suceda incluso aunque exista consenso popular.
- *El pueblo elige a sus gobernantes*: no hay reyes ni príncipes, ni estamentos aristocráticos hereditarios, sino *elección popular de los gobernantes*, que luego se especifica en la forma “representativa”.
- *Lo que hace el gobierno es público*: este es el sentido de la “publicidad de los actos del gobierno”, en oposición al secretismo propio de los regímenes absolutistas o autoritarios.
- *Los gobernantes pueden ser responsabilizados*: a diferencia del rey, solo responsable ante Dios, los gobernantes pueden ser responsabilizados por sus actos.
- *No hay coronita*: como veremos más adelante, todos los habitantes son iguales (ante la ley).

Subyacente al principio republicano, hay otra idea institucional más estructural: la llamada “división de poderes”. El constitucionalismo tiene su esencia en pactos entre desconfiados. Así surgen garantías del individuo contra el Estado (privacidad, propiedad), pero también otro orden de garantías que apunta a la interrelación mutua de los poderes del Estado. Ahondaremos más en esta “división horizontal” de poderes cuando hablemos de lo que es la Constitución como instrumento de gobierno (capítulo 6).

“Representativa”

La idea de una democracia “representativa” implica una dualidad: confía en el pueblo como elector —en cuanto fuente de legitimidad— pero lo mediatiza a través de un representante —el sujeto activo de la autoridad gubernamental en sus diferentes ramas y manifestaciones—. En este sentido la Constitución argentina sigue la ficción jurídica de “traducir” una muy abstracta “voluntad popular” en concretos cargos gubernamentales. Esa ingeniería del poder será luego desplegada en una detallada “parte orgánica”, que luego analizaremos con detenimiento. Pero aquí nos interesa pasar al complemento maldito del carácter representativo del art. 1, y que está en la propia Constitución, más adelante, en el art. 22 CN.

Se recalca allí que *“el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la constitución”*. El espíritu o talante de esta declaración es explícitamente restrictivo y su premisa es elitista. Como ha argumentado Roberto Gargarella, se basa en un principio de desconfianza hacia la ciudadanía que asume que la democracia se favorece con bajos niveles de involucramiento ciudadano en los asuntos públicos. Solo la reforma de 1994 va a actualizar este paradigma, volviendo estériles las interpretaciones literales y a rajatabla de esa democracia tan “delegativa”.

En lo que sigue estudiaremos entonces cómo es la versión actual de la representatividad constitucional.

El voto y los partidos políticos

En 1994, el constituyente avanzó un casillero desde la simple representatividad. El art. 37 establece que la Constitución “garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular” y declara que el sufragio es “universal, igual, secreto y obligatorio”. Esto que parece obvio para nosotros no figuraba en la letra de la Constitución histórica, y fue objeto de un largo despertar institucional desde las elecciones de bajísima fiabilidad y transparencia de las primeras décadas y los hitos subsiguientes: el sufragio secreto y “universal” (para varones) dado en la Ley Sáenz Peña, a partir de 1912, y luego el voto femenino que es implementado en 1947.

Muchas cuestiones no están resueltas y serán objeto de regulación *por ley*, ya que la Constitución no dice nada al respecto: es el caso del requisito de edad para votar (hoy es obligatorio entre los 18 y 70 años, y optativo entre 16 y 18 y para personas de más de 70 años); así como del requisito de que el voto sea

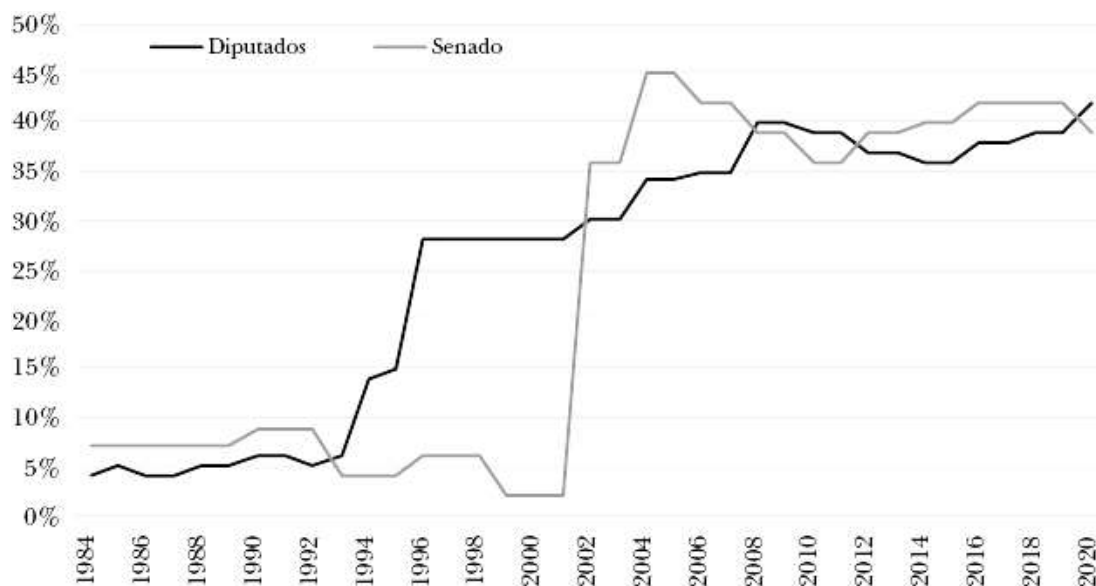
“presencial” (nótese que la Constitución no impediría un voto por correo en la medida en que se pueda asegurar el secreto); tampoco se especifica la manera en que se instrumenta el voto para residentes en el exterior. Todas las particularidades del voto y la conformación de listas están en el Código Electoral Nacional (Ley 22.864), sancionado “de facto” para las elecciones de 1983, y que tuvo luego muchas reformas.

Un detalle adicional aparece en el art. 38 de la CN al declarar el objetivo de que exista “igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios”, intención que se traduce en la exigencia de “acciones positivas”. Ello implica la habilitación para los “cupos” de género que existieron desde principios de la década del noventa (un tercio de los postulantes a órganos colegiados debía ser de sexo femenino) como precuela de la más general “paridad de género” legislada desde 2017. Esto se ve reflejado en la evolución de la composición de las Cámaras por género.

La reforma constitucional de 1994 también quiso dedicar un apartado a los partidos políticos, a los que el art. 38 declara “instituciones fundamentales del sistema democrático”. Mas allá de eso, la norma les impone ciertas condiciones mínimas: la Constitución garantiza “su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas”. Y también les asegura financiación, al tiempo que ordena que los partidos políticos “deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio”.

Como podemos observar, no existe una predisposición constitucional que exija (ni que prohíba) el sistema de democracia interna partidaria que se estructura a través de las llamadas PASO (Primarias Abiertas Simultáneas y Obligatorias) a nivel federal, vigente desde la sanción de la Ley 26.571 en 2009.

Evolución de la proporción de mujeres en las Cámaras del Congreso



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Dirección de Información Parlamentaria de la Cámara de Diputados de la Nación, disponible en www.diputados.gov.ar/secpar/dgtral_info_parlamentaria/dip/estadisticas_parlamentarias/estad_parlam.html

La “representatividad” y los sistemas electorales

Tenemos dos poderes que tienen una elección popular directa (damos esto por sentado, que no siempre fue así: en la Constitución de 1853/60 se elegía al presidente de un modo indirecto, a través de un *Colegio Electoral*, como sucede hoy todavía en los Estados Unidos).

La “representatividad” en el Legislativo tiene dos lógicas distintas: los diputados representan “al pueblo”, mientras los senadores representan a las provincias. Tanto en la modélica (la de los Estados Unidos) como en la Constitución original (la de 1853/60) y en la actual (la de 1994) se establece un número fijo de senadores por provincia (actualmente tres, antes dos). Por definición, estas Cámaras paritarias favorecen a las provincias menos populosas ya que dan igual peso a cada una independientemente de su población.

Lo curioso es que esa sobrerrepresentación de provincias menos pobladas también se da en la Cámara de Diputados. Esto es así por una solución transitoria que quedó cristalizada por inercia (in)constitucional. La Constitución desde siempre ha señalado la necesidad de que la cantidad de representantes fuera proporcional a la población, y que cada diez años se hiciera un censo para

arreglar esa proporción (lo que de hecho sucede en los Estados Unidos, de donde se tomó el modelo). Desde 1983 los censos se siguieron haciendo, pero no hubo ningún cambio sobre la llamada “Ley Bignone”.

Varios fallos recientes de la Cámara Nacional Electoral habían exhortado al Congreso a revisar la base poblacional que determina el modo de integración de la Cámara de Diputados que, al haberse “congelado” en el censo de 1980, desconoce las variaciones demográficas acaecidas en el país durante casi cuarenta años.[\[22\]](#) Pero en 2021 la Corte dijo que no correspondía al Poder Judicial fijar criterios para sancionar la ley de actualización omitida, ya que implicaría una invasión a la órbita de facultades exclusivas del Congreso, que fue el órgano al que la Constitución le encomendó legislar sobre tal punto.[\[23\]](#)

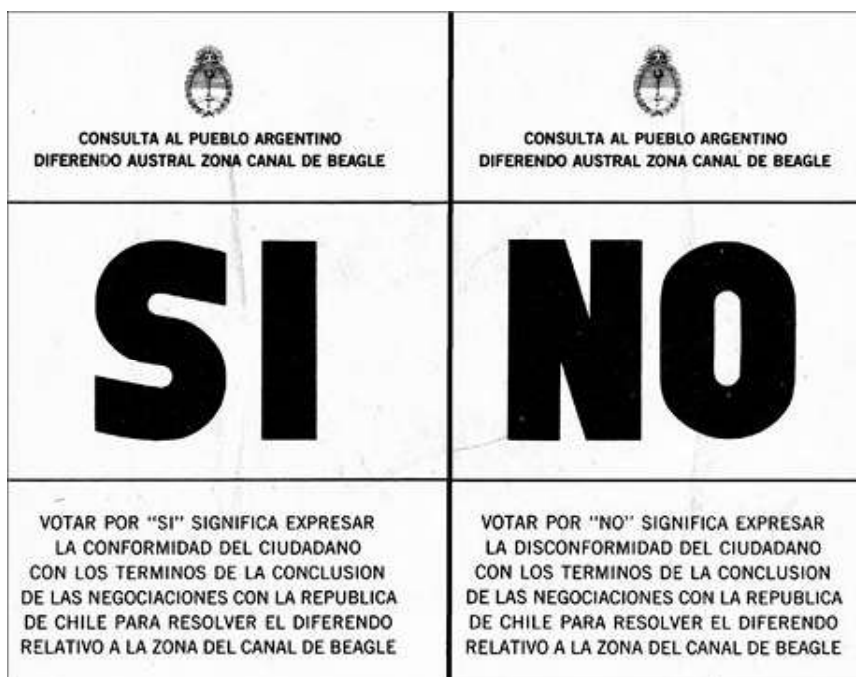
Parece improbable ese arreglo (las alternativas implican un aumento del número total de bancas sobre las 257 actuales, o bien un escenario en el que varias provincias pierden representantes, o una combinación de ambas para ajustarse a la proporcionalidad), pero en algún momento tendrá que suceder.

La democracia servida por sus propios dueños: la iniciativa popular y la consulta popular

Entramos en una zona algo melancólica de la reforma de 1994. Una zona de retrofuturismo. Algo sobre lo que –si miramos la literatura de la época, técnica y “lega”– teníamos fundadas esperanzas: los mecanismos de “democracia semidirecta”.

Habían sido ya establecidos en muchas constituciones provinciales, que preveían el *referéndum*, la posibilidad de que el propio pueblo presente proyectos (la *iniciativa popular*) y hasta la posibilidad de que una elección especial resulte en la cesación de mandato del Ejecutivo (la *revocatoria*).

Había cierta experiencia en plebiscitos. En 1990 se había hecho uno en la Provincia de Buenos Aires para consultar al electorado sobre la necesidad de la reforma (el resultado fue adverso). Y con mayor perfil, y de mejor memoria, en 1984 se hizo una consulta popular en relación con la aprobación de los términos de un tratado que definía cuestiones limítrofes con la República de Chile, en el canal del Beagle. Un particular discutió la legitimidad del decreto que la convocaba (era “no vinculante”) y la Corte rechazó el planteo (caso *Baeza*).[\[24\]](#)



Boletas del plebiscito “no vinculante” celebrado el 25 de noviembre de 1984. El “Sí” obtuvo el 81,13% y la participación del electorado fue del 70,17%. Finalmente el Tratado del Beagle fue aprobado el 15 de marzo de 1985.

Siguiendo esa estela, en 1994 la Constitución nacional terminó incorporando la *iniciativa popular* y la *consulta popular*.

El art. 39 se dedica a la iniciativa: permite a los ciudadanos presentar “proyectos de ley” ya completos y dice que “*el Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses*”. Algunos temas son excluidos de este sistema por la Constitución: no hay iniciativa popular sobre proyectos “referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal”. El umbral de firmas requerido (que no se establece en la Constitución) fue fijado por la Ley 24.747 de 1996, que exige que un proyecto sea avalado por un equivalente al 1,5% del padrón electoral.

El art. 40 habla del más conocido referéndum, que consiste en someter a *consulta popular vinculante* un proyecto de ley. Se determina allí que la ley en cuestión debe tener iniciativa en la Cámara de Diputados, y se pauta que el presidente no puede vetarla. El efecto de la aprobación es directo: “El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática”. Aquí también la ley reglamentaria (25.432 de 2001) viene a cubrir un vacío constitucional, y requiere que a tal efecto la

elección haya tenido una participación mínima del 35% de los electores del padrón.

El mismo artículo contempla la posibilidad de una consulta popular *no vinculante*. La puede convocar tanto el Congreso como el presidente, y puede ser sobre un tema o cuestión (no necesariamente sobre un “proyecto de ley” ya definido).

A pesar de las expectativas generadas en su momento, y del abanico de posibilidades abierto en los artículos incorporados en 1994, estos institutos de democracia semidirecta quedaron en la letra constitucional y legal, pero no se activaron nunca.

[13] T. M. Cooley, *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, en A. C. McLaughlin (ed.), Boston, Little, Brown & Co., 3ª ed., 1898, cap.2, p. 23.

[14] Véase R. Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución*, Buenos Aires, Katz, 2014.

[15] G. J. Bidart Campos, “La Constitución. Permanencia o reforma”, en R. H. Balestra y otros, *La Constitución cuestionada*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1982, p. 190.

[16] E.-W. Böckenförde, “Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik” (1975), en *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1991, p. 58.

[17] C. S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 90-91; énfasis agregado.

[18] A. M. Valobra, “Representación política y derechos de las trabajadoras en Argentina. El caso de la Convención Constituyente de 1957”, en *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, Questions du temps présent, disponible en doi.org/10.4000/nuevomundo.66068.

[19] El elenco de convencionales estaba conformado por un mix de figuras políticas establecidas, otras emergentes y algunas que solo hicieron una aparición esporádica y única como convencionales. Ciertas figuras secundarias entonces serían mucho más reconocidas después, como Aníbal Ibarra, Graciela Fernández Meijide, Elisa Carrió, Néstor Kirchner y Cristina Fernández. Previsiblemente, en la Constituyente hubo muchos juristas: Eduardo Barcesat (Frente Grande); Iván Cullen (UCeDe); Alberto García Lema, Juan Carlos Hitters, Héctor Masnatta, Eduardo Pettigiani (PJ); Fernando Armagnague, Jorge de la Rúa, Antonio Hernández, Ricardo Mercado Luna, Miguel Ángel Ortiz Pellegrini, Enrique Paixao, Osvaldo Irigoyen, Humberto Quiroga Lavié (UCR). La Convención también incluyó en su lista a un exjefe de la Corte Suprema (Rodolfo Barra) y a tres que lo serían en el futuro: Juan Carlos Maqueda, Horacio Rosatti (ambos PJ) y Raúl Zaffaroni (entonces electo por el Frente Grande).

[20] Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), *Giroldi, Horacio D. y otro*, Fallos 318:514 (1995).

[21] Recordemos que la cláusula 7 del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos de 1852, que es el “pacto preexistente” más cercano en el tiempo a la Constitución de 1853, decía que “es necesario que los Diputados estén penetrados de sentimientos puramente nacionales, para que las preocupaciones de localidad no embaracen la grande obra que se emprende: que estén persuadidos que el bien de los Pueblos no se ha de conseguir por exigencias encontradas y parciales, sino por la consolidación de un régimen nacional, regular y justo: *que estimen la calidad de ciudadanos argentinos, antes que la de provincianos*” (el destacado es nuestro).

[22] Véase Cámara Nacional Electoral, *Incidente de Encuentro Vecinal Córdoba H. Cámara de*

Diputados de la Nación H. Senado de la Nación Estado nacional - Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda en autos Encuentro Vecinal Córdoba c. Cámara de Diputados y otros s/ Amparo - Álvaro Zamora Consigli y Aurelio Francisco García Elorrio, sentencia del 5/7/2018. Igual solución fue repetida en otro pronunciamiento dado en el marco de la misma causa, el 8/9/2020.

[23] CSJN, *Sisti c. Estado nacional*, Fallos 344:603 (2021). La Corte expresó que “la citación de las provincias en los términos pretendidos importaría tanto como convertir al Tribunal en un órgano deliberativo con el fin último de obtener una sentencia que determine los criterios a los cuales debería ajustarse el legislador a los efectos del dictado de la norma omitida”. Ello, afirmó, “exigiría apartarse del procedimiento habilitado por la Constitución para la formación de las leyes, arrogándose el Poder Judicial mayores facultades que las que le han sido conferidas expresamente, e invadiendo de ese modo la órbita de competencias exclusivas del Congreso nacional, al que el constituyente le encomendó expresamente su dictado”.

[24] CSJN, *Baeza, Aníbal R. c. Gobierno nacional*, Fallos 306:1125 (1984).

2. Un manantial de derechos

En el principio era el verbo: el “catálogo” de derechos del art. 14

El texto de la Constitución deja pasar buena parte de su articulado inicial sin referir a derechos. Su aparición se da recién de modo torrentoso, en un artículo locuaz y generoso, el art. 14, que nos presenta un kit básico de derechos de los que gozan los “habitantes” de la Nación, “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”, a saber:

de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Al leer la cláusula con atención podemos arribar a varias conclusiones.

La primera observación, casi gramatical, es que aparecen en “forma de verbo”, como derechos *a hacer cosas*. En la prehistoria de los derechos verbalizábamos antes de sustantivizar: es lo que hacemos ahora, cuando decimos “derecho a la educación”, en lugar de “enseñar y aprender”. No podemos dejar de sospechar que pensarlos en forma de concepto los hace inevitablemente más abstractos.

La segunda observación es que vemos en el art. 14 una mayoría de derechos “de primera generación”, civiles y políticos, casi siempre pensados como “libertades negativas”, del individuo *contra* el Estado.

Las próximas generaciones de derechos vendrían progresivamente a incorporarse al estrato constitucional. El 14 bis, fruto de la reforma constitucional de 1957, hace eje en derechos sociales (en uno de los tantos sentidos del polisémico “social”, llamamos “derechos sociales” al combo de derechos laborales, gremiales y previsionales).

Junto con la lista amplia y variopinta de derechos enumerados en el art. 14 y su extensión en el 14 bis, otros derechos tienen su “casa propia” en artículos