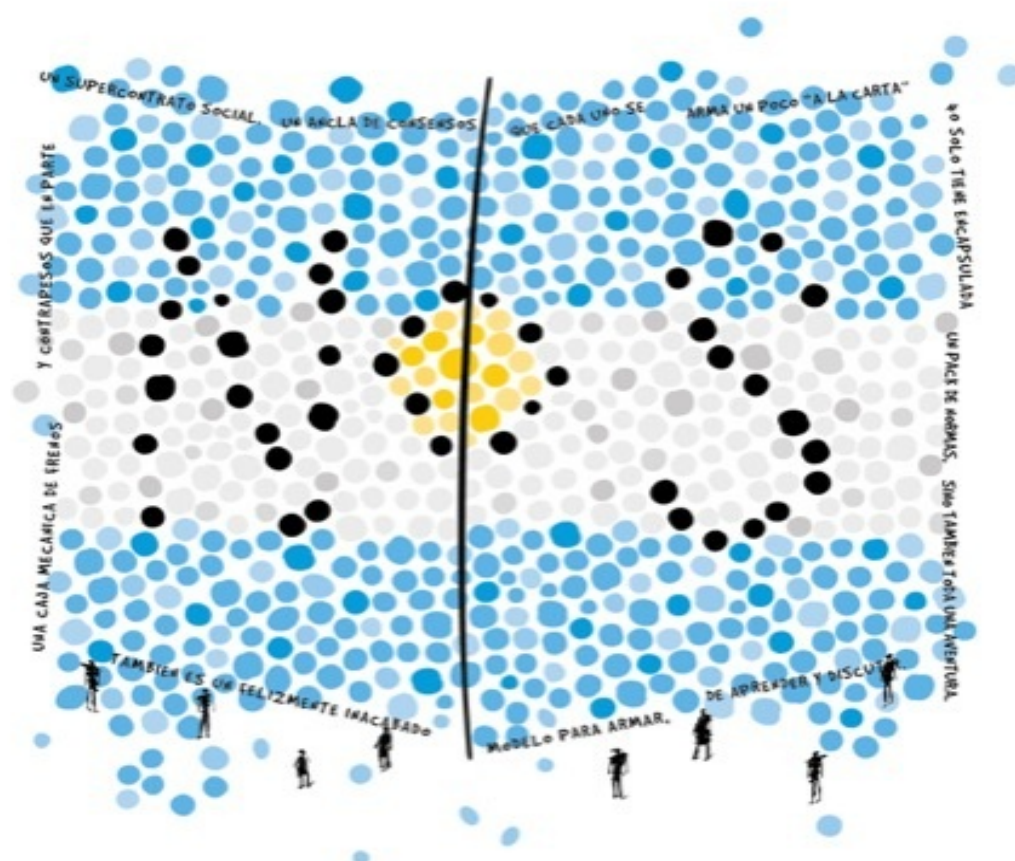


Brevísimo curso de derecho para no abogados

La Constitución explicada
para entender nuestra vida en común

Gustavo Arballo



Índice

[Cubierta](#)

[Índice](#)

[Portada](#)

[Copyright](#)

[Dedicatoria](#)

[Presentación](#)

[Bienvenida y aclaraciones](#)

[1. El artefacto constitucional](#)

[¿Cuánto derecho hay en la Constitución?](#)

[La caja de herramientas de la Constitución](#)

[La Constitución no es una caja de respuestas...](#)

[... pero algunas respuestas tiene](#)

[Supremacía y rigidez](#)

[Cómo se hacen y se rehacen las constituciones](#)

[Cuando el constituyente no es tan soberano: cómo se limita el poder reformador](#)

[La Constitución argentina 1852-1994: del borrador a la versión actual](#)

[La prehistoria constitucional argentina](#)

[La Constitución “original” de 1853](#)

[La reforma de 1860](#)
[Pequeñas reformas ulteriores](#)
[La Constitución de 1949](#)
[El “14 bis” de 1957](#)
[Estatuto fundamental de 1972](#)
[La reforma de 1994](#)

[La Constitución argentina ahora: qué trae en la caja](#)

[130 artículos](#)
[Amenities](#)
[La Constitución offshore](#)
[Estructura](#)
[Una “pirámide” jurídica](#)

[El preámbulo, rezo laico](#)

[“Nos los representantes del pueblo”](#)
[“Con el objeto de”](#)
[“Para quiénes”](#)
[Y la invocación final \(¡más laica de lo que parece!\)](#)

[El genoma constitucional: representativa, republicana y federal](#)

[“Republicana”](#)
[“Representativa”](#)
[El voto y los partidos políticos](#)
[La “representatividad” y los sistemas electorales](#)
[La democracia servida por sus propios dueños: la iniciativa popular y la consulta popular](#)

[2. Un manantial de derechos](#)

[En el principio era el verbo: el “catálogo” de derechos del art. 14](#)

[¡Nuevos derechos!](#)

[¡Muchos más derechos!](#)

[“En las condiciones de su vigencia”](#)

[Derechos: ¿“programáticos” u “operativos”?](#)

[La “progresividad” \(y la prohibición de regresividad\)](#)

[Derechos implícitos y derechos “no enumerados”](#)

[El principio pro persona](#)

[¡Libertad!](#)

[Actos privados](#)

El país de la libertad

“Libertades preferidas”

La libertad de expresión

Fuentes privadas y públicas

¡Propiedad!

Propiedad con “adjetivos”

La “función social” de la propiedad

Propiedad “comunitaria”

Propiedad y “derechos adquiridos”

La propiedad intelectual y las patentes

La propiedad cancelada: la expropiación

La propiedad dañada y restituida en forma de indemnización

Impuestos

Confiscatoriedad

¿Quién cobra los impuestos?

Muy parecido al impuesto: las “tasas”

Del paradigma patrimonialista al paradigma ambiental

El derecho a la vida

Pena de muerte

La eutanasia y el derecho a la autodeterminación del paciente para rechazar tratamientos

El derecho a la vida y el aborto

3. La noble igualdad

“En iguales circunstancias”

Categorías sospechosas

Otra presunción adversa: actos discriminatorios

Igualdad: el texto y el contexto

Igualar lo desigual: acciones “positivas”

De los derechos “a” a los derechos “de”

Derechos de usuarios y consumidores

Derechos de las personas con discapacidad

Derechos de los niños, niñas y adolescentes

Derechos de las personas mayores

Pueblos indígenas

El caso especial del procedimiento de consulta del Convenio 169 de la OIT

¡Más igualdad!

Derechos laborales y sindicales

Agremiación

[Negociación colectiva](#)

[Jubilados y pensionados](#)

[La sigla “DESC”: derechos económicos, sociales y culturales](#)

[¿Zona de promesas? La exigibilidad de los DESC](#)

4. Crimen, proceso y castigo

[El principio de “ley previa”](#)

[Lex certa scripta stricta et praevia](#)

[Delito: acción típica antijurídica y culpable](#)

[Se presume inocente](#)

[El derecho a defensa en juicio](#)

[Derecho a apelar](#)

[No juzgar dos veces](#)

[La regla de exclusión: los “frutos del árbol envenenado”](#)

[¿Y los derechos de la víctima?](#)

[Las penas: razones, límites y variantes](#)

[Los fines de la pena](#)

[Límites de la pena](#)

[Tipos de pena](#)

[Un derecho penal miniaturizado](#)

[Cuasipenas antes de la pena: arrestos y prisión preventiva](#)

[Las otras condenas: los ilícitos civiles](#)

5. Restricciones, emergencias y calamidades

[¿Y los deberes?](#)

[No todo derecho tiene signo de admiración: las restricciones y los deberes](#)

[Reglamentar “razonablemente”](#)

[Poder de policía: el poder de la polis](#)

[Concepto amplio y estrecho](#)

[El orden público](#)

[La doctrina de la emergencia](#)

[Plan “Bonex”](#)

[Amparos de ahorristas pesificados](#)

[La pandemia de covid-19](#)

[La Constitución entre paréntesis: el estado de sitio](#)

[Los requisitos para la declaración del estado de sitio](#)

[El requisito “temporal” \(breve\) del plazo del estado de sitio](#)

[Lo que no se suspende en el estado de sitio](#)

[Otro poder de emergencia: la intervención federal](#)

[Lo que puede hacer un interventor](#)

[Poderes que no existen: toque de queda y ley marcial](#)

[La Constitución zombi: la “doctrina de facto”](#)

[La normativa “de facto” luego de la recuperación democrática](#)

6. Un instrumento de gobierno

[El modelo de “frenos y contrapesos”, revisado](#)

[Algunos principios arquitectónicos de la división de poderes](#)

[El principio de limitación](#)

[El “paralelismo” de las competencias](#)

[Las “zonas de reserva”](#)

[Los “poderes implícitos”](#)

[El Congreso: el primer poder](#)

[Por qué “dos cámaras”](#)

[Las bancas del Congreso: acceso, titularidad, expulsiones](#)

[El acceso a las bancas](#)

[Partidos, bancas y bloques](#)

[Exclusión de los diputados y senadores](#)

[Inmunidades y fueros parlamentarios](#)

[Inmunidad de opinión](#)

[Inmunidad de arresto](#)

[Los fueros](#)

[Otras personas “aforadas” \(por ley\)](#)

[Qué leyes hace el Congreso](#)

[Leyes económicas y financieras](#)

[Prosperidad y desarrollo](#)

[Mandatos igualitarios](#)

[Regulación del comercio](#)

[Los “códigos”](#)

[Los códigos “de fondo” como legislación “común” y la competencia del Congreso de la Nación](#)

[para sancionarlos](#)
[Meditación de los “códigos”](#)
[Una ventana al Código Penal](#)
[Una ventana al Código Civil \(y Comercial\)](#)
[Cómo se hace una ley](#)
[Los períodos de sesiones](#)
[El procedimiento de sanción de leyes](#)
[El proyecto antes de llegar al recinto: tratamiento en comisiones](#)
[Cuando un proyecto no sale: la pérdida del “estado parlamentario”](#)
[El quórum](#)
[Reglas de mayorías](#)
[Discrepancias entre Cámaras](#)
[Promulgación o veto](#)
[“Levantar el veto”: la insistencia del Congreso](#)
[Promulgación parcial \(y revisión del Congreso\)](#)
[Publicación](#)
[Además de legislar: otras funciones de la Cámara](#)
[Juicio político](#)
[Comisiones especiales del Congreso](#)

[“Órganos independientes instituidos en el ámbito del congreso”: la Auditoría General de la Nación y el defensor del pueblo](#)

[Auditoría General de la Nación](#)
[Defensor del pueblo](#)

[Un país no al margen de la ley](#)

7. El Ejecutivo

[El manejo de las relaciones exteriores](#)

[Potestades militares](#)

[El indulto](#)

[Cómo se elige a un presidente](#)

[Un vacío constitucional llenado por ley: la acefalía presidencial](#)

[Los decretos presidenciales](#)

[Las potestades presidenciales excepcionales en DNU, decretos delegados y promulgación parcial](#)

[El superministro: el jefe de Gabinete](#)

[Ministros y secretarios de Estado](#)

[Entes autárquicos](#)

[De lo general a lo particular: los actos administrativos](#)

[La revisión judicial de actos administrativos](#)

8. La justicia

[Poder Judicial ≠ “justicia”](#)

[La Corte Suprema](#)

[Cómo trabaja la Corte Suprema](#)

[Las audiencias públicas](#)

[La presidencia de la Corte Suprema](#)

[Guardián de la Constitución... y de las sentencias arbitrarias](#)

[La colección de “Fallos”: el evangelio constitucional](#)

[El control judicial de constitucionalidad](#)

[Por qué los jueces controlan la constitucionalidad](#)

[Por qué se puede declarar la inconstitucionalidad](#)

[Un control “deferente”: self restraint y ultima ratio](#)

[Una luna menguante: las “cuestiones políticas no judiciales”](#)

[Barreras técnicas del control de constitucionalidad: un aburrido pero trascendental compendio de derecho procesal constitucional](#)

[En primer lugar, tiene que haber un “caso”](#)

[La concepción clásica entiende que resultaría improcedente el control de constitucionalidad “por omisión”](#)

[La invalidación debe ser no solo el último recurso, sino la única forma en que los jueces intervienen](#)

[La jurisprudencia como fuente del derecho](#)

[La garantía de las garantías: el debido proceso judicial](#)

[Una ventana a un juicio civil](#)

[Una ventana a un juicio penal](#)

[Esa causa “prescribió”](#)

[Una jurisdicción ciudadana: el juicio por jurados populares](#)

[El abogado, primer juez del caso](#)

[... y otros que no salen en la foto](#)

[Una jurisdicción offshore: el “control de convencionalidad”](#)

[La Corte Interamericana](#)

[El amparo](#)

[Siri es el apellido del amparo contra el estado](#)

[Y Kot es el apellido del amparo contra particulares](#)

[La invención \(importación\) de la acción de clase](#)

[El hábeas corpus](#)

[El hábeas data](#)

[Por debajo de la Corte \(i\): los tribunales federales inferiores](#)

[Por debajo de la Corte \(ii\): los sistemas judiciales provinciales](#)

[Un “doble comando” para el Poder Judicial: el Consejo de la Magistratura](#)

[La composición del Consejo de la Magistratura](#)

[Juzgar a los que juzgan: el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados](#)

[Defensores y fiscales: el “ministerio público”](#)

[Del imperio de la justicia al reino de la judicialización](#)

9. Las provincias

[La división “vertical” del poder](#)

[Un poder constituyente de segundo grado](#)

[Poderes conservados, delegados y concurrentes](#)

[El modelo de delegación excluyente](#)

El modelo de concurrencia

Hasta dónde llega la supremacía federal

El derecho local como poder reservado

Federalismo de concertación en acto: la adhesión local a leyes nacionales y las “leyes convenio”

El tercer nivel de la división vertical de poderes: la autonomía municipal

Dominio originario de los recursos naturales

Tratados de las provincias: facultades y límites

Regiones

“Convenios” internacionales de las provincias

Ciudad de Buenos Aires, autónoma: una “cuasiprovincia urbana”

Coda: por qué somos (y debemos ser) federales

Epílogo. Qué es una constitución

No es una “hoja de papel”

Algo por lo que se lucha

La lengua madre de los derechos

Es una Constitución de estadio, no de estudio

Constitucionalistas somos todos

El mapa y el territorio

Créditos y escenas poscréditos

Gustavo Arballo

BREVÍSIMO CURSO DE DERECHO PARA NO ABOGADOS

La Constitución explicada para entender nuestra vida en
común

 **siglo veintiuno**
editores

Arballo, Gustavo

Brevísimo curso de derecho para no abogados / Gustavo Arballo.- 1ª ed.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2021.

Libro digital, EPUB.- (Derecho y Política / dirigida por Roberto Gargarella y Paola Bergallo)

Archivo Digital: descarga

ISBN

1. Derecho Constitucional. 2. Constitución. 3. Constitución de la Nación Argentina. I. Título.

CDD 342.00982



Esta colección comparte con IGUALITARIA el objetivo de difundir y promover estudios críticos sobre las relaciones entre política, el derecho y los tribunales.

www.igualitaria.org

© 2022, Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A.

www.sigloxxieditores.com.ar

Diseño de portada: Pablo Font

Digitalización: Departamento de Producción Editorial de Siglo XXI Editores Argentina

Primera edición en formato digital: marzo de 2022

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

ISBN edición digital (ePub):

A Quimey, a Albano y a Camilo, plural of bliss.
A Gloria y a Raúl, magistri.

Presentación

Supimos de Gustavo Arballo en el año 2005, cuando el colega pampeano irrumpió en la escena jurídica con enorme fuerza e irreverencia. Lo hizo a través de un medio no tradicional: su blog “Saber leyes no es saber derecho” (www.saberderecho.com). Corrían tiempos en que florecían los blogs en cada rincón del mundo virtual, y todos frecuentábamos más de uno con avidez. Hasta su llegada, los lectores de estos sitios con formación jurídica no teníamos la mejor de las suertes. No solo no abundaban los blogs dedicados al derecho, sino que los pocos que había reproducían algunos de los peores vicios de la práctica y la argumentación jurídicas: formalismos innecesarios, reverencia hacia las autoridades establecidas, cierto dogmatismo, poca innovación y actualización. En definitiva: discursos tradicionales, autoritativos, algo aburridos.

Desde su aparición, el sitio de Arballo (que todavía está vivo, pese a que la mayoría de los blogs no existe hoy) representó un vendaval de aire fresco. Nos interesa subrayar aquí esta virtud del trabajo de Arballo, porque el autor ya mostraba allí los mismos rasgos atractivos que hoy advertimos en su primer libro, *Brevísimo curso de derecho para no abogados*, y que aquí, orgullosamente, presentamos. Se trata de la *marca de identidad* de la casa Arballo: un trabajo informal y bien informado, serio y a la vez divertido, riguroso y al mismo tiempo *decontracté*. Todos aprendemos de él –de sus intervenciones– gracias a sus conocimientos finos sobre el derecho, que se suman a su gran capacidad didáctica, ajena a las arrogancias, sectarismo y grietas propias de la época. Como confiesa el autor en su Introducción: “Hemos buscado ser amables con el lector más curioso, que quiera ir más allá de lo que la Constitución suele resolver o deja prometido con adverbios, conceptos vagos y medias palabras”. Y hacia allí se dirigen estas páginas: amablemente, hacia el lector curioso.

Brevísimo curso se propone –y lo consigue con creces– que comprendamos de modo muy sencillo problemas jurídicos controvertidos, complejísimo a veces. Arballo atraviesa esas dificultades a paso tranquilo, sin perder el sentido del humor, ni dejar de iluminar, en pos de la simplicidad, los recovecos más oscuros e inaccesibles del argumento. Frente a las mayores dificultades, el autor nos

ofrece respuestas o caminos de salida, siempre bien acompañados de alguna anécdota inverosímil sobre Muhammad Alí, una cita de Borges o una –siempre pertinente– referencia a la liga de fútbol local en La Pampa.

Especialista en cuestiones de derecho público, actual secretario en el Superior Tribunal de Justicia pampeano, Arballo distingue a la colección Derecho y Política con un libro (in)esperado, necesario y en muchos sentidos genial. A través de su obra, consigue algo que ningún otro abogado de su generación ni de generaciones precedentes había podido alcanzar: convertir el derecho, para el lego, en una materia comprensible, entretenida, interesantísima. Sirva, como modo de testear esta afirmación, la mejor prueba: los invitamos a pasar revista por cada una de las entradas del índice, para que adviertan hasta qué punto representan un llamado urgente a leer el contenido.

Lo dicho, por los demás, nos urge a realizar algunas precisiones sobre el título, *Brevísimo curso de derecho para no abogados*. Ante todo, debemos admitir que la obra no es, en verdad, “brevísima”, aunque sí puede serlo en un sentido relevante: es breve en cuanto libro que se propone hacer un paneo riguroso y ágil sobre todo el derecho argentino, o una porción importante de este. Al respecto, cabe también una segunda aclaración: el trabajo de Arballo se concentra, justificadamente, en el “corazón” (en la parte central y vital) del derecho argentino, esto es, en su Constitución (antes que en cada una de sus múltiples ramas). Y una tercera aclaración, tal vez la más importante: estas páginas son, como anticipamos, una espectacular introducción al derecho (constitucional) argentino para no abogados, pero –debemos confesarlo– sirven también, maravillosamente, para los abogados y abogadas mejor formados. Insistimos: todos tenemos mucho que aprender gracias a un trabajo tan claro, profundo y amistoso como el que aquí, hoy, dejamos en sus manos.

Paola Bergallo y Roberto Gargarella

Bienvenida y aclaraciones

Un texto que está en todos lados

Todo lector medianamente escolarizado ha leído y conoce bien la Constitución, pienso al comenzar a escribir este libro. Y acto seguido tengo presente lo que cuenta Barack Obama sobre su experiencia como profesor:

Imaginaba que mi trabajo no debía ser muy distinto del de los profesores de teología que daban clase en el otro extremo del campus, pues, como imagino que les sucedía a los que enseñaban las Escrituras, me encontraba a menudo con que mis estudiantes creían conocer la Constitución pero no la habían leído. Parecían acostumbrados a tomar de ella frases sueltas que habían oído para reforzar el razonamiento que estaban elaborando y a ignorar los párrafos que parecían contradecir sus opiniones.[\[1\]](#)

Nuestra relación con la Constitución tiene esa dualidad: es una pieza muy conocida, y a la vez es algo que nunca vamos a terminar de aprender y discutir. Se impone al lector entonces una advertencia que puede ser tanto frustrante como motivadora: este libro no pretende acabar con las discusiones, sino por el contrario multiplicarlas (nos vamos a dar cuenta de que podríamos discutir mucho más), apreciar nuestra extraordinaria capacidad de respuesta (hemos resuelto muchas de ellas), y finalmente estimularlas (a pesar de lo anterior, hay muchas que quedan sin resolver y tal vez queden así para siempre).

No debemos perder de vista que una Constitución como la nuestra no solo tiene encapsulado un pack de normas, sino también *toda una aventura*. Por eso, al concebir la idea de este libro hemos pensado primero en hacer la disección a un nivel explicativo, descriptivo y técnico, pero además hemos querido buscar un objetivo más específico: transmitir un entusiasmo y no mostrar una Constitución cristalizada, sacralizada, inerte, encerrada en una caja de cristal, sino como

quería Alberdi, una “constitución-andamio”: un artefacto constitucional para la aventura de una vida cívica en común.

Hoja de ruta

Este modesto libro está pensado para el “usuario final” del sistema jurídico; no para los intermediarios (abogados, profesores, judiciales), ni para los filósofos del derecho. En él un jurista formado o en formación reconocerá igualmente los perfiles generales de ideas clásicas y modernas, que hemos expuesto de modo condensado e ilustrado con ejemplos, y tratando de que esa sea una simplificación didáctica y no reduccionista.

Hemos buscado ser amables con el lector más curioso, que quiera ir más allá de lo que la Constitución suele resolver o deja prometido con adverbios, conceptos vagos y medias palabras. Ello nos llevará a mostrar y examinar las piezas que el derecho argentino ha cobijado –o querido cobijar– bajo el maternal molde de la Constitución, la mamushka mayor del ordenamiento jurídico. Y también a visibilizar, con datos, qué fue lo que sucedió “en la práctica” con eso (algo que en muchos manuales teóricos de la disciplina se echa en falta).

Por eso, no pretendemos plantear solo lo que la Constitución argentina tiene a nivel superficial, sino además echar luz sobre los botones, las poleas y los engranajes ocultos del artefacto, una caja mecánica de frenos y contrapesos que en parte es un *felizmente inacabado* modelo para armar, y no –como se suele ver– una losa de mármol con cláusulas pétreas, mandonas e inertes.

En este libro hay túneles y autopistas. En los túneles vamos a acompañar al lector a zonas poco conocidas, oscuras, que buscaremos esclarecer y describir para escudriñar las entrañas del sistema. En las autopistas veremos paisajes generales con visión panorámica. Vamos a mostrar datos y reglas explicadas, así como –todo el tiempo– habrá ideas y conceptos que las nutren. Un cierto “estado del arte” constitucional que, pasado en limpio y razonado, pueda ayudarnos a entender cómo se conjugan las reglas de la gramática del poder y de los derechos, bajo ese artefacto quintaesencial y tan reputado de nuestra incipiente pero entusiasta cultura cívica.

Constitución: de la legalidad a los derechos

En efecto, si lo vemos a un nivel descriptivo, la Constitución funciona como una metarregla, una *regla para definir reglas*: para eso ha tenido que predeterminar el ámbito válido de cosas que pueden hacer las autoridades (sus “competencias”), los procedimientos que deben seguir y, lo más importante de todo, los derechos que deben tener en cuenta mientras regulan y mientras actúan.

Pensemos que la sola *legalidad* es el nivel básico del desarrollo jurídico, a punto tal que siempre va a estar en alguna forma presente en cualquier sistema de gobierno, incluso opresivo: el sistema de *apartheid* tenía efectivamente normas escritas. La legalidad puede garantizar cierta aplicación uniforme de reglas, pero no más que eso.

Los sistemas jurídicos constitucionales tienen (con esa metarregla como condicionante) en cambio un concepto distinto, que es el de pensar la ley como subordinada a los derechos. Y las constituciones –inicialmente pactos entre el monarca absoluto y sus nobles– fueron medios de ir pasando en limpio esa lista de derechos, puesto que –entre otros problemas– si los dejábamos a criterio trascendental o divino la cuestión iba a ser siempre discutible y belicosa. En sus enunciaciones más rústicas, los derechos fueron simples “barreras” o impedimentos que buscaban civilizar el bruto y omnímodo poder del monarca.

Algunos siglos de historia del derecho después, tenemos ya una serie de vocablos que nos suenan familiares: derechos humanos, derechos fundamentales, libertades civiles, derechos y garantías constitucionales. No hablamos solo en lengua de ley, sino en lengua (constitucional) de derechos. Lo más importante es que entonces empecemos a indagar cómo fue que inventamos ese idioma.

¡Derechos!

Seguimos aquí en general una trayectoria advertida por el jurista español Gregorio Peces-Barba. Esta historia nos cuenta que los derechos han funcionado a muy grandes rasgos en una serie de fases que tienen mucho sentido conceptual.

[2]

La primera etapa es la *positivización*. De los vagos derechos de origen religioso o del derecho “natural” (ese “disparate en zancos” como decía Bentham) encontramos que los derechos se pusieron en prosa y en letras de molde. Ya no

serían una invocación al cielo de la Justicia Divina o la Justicia Social, ni una descripción más minuciosa dada en tablas de mandamientos. Hablaremos con frecuencia de “cláusulas”, lo que tiene el indicio de que ya estamos (casi) en el mundo del contrato.

La segunda etapa es la *generalización*. Los derechos que eran asignados a un grupo privilegiado (como los nobles frente a un rey, o los que tenían las calificaciones especiales para ser ciudadanos en un régimen) luego fueron expandiéndose a todas las personas, sin distinción. Y por esta vía encontraremos derechos que van más allá de una titularidad individual: *derechos colectivos*, que no corresponden a una persona en particular, sino a la comunidad toda, como el derecho a un ambiente sano (lo cual determinará reglas nuevas de litigio y consideración).

Una tercera etapa es la de la *internacionalización*. Esto se fue dando de diversas maneras. La primera, por la influencia que muchas constituciones precursoras más relevantes han tenido sobre el desarrollo de las que las imitaron, en el que la copia de normas y secciones enteras fue frecuente.

La segunda, por la idea de que las propias naciones se comprometían ante las demás a respetar los derechos de sus habitantes. Este proceso llevó su tiempo, pero se aceleró notablemente cuando la tragedia moral del nazismo dejó abierta la idea de que un nuevo orden mundial demandaba un consenso amplio para pasar a “formato cláusula” las verdades inherentes y autoevidentes del iluminismo. Por eso hacia mediados del siglo XX ya vemos realizado el primer intento global de formalizar el catálogo, y de ponerlo en prosa –y hacerlo póster– en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que fue aprobada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 10 de diciembre de 1948 (esa fecha es, por cierto, la que tomamos para el Día Internacional de los Derechos Humanos).



Eleanor Roosevelt fue quien asumió, junto con un equipo internacional de juristas, la improbable tarea de encontrar un consenso global de derechos, y redactar la Declaración Universal de Derechos Humanos de la entonces naciente Organización de las Naciones Unidas.

Una vez que aceptamos que la idea de los derechos trasciende conceptualmente las fronteras, ya está listo el formato para otro vector de internacionalización que aparece en el siglo XX: el surgimiento de sistemas de protección internacional a través de tratados de derechos humanos. En algunos existirán *órganos de aplicación* del tratado, y así surgen comités y tribunales internacionales.

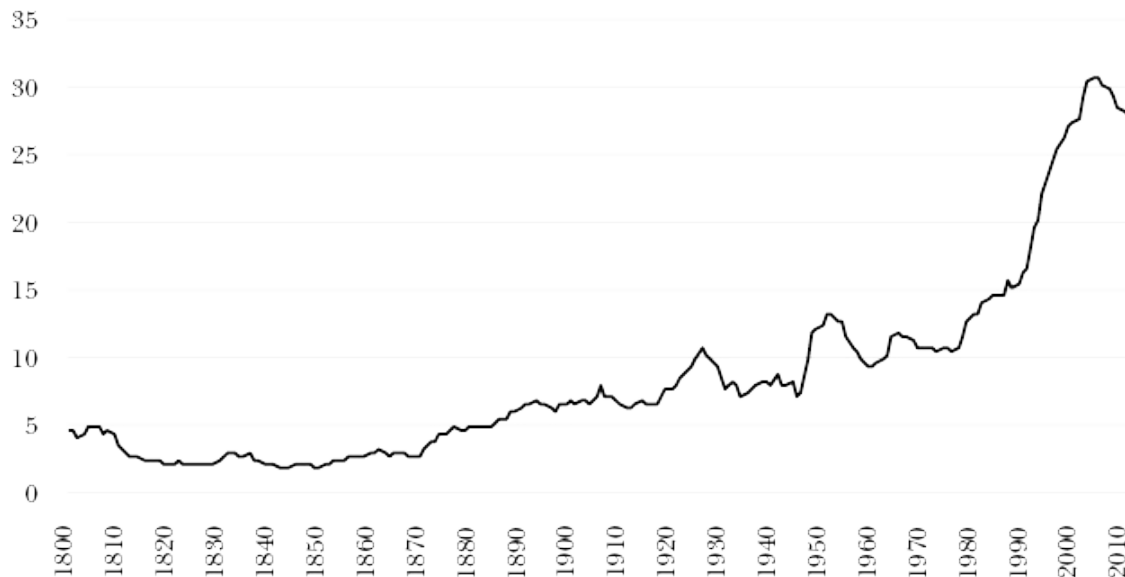
A la par, otros agentes de contagio tenían un accionar mucho más discreto, pero igualmente relevante: el uso de la jurisprudencia extranjera como fuente de inspiración e ideas, un fenómeno que en su inicio estaba muy anclado en el modelo estadounidense, se hizo multipolar. Es algo lógico si se advierte que muchos tribunales tenían que decidir casos bastante parecidos, a raíz de cláusulas bastante parecidas.

Podríamos agregar una fase más contemporánea, que es la de *especificación*. Aparece la constitucionalización a nivel granular: se constitucionaliza, por ejemplo, el derecho a tener vacaciones pagas. Las constituciones comienzan a poner más “reglamentaristas”. Y empezaremos a notar –y ya veremos por qué esto es así– un movimiento que complementa a la generalidad de los derechos con la identificación de sujetos y de temas en los que la tutela constitucional ha querido adoptar una tutela más robusta: es un movimiento que contrarresta la debilidad y la desigualdad estructural con medidas de acción compensatorias.

Por todo esto, las constituciones crecieron en derechos en forma ininterrumpida. Lo podemos observar en un estudio de Beck, Meyer, Hosoki y

Drori que, siguiendo una codificación de 65 derechos, releva su inclusión en constituciones nacionales, donde se aprecia un promedio consistentemente creciente.[\[3\]](#)

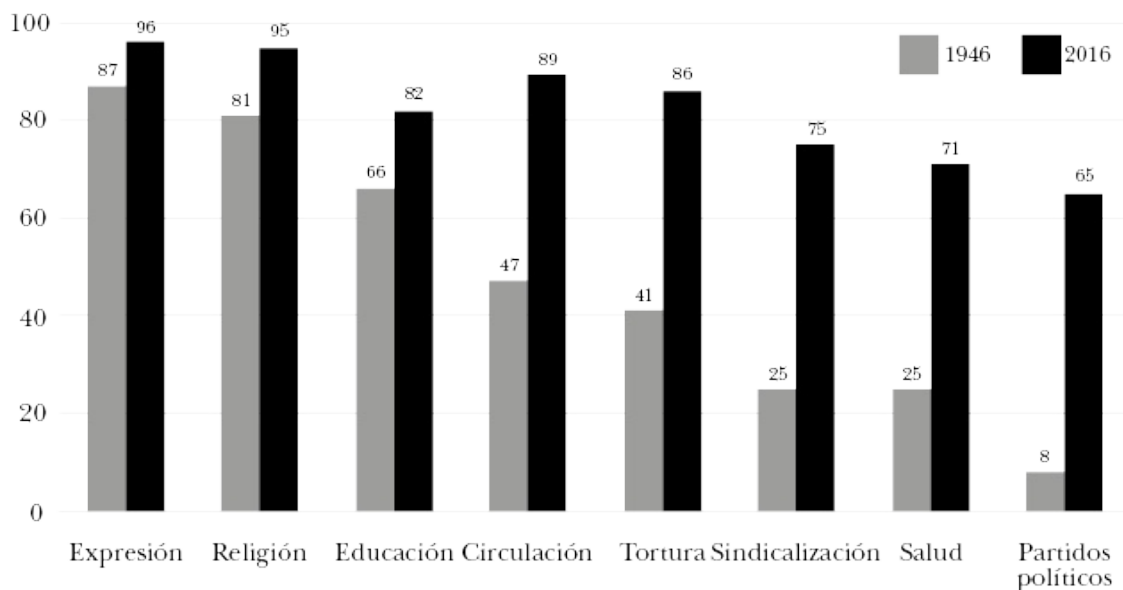
Derechos incluidos en las constituciones del mundo, 1800-2013. Evolución de la Escala UDHR



Fuente: Beck, Meyer, Hosoki y Drori (2019).

Otro estudio cuantitativo nos muestra que la expansión de derechos se dio con saltos diferenciales: se trata de un trabajo de Adam Chilton y Mila Versteeg que ha relevado 196 constituciones con foco en ocho derechos específicos, mostrando su evolución entre 1946 y 2016. Podemos apreciar que cinco de ellos no llegaban a estar ni siquiera en la mitad de las constituciones relevadas en 1946, mientras que en la actualidad su presencia en todos los casos supera ampliamente esa vara.[\[4\]](#) En función de ello, las constituciones “convergen” hacia un set de derechos más amplio.

Ocho derechos clave: porcentaje de constituciones que los incluyen, 1946 y 2016



Fuente: Chilton y Versteeg (2020).

Además, incluso en constituciones formalmente “cortas”, el pequeño repertorio de derechos ha sido expandido hacia una “lista sábana” por vías de la legislación, la jurisprudencia y los cambios culturales. Muchas veces suponemos que la judicialización (el reclamo llevado a tribunales) es un fenómeno local y reciente, pero el error no podría ser más grande. Charles Epp hace notar la influencia de la democratización del acceso a la agenda judicial como un vector de incidencia en el desarrollo de los derechos.

En 1915, el universo de personas en condiciones de emprender una litigación estratégica sostenida estaba compuesto casi exclusivamente por gente de negocios. Para la década de 1970, este universo se había expandido de manera notable en varios países e incluía no solo a comerciantes sino a acusados del fuero penal, mujeres, disidentes políticos y miembros de minorías religiosas y raciales, entre otros. Esa ampliación del acceso transformó el campo de la litigación estratégica.

[\[5\]](#)

Así fue como *el derecho se llenó de derechos* (y ello implica que esa alta densidad genera más probabilidades de colisiones, controversias, roces, desilusiones y conflictos interpretativos).

Cartografía y Constitución

Mucho de lo que diremos en esta obra debe comprenderse al nivel de generalización propio de una escala cartográfica. Todas sus afirmaciones y conclusiones deben leerse como intentos de señalar *un territorio que puede ir cambiando a medida que lo recorremos*, y que todavía estamos tratando de mensurar.

Esta visión *cartográfica* no es por cierto original. En el siglo pasado, el juez de la Corte de los Estados Unidos Felix Frankfurter asignaba a los jueces la función de “los cartógrafos que dan temporariamente definidad pero no definitividad a los límites indefinidos y siempre cambiantes entre Estado y Nación, entre libertad y autoridad”.^[6] Pero ya un siglo antes de eso en Latinoamérica se había echado mano de la alegoría geográfica en una obra que conoció cierta notoriedad. En sus *Bases*, Alberdi había señalado esperanzadamente:

La Constitución general es la carta de navegación de la Confederación Argentina. En todas las borrascas, en todos los malos tiempos, en todos los trances difíciles, la Confederación tendrá siempre un camino seguro para llegar a puerto de salvación, con solo volver sus ojos a la Constitución y seguir el gobierno y para reglar su marcha.^[7]

Está claro que las normas constitucionales representan la matriz: en una metáfora biologicista, las normas constitucionales son, en efecto, las “células madre” del ordenamiento jurídico. Pero la Constitución no contiene dentro de sí a todas las normas, y sus cláusulas no trazan más que grandes líneas: las *têtes de chapitre*, como las caracterizara Pellegrino Rossi en una definición que también recogió Alberdi en las *Bases*.^[8] Cabezas de capítulos que no incluyen los detalles que faltan para transformar “derechos” (como el derecho de propiedad o el derecho de libertad) en “instituciones jurídicas” (como las categorías de derechos patrimoniales y extrapatrimoniales que contiene un código civil, o la forma de articular un pedido de excarcelación en un código procesal penal). Los derechos parecen “autoevidentes” en abstracto, pero en sus consecuencias jurídicas no hay tantas *autoevidencias*.

De modo que lo que postula Alberdi puede resultar bastante ingenuo. Supongamos que el país X, con la Constitución X_1 , tiene dificultades financieras (que podemos calificar genuinamente de “emergencia”) y su ministro de Economía estudia las distintas alternativas para proponer al Congreso. ¿Crear un

impuesto extraordinario indirecto que puede tener efectos distorsivos sobre la equidad tributaria? ¿Dar al órgano de aplicación fiscal la facultad de clausurar comercios con la esperanza de mejorar la recaudación? ¿Quizá retener de manera temporal los depósitos en los bancos?[9] Suponiendo que la Constitución X_1 sea fortuitamente igual a nuestra Constitución vigente, quien busque una orientación precisa se verá desengañado. Podrá decir, a lo sumo, que el impuesto no puede tener una tasa confiscatoria, que la clausura no podrá quedar exenta de la revisión judicial, o que los depósitos no podrían luego ser canjeados de manera compulsiva por títulos públicos. Pero en cuanto a cuál es la medida a seguir ante el problema concreto, se quedará en ayunas.

En este punto Alberdi nos decepciona, pero no es su culpa, porque lo mismo pasa con cualquier constitución, antigua, moderna o futura. No solo es inútil para saber *ex ante* cuál de estos caminos es el adecuado para llevarnos a buen puerto, sino que incluso puede ser que no quede claro si ciertos caminos son o no caminos constitucionales. Ante todos estos escollos, la constitución se parece menos a una carta de navegación y más a los obtusos mapas medievales que dibujaban obesos continentes y vastas *terras incognitas*.

Dejemos de lado, por el momento, las *Bases*, y pasemos al propio texto constitucional. La superstición alberdiana se traspasa a la Convención Constituyente de 1853 que, en frase de su propia cosecha (porque no figuraba en el proyecto del tucumano), formuló el conocido texto del art. 31 de “esta Constitución y las leyes *que en su consecuencia* se dicten”.

Al redactor lo ha traicionado el inconsciente, quizá porque pensaba que una vez sancionada la Constitución que tanto había costado todas las demás leyes vendrían por añadidura, como mera consecuencia algorítmica. Y emociona el candor que atribuye esa causalidad casi mágica a la producción normativa. Hay una norma que regula la propiedad en tres renglones, y otra norma que regula el debido proceso en cuatro. Que dicen mucho, es verdad, pero también dicen bastante menos de lo que necesitaríamos para practicar un escrutinio de constitucionalidad sobre esa exclusiva base.

El problema es que, aun contando con principios de hermenéutica más o menos pacíficos, desarrollados y depurados a lo largo de siglos de desarrollo de la ciencia jurídica, positivizados en normas y concretados en la jurisprudencia,[10] nos encontramos con que las interpretaciones que pueden hacerse del texto constitucional son potencialmente extensas, y no siempre tienen una fundamentación transparente, a punto tal que las controversias entre litigantes sobre la interpretación constitucional cuentan con frecuencia con un resultado incierto.

Parecería que allí donde termina la letra –que a veces termina muy pronto– el intérprete entra en un *finisterre* donde aquello que se sostenga empieza a ser una petición de principio siempre refutable. Con todo acierto –¡y naturalidad!– solemos hablar de jueces, abogados y funcionarios como “operadores del derecho”, lo cual da la importante pauta de que el intérprete no tiene sobre el objeto de conocimiento un rol pasivo sino un rol activo, en el sentido de que “opera” para sustentar una interpretación o derivación normativa determinada.

Ahora bien: esto no significa que el derecho sea un juego argumentativo de posibilidades ilimitadas –lo que implicaría que sería esquivo a toda pretensión de conocimiento científico y conllevaría la pérdida de su sentido regulador–. Los *operadores* trabajan en un campo delimitado y con reglas dadas, en forma de límites, prohibiciones, permisos y garantías.

Hay un mapa físico, que mide alturas y depresiones del mundo, y un mapa político, normativo, que busca trazar sus fronteras. Cuando los yuxtaponemos vemos que el mapa *refleja* el territorio, pero el mapa también *define* el territorio, nos da paralelos y meridianos para transitar y navegarlo.

Hemos tenido muchos naufragios, pero tal vez no lo hayamos hecho tan mal. Nos resulta especialmente sugerente este balance de María Angélica Gelli en el prólogo a la cuarta edición de su *Constitución comentada*, uno de los materiales de referencia más influyentes de nuestra época en la materia. Dice Gelli:

Después de las primeras irradiaciones de 1983 cuando con algo de ingenuidad muchos ciudadanos y ciudadanas proclamaban que “estábamos en democracia” –los mayores lo recordarán– para justificar algunas transgresiones menores y creer que todo era posible bajo el sistema recuperado, la Argentina resolvió –con sus más y con sus menos– los conflictos que emergían bajo las reglas de la Constitución. Resultó notable observar que en una sociedad impaciente y poco propensa a examinar sus propias responsabilidades en las crisis y los desvíos institucionales germinaba algo más que el respeto por la democracia incuestionada: *el valor de la Constitución*. Ocurrió que *la ley de todos* fue percibida como el compendio de los derechos, el límite al poder, el paradigma que debía alcanzarse en la institucionalización efectiva de la organización estatal.[\[11\]](#)

¿Con qué quedarse? ¿Con esta visión casi optimista de Gelli, o con la visión derrotista y escéptica, o directamente con la anómica que pone en primer plano Carlos Nino en su ya clásico ensayo *Un país al margen de la ley*?[\[12\]](#)

Promediar algo de estas cuestiones es una respuesta razonable. Sabemos muchas cosas, a la vez que en otras vislumbramos perfiles en continuo cambio: para mejor y para peor.

En lo que sigue trataremos de ver cómo se dibuja (y cómo se interpreta) una posible cartografía constitucional *argentina*, un mapa político y jurídico en la mejor versión que nos pueda entregar el estado del arte de nuestra disciplina. Dentro de este mapa de pura tinta legal está el magma y la vida de la historia: el viaje y la aventura; las inclemencias del Sol y los inviernos serán siempre nuestras.

-
- [1] B. Obama, *The Audacity of Hope*, Nueva York, Crown Publishers, 2006, p. 85.
- [2] G. Peces Barba, “Los modelos de evolución histórica de los derechos fundamentales” (cap. 6), en *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1999, pp. 145-199.
- [3] C. Beck, J. Meyer, R. Hosoki y G. Drori, “Constitutions in World Society: A New Measure of Human Rights”, en G. Shaffer, T. Ginsburg y T. Halliday (eds.), *Constitution-Making and Transnational Legal Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 85-109.
- [4] A. Chilton y M. Versteeg, *How Constitutional Rights Matter*, Nueva York, Oxford University Press, 2020, pp. 86-87.
- [5] C. Epp, *La revolución de los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, p. 299.
- [6] Citado en A. Santiago (h), *La Corte Suprema y el control político*, Buenos Aires, Ábaco, 1999, p. 221.
- [7] J. B. Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 1852, cap. 34, bajo el sugestivo título de “Política conveniente para después de sancionada la Constitución”.
- [8] “Los artículos de la Constitución, decía Rossi, son *como cabezas de capítulos del derecho administrativo*. Toda constitución se realiza por medio de leyes orgánicas”. J. B. Alberdi, *Bases*, ob. cit., cap. 19.
- [9] Estos ejemplos no son del todo originales, pero convengamos que nuestra riquísima historia en la materia ha consignado procedimientos de esta índole en una variedad tal que deja muy poco margen para la creatividad del ensayista.
- [10] No sin razón afirmaba Genaro Carrió que, en los años transcurridos desde la sanción de la Ley Fundamental, “prácticamente todas las cláusulas de ella con virtualidad para suscitar litigios relativos a su alcance o sentido han quedado recubiertas, por decirlo así, por sucesivas capas de interpretaciones de la Corte, la que ha ido restringiendo o ampliando los concisos textos originales”. G. Carrió, *Cómo fundar un recurso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 81.
- [11] M. A. Gelli, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, t. I, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, p. XI.
- [12] C. S. Nino, *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Buenos Aires, Emecé, 1992.

1. El artefacto constitucional

“Toda sociedad en que la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”, decía el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano pronunciada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia en 1789.

Esa es la fórmula que se reproduce simbólicamente en las dos “partes” de la Constitución argentina y de muchos otros textos constitucionales: por un lado, asegurar un mínimo de derechos en un cuerpo normativo de jerarquía superior; por el otro, establecer una división de poderes con un sistema de frenos y contrapesos para lograr su contralor recíproco.

Como explicaba Cooley, un influyente jurista estadounidense que encontrábamos citado con frecuencia por la Corte Suprema argentina en sus etapas fundacionales, el término “gobierno constitucional”

únicamente se aplica a aquellos cuyas reglas o máximas fundamentales no solo definen la manera como han de ser elegidos o designados aquellos a quienes se ha de confiar el ejercicio de los poderes soberanos, sino que también imponen restricciones eficaces sobre dicho ejercicio, con el propósito de proteger los derechos y privilegios de los individuos poniéndolos al abrigo de cualesquiera tentativas para arrogarse poderes arbitrarios.[\[13\]](#)

Por eso, para una buena visión de la Constitución conviene advertir su doble sentido: es una *fuentes de derechos y garantías* y también es un *instrumento de gobierno*. Nos encontraremos en la Constitución argentina (en todas las constituciones argentinas, pues esto involucra también a las provinciales) con dos “partes” más o menos diferenciadas, que se dedican a una y otra función: la parte “dogmática” (consistente en un kit de DDG, “Declaraciones, Derechos y Garantías”) y la parte “orgánica” (que hace dos divisiones de poderes: una funcional entre *ramas* –legislativa, ejecutiva y judicial– y otra vertical entre un Estado federal de Nación y las provincias). Precisamente el reconocido profesor

Germán Bidart Campos organizaba así su *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, titulando al primer tomo *El derecho constitucional de la libertad*, y al segundo *El derecho constitucional del poder*.

De manera similar, un referente del constitucionalismo latinoamericano como Roberto Gargarella habla de una dualidad recurrente en constituciones latinoamericanas, que en parte se aplica a la Constitución argentina: constituciones de “doble alma”, en las que vemos artefactos mayormente decimonónicos en lo que respecta a la organización del poder, precedidas de una fachada de constitucionalismo del siglo XXI en materia de declaraciones y catálogo de derechos. Si la parte *dogmática*, optimista y declarativa, es una suerte de “sala de juegos”, la parte *orgánica* –nos dice Gargarella– es el verdadero corazón de la Constitución, la “sala de máquinas”, que en general denota un diseño de poder concentrado. Esa “doble personalidad” da lugar a inconsistencias y puntos ciegos, y es una de las tensiones constitucionales que nos obligan a mirar las constituciones con muchísimo cuidado.[\[14\]](#)

¿Cuánto derecho hay en la Constitución?

La respuesta puede ser una paradoja: *bajo* la Constitución está todo el derecho, pero *en* la Constitución no está todo el derecho.

Parafraseando a Alberdi, el derecho constitucional fija “bases y puntos de partida”, pero digamos todo: no es un guión completo ni es un protocolo detallado. En el plan constitucional aparecen condicionamientos, mandatos e instrucciones, pero los poderes constituidos tienen amplias zonas de discrecionalidad para elegir caminos e instrumentos. De hecho, se cuenta que alguna vez el primer diputado socialista de América Latina, Alfredo Palacios, dijo que, si era electo un gobierno como el que él propiciaba, podría llevar adelante perfectamente la gestión pública conforme a su ideario sin modificar ni violar ninguna norma de la Constitución argentina.

Es importante entender eso para advertir que algo puede ser “constitucional” (territorio de la justicia) y aun así podemos discutirlo (territorio de la política) porque no nos parece que sea bueno o conveniente. Y que, visto desde el otro lado, que algo nos parezca malo o inconveniente no lo transforma en inconstitucional.

Germán Bidart Campos trazaba caricaturas extremas sobre dos bandos opuestos, igual de peligrosos: “quienes, para hacer algo o dejar de hacerlo, ni se

preocupan de la Constitución, ni se cuidan de instruirse o asesorarse acerca de si pueden hacer u omitir lo que se proponen”, y, por el otro lado, “los que ante tal o cual cuestión que se ventila públicamente y sobre la que se anuncian estudios, proyectos o medidas, en seguida adoptan una posición severa, casi áspera, y tratan de buscar argumentos constitucionales para dar su dictamen definitivo: tal cosa es inconstitucional, o es constitucional”.

En resumen, dice el salomónico Bidart,

es tan malo ver a la Constitución en todas partes como no verla en ninguna. Es tan malo desentenderse, cada vez que se va a toma una medida, por cerciorarse si es o no compatible con la Constitución, como creer exageradamente que todas las cuestiones que hacen a la vida y a la realidad de nuestra sociedad y de nuestro Estado cuentan a su favor o en su contra con un artículo constitucional, con un casillero en la Constitución, con un principio rígido que impide elegir entre opciones igualmente habilitadas.[\[15\]](#)

La caja de herramientas de la Constitución

La Constitución no es una tabla numerada de mandamientos. A veces nos dice *qué tenemos que hacer*, a veces nos da *permisos* para hacer o no hacer, a veces nos *prohíbe cosas*, pero también casi siempre (y en eso es “procedural”) nos dice de qué modo y bajo qué condiciones tenemos que hacer aquello que podemos o debemos hacer.

Recurriendo a un interesante inventario del jurista alemán Ernst-Wolfgang Böckenförde, podemos decir que la Constitución contiene:

- *Reglas*, muy precisas y detalladas, que fijan por ejemplo un plazo de mandato, los pasos exigibles de un procedimiento, cuestiones que son obligadas o prohibidas.
- *Principios*, más generales y abstractos, que requieren ser complementados y concretizados para ser ejecutables en el sentido de la aplicación jurídica.
- *Metas*, “que solo fijan –y a veces no claramente– el objetivo pero que

dejan abiertos los caminos, los medios y la intensidad de su realización”.

- *Fórmulas lapidarias*, “que a menudo provienen de la tradición constitucional, que están puestas ahí por algo y que en su forma literal no encuentran una manera de expresión aproximada”.
- *Compromisos formales*, “que son justamente expresión de la falta de acuerdo”.[\[16\]](#)

Esta lista es variopinta y no agota todo el abanico de clases de normas que puede tener una constitución. Puede incluir además normas problemáticas y obsoletas, lo que genera dificultades interpretativas y perplejidades valorativas. A veces hay cláusulas puntuales vigentes, que quedaron a contrapelo del orden de valores y del sistema constitucional, lo que puede pasar tanto por cambios y reformas formales como por la nueva mirada que le dedicamos a cláusulas históricas.

Un ejemplo claro es la cláusula que establece una condición de gran riqueza para ser senador de la Nación: el art. 55 exige que estos funcionarios tengan “una renta anual de dos mil pesos fuertes” (desde luego, el texto no se modificó desde 1853; las bondades del patrón oro de entonces nos permiten hacer un cálculo rústico y proyectarlo a valores de hoy: asumiendo un precio de 60 dólares el gramo, la renta requerida para ser senador sería de unos 198.000 anuales, o 16.500 dólares por mes). No solo ha quedado desactualizada la moneda, sino que la propia norma es incongruente con la forma en que concebimos un sistema democrático y republicano, en el que el ejercicio de derechos políticos no puede estar vinculado a un nivel de fortuna.

Además, sucede que las normas deben interpretarse de modo orgánico y sistemático: una norma es un árbol en un bosque en el que hay otras normas, y su percepción requiere esa visión de conjunto, lo cual puede transformar aquel que parecía ser su sentido más evidente si la hubiéramos leído en forma aislada.

El intérprete que quiera leer –o hacer leer– este complejo texto de un modo lineal no le está haciendo justicia a la Constitución como norma, un texto legal en el que algunas normas tienen poco margen interpretativo (el requisito de edad de un diputado) y otras requieren que las interpretemos con mayor profundidad.

La Constitución no es una caja de respuestas...

Parafraseando a Umberto Eco, la Constitución es una máquina perezosa, que

exige del intérprete un arduo trabajo cooperativo. El gran jurista Carlos Nino lo patentiza en una rápida enumeración en la que señala las “indeterminaciones constitucionales”:

comenzando por el art. 1, las tres expresiones con que se califica al gobierno de la Nación: “representativo”, “republicano” y “federal”, son considerablemente imprecisas. ¿Es representativo un gobierno en el que no votan las mujeres? ¿O en el que no se adopta el sistema de distritos uninominales? ¿Es republicano un gobierno en el que sigue existiendo el proceso escrito? ¿Es federal un gobierno con la estructura de empresas nacionales que se han generado en nuestro país? Pasando, casi al azar, al art. 6, son considerablemente vagas las expresiones “perturbado”, referida al orden público provincial como justificativo de la intervención o “amenazada”, referida a la “seguridad nacional” (que también –¡si lo sabremos los argentinos!– es una expresión que se presta a las interpretaciones más antojadizas). Es bien conocida la vaguedad de las cláusulas que integran el art. 14: ¿cuáles son los límites exactos del concepto de “industria lícita”? El derecho de “transitar” por el territorio nacional ¿implica el de hacerlo por cualquier vía pública sin pago de peaje? ¿qué es “profesar libremente un culto”? (¿incluye, por ejemplo, el ejercicio del curanderismo?). Por cierto que uno de los casos más complejos de vaguedad de nuestra Constitución está dado por la expresión del art. 14 de que los derechos allí enumerados deben ser ejercidos conforme a las leyes que “reglamenten” su ejercicio, leyes que, según el art. 28, no podrán “alterarlos”. *El límite entre la reglamentación y la alteración es extraordinariamente impreciso, y es un continuo rompecabezas para la Corte Suprema el definirlo aceptablemente.*[\[17\]](#)

... pero algunas respuestas tiene

Hasta aquí fue suficiente con la deconstrucción. Digamos rápidamente que el derecho no es piedra, pero tampoco es un gas ni es un líquido. Tiene huesos duros y tiene tejidos blandos, y ambas cosas son necesarias. Más concretamente: la Constitución no es un texto que se puede interpretar como se quiera (*ad*

libitum). Existen criterios y convenciones canónicas, consensuadas, construidas en parte por la gente que la pensó, y por la gente que discutió esos criterios y convenciones hasta conseguir su matización o reemplazo. Como dijimos ni bien empezamos, los oráculos de nuestro derecho han demostrado una extraordinaria capacidad de respuesta... y adaptación.

Podemos establecer un modesto kit de recursos. La letra nos importa: el primer criterio de interpretación es el literal. También tenemos claras señales estructurales: podemos conectar los puntos de las normas sueltas hasta encontrar sistemas.

Un debate recurrente es cuánto caso tenemos que hacer a quienes pensaron las normas por primera vez, aquellos que pensaron las cosas en el marco de su coyuntura y de su tiempo. Un truco conservador es el de aferrarse a esa cosmovisión histórica, el pretexto es la fidelidad, el resultado es la visión cristalizada y negadora de los contextos en los que estamos inmersos hoy.

Cuando la Constitución dice que tenemos derecho a publicar las ideas por la prensa, nos está dando un derecho constitucional que hoy ejercemos muy de otro modo: por internet. Cuando la Constitución dice que “la confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino”, no está permitiendo que se la habilite en otras leyes distintas del Código Penal. La literalidad y la miopía cínica no son ni leales ni útiles para una interpretación constitucional que tiene que ser constructiva, porque así fue concebida.

En uno de los “hits” de la jurisprudencia constitucional, el célebre juez estadounidense John Marshall dirá en 1819 lo obvio: *es una Constitución lo que estamos interpretando*, “una Constitución destinada a resistir épocas futuras, y consiguientemente a ser adaptable a las variadas crisis de los asuntos humanos”. Es un juego de muñecas rusas que atraviesa siglos: ese fallo de 1819, *McCulloch c. Maryland*, citado en el fallo *Home Building c. Blaisdell* de 1934, que a su vez aparece citado por nuestra Corte en el fallo *Peralta* de 1989... y sigue apareciendo hasta hoy, de manera recurrente.

En esa lógica, la intención de cualquier texto constitucional no es dar forma a una constitución imperial y opresiva de nuestro rumbo ni a una constitución menguante y minimalista y permisiva, sino a una constitución razonablemente desplegada. La capacidad de respuesta de las constituciones depende de ese despliegue.

Supremacía y rigidez

En nuestra lectura interna de la Constitución (aquella que reportaba Obama acerca de sus alumnos) hay implícitos un par de datos “técnicos” que son de suma relevancia y que, aunque podamos darlos por sentados, debemos explicitar.

El primero: la *supremacía* constitucional. Para que esa lista de cosas (poderes y derechos) tenga sentido práctico es necesario que sea vinculante para las autoridades a las que pretende sujetar. Vincular a todas las autoridades significa que la Constitución queda por encima de sus “productos”, como las leyes del Congreso o los reglamentos del Ejecutivo. En buena medida, es una decisión diferida, es Ulises atándose a un poste: un “superconsenso” del pasado que se emplazó como vinculante (y lo tomamos como tal) y que nos manda o nos impide hacer cosas en el presente.

El segundo: la *rigidez* de la Constitución. Si la Constitución no fuese así, si estuviera “al mismo nivel de las leyes”, entonces cualquier ley podría modificarla. O ni siquiera tendría que hacerlo: se entendería que la norma posterior se impone sobre la norma anterior, y así estarían todas en igual rango. Aquí radica un tema importante: la diferencia entre *poder constituyente* y *poder constituido*. Hacemos las constituciones en un momento “constituyente” para trazar el mapa de operaciones en el que se van a mover los poderes “constituidos”. Tendrán autonomía para hacerlo, pero deberán seguir las rutas del mapa sin poder salirse de él.

Cómo se hacen y se rehacen las constituciones

Las constituciones son por regla *rígidas*, dado que requieren para su reforma procedimientos especiales y agravados, distintos a los de la sanción de leyes ordinarias. Dejamos de lado el caso excepcional de constituciones que no están “codificadas” en un solo texto escrito, sino que se desgajan en un mix de leyes y costumbres institucionales que se asumen como vinculantes, lo cual ocurre notoriamente con el sistema británico (y con casos especiales como Israel, Canadá o Nueva Zelanda).

Algunas constituciones tienen incluso prohibiciones de reforma: elementos específicos que no pueden cambiar nunca, intangibles, irreformables. Se los conoce poéticamente como “cláusulas pétreas”. La Constitución argentina no las tiene (“puede reformarse *en el todo o en cualquiera de sus partes*”, comienza diciendo el art. 30), aunque algunos autores como Germán Bidart Campos han conjeturado que “sociológicamente” hay contenidos constitucionales que no

pueden ni podrían cambiar: pensamos en democracia, federalismo y forma de Estado republicana.

No todas las constituciones requieren una convención para reformarse. Esto implica que existan reformas graduales y puntuales... y numerosas. La Constitución de los Estados Unidos de 1787 tiene 27 enmiendas; la de México de 1917 fue reformada en 251 ocasiones y la de Brasil de 1988 tuvo 109 enmiendas (en ambos casos hasta 2021).

Nuestra Constitución es *especialmente rígida* porque precisa de dos pasos: una declaración de “necesidad de reforma” (que requiere una “supermayoría” en ambas Cámaras) y la conformación de un cuerpo deliberativo específico para eso (la Asamblea Constituyente).

Pero antes de esa Asamblea, hay una etapa “preconstituyente” que debe ser activada. El art. 30 nos dice que “La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros”. No especifica que sea por ley, ni aclara quién debe o puede enviar el proyecto, y tampoco indica si debe promulgarse (¡o si eventualmente un presidente podría vetarla!). Lo que el constituyente no dejó resuelto lo resolvió la inercia y la práctica, aplicando un cómodo paralelismo: esa declaración se asimila a una ley y por tanto se siguen las mismas formas y procedimientos. Una cuestión que nunca quedó zanjada del todo fue si esos dos tercios se medían sobre todos los miembros del Congreso o sobre los presentes (como veremos más adelante, se trató de un problema que llevó al radicalismo a plantear la nulidad de la reforma de 1949). Dejamos de paso nuestro criterio: si en un texto no se aclara que el cómputo es sobre presentes, se sobreentiende que es sobre todos los miembros.

Cuando el constituyente no es tan soberano: cómo se limita el poder reformador

En la declaración de la necesidad de reforma, el Congreso además circunscribe el alcance del Poder Constituyente que ya no es “originario”, sino “derivado”. El constituyente *derivado* no puede cambiar la Constitución en todos los puntos que le parezcan pertinentes, sino que está limitado por el campo de temas y contenidos (nuevos, a derogar o a cambiar) que le haya demarcado la ley que declaró su reforma. La habilitación puede ser tanto “total” –dando lugar a una “nueva” Constitución, como ocurrió en 1949– como “parcial” –dando lugar a una “Constitución reformada”, como fue el caso en 1994–.

¿Por qué hacemos esto? Una respuesta está en la discusión que se dio en la Corte Suprema sobre la edad considerada para la estabilidad de los jueces. En 1999, el fallo *Fayt* había anulado la cláusula de 75 años para la estabilidad de los jueces, introducida en la reforma constitucional de 1994. En 2017, con el fallo *Schiffrin*, la Corte dio marcha atrás y validó la limitación de esa edad. El sentido –decía por ejemplo allí el juez Rosenkrantz votando en disidencia– es evitar que las convenciones constituyentes se conviertan en “cajas de Pandora” e introduzcan temas no sometidos al debate público en forma previa a la elección de convencionales constituyentes.

La mayoría, en cambio, fue algo más flexible. Con una visión deferente y abierta, evaluó que si no se sobrepasan de modo claro los límites de la competencia habilitada, la Convención Constituyente es libre para determinar si lleva a cabo la reforma y, en su caso, para definir el contenido de las disposiciones constitucionales que modificará. Recién comenzamos este viaje y vemos que la jurisprudencia cambia, e incluso duda del alcance y la validez de reformas claramente “contemporáneas”, de manera tal que poca esperanza tendremos de llegar a consensos sobre ideas o concepciones que los constituyentes originarios pudieron haber tenido en 1853.

La Constitución argentina 1852-1994: del borrador a la versión actual

La prehistoria constitucional argentina

La idea de darse una Constitución fue monotemática desde nuestra organización nacional. Muchos hitos legislativos no se concretaron gracias a Congresos regulares, sino por obra de Congresos Constituyentes: la abolición de los instrumentos de tortura y la libertad de vientres fue proclamada por la llamada Asamblea del Año XIII, que también estableció el escudo, la escarapela, y encargó la composición del himno nacional. La misma declaración formal de independencia, la de 1816, fue pronunciada por un Congreso Constituyente, el de Tucumán. Este fue el Congreso que años después nos daría la Constitución de 1819, primer proyecto formal de organización nacional. Tendremos luego otra Constitución frustrada, la rivadaviana de 1826, y a partir de allí la

institucionalidad se disgrega en un período *unplugged* del constitucionalismo, con el telón de fondo de la guerra civil entre federales y unitarios. Al caer ese telón en Caseros, las armas terminan trayendo esos pactos preexistentes que fijan las pautas de armado para *la Constitución que sí fue*.

De allí surge el famoso primer borrador: el proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi. Este texto es el que se incluye en el apéndice de la clásica obra *Bases y puntos de partida* de 1852. Alberdi explicaba minuciosamente sus decisiones de redacción originales y mostraba las piezas constitucionales elegidas para su réplica local, así como otras que descartaba por sus errores. El proyecto resultante hacía un remix de varios textos (Constitución de los Estados Unidos, Constitución de California) y le incorporaba algo de color local, combinado con largas explicaciones en las cuales el tema recurrente era una mezcla entre libertad, gobernabilidad y desarrollo económico y cívico, argumentado con brocha gorda de derecho comparado. Pensar en Alberdi como un padre de la Constitución puede ser cursi pero no es del todo inexacto: la Convención Constituyente de 1853 tomaría la estructura básica, el lenguaje y la gran mayoría de las cláusulas de ese proyecto alberdiano.

La Constitución “original” de 1853

El Tratado de San Nicolás disponía que cada provincia eligiera dos diputados para la Convención de 1853. Como por entonces eran catorce las provincias, la Convención quedaría compuesta por veintiséis diputados, tras la retirada de los diputados porteños, disconformes con la representación paritaria. La Constituyente era también un Congreso nacional provisorio, pues además se ocupó de dictar leyes regulares (algo a lo que la habilitaba el Acuerdo de San Nicolás).

La Convención hizo sus sesiones en Santa Fe y preparó el texto entre noviembre de 1852 y abril de 1853. Aunque hubo formalmente una Comisión Redactora, y cierta influencia predominante de José María Gutiérrez (amigo de Alberdi) y Juan del Campillo, el grueso del proyecto fue escrito por el abogado santiagueño José Benjamín Gorostiaga, gran personaje secundario de nuestra historia, desde el 25 de diciembre de 1852 hasta mediados de febrero del año siguiente.

Gorostiaga –que en ese momento todavía no había cumplido 30 años– se basó en el proyecto redactado por Alberdi y tomó algunos elementos de la

Constitución de 1826 (la llamada “Constitución de Rivadavia” que mencionamos más arriba). El actual art. 19, de prosa tan elogiada, no es sino la fusión de los arts. 162 y 163 de aquella Constitución.

Una vez que se definió el proyecto a debatir, la Convención lo discutió en solo once sesiones consecutivas, del 20 al 30 de abril. Había un consenso preliminar genérico en lo que sería la estructura básica: los “pactos preexistentes” ya delimitaban la cancha en buena medida, y los porteños que podían tener visiones más conflictivas se habían retirado de la Convención. Es por ello que no hubo grandes debates sobre todos los temas, sino solo sobre algunos puntuales: estatus jurídico de la Capital, confesionalidad del Estado, cuestiones aduaneras, competencia de tribunales. Con ironía, pero con indiscutible precisión, el historiador José María Rosa calculó que cada artículo fue aprobado, como promedio, en once minutos y treinta segundos de sesión.

Al doceavo día, la Convención descansó. Su obra estaba terminada. La versión final quedó con 107 artículos. Se firmó el 1º de mayo (cuando ese día todavía no era significativo por ser el Día del Trabajador) y se usaron las dos fechas patrias para los actos formales: Urquiza promulgó la Constitución el 25 de mayo y fue jurada el 9 de julio (oferta válida para todo el país, excepto provincia de Buenos Aires, que no formaba parte de la Confederación).



La visión icónica del momento fundacional de la República está colgada hoy en el Salón de los Pasos Perdidos del Congreso de la Nación. Es un óleo gigantesco

de 3,60 x 5,42, del pintor Antonio Alice. El artista hizo una obsesiva reconstrucción de facciones y cuerpos de cada uno de los veinticinco convencionales que retrataría (incluso entrevistándose con parientes que le sirvieran de modelo) y del lugar del Cabildo de Santa Fe donde sesionó la Convención (llegó a hacer una maqueta para reconstruir el espacio, que ya había sido demolido). Todo le llevó a Alice bastante más tiempo del que le llevó a la Convención hacer la Constitución: le dedicó al cuadro doce años de trabajo, entre 1922 y 1934.

La reforma de 1860

El texto de 1853 quería mantener la estabilidad y a tal fin incluyó una cláusula temporal que prohibía toda reforma por diez años, lo cual resultó ser un problema cuando luego del Pacto de San José de Flores de 1859 se convino que Buenos Aires se integrase a la Confederación con la posibilidad de revisar la Constitución vigente.

La solución fue simple: ignorar esa cláusula y convocar a una Constituyente reformadora especial. Este proceso nos dio dos convenciones. Una fue la Convención Examinadora bonaerense, que revisaría la Constitución nacional y propondría las reformas. Entre sus integrantes había nombres notables: Mitre (que la presidía), Sarmiento, Dalmacio Vélez Sarsfield y José Mármol. El *Informe* de la Comisión era contundente en un “volver a las fuentes”... estadounidenses.

Buenos Aires, al tiempo de incorporarse a la Confederación, puede y debe proponer como fórmula general de una reforma, el restablecimiento del texto de la Constitución Norte-Americana, la única que tiene autoridad en el mundo, y que no puede ser alterada en su esencia, sin que se violen los principios de la asociación, y se falseen las reglas constitutivas de la República federal, que como se ha dicho antes, es el hecho establecido que encuentra Buenos Aires desde 1853.

Implícita en el razonamiento y más allá de esta pleitesía, estaba la idea de que si iba a integrarse a la Confederación, Buenos Aires quería garantías para preservar

la mayor libertad posible dentro del sistema federal.

La Convención Constituyente nacional finalmente se reuniría –otra vez en Santa Fe– por solo tres días, entre el 22 y el 25 de septiembre de 1860. Tomaría algunos de los cambios de la Examinadora porteña, y haría algunas precisiones. Por eso a veces se habla de “la Constitución del 53/60” como si fuera un proceso continuo. Estrictamente no lo fue, pero esa doble fecha da una referencia que nos sirve para reconocer por igual los dos mojones constituyentes.

En concreto, y entre otros cambios, se eliminó el requisito de que las constituciones provinciales fueran aprobadas por el Congreso, se redujeron las causales de intervención federal a las provincias y la jurisdicción federal sobre conflictos de poderes locales, y se incluyó la cláusula de los “derechos no enumerados”, del actual art. 33.

Y, muy significativamente, hubo un *rebranding* nacional: sin renegar de denominaciones precedentes, ya no seríamos “Confederación Argentina”, sino, por fin, “Nación Argentina”.

Art. 35. Las denominaciones adoptadas sucesivamente desde 1810 hasta el presente, a saber: Provincias Unidas del Río de la Plata, República Argentina, Confederación Argentina, serán en adelante nombres oficiales indistintamente para la designación del Gobierno y territorio de las provincias, empleándose las palabras “Nación Argentina” en la formación y sanción de las leyes.

Pequeñas reformas ulteriores

La primera reforma no tardaría en llegar, y la Convención al efecto se reunió –siempre en Santa Fe– del 10 al 12 de septiembre de 1866. Urgía la necesidad de hacerlo porque la posibilidad de cobrar derechos de exportación estaba limitada hasta ese año cuando, como decía el entonces art. 67 inc. 1, cesaría como impuesto nacional y no podría serlo provincial. Con la supresión de ese término en los dos artículos en que aparecía, la imposición de lo que hoy solemos nombrar como “retenciones” quedaría habilitada ya sin tope en el tiempo.

La segunda reforma fue de menor importancia. Sesionó en Buenos Aires en 1898, y se limitó a cambiar la base poblacional de la Cámara de Diputados y a aumentar el número de ministerios del Ejecutivo de cinco a ocho.

La Constitución de 1949

Impulsada por el primer gobierno peronista, la reforma comenzó con una disputa interpretativa. Recordemos que el art. 30 precisa que la necesidad de la reforma debe ser declarada por “el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros”. La Cámara de Diputados estaba entonces compuesta por 158 miembros, y la oposición (contraria a la idea de la reforma) se había ausentado de la sesión en la que se trató el proyecto, finalmente aprobado con el voto de 96 diputados. Mientras que el radicalismo sostenía que esos “dos tercios” se calculaban sobre el *total* de los miembros, y que por ello no podía considerarse válida la declaración de reforma, el peronismo afirmaba que el cálculo debía hacerse sobre *miembros presentes*.

El proceso trajo algo más que una reforma, por lo cual es correcto calificarla como una “nueva Constitución”. Se incluyó en el Preámbulo el credo de la doctrina justicialista (“la irrevocable decisión de constituir una Nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana”) y a pesar de ser una Constitución más bien breve –tendría 103 artículos– incluía cambios de estructura e innovaciones tanto en la parte *dogmática* (con derechos especiales: educación y cultura, trabajo, ancianidad, proclamación de la función social de la propiedad y de servicios públicos a cargo del Estado) como en la parte *orgánica* (reelección indefinida, elección directa del presidente y de los senadores).

Aunque de corta vigencia por la derogación “de facto” dispuesta por el golpe militar de 1955, que restauró el texto antes vigente, la Constitución justicialista tendría gran influencia en el desarrollo constitucional local argentino, y varias de sus cláusulas e ideas fueron reapareciendo en constituciones provinciales.

El “14 bis” de 1957

La instrucción política de Juan Perón –derrocado por el golpe de Estado de 1955– había sido la de no convalidar la elección a constituyentes que había convocado el gobierno militar, y por eso el movimiento justicialista (proscripto por la dictadura) propició el voto en blanco en aquella elección. El voto en blanco fue finalmente el “ganador” con el 24,31% de los votos totales. Los partidos con más constituyentes fueron la Unión Cívica Radical del Pueblo (24,20% de los votos totales y 75 convencionales) y la Unión Cívica Radical

Intransigente (con el 21,23% de los votos totales y 77 escaños). Fue la primera de las Convenciones Constituyentes en que hubo voto femenino, y la primera vez que hubo convencionales mujeres: ocuparon 5 de las 205 bancas.[\[18\]](#)

Para las sesiones de esta reforma se volvió a la meca de las Convenciones: Santa Fe. Allí comenzó el accidentado proceso el 30 de agosto de 1957. La UCRI planteó que el proceso estaba viciado de nulidad por no haber sido convocado por el Congreso, sino por decreto del presidente de facto, y sus representantes no se incorporarían a la Asamblea, que quedaría conformada con solo 125 convencionales, de los 205 elegidos. Luego se retirarían también cuatro representantes más (del Partido Laborista y del Partido de los Trabajadores).

Estos representantes realizaron una declaración pública explicando los motivos de su retiro: sostenían que su decisión tenía como objeto evitar que se incluyeran en la Constitución normas referidas a la “reforma agraria”, la “estatización de la economía”, el “debilitamiento del derecho de propiedad” o la “monopolización de los servicios públicos”. Ellos afirmaban que la mayoría de la Convención tenía la intención de reinstalar el art. 40 de la Constitución peronista.

La Convención declaró la vigencia de la Constitución sin la reforma de 1949 y antes de disolverse por falta de quórum alcanzó a aprobar solo una norma referida a algunos derechos sociales y del trabajo denominada más tarde art. 14 bis. Un solo artículo bastó para cambiar una Constitución casi puramente liberal a una que tenía nuevos tonos y acordes propios del constitucionalismo social.

Estatuto fundamental de 1972

Sancionado “de facto” por el gobierno militar de la llamada Revolución Argentina, reformó quince artículos de la Constitución histórica (la del 53/60, con las reformas de 1866, 1898 y 1957). Con ello se unificaban los mandatos de diputados y senadores a cuatro años; en el caso de estos últimos se establecía la elección popular y un número de tres por provincia, la reducción del mandato presidencial a cuatro años con doble vuelta y posible reelección, y un sistema de jurado de enjuiciamiento para la remoción de jueces inferiores a la Corte Suprema. Como vemos, muchos puntos eran similares a reformas que se terminarían adoptando en 1994.

El Estatuto de 1972 –la menos conocida y la menos legal de nuestras mutaciones constitucionales– se había pensado explícitamente con fecha de vencimiento: conforme a sus cláusulas si no había una Convención

Constituyente que se pronunciara sobre su persistencia antes del 25 de agosto de 1976, continuaría aplicándose solo hasta el 24 de mayo de 1981. Fue la forma constitucional que en verdad estaba vigente cuando sucedió el golpe de Estado de 1976.

La reforma de 1994

El disparador inmediato de esta última reforma fue la intención del presidente Carlos Menem de postularse para un segundo mandato, lo que le estaba vedado por la Constitución. La coyuntura de reforma se da en un momento de popularidad y mayoría legislativa justicialista en ambas Cámaras, luego de tres triunfos electorales importantes (1989, 1991 y 1993).

Con el buen resultado de la última elección del 3 de octubre de 1993, el presidente Menem convocó por decreto a un plebiscito para el día 21 de noviembre para que la ciudadanía se expidiera sobre la conveniencia o no de modificar la Constitución. Aunque no era vinculante, un escenario (muy probable) de victoria oficialista potenciaba el eje de la discusión en los términos en que se estaba dando: una reforma limitada a la reelección.

Así las cosas, surgió el trueque de la última reforma, anudada en el Pacto de Olivos de 1993. Una solución de compromiso en el que la principal fuerza de la oposición (la UCR conducida por Raúl Alfonsín) convenía en habilitar la reelección en una reforma constitucional consensuada, a cambio de establecer también algunos límites al poder presidencial (temporales y de regulación de poderes, como un sistema restrictivo para los decretos con los que Menem circunvalaba al Congreso) y algunos cambios en la parte orgánica que convenían al radicalismo (elección directa de senadores, con un “tercer senador” por la primera minoría en cada provincia; autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con elección directa del jefe de Gobierno de la Ciudad –hasta entonces el “intendente” era elegido directamente por el presidente de la Nación, según el modelo de 1853/60–).

Para garantizar el *quid pro quo* del arreglo, la Ley de Convocatoria estableció un sistema dual de habilitación. Una vez que la Constituyente hubiera definido la redacción de las reformas, ciertos temas (los de la esencia del Pacto –reelección, tercer senador, autonomía de CABA, y varios más– y que conformaban el denominado “núcleo de coincidencias básicas”) se tenían que votar conjuntamente “en paquete”, por sí o por no. Otros temas habilitados para la

reforma (como la incorporación a la Constitución de tratados y pactos internacionales) podrían votarse en cambio en forma separada. Todo esto quedó plasmado en los arts. 2 y 3 de la Ley 24.309 que habilitaba la reforma y que fue promulgada el 29 de diciembre de 1993.

El “paquete” venía cerrado con candado: el art. 6 declaraba “nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los arts. 2 y 3 de la presente ley de declaración”, y el 7 ratificaba una limitación más explícita blindando la “parte dogmática”. “La Convención Constituyente – proclamaba– *no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución nacional*”.

El número de convencionales fijado era de 305: cada provincia enviaría a la Convención la misma cantidad de representantes que enviaba al Congreso (es decir, dos senadores cada una, y el número de diputados variable según población). La elección de convencionales se hizo el 10 de abril de 1994.

Ya con vigencia de la Ley de Cupos (al menos un tercio de las listas debía estar ocupado por mujeres), la nómina de los 305 convencionales contaría con 81 mujeres: un 26% del total.

La última Convención Constituyente comenzó a sesionar el 25 de mayo de 1994, y esta vez lo haría en doble sede, en las ciudades de Santa Fe y de Paraná. Por la Ley de Convocatoria se había establecido que “deberá terminar su cometido dentro de los noventa (90) días de su instalación y no podrá prorrogar su mandato”. Así, la nueva Constitución terminó jurándose el 24 de agosto de 1994.[\[19\]](#)

En su desarrollo, el paquete pactado en Olivos se mantuvo cerrado, pero la Constituyente fue bastante más fructífera de lo que se suponía, y dio lugar a todo un capítulo de “Nuevos Derechos y Garantías” y a muchas reformas que en la Ley de Convocatoria solo estaban mencionadas como habilitadas pero no definidas. Quizá la más importante de todas ellas fue la incorporación a la Constitución de varios tratados de derechos humanos, tema al que nos referiremos más adelante.

En cierto sentido, la de 1994 también puede entenderse como una versión con retraso de *la reforma que no fue*, aquella del Consejo para la Consolidación de la Democracia, un proyecto del gobierno alfonsinista creado en 1985, presidido por Carlos Nino. Muchas de las innovaciones que se debatieron en 1994 calcaban temas identificados en los ochenta y –desde el balotaje hasta la autonomía porteña, pasando por la incorporación de tratados– se resolvieron con alternativas que desde entonces se habían barajado.

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 Cruelles, 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 “elevar” *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

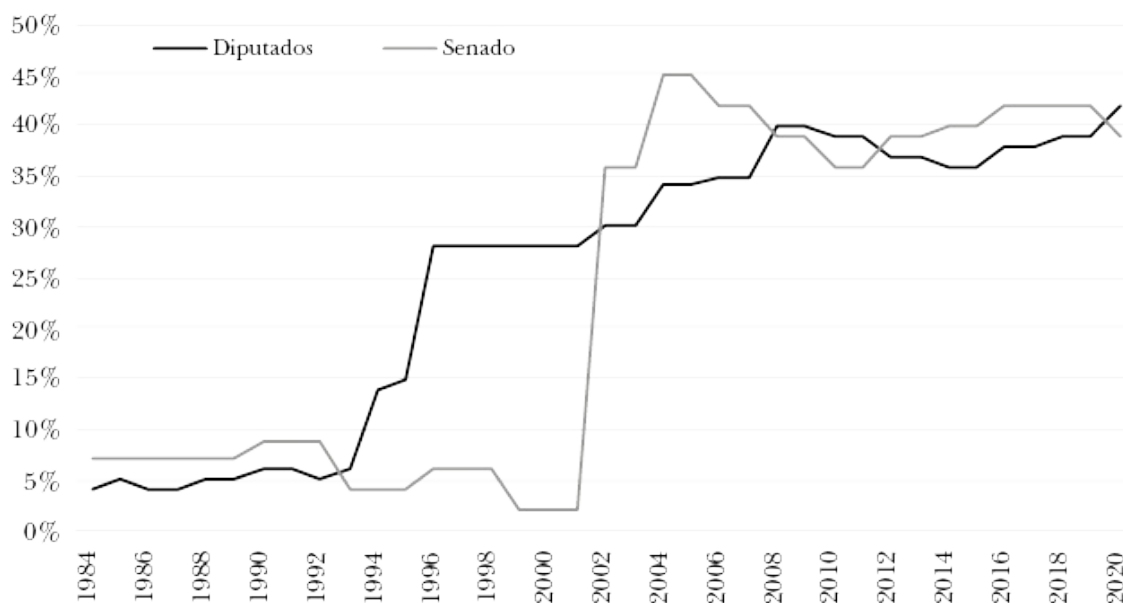
“presencial” (nótese que la Constitución no impediría un voto por correo en la medida en que se pueda asegurar el secreto); tampoco se especifica la manera en que se instrumenta el voto para residentes en el exterior. Todas las particularidades del voto y la conformación de listas están en el Código 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/secparl/dgral_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.[\[23\]](#)

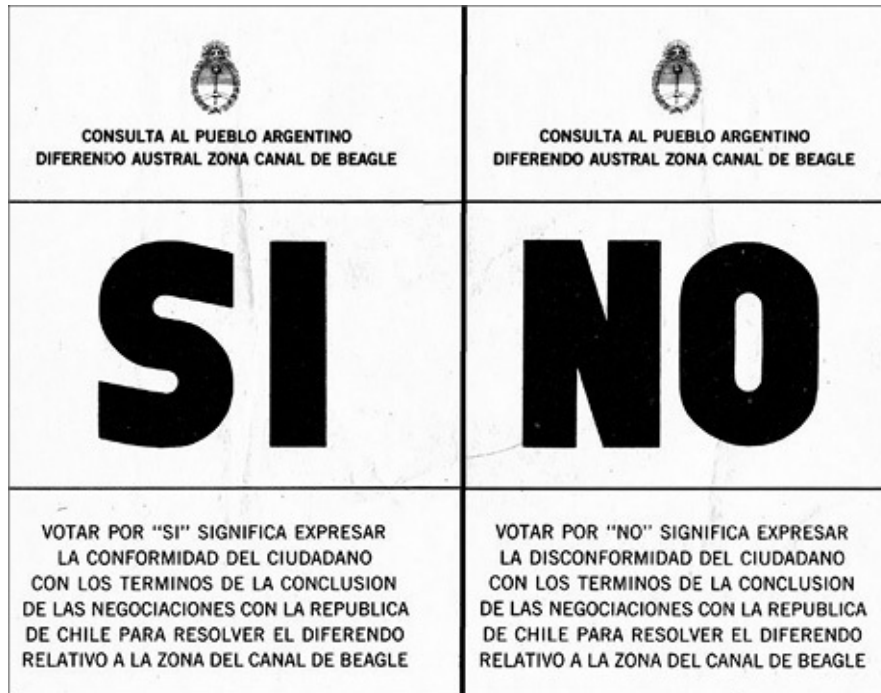
Parece improbable ese arreglo (las alternativas implican un aumento del número total de bancas sobre las 257 actuales, o bien un escenario en el que varias provincias pierden representantes, o una combinación de ambas para ajustarse a la proporcionalidad), pero en algún momento tendrá que suceder.

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 exjuez 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

específicos. El art. 16 está dedicado a la *igualdad*, el 17 al *derecho de propiedad*, el 18 a consagrar diversas *garantías penales*, y el 19 a tutelar las *acciones privadas* (además de establecer un principio general de libertad).

El art. 20 hará explícito que los extranjeros (no nacionalizados o naturalizados) tienen los mismos derechos que el ciudadano, haciendo juego con la vocación preambular migratoria: crear una república “para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”. En igual sentido, el epicentro de derechos, el art. 14, los atribuye como derechos de cualquier “habitante”, no de “nacidos en la Argentina”.

¡Nuevos derechos!

En 1994 se incorporó a la Constitución argentina un segundo capítulo para la primera parte, titulado “Nuevos Derechos y Garantías”. Allí encontramos entre otros la tutela especial de usuarios y consumidores (art. 41) y el derecho a un ambiente sano (art. 42). Aparece un kit de garantías que incluye amparo y hábeas corpus: ya existían como ley y en la jurisprudencia, pero en 1994 pasan a estar promovidos por la letra de la Constitución.

Otras veces los derechos “cosecha 1994” se pueden encontrar no en la primera parte de la Constitución, sino “camuflados” en la parte orgánica, pues se disponen como mandatos o directivas para orientar la acción legislativa del Congreso. Así tenemos por ejemplo el art. 75 que establece mandatos de tutela específica sobre derechos de los pueblos originarios (art. 75 inc. 17), derecho al desarrollo humano (art. 75 inc. 19), y la promoción de la igualdad para los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75 inc. 23).

Estas modificaciones no solo nos dejan un repertorio más amplio de derechos, sino también nuevas formas de entender e interpretar el repertorio anterior: sus implicancias reverberan sobre los derechos anteriores y los hacen resonar con tonalidades nuevas, en una suerte de “efecto diapasón” normativo.

¡Muchos más derechos!

Pero hay otra razón por la que los derechos constitucionales no terminan donde

termina la Constitución. En el art. 75 inc. 22 CN –otra norma “cosecha 1994”– tenemos una puerta abierta a la incorporación de nuevos derechos de rango constitucional a través de tratados internacionales de derechos humanos.

Así se pueden dar varias situaciones.

En primer lugar, *derechos existentes en la Constitución y “mejorados” en los tratados*. Es lo que sucede en garantías penales, en las que –por ejemplo– el desarrollo de la Convención Americana (y en particular sus arts. 8 y 9) complementa las disposiciones que sobre ese asunto aparecen en el art. 18 de la CN. Esto sucede con muchas disposiciones “convencionales” que suman detalles no cubiertos por las cláusulas “constitucionales”. Tenemos en la Constitución la protección genérica a la familia, pero en la Convención Americana vemos pautada la precisión de que se debe reconocer “iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo” (algo que por cierto no sucedía con la categorización del Código Civil original de Vélez Sársfield, que distinguía pulcramente y con prolija desigualdad de efectos surtidas “categorías” de hijos: *legítimos, adulterinos, incestuosos y sacrílegos*).

En el sentido inverso, también podemos encontrar *derechos en los que la Constitución es “mejor” que los tratados* (porque tienen un derecho mejor desarrollado, o directamente porque aparecen a nivel nacional derechos que el tratado no menciona). Parece contraintuitivo, pero es bastante frecuente. Esto es así porque los tratados internacionales tratan de fijar un *mínimo* común buscando la mayor adhesión de los países de diferente grado de desarrollo y propensión a reconocer derechos. Si el tratado fuera muy ambicioso al respecto, seguramente tendría pocas adhesiones.

Por último, también vemos *derechos solo existentes en los tratados y ausentes en la Constitución*. Es el caso, por ejemplo, del “derecho a réplica”, que aparece contemplado en la Convención Americana de Derechos Humanos como “de rectificación o respuesta” (art. 14), que permite a toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas contestarlas en el mismo órgano o medio que las difundió. Por cierto, se trata de un derecho que en la Argentina tampoco ha sido reglamentado a nivel *legal*.

“En las condiciones de su vigencia”

El rango constitucional de los tratados a los que se les asigna tal jerarquía se les otorga “en las condiciones de su vigencia” (tal la letra del art. 75 inc. 22 CN). La

frase es poco transparente pero tiene efectos muy importantes: se deben tomar los tratados como efectivamente rigen en la práctica del derecho internacional.

De repente, ya no somos “tan” soberanos. Porque esto implica que no hay libertad plena para interpretarlos a nuestro propio y criollo gusto, ya que en principio será vinculante para nuestro país la doctrina emanada de los órganos de aplicación de estos tratados. Así como la Constitución no solo es un breve documento, sino el documento escrito *más* la rica jurisprudencia que ha elaborado la Corte Suprema al interpretarla, lo mismo sucede con los tratados internacionales que tienen esa suerte de “apéndice jurisprudencial” dado por sus órganos de aplicación: las observaciones, opiniones y sentencias (esto último en el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, que tiene a la Corte Interamericana como un órgano que atiende cuestiones “contenciosas”, en la forma de reclamos de víctimas contra un país parte del tratado, sobre lo cual volveremos más adelante).

Podemos ejemplificar esta –notable– expansión con el siguiente asunto: aunque la Constitución argentina no diga nada sobre la imposibilidad de imponer una colegiación obligatoria de periodistas, sabemos que ello no está permitido. Y no es porque haya habido un fallo de “nuestra” Corte Suprema. Sucede que sobre el tema ya se pronunció la Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva 5/85, explicando que una norma de este estilo podría afectar la libertad de expresión que garantiza la Convención Americana de Derechos Humanos. Y como esta Convención Internacional es de las que tiene rango constitucional (¡otra vez citamos el art. 75 inc. 22!), ese estándar de interpretación del control de convencionalidad se aplica en nuestro sistema nacional.

El ejemplo viene a cuento para aclarar que no solo las sentencias “contra” nuestro país son las que resultan relevantes para sentar “jurisprudencia” sobre el tratado, sino que también se puede echar mano de las sentencias en casos contra cualquier país y de las opiniones consultivas donde no hay ningún país demandado.

En el caso de los tratados de la ONU (como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales) tendremos como fuente central de interpretación las “observaciones generales”, temáticas, sobre un derecho o aspecto del derecho que los tratados tutelan, emitidas por el comité internacional respectivo.

Derechos: ¿“programáticos” u “operativos”?

Algo que podría sorprender mucho al “lego” es la idea de que existan derechos “no operativos”. Este concepto que acompañó (y amortiguó) la expansión de derechos tuvo una peculiar taquigrafía técnica conocida como el carácter “programático” de los derechos. Se trataba de un rasgo distintivo sobre todo de derechos prestacionales (con costosos deberes a cargo del Estado, como salud, educación y vivienda), que se suponía no eran directamente exigibles. Más bien funcionaban como una pauta que podía eventualmente inspirar al legislador, pero no era algo que reclamar al juez.

Surgió de esta manera una dicotomía entre los derechos “programáticos” y los “operativos”, que tuvo cierto predicamento teórico para dar una respuesta fácil a preguntas incómodas del tipo: si existe el derecho a la vivienda (o el de participación a las ganancias de las empresas) en el art. 14 bis, ¿eso significa que puedo acudir a la justicia y pedir que me asignen una casa (o me hagan partícipe de los dividendos distribuidos el año pasado en mi empresa)? Por supuesto, la Constitución nunca mencionó las palabras “operativos” ni “programáticos”, así que la distinción siempre fue una conveniente construcción teórica.

La jurisprudencia (en buena medida por falta de tales planteos) no tuvo una postura clara, aunque tanto en la creación judicial del “amparo” como en otros fallos citaría intermitentemente un fragmento del “Manual” de Joaquín V. González que daba por tierra con la distinción:

No son, como puede creerse, las “declaraciones, derechos y garantías”, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación.

Pero la incómoda pregunta subsistía. Por fin, cierta construcción teórica aparecerá recién en el primer gran caso en el que la Corte se pronuncia sobre el derecho a la vivienda, el fallo *Q. C. c. CABA* de 2012. La Corte declara que debería darse una solución habitacional focalizada a una persona en extrema situación de vulnerabilidad: en situación de calle, sin medios de vida, y debiendo estar consagrada por completo a la atención de un hijo de corta edad que tenía una grave discapacidad. Toda esta acotación es necesaria para señalar que se desmarcó de una solución “maximalista”, que asumiera un derecho *on demand* a la vivienda. El fallo parece una versión expandida de una idea con la que Lorenzetti pivotaba en un libro de 1995: “El derecho fundamental tiene una garantía mínima, pero el resto es adjudicado por la democracia y el mercado”.

[25]

Así la Corte también buscó evitar caer en la solución facilista de decir que la vivienda era un derecho solo “programático”, y para suplirla –y **asumiendo que no podía proclamar una operatividad “directa”**– tabuló una categoría de derechos “de operatividad derivada”. Dijo allí que los *derechos fundamentales* –como es el caso del derecho a la vivienda digna– que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado tienen las siguientes características:

- no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad;
- **esa operatividad tiene un carácter derivado** –no directo– en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado; y
- están sujetas al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.

Este esquema implica que efectivamente son derechos judiciales, pero en un marco de deferencia a la decisión política, pues es claro que su concreción general (que demanda una política de vivienda) resulta de mayor complejidad. La Corte expresó que su operatividad es “de carácter derivado”, y de ese modo reconoció que

en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación, pues existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y también los recursos necesarios, originándose una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad la que, en definitiva, soporta la carga.

Con la primacía de la decisión dada a los poderes políticos, la razonabilidad entra en escena como salvaguarda –de momento–, solo para situaciones *in extremis*:

Sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema

vulnerabilidad, interpretación que permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos, cuando estos piden el auxilio de los jueces.

La “progresividad” (y la prohibición de regresividad)

La idea que analizamos en el apartado anterior no es otra cosa que la plasmación de lo que los Estados asumen siempre en materia de derechos prestacionales: un *mandato jurídico de mejora*, dado por el principio de progresividad. Así lo encontramos enunciado en el art. 2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (PIDESC), uno de nuestros tratados de jerarquía constitucional.

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para *lograr progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, *la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*.

Las claves de este artículo están tanto en una obligación de “ir a más” (la meta es la “plena efectividad”) como en la realista prevención de que no puede exigírsele todo el abanico de derechos costosos a Estados empobrecidos, y por ello aparece una obligación condicionada y exigible no *hasta el cielo*, pero sí “hasta el máximo de los recursos”.

El Comité del Pacto ha buscado razonar sus implicancias en una de sus “observaciones generales” (la OG 3), en la que aclara que el adverbio “progresivamente” no debe ser tomado como una forma de devaluar el contenido de la obligación, sino que debe servir para dar al artículo “un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales”. También se aclara que todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán *la consideración*

más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del *aprovechamiento pleno* de los recursos de que se disponga.

Si la obligación estatal es ir hacia adelante, ¿debemos deducir de esto la prohibición de regresividad? Sobre la base de ese criterio, una vez que se ha normado o adoptado un nivel de aseguramiento y tutela de esos derechos, ninguna reforma posterior *podría* significar retrocesos, empobrecimientos o restricciones.

Cabe aquí matizar con el modo potencial: destacamos el “podría”. La relación no es tan directa, pues para ver si una norma es regresiva con respecto a otra precedente no debe hacerse un análisis particular y centrado en el resultado emergente para un individuo o caso concreto, sino que el análisis debe ser global, teniendo en cuenta todos los titulares de los derechos, y no solo pensar de manera aislada en los derechos contemplados en el PIDESC, sino apreciándolos en conjunto.

La otra cuestión es que desde el punto de vista de la jurisprudencia no hay “prohibición”, aunque sí un control estricto. La Corte pasó en limpio este punto en un fallo de 2013, *ATE c. Municipalidad de Salta*, en el que declaró la inconstitucionalidad de rebajas salariales. Su interpretación al respecto, consistente con la citada OG 3, fue que todas las medidas estatales de carácter deliberadamente “regresivo” en materia de derechos humanos requieran la consideración “más cuidadosa”, y que deban “justificarse plenamente”, con referencia a la “totalidad de los derechos” y en el contexto del aprovechamiento pleno del “máximo de los recursos” de que el Estado disponga. Así la Corte entendía en ese fallo que las normas regresivas tienen una “fuerte presunción” contraria a su constitucionalidad, con lo cual en la práctica se invierte la carga de la prueba y es el Estado el que tendrá que demostrar la necesidad y oportunidad de esa medida regresiva.[\[26\]](#)

Derechos implícitos y derechos “no enumerados”

La Constitución no funciona como una “caja negra”, cerrada en sí misma, sino que es un texto que permite y auspicia que su sistema solar se expanda y atrape nuevos elementos.

En primer lugar, tenemos margen para consensuar la existencia de algunos derechos “implícitos”, que se derivan más o menos necesariamente de derechos

enunciados. Los derechos funcionan como premisas de las cuales nos servimos para deducir consecuencias jurídicas: determinan los casos a los que asignamos garantías de tutela o aseguramiento y funcionan como plataforma para atribuir obligaciones de respeto o reparación (y hasta penas) para los casos de infracción.

Más allá de esta proyección inmanente a cada derecho, hay proyecciones que son inmanentes al propio sistema. El art. 33 abre la puerta para ir a buscar *derechos no enumerados*, “pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. El artículo fue introducido en la reforma constitucional de 1860 y tiene un parentesco obvio con la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos: “No por el hecho de que la Constitución enumere ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo”.

Esta norma del art. 33 permitió que desde un principio se otorgara carácter constitucional a derechos que no estaban expresamente *escritos* en la Constitución histórica. Pero esto es importante también hoy porque nos permite “interpretativamente” expandir la tabla de derechos más allá de lo que el constituyente escribió. Es una muy mala noticia para el literalismo cínico que busca chicanear: “Decime en qué artículo de la Constitución encontrás ese derecho”. Con un poco de argumentación, una respuesta posible puede ser que está “implícito” o “no enumerado”.

Se impone aquí una advertencia metodológica: el art. 33 no es un comodín constitucional. Para hacer la magia de “ver” derechos no enumerados, el intérprete no es libre. Tiene que demostrar que los derechos tienen que vincularse con “democracia” (soberanía del pueblo en el lenguaje del siglo XIX) y con la “forma republicana”. Estos dos vectores también reverberan con fuerza, pues ese compromiso democrático no solo vale como principio interpretativo, sino también como principio de ampliación, con esa fuerza viral de generar nuevos derechos.

El principio *pro persona*

Que los derechos no sean taxativos es una cuestión que también está presente en esas “metaconstituciones” que son los tratados de derechos humanos (ese fruto de la internacionalización de los derechos).

Como tenemos muchas *fuentes normativas* de derechos, es posible y común que dos de ellas tengan distintos alcances o versiones. Por eso, por ejemplo, la

Convención Americana ha dedicado una directiva de interpretación (el art. 29) para aclarar que sus disposiciones no pueden ser usadas para excluir otros derechos, implícitos o explícitos. La consecuencia lógica de este criterio es que se ha ido imponiendo una aplicabilidad de la “mejor versión”, que se traduce en un principio denominado *pro homine* o *pro persona*. Encontramos una versión muy compacta de lo que implica este criterio en la exposición del juez Piza Escalante con respecto a su voto particular en la Opinión Consultiva 7/87 de la Corte IDH. Allí se explica que la propia naturaleza de los derechos humanos “*obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen*”. De esta forma –afirma– dicho principio “conduce a la conclusión de que la exigibilidad inmediata e incondicional de los derechos humanos es la regla y su condicionamiento la excepción”.

¡Libertad!

Del párrafo anterior podemos deducir que la libertad es un derecho particular, que funciona en *modo de principio*. No es una “regla” que tenga un campo de aplicación predeterminado, sino que tiene vocación expansiva y puede aplicarse a varias situaciones: por eso hablamos de libertad de expresión, libertad de cultos, libertad de empresa, libertad de tránsito, y la lista sigue.

La libertad –como todo derecho– no es inmune a la regulación estatal, que la puede necesitar para un ejercicio concertado y ordenado, no disfuncional, de las libertades en cuestión. Los derechos se ejercen “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”, dice el art. 14 CN, pero la Constitución también pone límites al “Estado reglamentador” para evitar que los derechos se pierdan por el camino de la reglamentación. Es la regla que surge del art. 28 CN, que establece que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Un repaso básico de varias normas constitucionales nos permitirá rescatar algunas ideas que explican de qué modo opera este principio liberal –tan definitorio en nuestro ADN constitucional–:

- *Se puede hacer todo lo que no esté prohibido por ley*: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley”, comienza el

párrafo final del art. 19 CN.

- *No es obligación hacer nada que no esté mandado por la ley*: “Ni privado de lo que ella no prohíbe”, termina el párrafo final del art. 19 CN, en una idea que aparece también en el art. 17 CN, cuando dice que “ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley”.
- *Y ni siquiera la ley puede prohibir actos que no tengan efectos dañosos*: esta es la idea básica del art. 19 CN, que establece así un límite estricto al poder del Estado.

Por eso, para la Constitución, el condicionamiento regulatorio no es constitutivo, sino contingente. La libertad individual es un principio conformador que debe entenderse como primordial y al que no corresponde definir *por descarte*: no es el resabio permitido de lo que el Estado ha resuelto dejar sin regular. Llevado al extremo, como razonaba Alberdi en el título de uno de sus últimos escritos, *la omnipotencia del Estado es la negación de la libertad individual*.

Actos privados

El lugar del principio de libertad se conjuga y hace juego con una robusta protección a la privacidad. El enfático –y bello– lenguaje del art. 19 enunciará esto último con un blindaje especial, otorgándole una tutela reforzada.

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.

Muchas veces se ha leído esta norma como una protección más limitada, dando pie a una “doctrina de la interioridad”, según la cual la protección solo aplica a conductas que no tengan trascendencia a un espacio público.

Otra tendencia parte de una lectura diferente: enfatizar que esa nota de “pública” (que es la que habilita restricciones) se debe entender por oposición a una moral estrictamente “personal” (conforme a la cual elegimos nuestros

valores y planes de vida sin el condicionamiento estatal que surge solo cuando hay obligaciones intersubjetivas), cualquiera sea el ámbito en que se desarrolle.

Esta concepción es en efecto la que nos permite afirmar que la idea del art. 19 va mucho más allá de “hacer lo que quiero entre [mis] cuatro paredes”.

En el fallo *Ponzetti de Balbín* de 1984 (en el que se demandaba a la revista *Gente* por la difusión no autorizada de fotos del conocido líder político en una sala de internación, una de las cuales fue publicada en la tapa bajo el título “Balbín agoniza”), la Corte hará el salto de la simple intimidad a una más amplia “privacidad” que se construye como un ámbito de autonomía de la persona.

Allí declaró que el derecho a la privacidad protege

un ámbito de autonomía individual constituida por sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad.

Y a continuación desplegó la idea, para que quedase claro que no se trata de un tímido y claustrofóbico derecho a la intimidad ceñido a “cuatro paredes”:

En rigor, el derecho a la privacidad comprende no solo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas, tales como la integridad corporal o la imagen, y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello, y solo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.

Esta línea sería también retomada en *Bazterrica* de 1987, el caso en el que se determinó que la incriminación por tenencia de estupefacientes para consumo personal es inconstitucional. Allí la mayoría de la Corte exponía que “cabe distinguir la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la

Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros”.

Y en el mismo caso se explayaba en su voto el juez Petracchi:

Deberán entenderse como *acciones privadas de los hombres* aquellas que no interfieran con acciones legítimas de terceras personas, que no dañen a otros, o que no lesionen sentimientos o valoraciones compartidos por un conjunto de personas en cuya protección está interesada la comunidad toda.

Hay así una serie de acciones solo referidas a una “moral privada”, que es la esfera de valoraciones para la decisión de los actos propios, los cuales no interfieren el conjunto de valores y de reglas morales compartidos por un grupo o comunidad, ya sea porque esta última no se ocupa de tales conductas, o porque ellas no son exteriorizadas o llevadas a cabo de suerte tal que puedan perjudicar derechos de los demás.

Esta idea de dar preeminencia a la voluntad y creencias individuales “autorreferentes” ha sido clave para los casos en que la Corte aceptó las creencias religiosas como fundamento de la objeción de conciencia para portar armas en un servicio militar obligatorio (caso *Portillo* de 1989) y de la negación a recibir una transfusión de sangre por parte de Testigos de Jehová (casos *Bahamondez* de 1993 y *Albarracini Nieves* de 2012).

Siguiendo este criterio, la Corte ha encontrado conceptualmente también en este artículo una base para establecer el pluralismo y la diversidad como valores constitucionales. Un fallo notable e iluminador es *ALITT* de 2006, caso en el que se discutía si correspondía dar personería jurídica a la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti y Transexual (ALITT), ONG que fundó y presidía entonces la activista Lohana Berkins. El Estado se la había denegado alegando que no bregaba por el “bien común”, sino solo por intereses de sus miembros. Allí el tribunal dio con el canon moderno del liberalismo constitucional:

El art. 19 de la Constitución nacional, en combinación con el resto de las garantías y los derechos reconocidos, no permite dudar del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la autonomía de la conciencia como esencia de la persona –y, por consiguiente, la diversidad de pensamientos y valores– y no obligar a los ciudadanos a

una uniformidad que no condice con la filosofía política liberal que orienta a nuestra Norma Fundamental.

El país de la libertad

El mandato preambular daba por ciertos “los beneficios de la libertad”. El fondo de pantalla de la Constitución argentina se forjó sobre la base de esa idea. En el capítulo 34 de las *Bases*, Alberdi discurría sobre la “Política conveniente para después de dada la Constitución”, y esbozaba este claro ideario: “Gobernar poco, intervenir lo menos, dejar hacer lo más, no hacer sentir la autoridad, es el mejor medio de hacerla estimable. A menudo entre nosotros *gobernar, organizar, reglamentar, es estorbar, entorpecer*”. Hagamos una nota mental con esta frase, sobre la que volveremos más adelante.

En todo caso, el sistema de nuestra organización fue seteoado con extremo recelo a las restricciones, tanto así que la libertad puede pensarse constitucionalmente no como un derecho puntual ni residual (como si dijéramos: libertad es “lo que queda una vez que se despejaron todas las restricciones válidas”), sino como el núcleo de anclaje para los demás derechos: en lo conceptual es transversal a todos ellos.

Por eso, la “libertad” a secas ha sido convenientemente desmenuzada, para su mejor manejo y logística, en compartimentos jurídicos en los que vemos ya definido su sentido específico.

El concepto general se vuelve allí “especializado”, y da lugar a etiquetas variadas: *libertades personalísimas* (como las que conciernen al propio cuerpo y a la imagen), *libertad de tránsito y circulación* (lo que implica tanto el ejercicio personal como el uso de sistemas de transporte público), *libertades económicas* (que refieren al patrimonio y el derecho a la industria o de ejercer el comercio), *libertades políticas* (que no incluyen solo las de elegir y ser elegido, las de afiliación y conformación de partidos, sino también el derecho a la protesta), *libertad de expresión* (en una doble faz que implica el derecho de buscar y recibir opiniones e ideas) o *libertad religiosa* (caso en el cual cobra especial relevancia una noción de *neutralidad del Estado*: esa libertad asume la obligación estatal de no establecer preferencia respecto de ninguna posición religiosa en particular, comprendiendo ello la de los no creyentes).

En la combinatoria resultante, la conjunción de la libertad “general” se comprende como el fundamento común de esas “especies” que (al conjugarse

con derechos distintos) determinan sus propios modos de ejercicio, sus propios sistemas de restricción y hasta criterios diferenciados de revisión judicial.

“Libertades preferidas”

En efecto, la jurisprudencia estadounidense ha desarrollado una teoría denominada “de las ‘libertades preferidas’”, por la que aplica un criterio estricto (llamado “escrutinio estricto”) al momento de evaluar la constitucionalidad de restricciones en ciertos derechos.

La formulación inicial aparece en una opinión del juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos Benjamin Cardozo en el caso *Palko c. Connecticut* de 1937. Allí apunta que existen derechos básicos que pertenecen a la “verdadera esencia de un plan de ordenada libertad” y que están por lo tanto implícitos en el concepto de esta. Los califica como “principios fundamentales de libertad y justicia que se encuentran en la base de todas nuestras instituciones civiles y políticas” y que “están de tal modo arraigados en las tradiciones y conciencia de nuestro pueblo que pueden ser conceptuados como fundamentales”.

Estos derechos (como la libertad de expresión, la libertad religiosa, el derecho a la privacidad y el derecho a la participación política) son resistentes a “ceder” ante el *bien común* (representado por regulaciones que los restrinjan) o ante *derechos de otros*, particulares, que entren en conflicto.

El resultado de esa preferencia se traduce en el “escrutinio estricto” a toda norma que afecte a esos derechos, de modo que el Estado debe demostrar un interés imperioso en su regulación. Si no están en juego estas libertades preferidas, el margen de intervención estatal es mucho más amplio y estaremos frente a un derecho más “regulable”. Esta forma de razonar se revela como un estándar influyente en el constitucionalismo moderno, y explica el estatus preferente para la cuestión que veremos a continuación.

La libertad de expresión

La libertad de expresión es un buen ejemplo para ilustrar de qué manera los derechos funcionan como “bombas racimo” de garantías y criterios, donde

pequeñas palabras dan lugar a muchos conceptos y doctrinas. Vamos a usar también este ejemplo para profundizar un poco en cómo se despliega un concepto constitucional en una combinación sinérgica de fuentes, en la que convergen ideas de la propia Constitución, de tratados internacionales y de precedentes “importados” por la jurisprudencia local.

La base literal no brinda una gran plataforma. El art. 14 habla del derecho “de publicar sus ideas *por la prensa* sin censura previa”, y el 32 anuncia que el Congreso “no dictará leyes que restrinjan la libertad de *imprensa*”.

Aquí marcamos un primer desplazamiento: “por la prensa” no es “prensa escrita”, la única que conocían Alberdi, Gorostiaga y los hombres del 53. Nuestro entendimiento de esta referencia no es literal sino conceptual, y por eso asumimos que la libertad de prensa se aplica con independencia del formato, que puede ser audiovisual o incluso digital.

En segundo lugar, hay otro atributo “no escrito” que le hemos endosado a la libertad de expresión: es el que le da un lugar “eminente” en el concierto de derechos, tanto en el modelo estadounidense como en la jurisprudencia de la Corte Suprema, que suele decir que sin ella “existe riesgo evidente de un deterioro de las libertades republicanas”. Por cierto, es más que un derecho *individual*, pues se trata de un derecho colectivo y también bifronte, bidimensional, como lo ha enfatizado la Corte Interamericana (OC 5/85) al decir:

Quando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde se ponen de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a *recibir* cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

En esta opinión consultiva, la Corte se pronuncia, por ejemplo, contra la *colegiación obligatoria de periodistas*, y concluye que esta exigencia es incompatible con el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto impide el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información.

El estatus especial de la libertad de expresión ha dado pie a construcciones que buscan sistematizar esa tutela preferencial. Por ejemplo, el Sistema Interamericano (jurisprudencia de la Corte y la Comisión) ha articulado un “test tripartito” que condiciona las restricciones a la libertad de expresión a que sean establecidas a) por ley, b) con un objetivo legítimo dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos, y c) considerándolas solo válidas en tanto sean *necesarias* en una sociedad democrática, asumiendo que en esa necesidad se debe conjugar el ser *adecuadas* (que sirvan para un fin concreto), no injustificadamente restrictivas y estrictamente *proporcionales* (más adelante veremos en detalle estas notas de proporcionalidad).

En resumen, tiene que haber muy buenas y concretas razones para poner límites a la libertad de expresión. Pero para evitar conflictos con otros derechos ha sido necesario establecer criterios puntuales que la mantengan a salvo de posibles disputas. Uno muy habitual es el reclamo de damnificados. Allí hay mecanismos no legislados pero ya establecidos en la doctrina de nuestros tribunales:

- La doctrina de la “*real malicia*”, que para responsabilizar a un medio exige la demostración de que este publicó una noticia errónea a sabiendas de su falsedad, o actuando de mala fe o con extrema negligencia (la peculiar denominación es importada de un fallo de la Corte de los Estados Unidos, *New York Times c. Sullivan* de 1964, que luego adopta nuestra Corte Suprema en la década de 1990).[\[27\]](#)
- La “doctrina Campillay”, iniciada en un fallo de la Corte Suprema de 1986, por la que se exime de responsabilidad a un medio en tres casos: si atribuye el contenido de la información a la fuente pertinente, o b) si la difunde utilizando un tiempo de verbo potencial (“*estaría* vinculado con el hecho”), o bien c) si mantiene la reserva de la identidad de los implicados en el hecho ilícito.[\[28\]](#)
- La convención de que el umbral de protección al derecho a la vida privada es diferente para quien ocupe un cargo de funcionario público, siempre que haya un plausible interés público en la información. Esta idea, muy extendida, es la que adopta también la Corte Interamericana en la causa *Fontevecchia y D’Amico c. Argentina*, de 2011, determinando que una sentencia que obligaba a un medio a indemnizar al expresidente Carlos Menem por la difusión de fotos familiares –no públicas– en una revista semanal incurría en una violación estatal.

- Se reconoce incluida la tutela cuando la expresión satírica utiliza el humor o lo grotesco para manifestar una crítica o para expresar un juicio de valor. En un caso resuelto en 2020 que involucraba a la revista *Barcelona*, la Corte señaló que “el cariz desagradable, indignante o desmesurado de ciertas expresiones del debate público no podría despojarlas de protección constitucional sin incurrir en criterios que, en última instancia, dependerían de los subjetivos gustos o sensibilidades del tribunal de justicia llamado a ponderarlas”, agregando que en todo caso el criterio de responsabilidad estaría dado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriantes que carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan.[\[29\]](#)

Y no hablamos solo de lo que se puede publicar o no. Para proteger la libre expresión también se ha considerado otra forma sutil de coacción o condicionamiento estatal, de enorme incidencia en la dinámica del periodismo (necesariamente) organizado como empresa. Así, se ha concluido que la asignación o reducción arbitraria de publicidad oficial por parte del Estado puede inducir algún tipo de censura indirecta, por lo cual se debe otorgar esa pauta con criterios objetivos (doctrina que la Corte adoptó en *Editorial Río Negro SA c. Provincia del Neuquén* de 2007).[\[30\]](#)

Fuentes privadas y públicas

La tutela del derecho no solo abarca la expresión en sí, sino también la de otras condiciones que inciden en la práctica del oficio. De esta manera incluye el derecho a guardar el “secreto de las fuentes”, “una de las piedras angulares de la libertad de prensa”, según un fallo del Tribunal de Derechos Humanos (*Goodwin c. Reino Unido* de 1996), que en caso de no tener tutela judicial “podría disuadir a las fuentes periodísticas de ayudar a la prensa a informar al público sobre cuestiones de interés general”. En nuestra Constitución, desde 1994 el *secreto de las fuentes de información periodística* se encuentra explícitamente mencionado en el art. 43, párr. 3.

También es relevante para la libertad de expresión garantizar el *acceso a las fuentes de información pública*. Aunque el derecho no asiste solo a periodistas, la obligación de transparencia y “máxima difusión” por parte del Estado se inscribe en esa lógica que obliga a las administraciones a brindar todos sus datos

y responder los pedidos de acceso a la información, salvo que existan muy buenas razones para justificar la restricción.[\[31\]](#)

En 2016, esto se reglamentó a nivel federal en la Ley de Acceso a la Información Pública 27.225, que establece en el art. 1 la *presunción de publicidad*: “Toda la información en poder del Estado se presume pública, salvo las excepciones previstas por la ley” (que incluyen, entre otras, por razones de defensa o política exterior, la información protegida por secreto profesional o que contenga datos personales).

¡Propiedad!

La propiedad es “inviolable” según el art. 17 CN. El enunciado constitucional parece concluyente, pero –como asevera con razón la jurista María Angélica Gelli, y que aplica a tantas afirmaciones asertivas de la Constitución– es una “fórmula vacía”. Como todo derecho, va a estar sujeto a regulaciones y restricciones.

De hecho, el Código Civil puede leerse –en su mayor parte (excluida la parte abocada a la familia y la regulación de personas humanas y jurídicas)– como un enorme texto dedicado a reglamentar el derecho de propiedad privada. Recordemos que allí hay “libros” o secciones dedicados a los contratos, a las obligaciones –incluidas las indemnizaciones–, a los derechos “reales” (que recaen sobre cosas) y a las sucesiones.

Esto nos invita a aclarar que el derecho de propiedad no se restringe a “cosas”, ni a ser “dueño” de algo. Un litigio que involucraba el cobro de impuestos sobre un sepulcro dio pie a la Corte para elaborar en 1925 una catedrática definición según la cual el derecho de propiedad comprende “todos los *intereses apreciables* que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad”.[\[32\]](#)

Más allá de la definición, el concepto sirve para entender que la propiedad “en sentido constitucional” implica cosas y dinero, pero también derechos y obligaciones emergentes de contratos y concesiones, el derecho de uso y de explotación (percibir “frutos” de la cosa), la posibilidad de transmitir todo o parte del derecho por contrato (vender, alquilar) o por causa de muerte (sucesiones).

Propiedad con “adjetivos”

Así como confeccionamos nuestro catálogo de libertades, podemos ensayar uno similar de propiedades “con adjetivo”, que explican y exploran nuevos perfiles de la propiedad clásica.

La “función social” de la propiedad

Está prevista en muchas constituciones provinciales –y lo estuvo en la Constitución de 1949–, pero no en la Constitución nacional. Aunque sus contornos son imprecisos, lo cierto es que la expresión refleja el abandono del concepto clásico de propiedad como un derecho absoluto. Esto lo podemos encontrar manifestado, entre otros textos, en la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece el derecho de propiedad, pero aclara que “la ley puede subordinar su uso y goce al interés social” (art. 21 inc. 2).

Se impone una aclaración: la función social de la propiedad es pertinente para regulaciones que eviten un ejercicio “disfuncional” del derecho, pero el adjetivo no es sustantivo. No se trata de “socializar” la propiedad.

Propiedad “comunitaria”

Es un tipo especial de propiedad que sí implica un apartamiento mayúsculo del paradigma clásico. La Constitución dedica el art. 75 inc. 17 (incorporado en la reforma de 1994) a los pueblos indígenas argentinos y allí les garantiza la “propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan”. El perfil concreto de esta propiedad es muy distinto, pues según la Constitución “ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos”. No existirá bajo este régimen una titularidad singular ni condominio, sino la de un sujeto colectivo. Actualmente, una “disposición transitoria” (la 1ª) del Código Civil y Comercial se limita a establecer que su regulación “será objeto de una ley especial”. A la fecha, no existe una legislación específica sobre la propiedad comunitaria.

Propiedad y “derechos adquiridos”

El legislador no puede afectar un “derecho adquirido”. En un fallo célebre (*Horta c. Harguindeguy* de 1922), la Corte sostuvo que

el legislador podrá hacer que la ley nueva destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existentes; los jueces, investigando la intención de aquel, podrán, a su vez atribuir a la ley ese mismo efecto. Pero ni el legislador ni el juez pueden, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior. En ese caso, el principio de la no retroactividad deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad.

Se entiende que hay derecho adquirido cuando alguien haya cumplido, bajo la vigencia de una determinada ley, todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales allí previstos para ser titular del derecho consagrado.

Pero, atención, *nadie tiene derecho al mantenimiento de una legislación determinada*. Es el reverso de lo dicho en el apartado precedente: la Corte ha sostenido de manera reiterada que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad. Por eso, las regulaciones a los derechos pueden variar “para el futuro”. Las meras expectativas no son derechos.

La propiedad intelectual y las patentes

La propiedad –como explicita el art. 17 CN– también incluye la propiedad intelectual y comercial (“Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerda la ley”).

Viene a cuento entonces que nos detengamos brevemente en cómo el Congreso reglamentó esta cuestión. El “término que acuerda la ley” dura toda la vida del autor, y se proyecta a sus herederos por setenta años desde la muerte del autor. A partir de ese momento, la obra pasa al dominio público y puede reproducirse libremente. Aunque hay diferencias entre países, el término de setenta años es un

estándar internacional (el Convenio de Berna de 1886, el primero que buscara una regulación global en la materia, establecía un mínimo de cincuenta años).

La fuente nacional es la Ley 11.723, una pionera ley de 1933 que cubría en su origen obras científicas, literarias, artísticas y musicales, incluidas las audiovisuales. Esta normativa permanece vigente con algunas pequeñas modificaciones: una muy significativa es la equiparación del software a las obras artísticas (“los programas de computación fuente y objeto”) producto de una reforma dada en 1998.

La propiedad cancelada: la expropiación

El constituyente ciertamente imaginaba la “expropiación” como el caso paradigmático de ataque a la propiedad privada. Es por ello que supeditó ese mecanismo a dos condiciones. Una es la *declaración de utilidad pública* (declaración que puede provenir del Congreso, bajo forma de ley, si el sujeto que expropia es la Nación, o puede darse a través de una ley local si quien expropia es una provincia). La otra es la *indemnización* previa (y “justa”, agrega la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 21 inc. 2).

La declaración de utilidad pública no es discutible en tribunales (es una de las llamadas “cuestiones no judiciales”), pero el precio sí puede ser determinado judicialmente en un *juicio de expropiación* que el Estado puede iniciar una vez que la ley ha declarado esa utilidad. En ese juicio, pues, solo se discutirá la indemnización, pero no la expropiación en sí.

La propiedad dañada y restituida en forma de indemnización

La propiedad puede quedar expuesta a agresiones no solo por parte del Estado, sino por parte de particulares. De allí que este derecho proyecte su sombra sobre un área muy transitada de la práctica abogadil: los litigios de daños en los que se reclaman indemnizaciones.

Esto incluye además del daño físico las pérdidas de valor: cuando un derecho patrimonial cede por razón de interés público o general ante el Estado, o sufre daño por actividad del Estado o de los particulares, *el daño debe ser indemnizado*. Ese derecho también es “propiedad”. Más adelante volveremos sobre esto en la sección de los “ilícitos civiles”.

Impuestos

El derecho de propiedad estará siempre afectado por el pago de impuestos, que entonces puede verse como una restricción a ese derecho, presupuesta y autorizada por la Constitución.

Sin embargo, esa injerencia está bastante condicionada. En materia tributaria la Constitución hace explícita la exigencia de *ley formal* para establecer los sujetos o situaciones que son objeto de impuestos, su cuantía (fija o por alícuota), los sujetos obligados y otros detalles. Incluso se ha tenido la precaución de excluir los impuestos de las materias que el presidente puede excepcionalmente legislar por decreto de necesidad y urgencia.

Una advertencia importante: no debemos pensar los impuestos de forma desvinculada de la estructura de garantías que incluye el artefacto constitucional. Los impuestos son “el costo de los derechos”, como sintetiza en su título el gran libro de Holmes y Sunstein. Incluso el derecho de propiedad y las libertades aparentemente negativas necesitan de acciones estatales vigorosas.

Solo es posible definir los derechos como antigubernamentales, como muros erigidos contra el Estado, si se ignora en forma injustificable la indispensable contribución de la autoridad pública a la construcción y el mantenimiento de esos muros.[\[33\]](#)

El criterio se magnifica cuando escalamos a derechos sociales que requieren prestaciones estatales, ya sea en forma de estructuras de control y prevención, o en forma de prestaciones directas (y costosas) como salud, educación, y vivienda. Ya sea en versión mínima o máxima, la libertad depende de los impuestos.

Junto con la autorización a “gravar” (exigir cobros compulsivos), las constituciones imponen esos límites *formales* como el de exigir “leyes”, pero también límites materiales (hasta “cuánto” se puede gravar). Si no existieran esos topes, por medio de los impuestos se podría eludir la garantía que da la Constitución sobre la integridad del patrimonio. Por eso es que se habla de una garantía que se activa cuando reputamos a un impuesto como “confiscatorio”, y a partir de esa zona diremos que el Estado sobrepasó el monto de tributación permitido, pues afectó el contenido esencial del derecho de propiedad.

Confiscatoriedad

De modo que tenemos que fijar la frontera de lo “confiscatorio”. En esa tarea la jurisprudencia argentina ha desarrollado un peculiar criterio para definir el máximo de la injerencia (constitucionalmente) admisible. Lo hizo en una larga línea de fallos –que subsiste hasta la actualidad– en la que se estableció como válida la cuantía de impuestos que no excedan un tercio del capital o de la renta involucrada.^[34] Esa pauta del “33%” no tiene equivalente en otros sistemas ni existe en la letra de nuestra Constitución, de forma tal que solo se mantiene con la fuerza de la autoridad de la Corte. La razón detrás de esta pauta es la de contar con algún tipo de control cuantitativo que mantenga a raya la presión tributaria de un impuesto determinado, materializado en una cifra que le permita al legislador sostener un margen abierto para ejercer su crucial facultad impositiva.

¿Por qué, entonces, 33%? No hay un porqué que explique ese número concreto, pero ello no implica que no lo tengamos –por ahora, aunque este es *un largo “ahora”*– incorporado como un dato escrito en tinta limón (la tinta limón de la jurisprudencia) en nuestro sistema constitucional.

¿Quién cobra los impuestos?

Esta pregunta nos lleva a una primaria división que se resuelve en una clasificación constitucional.

Por un lado, los impuestos “externos” (aduaneros, que muchas veces se nominan “retenciones”) solo los fija el Congreso y su recaudación ingresa únicamente a la Nación (no hay coparticipación).

Por otro, respecto de los “internos” (que recaen sobre operaciones y bienes que se intercambian dentro del país) la cuestión es más compleja. El art. 72 inc. 2 incluye una distinción, que no define, entre contribuciones “directas” e “indirectas”.

Los *indirectos* son impuestos que tienen una estructura de cobro “intermediada” por un privado. El impuesto es soportado económicamente por el consumidor final, pues está incluido en el precio, pero el obligado al pago a la AFIP es el comerciante, que debe liquidar el porcentaje correspondiente a la agencia tributaria. La Constitución los dispone como facultad “concurrente” con las provincias, y por ende tanto estas como el Congreso pueden establecerlos.

Así, la Nación cobra el IVA (impuesto al valor agregado) y las provincias cobran el impuesto a los ingresos brutos.

En el caso de los impuestos *directos* no hay intermediación: es el propio contribuyente el que además está obligado a pagarlos. Algunos ejemplos son el impuesto a las ganancias y los impuestos a la titularidad de bienes, acciones o depósitos. Aparecen en principio reservados solo a las provincias, pero hay una excepción y que se ha generalizado: el Congreso puede establecer estos impuestos únicamente si son *“por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan”*.

El conocido impuesto a las ganancias es un caso de este tipo de generalización. Fue creado en 1932 como un impuesto a los réditos en un marco de excepcionalidad y por un tiempo determinado. Pero lo excepcional se fue transformando en permanente, y desde entonces cada cierto tiempo se sanciona una ley que renueva la vigencia de este “impuesto de emergencia” (ahora denominado “impuesto a los ingresos”), siempre por un lapso nominalmente temporal, que en la práctica está llamado a persistir.[\[35\]](#)

Muy parecido al impuesto: las “tasas”

Las tasas forman parte de la gran familia tributaria, pero tienen una distinción: mientras que el impuesto no está asociado a ninguna contraprestación del Estado, las “tasas” sí lo están. Por ejemplo: una tasa municipal de “alumbrado, barrido y limpieza” supone por parte del Estado la obligación de prestar tales servicios: alumbrar, barrer, limpiar. Las “tasas de justicia” que se abonan en los juicios tienen la contraprestación de que el Estado está brindando precisamente el servicio de justicia de establecer y mantener en funcionamiento los tribunales en cuestión.

Las tasas tienen una particularidad: son el único medio de imposición con el que cuentan los municipios, que no pueden cobrar impuestos “propriadamente dichos”. Sin embargo, por su parecido “funcional” al impuesto (porque también son generales y coactivas), se asume que las tasas deben establecerse por ley formal del Estado que ha determinado el servicio (u ordenanza si son municipales), y no se pueden imponer por decreto o resolución del Ejecutivo.

Resulta irrelevante la voluntad del contribuyente, ya sea por el hecho de que carezca de interés en el servicio o que no le resulte beneficioso. Es decir, un

vecino no puede excusarse del cobro de la tasa alegando que no le interesa mantener limpia su propia vereda. Un comerciante paga una “tasa de salubridad” que está destinada a financiar el cuerpo de inspectores que controla la higiene de los establecimientos, pero el beneficiario de ello no es el propio comerciante, sino la comunidad. Esto implica que los servicios deben ser “públicos” conceptualmente (de prestación estatizada, o bien concesionados para que los preste un privado).

En la materia, la jurisprudencia ha concluido que el costo del servicio que se dice prestar debe guardar *una discreta relación con lo que se factura en la tasa*, si bien *no resulta exigible una equivalencia estricta*. Esto implica que en la tasa puede tener algunos criterios extrafiscales o solidarios en su determinación.

Otro “pariente” de la tasa (y a su vez del impuesto) es la “contribución de mejoras”, que está destinada no a afrontar el costo de un *servicio*, sino de una *obra pública* (por ejemplo: asfaltado, agua potable, etc.). Como la tasa, es obligatoria.

Del paradigma patrimonialista al paradigma ambiental

El paradigma patrimonialista veía al ambiente como un recurso natural a ser explotado. El paradigma ambiental, en cambio, entiende al entorno novedosamente como un bien colectivo (no “apropiable”), tan difuso que las consecuencias de su explotación pueden repercutir en otras geografías (el desmonte en una provincia puede provocar inundaciones en otra, el acaparamiento del agua de una cuenca puede conducir a la desertificación del río que deja de correr –como ocurrió en el río Atuel, y que desembocó en un sostenido conflicto entre Mendoza y La Pampa–). Las implicancias de una explotación descontrolada podrían repercutir también en generaciones futuras, por lo que una afectación a veces ni siquiera puede ser resuelta por el consenso unánime de una generación actual, cuando está claro que los efectos de determinada acción sobre el ambiente serán perjudiciales a largo plazo.

La idea constitucional al respecto fue plasmada en clave moderna en la reforma de 1994, con varios puntos cardinales incluidos en el art. 41 CN. La premisa inicial es que “todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano” y por eso “tienen el deber de preservarlo”.

La premisa es coronada con dos criterios concretados en el mismo artículo. En

primer lugar, *desarrollo sustentable*: “Que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”. En segundo lugar, la CN establece que “el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer”. Como el daño al ambiente es imprevisible y potencialmente inconmensurable en sus consecuencias, no basta con una indemnización a quien demuestre perjuicios patrimoniales: no se acepta el *contaminador-pagador*, pues sería tarifar y así permitir el daño ambiental.

El paradigma ambiental no busca bloquear el desarrollo sino racionalizarlo, y esa necesidad está detallada en muchos aspectos: impedimentos, regulaciones y obligaciones estatales. Muchas de ellas están especificadas en la Ley General del Ambiente, la Ley 25.675 de 2002, que en consonancia con lo dicho hasta aquí adopta como criterio general el llamado *principio precautorio*.

Según este estándar ya generalizado en el derecho internacional, la perspectiva de un daño ecológico debe tomarse en cuenta con la sola chance o indicio de que una acción pueda acarrear un daño ecológico significativo, sin que se requiera la prueba de “certeza” para imponer la obligación de adoptar todas las medidas de mitigación necesarias, y para impedir la obra u operación si estas no fueran posibles. Para ello la ley impone el previo y obligatorio *estudio de impacto ambiental* para “toda obra o actividad que sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa”.

El derecho a la vida

Elegimos cerrar este catálogo con este derecho que es “el primer derecho de la persona humana”, como ha dicho la Corte en muchos fallos, al verlo como “un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”. Tan “obvio” que los constituyentes originales no tomaron la precaución de enunciarlo, y se daba por supuesto (la doctrina constitucional decía que era uno de los derechos “implícitos”). Luego aparecieron los pactos, y con ellos, la referencia ya concreta al derecho a la vida.

En lo que sigue vamos a ver este derecho en alguna de sus puntas extremas. Pero solo de pasada, digamos que para la Corte el derecho a la vida no se limita solo a eso: no es el derecho a sobrevivir. En *Reyes Aguilera*, un fallo de 2007, la Corte tomaría una visión integral del derecho a la vida: explicó que “comprende no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida

arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”.[\[36\]](#) El derecho a la vida no es una isla suelta, sino que se conecta con todo el espectro de derechos económicos sociales y culturales, un continente irredento y todavía explorado a medias, y sobre el que volveremos más adelante.

Pena de muerte

El art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana”, y concluye con un mandato que se deriva de ello a contrario: “*Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente*”. Luego continúa con soluciones de compromiso que no alcanzan a prohibir la pena de muerte: quienes hacen los tratados buscan consensos muy mínimos de la época, y muchos países tenían –y siguen teniendo– prevista la pena de muerte en su nómina.

Tampoco la prohíbe la Convención Americana de Derechos Humanos, pero establece muchos condicionantes: solo puede imponerse la pena de muerte por los delitos más graves, no puede extenderse a delitos a los cuales no se la aplique actualmente, no puede aplicarse por delitos políticos, no se puede aplicar a quienes tengan menos de 18 ni más de 70 años, ni a las mujeres embarazadas. No existe prohibición, pero sí una idea que busca sellar su progresiva eliminación como pena en la región, estableciendo además que no se puede restablecerla en los Estados que la hayan abolido.

Es un caso donde el derecho de los tratados va más lejos que la Constitución argentina que solo reputa abolida “la pena de muerte por causas políticas” (art. 18). Es poco conocido que la pena de muerte estuvo vigente hasta 2008, ya que permanecía en algunas disposiciones del Código de Justicia Militar derogado ese año por Ley 26.394 (por ejemplo, era aplicable por “traición”). Poco tiempo después, también en 2008, por Ley 26.380 se aprobó el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte. Su art. 1 es categórico: “No se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el presente Protocolo”.

La eutanasia y el derecho a la autodeterminación del paciente para rechazar tratamientos

El derecho a la vida no es un deber, y debe conjugarse con el principio de autodeterminación personal. La bioética ha revisado las conductas que generan el encarnizamiento terapéutico. La Ley de los Derechos del Paciente prevé la posibilidad de establecer “directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud”. La voluntad del paciente se impone sobre el criterio médico: la ley dice que “las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo”, pero aclara: “salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes” (art. 11), en una regla muy similar a la que fijó el Código Civil y Comercial que rige desde 2015 en su art. 60.

Sin embargo, el alcance de estas autorizaciones es un poco más amplio de lo que aparenta. En un caso resuelto en 2015, la Corte Suprema autorizó el retiro de la alimentación e hidratación que habían estado manteniendo con vida a un paciente en estado vegetativo por más de veinte años. Citando jurisprudencia internacional, la Corte observó que la hidratación y la alimentación han sido reconocidos como tratamientos médicos, aun en ausencia de previsiones normativas expresas, en casos similares de pacientes que carecían de conciencia de sí mismos y del mundo exterior y cuyos estados de salud resultaban también irreversibles. La Corte afirmó entonces que “la decisión del paciente de aceptar o rechazar un tratamiento médico constituye un ejercicio de la autodeterminación que asiste a toda persona por imperio constitucional” –cuestión que se probó en el caso mediante testimonios de dos familiares, ante la ausencia de directivas escritas–. Se resolvió entonces que tratándose de un paciente desahuciado en estado terminal, la petición formulada para que se retirasen las medidas de soporte vital que se le suministraban encuadraba dentro de lo contemplado en la Ley de los Derechos del Paciente 26.529.[\[37\]](#)

A propósito de ello, recordamos que esta autodeterminación también se considera como un derecho válido en los casos en los cuales el paciente decide rechazar tratamientos cuya omisión implica riesgo cierto de vida, como sucede con la oposición a las transfusiones de sangre por parte de creyentes del culto religioso de los Testigos de Jehová. En *Albarracini Nieves* de 2012 la Corte dijo que

No resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial

que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento, ya que mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos incluso públicos pertenecen a su privacidad, y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo; una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carta Magna en una mera fórmula vacía, que solo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior.[\[38\]](#)

Con estos precedentes, es claro que una eventual legislación integral de la eutanasia –como la que existe en los países que la aceptan– no colisiona con el derecho a la vida, sino que se sustenta en el marco de la autonomía y autodeterminación de las personas.

El derecho a la vida y el aborto

El derecho no trata al embrión de la misma forma que a una persona nacida, como lo demuestra la tradicional diferencia entre la pena asignada al homicidio y al aborto. Esto también se ve ratificado en la regulación que admite la fertilización asistida, que implica el congelamiento de embriones. La razón detrás de ello es que nuestros sistemas jurídicos asumen que *la tutela del derecho a la vida es gradual e incremental*, una idea implícita en el trascendental fallo *Roe c. Wade* de 1972 de la Corte de los Estados Unidos, y explicitada para el contexto regional por el fallo *Artavia Murillo* de la Corte Interamericana de 2012.

Este fue uno de los ejes recurrentes del debate por la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) establecida como derecho de la persona gestante por la Ley 27.610 de 2020. El tema fue objeto de posturas contrapuestas por parte de juristas que expusieron ante el Congreso, pues muchas discusiones giraban sobre textos de rango constitucional. Por ejemplo, en la Convención Americana de Derechos Humanos, el art. 4 establece que el derecho a la vida “estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”. Y en la Constitución, una incorporación de 1994 faculta al Congreso a sancionar un

régimen de protección del niño “desde el embarazo hasta los 18 años” (art 75 inc. 23 CN).

Ambas normas son compatibles con la IVE. La acotación “en general” de la Convención Americana es justamente compatible con los criterios de regulación “en particular” que tienen en cuenta períodos y causales de permiso.^[39] La facultad del Congreso se inscribe en una tutela como la que de hecho se sancionó también en 2020 en la Ley 27.611, discutida y tratada en paralelo con la ley de aborto, que establece políticas de asistencia y salud para la etapa del embarazo y la primera infancia, pero no presupone contradicción con esos criterios de ponderación, que son necesarios para fijar el derecho a decidir de la persona gestante.

El resultado de todo esto es un sistema que combina plazos y causales. La Ley 27.610 da derecho a la persona a acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana 14 de gestación. Fuera de ese plazo, el derecho se habilita solo si el embarazo ha sido producto de una violación, o si estuviere en peligro la vida o la salud de la persona gestante. El consentimiento se puede prestar a partir de los 16 años, y por debajo de esa edad también puede dar su decisión cualquier niña que cuente con grado de madurez suficiente. Se reconoce la objeción de conciencia individual, mas no institucional, y por ello las clínicas privadas que no cuenten con médicos no objetores deberán gestionar (y pagar) la derivación de la práctica que les fuera requerida.

El tema nos sirve para encontrar un ejemplo cercano, actual y relevante de los muchos factores que inciden a la hora de pensar en derechos.

A un nivel puramente jurídico, ese debate nos iluminó sobre la diferencia real, muchas veces soslayada, entre una mera despenalización (traducido: no recibir penas) y una legalización (el derecho a solicitar la práctica de la interrupción del embarazo) y lo que ello implica en cuanto a la posibilidad de acceso a derechos. El papel del Estado no puede ser el de “dejar de perseguir”, pues así solo mantendrá el problema, sin ocuparse de facilitar.

Además, fue un debate que nos permitió ver que se trataba de una norma con impacto estructural diferenciado por razón de género, y también por razones de ingresos (con especial impacto en mujeres pobres, más expuestas a peligrosas prácticas de clandestinidad en la interrupción del embarazo), y por razones de edad (teniendo en cuenta el alto riesgo de mortalidad materna entre las madres adolescentes).

El planteo por el derecho al aborto sirvió y sigue sirviendo para entender que en la ponderación debía tenerse en cuenta otra derivación del derecho a la autonomía personal: como ha señalado la Corte Interamericana, una maternidad voluntaria es un elemento esencial del libre desarrollo de la personalidad de las

mujeres, y la decisión de ser o no madre es parte del derecho a la vida privada. [40] También se puso de relieve que este derecho tiene necesarias ramificaciones, como por ejemplo sus vínculos con la Educación Sexual Integral y con la objeción de conciencia del personal de salud por razones religiosas.

El debate asimismo nos demostró que el derecho constitucional no resuelve ni predispone todas las opciones: ni era obligatoria la punición que se mantuvo durante tanto tiempo, ni era suficiente con una lectura aislada de ciertas normas constitucionales para resolver la cuestión. [41]

Así quedó clara la relevancia de revisar el derecho de otros países como espejo y referencia para la adopción de sistemas legales y de implementación, y para la producción de datos duros que sirvan a la hora de evaluar el establecimiento de políticas. También cabe recordar la importancia de la jurisprudencia comparada: siempre será recomendable visitar la argumentación desarrollada por la Corte de los Estados Unidos en el caso *Roe c. Wade* en el cual se estableció un sistema de tres trimestres (aborto sin restricciones en el primero, un segundo trimestre con restricciones a criterio de cada estado, y un tercero con principio de prohibición salvo que estuviera en peligro la salud de la madre). En lo que a nuestro país concierne, la Corte Suprema dio un paso más modesto pero instrumental en el fallo *F., A. L.* de 2012 despejando un problema interpretativo del Código Penal, y junto con la no punibilidad del aborto a requerimiento de la mujer en casos de violación, se ordenó la implementación de protocolos de atención en esos casos. [42]

Este proceso además permitió ver cómo una sustantiva transformación legal es un fenómeno complejo, y en parte interdisciplinario (por eso existen consideraciones de bioética y de embriología relevantes para la argumentación). Hubo aportes originales y técnicamente rigurosos no solo de la academia jurídica, sino también de la filosofía moral.

El derecho al aborto se construyó en esencia a través de la lucha y la visibilización de un consenso social que gestó un colectivo dedicado y constante, no gubernamental y transversal: la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito.

Esa conjunción de debates, reclamos, marchas, proyectos y propuestas se cristalizó en momentos puntuales (los debates del Congreso en 2018 y en 2020 fueron los prominentes), pero el proceso fue largamente madurado, y deja en evidencia cómo la definición y el cambio de leyes fundamentales no es un producto de fallos o abogados que vocalizan pases mágicos de terminología y teorización, sino un objeto de argumentación proactiva y abierta en la que ni jueces ni juristas –ni el propio legislador, por cierto– pueden monopolizar o

blindar la evolución del derecho en nombre de criterios o concepciones constitucionales impermeables al debate público.

- [25] Véase R. Lorenzetti, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995. La idea es retomada en *Teoría de la decisión judicial* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006), donde Lorenzetti aclara que “este requisito de la inderogabilidad alcanza solo a los derechos fundamentales que forman parte de la estructura básica de la sociedad, y no a todos los derechos en general” (pp. 111-112).
- [26] CSJN, *ATE c. Municipalidad de Salta*, Fallos 336:672 (2013).
- [27] Véanse, al respecto, CSJN, *Vago, Jorge A. c. Ediciones La Urraca SA*, Fallos 314:1517 (1991) y *Morales Solá*, Fallos 319:2741 (1996).
- [28] CSJN, *Campillay, Julio C. c. La Razón y otros*, Fallos 308:789 (1986).
- [29] CSJN, *Pando de Mercado c. Gente Grossa SRL*, Fallos 343:2211 (2020).
- [30] CSJN, *Editorial Río Negro SA c. Provincia del Neuquén*, Fallos 330:3908 (2007).
- [31] El criterio fue fijado por la Corte Suprema en la causa *Asociación Derechos Civiles c. PAMI* de 2007 (Fallos 335:2393) que requería información sobre la publicidad estatal contratada, siguiendo una línea marcada por un fallo anterior de la Corte Interamericana sobre el mismo tema, *Claude Reyes c. Chile* de 2006 (en un caso en el cual se precisaba información sobre un proyecto de industrialización forestal).
- [32] CSJN, *Bourdieu c. Municipalidad de la Capital*, Fallos 145:307 (1925).
- [33] S. Holmes y C. Sunstein, *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 252.
- [34] Véanse, por ejemplo, CSJN, *López López c. Provincia de Santiago del Estero*, Fallos 314:1293 (1991); *Indo SA c. Dirección General Impositiva*, Fallos 318:785 (1995); *San José AFJP c. AFIP*, Fallos 327:2293 (2004). Esta pauta fue considerada como referencia al declarar la inconstitucionalidad de “topes” de cuantía fijados para la indemnización por despido, los que fueron declarados inválidos cuando su aplicación produce un recorte en ella del 33%, en la causa *Vizzoti c. AMSA*, Fallos 327:3677 (2004).
- [35] Por ejemplo, en 2009 la Ley 26.545 prorrogó la vigencia del impuesto a las ganancias hasta 2019, y en 2017 la Ley 27.432 lo prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2022.
- [36] CSJN, *Reyes Aguilera*, Fallos 330:3853 (2007).
- [37] CSJN, *D., M. A. s. Declaración de incapacidad*, Fallos 338:556 (2015).
- [38] CSJN, *Albarracini Nieves, Jorge W. s. Medidas precautorias*, Fallos 335:799 (2012).
- [39] Así lo dictaminaba la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1981 en el caso *Baby Boy*, Resolución 23/81, Caso 2141 (Estados Unidos), OEA/Ser.L/V/ II.54 (1980-1981).
- [40] Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) c. Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre de 2012, Serie C, n° 257, párr. 143.
- [41] La multiplicidad de opciones fue señalada por Raúl Alfonsín en ocasión de introducir en 1994 ese mandato de protección del niño desde el embarazo del art 75 inc. 23 CN, diciendo en el debate que: “Hemos consagrado una cláusula que puede servir tanto en un Estado abortista como en uno antiabortista, porque esta cláusula no incrimina ni desincrimina el aborto. Y si la incluimos al hablar de la seguridad social fue porque creemos que la solución no vendrá desde el Derecho Penal sino desde la asistencia del Estado” (*Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, 3ª sesión ordinaria, 34ª reunión).
- [42] CSJN, *F., A. L. s. Medida autosatisfactiva*, Fallos 335:197 (2012).

3. La noble igualdad

Además de la *libertad*, la *igualdad* es el otro gran derecho transversal. Se aplica a multiplicidad de situaciones, y funciona tanto como límite de los derechos de los particulares, como límite de los derechos del Estado y como “madre de derechos”, en especial, de los derechos económicos, sociales y culturales.

“En iguales circunstancias”

El derecho es una gigantesca máquina de distinguir. Distinguimos entre adultos y niños, entre culpables e inocentes, entre personas que aprueban un examen y quienes son aplazados. Pero, a la vez, la Constitución nos ha prometido igualdad. No completa, sino “ante la ley”: es decir, pretende que estas distinciones no sean irrazonables. Por eso, en su jurisprudencia la Corte Suprema explicará que lo que se prohíbe son las distinciones que no se justifiquen en razones válidas y relevantes para fundar un trato diferente (el alumno que aprobó o no, el sujeto que por su patrimonio tiene una mayor capacidad contributiva en materia de impuestos, etc.).

“Iguales son los iguales en iguales circunstancias” es el juego de palabras que sintetiza la doctrina al respecto. En efecto, se pide ante todo “un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias”, y luego la jurisprudencia aclarará que esto

no impide que el legislador contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, en la medida en que dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o clase, ni importen ilegítima persecución de personas o grupos de ellas.[\[43\]](#)

Bajo este parámetro, para decidir si una diferencia de trato es ilegítima se analiza

su *razonabilidad*; esto es, si la distinción persigue fines legítimos y constituye un medio adecuado para alcanzar esos fines. Por ejemplo, en un caso de 1984 la Corte estableció que era irrazonable la exigencia de una altura mínima de 1,60 m para los varones interesados en ingresar a un profesorado de Matemática y Astronomía. Fue juzgada como “una reglamentación manifiestamente irrazonable de los derechos de enseñar y aprender”, ya que el Estado –por supuesto– no pudo probar que a priori tener una talla por debajo de la media normal constituya un serio obstáculo para el buen desempeño docente.^[44]

Categorías sospechosas

Para los constituyentes originales, los liberales del siglo XIX, el antagónico de la igualdad eran *los privilegios*. Así es como está redactado, por ende, el art. 16 de la CN:

La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Con el tiempo descubriríamos que tal vez no bastara con esa igualdad “ante la ley”. “La Ley, en su magnífica ecuanimidad, prohíbe, tanto al rico como al pobre, dormir bajo los puentes, mendigar por las calles y robar pan”, ironizaba Anatole France.

Sin embargo, el siglo XX encontró otro antagónico de la igualdad: *la discriminación*. De evitar los privilegios indebidos pasamos a evitar los *relegamientos arbitrarios*. Una vez que asumimos que no existían más “títulos de nobleza”, el encuadre constitucional empezó a centrarse en el control de las categorizaciones perjudiciales que suele urdir el legislador, lo que dio lugar a una frondosa jurisprudencia y a un concepto clave: el de las “categorías sospechosas” que hacen presumir una intención discriminatoria.

Esta noción de categorías “sospechosas” tiene, como muchas de nuestras ideas constitucionales, un origen judicial y estadounidense. Aparece por primera vez en el caso *Korematsu* resuelto en 1944 por la Corte Suprema de los Estados

Unidos. El apelante había sido condenado por infringir una orden militar que impedía a las personas descendientes de japoneses permanecer en la Costa Oeste.

Es uno de esos casos (no infrecuentes) de resultado regresivo y doctrina progresista: la Corte no revirtió la condena impartida, pero el fallo dejó establecido que ciertas distinciones merecen un examen o control más severo:

Todas las restricciones legales que limitan los derechos civiles de un determinado grupo racial son inmediatamente sospechosas. Esto significa que los tribunales las deben someter al escrutinio más estricto. Una urgente necesidad pública puede, a veces, justificar la existencia de tales restricciones; el antagonismo racial, nunca.^[45]

Esta idea ha sido retomada por la Corte argentina y forma parte del kit de ideas centrales de su jurisprudencia. Nuestro tribunal ha explicado que el fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es

revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en razón de muy variadas circunstancias como, por ejemplo, razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras.

Así, cuando las diferencias de trato que surgen de las normas están basadas en esas categorías “sospechosas” corresponde aplicar un examen más riguroso: una presunción de invalidez. En estos casos, se invierte la carga de la prueba y es la persona demandada quien tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial. El estándar fue aplicado al comienzo por la Corte en casos en los cuales se exigía la nacionalidad argentina para el acceso a un cargo (como *Repetto* de 1988, que invalidó el requisito de ser argentina nativa para ser docente).

La expresión “categoría sospechosa” aparece ya configurada en *Hooft* de 2004, en el que la Corte cita a *The Subjection of Women* de John Stuart Mill para mostrar que esta idea se encuentra en la propia raíz del liberalismo constitucional.

Desde un punto de vista práctico, se supone que la carga de la prueba

recae sobre aquellos que están en contra de la libertad, es decir, sobre los que están a favor de cualquier restricción o prohibición, ya sea cualquier limitación respecto de la libertad general de la acción humana “o respecto de cualquier descalificación o desigualdad de derecho que afecte a una persona o alguna clase de personas en comparación con otras”. La presunción a priori es en favor de la libertad y de la imparcialidad (John Stuart Mill, *The Subjection of Women*, Wordsworth Classics of World Literature, 1996, p. 118 [ed. cast.: *El sometimiento de las mujeres*, Madrid, Edaf, 2005]).[\[46\]](#)

Otra presunción adversa: actos discriminatorios

En paralelo a las categorías sospechosas corre la presunción que se aplica a actos de contenido discriminatorio. ¿Por qué es necesario “presumir” cosas? La Corte explica que

la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación.[\[47\]](#)

En consecuencia, la parte que afirma ser víctima de un acto discriminatorio tiene “algo” a cargo suyo: mostrar hechos que puedan dar a suponer que la diferencia de trato tuvo ese carácter. Luego le corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, brindar la prueba de que su acción tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación.

Igualdad: el texto y el contexto

Es interesante el caso que concierne a una discriminación por razón de género en el *acceso* al trabajo: una aspirante puso en litigio su relegamiento en las convocatorias que realizaban las empresas de transporte urbano que contrataban sistemáticamente choferes varones. La Corte Suprema reconoció que en las empresas demandadas no existían mujeres contratadas y que era una práctica sistémica, aunque las postulaciones no las excluían como candidatas. Y consideró que “las explicaciones esbozadas por las empresas resultan inadmisibles para destruir la presunción de que las demandadas han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general”, y por supuesto, contra la demandante en particular.[\[48\]](#)

La Corte incluso ha subrayado que no basta considerar solo la norma, sino que también es importante tener en cuenta el contexto de su aplicación. Revisemos un fragmento del caso *Castillo* resuelto en 2017, en el que la Corte analizaba la educación religiosa obligatoria que imponía la provincia de Salta:

Una norma que no contiene una distinción sospechosa en sentido estricto, sino que en su literalidad aparece como neutra porque no distingue entre grupos para dar o quitar derechos, puede, sin embargo, *prima facie* –aplicada en un contexto social– producir un impacto desproporcionado en un grupo determinado, en cuyo caso resulta necesario para analizar su constitucionalidad –ante el riesgo de una discriminación a ese grupo– comprobar la manera en que dicha norma se ha implementado justificando, en consecuencia, que el tribunal analice los efectos que su aplicación genera en la realidad.

Conviene examinar en detalle el contexto en que se aplica esta idea para entender sus implicancias. En lo formal, la norma era neutral, pues no imponía una religión específica. En lo real, sin embargo, esa norma funcionaba en un contexto donde salvo puntuales excepciones la educación religiosa que se impartía correspondía al culto católico.[\[49\]](#)

La diferencia es iluminadora y relevante no solo para este caso particular –en que la Corte concluyó que era admisible que el Estado incluyera la educación religiosa en sus planes educativos, pero no podía hacerlo como parte del plan de estudio ni en horarios regulares de clase–, sino también para muchas otras circunstancias en las que importa tanto la ley formal como el contexto de aplicación y la manera en que se la implementa.

Es un nuevo y promisorio abordaje, que supera la mirada ortodoxa del control de constitucionalidad tradicionalmente enfocada en el simple silogismo de

normas, desentendiéndose de su aplicación.

Esta perspectiva amplia se proyecta en la exigencia de avanzar más allá de la igualdad “ante la ley”, concepto que imagina un legislador pasivo ante las desigualdades “exógenas” a la ley. Por eso empezó a darse a la igualdad una fuerza normativa más exigente.

Igualar lo desigual: acciones “positivas”

El giro conceptual que exige pensar “más allá de la igualdad formal ante la ley” es el de entender el impacto diferenciado de normativa formalmente neutra en grupos desaventajados. En su gran estudio sobre el tema, Roberto Saba tabulará este pasaje como el salto de la igualdad como “no discriminación” a la igualdad como “no sometimiento”.^[50]

El punto es que la igualdad, además de estas teorías de las eventuales y minoristas *correcciones judiciales*, requiere un ejercicio activo de potestades estatales para compensar el relegamiento de grupos desaventajados, que no son siempre minorías, como podría pensarse. Por eso es importante revisar si existe o no un relegamiento estructural (como puede sucederles a mujeres, y en ciertas regiones a pueblos indígenas, que no necesariamente son “minoritarios” en su contexto).

Esto aparece plasmado en el lenguaje del art. 75 inc. 23 CN, producto de la reforma constitucional de 1994, que encomienda 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.

Esa nueva concepción se revela en un acorde recurrente en la nueva música constitucional: la idea de igualdad de oportunidades resuena también en otras cláusulas.

Una es *de género*: la “igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios”, garantizada también por

“acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral” (art. 37).

Otra proyección explícita de la igualdad es *territorial*: se propician criterios de asignación de coparticipación de impuestos que posibiliten “el logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional” (art. 75 inc. 2).

También vemos constitucionalizado el viejo ideal de *la educación como igualadora*, en el mandato constitucional dedicado a la responsabilidad del Estado respecto de la educación en “igualdad de oportunidades y posibilidades” (art. 75 inc. 19).

La aspiración constitucional, esa “tierra prometida”, ha variado pues a lo largo del tiempo. En su inicial versión, la Constitución prometía suprimir todos los privilegios. En su versión actual se señala que eso –el Estado prescindente– no basta, y que deben tomarse medidas que nos ayuden a saltar de la pantalla de la igualdad formal hacia una igualdad más “real”.

Esto no es solo una idea más o menos lírica, sino que puede pasarse a “prosa” jurídica (aplicable). Partiendo de este ideal igualitario, el criterio que se impone va más allá de un simple test de “igual protección de la ley” (como el de la Convención Americana), y requiere un examen de igualdad más integral. Para resolver situaciones de desigualdad estructural se requieren “acciones positivas” orientadas a que los grupos desaventajados que menciona (a título ejemplificativo, pero no excluyente) el art. 75 inc. 23 puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones. La omisión o insuficiencia estatal para poner en práctica esas acciones positivas califican entonces como incumplimiento del mandato constitucional.

Por eso, el estándar constitucional no se limita a postular la igualdad simplemente en los “puntos de partida”, sino que también señala una dirección obligatoria: un avance equitativo en el efectivo acceso a los derechos.

De los derechos “a” a los derechos “de”

Otra nota recurrente en el desarrollo del constitucionalismo es la de la particularización de los derechos. Los derechos son universales, pero las necesidades, historias e intereses de las personas no son homogéneos. Son personas, pero también son o pueden ser trabajadores, mujeres, niños, indígenas, adultos mayores, excombatientes, víctimas de violencia de género y/o

consumidores y usuarios. Aquí usamos deliberadamente el “y/o”, pues puede haber una combinación de dimensiones (en esos casos se habla de “interseccionalidad”).

Como analizamos en el apartado previo, atender a todas estas especificidades requiere no simple indiferencia, sino “acciones positivas” que apunten a corregir desigualdades estructurales, pautando un criterio de asignación preferente en los derechos clásicos (como el mayor acceso a la participación política en el cupo, o las medidas de ajuste para posibilitar el acceso a la justicia). Pero también se puede requerir más que eso: puede surgir la necesidad de asignar derechos específicos para intereses específicos.

Así es que tenemos “derechos de”, y para ver cómo funciona esta nueva cepa de derechos “con preposiciones” vamos a detenernos en algunos (muy variados) ejemplos que lo justifican.

Derechos de usuarios y consumidores

Estos derechos, que se reglan en el art. 42 de la Constitución, atañen a “la relación de consumo”, y en ese marco se les tutela “la protección de su salud, seguridad e intereses económicos”, “una información adecuada y veraz”, “libertad de elección” y “condiciones de trato equitativo y digno”. Estas condiciones dan soporte constitucional y ponen en valor la normativa de defensa de la competencia que se había desarrollado con anterioridad a esta norma, regulando tanto las prácticas desleales de las empresas para con los consumidores como las prácticas predatorias y oligopólicas reprobadas históricamente en la legislación antitrust.

El escudo protector que levantan estos derechos de usuarios y consumidores no solo tiene en mente al mercado privado, sino también a uno que el Estado configura: el de los servicios públicos, que en la mayoría de los casos están dados en concesión (privatizados). Además, en el art. 41 CN se menciona a los “organismos de control” (los entes reguladores), que son los que deberían propiciar “la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas”. A estas asociaciones se les da derecho a intervenir en nombre de un colectivo de consumidores en el marco del amparo: de esto se trata la “legitimación” que les asigna el art. 43 CN. En 2016, la Corte se apoyó en esta cláusula para justificar su decisión de anular los aumentos tarifarios de servicios públicos, precisamente en un litigio planteado por una de

estas asociaciones, Cepis (Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad). [\[51\]](#)

Derechos de las personas con discapacidad

Estos derechos aparecen mencionados también, entre otros, en el art. 75 inc. 23. Tienen un soporte convencional específico, la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, cuyo texto fue aprobado por la ONU en 2006 y ratificado por nuestro país en 2008 (Ley 26.378). Antes y después de esta norma, un amplio plexo de leyes está dedicado al tema, con beneficios sociales y asistenciales. El desarrollo de estas reglamentaciones también ha sido jurisprudencial, e incluye un cambio de paradigma en el Código Civil y Comercial que presume la capacidad de las personas y pauta un sistema de apoyos para ejercer por sí sus derechos, reemplazando así el modelo de “curatela” que en la práctica suponía una muerte civil de la persona.

Derechos de los niños, niñas y adolescentes

Son derechos que se mencionan tanto en el art. 75 inc. 23 como en una Convención de la ONU que tiene rango constitucional: la *Convención de los Derechos del Niño*. Es otro caso en que nuestro sistema se apartó del sistema de tutela parental absorbente de la voluntad y se reconoce al niño como sujeto de derechos: el art. 12 de la Convención establece que los Estados

garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Así, por ejemplo, en un caso de 2012 la Corte dispuso la obligatoriedad de la vacunación de un niño ante la oposición de sus padres.[\[52\]](#) Y el Código Civil y Comercial reglamenta desde 2015 el derecho del niño a ser oído y el criterio de

que se debe fallar conforme a su interés superior (y no necesariamente a la voluntad de los padres).

Derechos de las personas mayores

El art. 75 inc. 12 también se refiere a las personas mayores como un grupo de tutela. Se les dedica una Convención Americana, aprobada por Ley 27.360. Así como la Convención de los Derechos del Niño establecía un rango de edad en su tutela (a los efectos de la Convención se es niño hasta los 18 años), la *Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* determina que una persona mayor es la que tiene 60 años o más, salvo que la ley de cada país determine una edad diferente (pero que no puede ser superior a los 65 años).

Esta Convención toma en consideración la problemática propia de este grupo de personas, y así dedica el art. 12 a detallar los derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo (por lo general, en los denominados “asilos” o “geriátricos”, donde puede tener mayor grado de vulnerabilidad).

Su carácter de grupo vulnerable ha sido con frecuencia considerado por la Corte en juicios de reajustes previsionales, al subrayar que una tutela judicial efectiva requiere resolver, sin dilaciones, las cuestiones sometidas a su conocimiento.[\[53\]](#)

Pueblos indígenas

A los pueblos indígenas se dedica la cláusula del art. 75 inc. 17, que comienza por el mandato de “reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”, y con la garantía de “respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural”. Esta norma es la corrección de otra que estaba en la Constitución histórica: la que proponía como horizonte “la conversión de los indios al catolicismo”. El paradigma se invirtió y el constituyente quiso reconocer derechos identitarios específicos para estos pueblos (que deben enunciarse en plural, pues cada comunidad puede tener su

historia, su emplazamiento y su cosmovisión). Es importante también –y nuestro sistema jurídico está en deuda con ello– no suponer que esta tutela debe administrarse de modo paternalista o asimilativo, como si el ideario constitucional fuera el de “integrar” y no el de reconocer un pluralismo igualitario.

La tutela en cuestión además se plantea en términos “supralegales” (recordemos que los tratados son superiores a las leyes) mucho más específicos en otra fuente muy relevante: el *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. A pesar de haber nacido en la órbita de la OIT, el Convenio 169 tiene un ámbito de aplicación que, aunque incluye incidentalmente lo laboral, es mucho más amplio.[\[54\]](#)

El caso especial del procedimiento de consulta del Convenio 169 de la OIT

Subrayamos, en este apartado final, una nota particular, que va más allá de mandatos de contenidos, pues incluye un requisito procedimental para la sanción de las normas. Este Convenio establece que los gobiernos deberán “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. En varios fallos la Corte ha hecho hincapié en la obligatoriedad de cumplir con este derecho de consulta: lo hizo en 2013 con un decreto del Poder Ejecutivo del Neuquén que reglamentaba la Ley Nacional 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes, y lo hizo en 2021 en relación con la creación del municipio de Villa Pehuenia,[\[55\]](#) recalcando en ambos casos que el procedimiento de consulta debe ser efectivo y no formal. De manera concordante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c. Argentina* de 2020 ha apuntado que el derecho de propiedad comunitaria implica que las comunidades deben tener participación efectiva, de acuerdo con procesos adecuados de consulta, en la realización, por parte del Estado o de terceros, de actividades que puedan afectar la integridad de sus tierras y recursos naturales.

Lo notable aquí es que esta peculiar instancia exigible viene a transformar de manera implícita toda la parte orgánica en lo que concierne al Poder Legislativo, condicionando por un momento al soberano Congreso y su sistema único de legislación.

¡Más igualdad!

Entramos en una dimensión más profunda de la igualdad con los derechos sociales. Es el tipo de derechos que ya no se resuelve con *prohibiciones al Estado* (que no me torture, que no tome mi propiedad, etc.), sino que requiere *regulaciones y prestaciones del Estado*.

La socialización de los derechos implica también reconocer una posición de desequilibrio y definir grupos con tutela específica. El 14 bis da la primera noción de esto según el orden de aparición en el texto de la Constitución (aunque no cronológica, pues –como vimos– esta norma es de 1957).

Mayormente, la lógica no va a ser la de imponer igualaciones generales, sino la de enfocar grupos relegados desaventajados, para darles una tutela especial, a *favor debilis*.

Derechos laborales y sindicales

El camino de la legislación laboral nos muestra que los derechos muchas veces aparecen antes en la legislación ordinaria que en la Constitución. Ausentes en nuestra normativa del siglo XIX (tanto a nivel constitucional como legal), los encontramos en disposiciones puntuales que limitaban la jornada laboral o regulaban específicas condiciones de trabajo (como la “ley de la silla”).^[56] Y por supuesto, los veremos más frondosamente recogidos en la Constitución de 1949 (aunque recordemos que *no incluía* el derecho de huelga), que fuera eliminada de facto en 1955.

En la Constitución vigente, el primer párrafo del art. 14 bis (única cepa que maduró en la cosecha 1957) se dedica a la protección del trabajador asegurándole un amplio espectro de derechos. Nótese que solo algunos son estrictamente “salariales”, pues la lista incluye:

- condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados;
- retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea;
- participación en las ganancias de las empresas, con control de la

producción y colaboración en la dirección;

- protección contra el despido arbitrario;
- estabilidad del empleado público;
- organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial;
- un seguro social obligatorio concretado en jubilaciones y pensiones móviles.

Revisemos un poco más detalladamente estos puntos, que parten de una idea de base: el contrato de trabajo no es un contrato cualquiera. La protección del trabajador ha convertido así lo que era una cuestión de mero *derecho privado* – confiado al libre juego de oferta y demanda entre patrón y contratado– en una cuestión de *derecho público*. Es irrelevante el consentimiento: no se puede trabajar más horas que la jornada máxima prevista por ley, no se puede trabajar por un salario menor al salario mínimo que establece la ley. Estos ejemplos triviales se expanden en una serie amplia de garantías comunes a todos los trabajadores que se detallan en la Ley de Contrato de Trabajo (LCT): días de vacaciones, sueldo anual complementario (el *aguinaldo*), y condiciones mínimas de higiene y seguridad en el trabajo.

La “protección contra el despido arbitrario” se materializa con un sistema de justicia que pone en el empleador la carga de la prueba de la causal que ha alegado para despedirlo. Y si el despido ha sido sin causa, le corresponderá una indemnización (la LCT establece una tarifa en proporción a la antigüedad: un mes de sueldo por cada año trabajado). Ante la duda, la ley manda que las cuestiones sean resueltas a favor del trabajador (“*in dubio pro operario*”).

Agremiación

El 14 bis establece con claridad un criterio de *libertad sindical*. Esto supone varias cosas: que sindicalizarse no puede estar prohibido ni ser obligatorio, y que los trabajadores son libres de optar por el gremio al que decidan afiliarse, lo cual quiere decir que es posible que existan varios gremios para un mismo sector (y por ello se excluye el modelo de “sindicato único”, que existió en el pasado).

Aquí también un convenio internacional avanza más en el detalle de este derecho: es el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

[57] Este Convenio admite efectivamente lo que sucede en nuestro sistema: una exclusividad para el sindicato más representativo (esto es, numeroso) de la actividad (denominada “personería gremial”), que es el que tiene el privilegio de negociar con el empresariado en nombre de todo el sector. Esto busca evitar la dilución de la negociación colectiva y además –sostiene el Comité–[58] no es incompatible con el modelo de libertad sindical. La legislación actual, que mantiene ese modelo, fue producto de una larga negociación en la que la democracia recuperada luchó por años hasta conseguir la Ley 23.551 de 1988.

Mas allá de eso, la Corte –siguiendo también los criterios del Comité– ha enfatizado que los sindicatos no pueden ser discriminados en razón de su grado de representatividad, y que todos ellos pueden tanto declarar huelgas como elegir a sus representantes y gozar de los medios esenciales para defender los intereses de sus miembros.

Esto último deriva en cuestiones concretas en una línea de jurisprudencia relativamente reciente donde la Corte encontró tensiones entre la libertad sindical y la legislación argentina. El primer eslabón data de 2008, cuando la Corte invalidó un artículo de la Ley de Asociaciones Sindicales que exigía para ser delegado de personal “estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegido en comicios convocados por esta” (art. 41 inc. a) de la Ley 23.551). Un año después, declaró inconstitucional el art. 52 de esa ley, que limitaba la tutela sindical (protección contra suspensiones o despido del delegado) solo a los representantes de sindicatos con personería gremial, excluyendo así a representantes de asociaciones sindicales simplemente inscriptas.[59]

En relación con el derecho de huelga, la Corte ha precisado que su ejercicio requiere al menos que sea declarada por asociaciones sindicales formalmente inscriptas (aunque no tengan personería gremial), y por tanto negó la facultad de simples “grupos” de trabajadores de invocar este derecho.[60]

Negociación colectiva

La agremiación se traduce en la negociación colectiva, cuya manifestación jurídica son los convenios colectivos de trabajo (CCT). Sus normas están orientadas a mejorar para cada rama en cuestión (mercantil, transportista, docente) los mínimos laborales de la LCT: sueldos mejores, más vacaciones y más beneficios.

Los convenios colectivos de trabajo, sin embargo, no están previstos en la

Constitución, y pueden ser vistos como un caso peculiar en el que la ley no la hace el Congreso de la Nación, sino los particulares: estos convenios son fruto de acuerdos negociados entre empresarios y gremialistas, que luego se refrendan en el Ministerio de Trabajo, y más tarde pueden aplicarse a cualquier relación de empleo dentro de la “rama” laboral cubierta por el CCT.

Jubilados y pensionados

Se impone algo más con un derecho vinculado a lo laboral, que es el previsional. El principio al respecto es el carácter “sustitutivo”: se supone que el ingreso de la jubilación o la pensión debe ser equivalente al que percibía la persona cuando estaba en actividad, y en ese sentido lo “sustituye”. Un número paradigmático en torno a esta cuestión es el “82% móvil” que en algún momento estuvo vigente para la generalidad de los trabajadores. Pero, a diferencia por ejemplo de lo que sucede en materia de propiedad, en este caso nunca se estableció un porcentaje jurisprudencial dirimente y preciso. La Corte siempre habló de “una razonable proporcionalidad con los ingresos de los trabajadores”.

En un litigio clave de su jurisprudencia sobre pedidos de reajustes, el caso *Badaro* de 2006, la Corte indicó que el art. 14 bis de la Constitución nacional garantiza la movilidad de las jubilaciones “dejando librada a la prudencia legislativa la determinación del método”, al tiempo que acotaba esa discrecionalidad al decir que “tal reglamentación debe ser razonable y no puede desconocer el derecho de los beneficiarios a una subsistencia decorosa y acorde con la posición que tuvieron durante su vida laboral”.[\[61\]](#)

La litigiosidad previsional es una característica saliente de nuestros sistemas, lo que ha llevado a dedicarle incluso un fuero específico, que tiene una recurrente crisis de saturación de expedientes. Desde hace años, una parte muy sustancial de los casos que recibe la Corte Suprema son causas en las que se reclaman reajustes de las prestaciones, y que el Estado apela hasta la última instancia para dilatar el pago.

La sigla “DESC”: derechos económicos, sociales y culturales

En la lucha por la igualdad, los derechos laborales fueron la cabecera de playa de otro concepto que reclama un haz más amplio de garantías –ya no negativas, sino positivas– por parte de los Estados: los derechos “económicos, sociales y culturales”. El nuevo paradigma empezó a ser el del *constitucionalismo social*, lo cual se plasmó en la mayoría de las constituciones de Latinoamérica, en la Constitución argentina de 1949 y en las constituciones provinciales argentinas de las últimas décadas del siglo XX.

No se trataba de una singularidad regional, pues hacia 1966 estos derechos ya habían ganado expansión y consenso, sobre todo gracias a un pacto específico de la ONU: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que incluye una versión estandarizada de diversos derechos.

Catálogo de DESC: algunos derechos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU

- **Trabajo y seguridad social: arts. 6-9.** El art. 6 contempla el derecho al trabajo con muchos atributos que lo perfilan en el art. 7: remuneración mínima, “un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor”, “la seguridad y la higiene en el trabajo”, “limitación razonable de las horas de trabajo y vacaciones periódicas pagadas”.
- **Familia: art. 10.** El matrimonio “debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”. Cuentan con “especial protección” las madres por “un período de tiempo razonable antes y después del parto”, incluyendo licencia remunerada, y también “niños y adolescentes”.
- **Alimentación y vivienda: art. 11.** Este artículo pauta “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso *alimentación, vestido y vivienda* adecuados, y a una *mejora continua de las condiciones de existencia*”.
- **Salud: art. 12.** Específicamente dispone “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.
- **Educación: art. 13.** Establece que la enseñanza primaria debe ser

obligatoria y asequible a todos de manera gratuita; que la enseñanza secundaria debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, acceso que también debe estar asegurado para toda la población en lo que respecta a la enseñanza superior (universitaria). Este artículo además reconoce la libertad de los padres de escoger para sus hijos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral de acuerdo con sus propias convicciones.

- **Vida cultural y progreso científico: art. 15.** Los Estados Parte reconocen el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, y de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
-

Los DESC están enunciados muchas veces a un alto nivel de generalidad y abstracción. Esto ha sido deliberadamente así, por la necesidad de dar un marco que contenga a la mayor cantidad de adherentes potenciales al Pacto: países de diversas regiones, culturas, idiosincrasias y con muy distintas disponibilidades de recursos.

Estos derechos también han tenido la reputación de ser testimoniales (a veces incluso se los tilda de normas demagógicas), pautados como difusos mandatos al legislador: se los considera una parte más aspiracional que operativa o “exigible” de las constituciones.

Sin embargo, para ir estrechando el amplio margen semántico, existen varias formas de “acotar” y definir al menos un contenido básico de cada uno de esos derechos. Un criterio, de especial relevancia, es el de recurrir a la “doctrina” de los órganos que los propios pactos han establecido para monitorear su aplicación y seguimiento.

En el ámbito de la ONU, tenemos “comités”: al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos le corresponde el Comité de Derechos Humanos, y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales le corresponde el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en

general, los comités llevan el mismo nombre del pacto en cuyo ámbito funcionan, salvo el caso especial del Comité de Derechos Humanos).

Estos comités se expiden en informes de dos tipos. Unos son de revisión periódica, que en un largo proceso monitorean la situación general del cumplimiento y la implementación de los derechos protegidos por los tratados en cada país. Allí se congratulará a los países por sus avances, se señalarán incumplimientos y retrocesos, y se recomendarán medidas o aspectos a mejorar.

Otros son de orden conceptual, y se conocen como “observaciones generales”, que se dedican a un derecho específico, o a un tema concreto de un derecho contenido en el pacto. Funcionan como un suplemento especial que va conformando las “condiciones de vigencia” de los tratados, y son una fuente muy rica de doctrina.

¿Zona de promesas? La exigibilidad de los DESC

Está claro que los DESC no son derechos-pagaré, y que hay varias capas de cuestiones que presentan obstáculos a la hora de “judicializarlos”.

El problema fáctico suele presentar su vector más impeditivo en el hecho de que se trata de derechos costosos, de difícil implementación, a veces de fronteras móviles (como el derecho a la salud, un campo en el que todo el tiempo pueden aparecer tanto nuevas enfermedades y pandemias, como nuevos tratamientos y posibilidades de curación).

Algunas Observaciones Generales del Comité DESC de la ONU

- nº 4 (1991). El derecho a una vivienda adecuada.
- nº 5 (1991). Los derechos de las personas con discapacidad.
- nº 6 (1996). Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.
- nº 12 (1999). El derecho a una alimentación adecuada.
- nº 13 (1999). El derecho a la educación.

- nº 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.
 - nº 15 (2002). El derecho al agua.
 - nº 16 (2005). La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.
 - nº 18 (2005). El derecho al trabajo.
 - nº 19 (2007). El derecho a la seguridad social.
 - nº 22 (2016). El derecho a la salud sexual y reproductiva.
-
-

A la vez, se ha advertido que esos “derechos insaciables” se revelan como un instrumento “devorador de la democracia, del espacio político y, a fin de cuentas, de la misma autonomía moral de la que los hacemos surgir”.[\[62\]](#) En ese talante aparece de manera recurrente una cierta suspicacia sobre estos DESC, que los señala como un producto idealista que, destinado al incumplimiento generalizado, terminará devaluando el valor de las garantías constitucionales y las dejará reducidas a meras declamaciones testimoniales.

Pero la realidad no es en definitiva tan escéptica: los DESC no son derechos escritos sobre el agua, pues los tribunales han tomado y construido su juridicidad vinculante en dosis correctivas. También ha habido un esfuerzo notable de la comunidad internacional por ajustar sus perfiles y determinar sus niveles de exigibilidad. El Comité DESC de la ONU ha emitido muchas “observaciones generales” que funcionan como un prospecto práctico sobre el alcance de los postulados del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Este proceso de justiciabilidad también ha ido avanzando en nuestro país, como repasamos cuando hablamos de cómo la Corte Suprema articuló su caracterización como derechos “de operatividad derivada” en un caso del derecho a la vivienda. O cuando reportamos una manifestación concreta de la progresividad, en clave judicial, como es la *prohibición de regresividad*, también aceptada en fallos de la Corte.

A la vez, es notorio y forma parte ya de nuestra cultura popular la omnipresencia del “amparo” como medio de petición judicial y sus manifestaciones en materia de DESC: un vasto acervo jurisprudencial de

provisión de prestaciones de salud –medicamentos, operaciones quirúrgicas, etc.–.

Claro que el formato del litigio individual no es suficiente, porque muchos DESC tienen su causa en problemas “estructurales”, y no individuales. El caso del medio ambiente es el más nítido. Esta nueva pieza del catálogo de derechos debe ser acompañada de nuevos *vehículos* procesales, formas de litigio que trasciendan las del juicio individual contra el Estado o entre particulares. Veremos que esta lógica fue adoptada por la Corte en *Siri* para inventar el amparo y aplicar la idea del derecho romano del *ubi jus, ibi remedium*: allí donde hay un derecho, debe haber un remedio.

Estas nuevas acciones además se caracterizan por un cambio de eje: la constatación de una violación no es ya el final sino el principio de una nueva jurisdicción, una jurisdicción *remedial*. No se litiga para que los jueces den una orden de actuación con fuerza de cosa juzgada, se litiga para que la justicia active un proceso de políticas públicas para resolver el problema. Es una nueva dimensión, no apta para impacientes, desaconsejada para procesalistas ortodoxos, inconcebible para juristas que recelan del activismo judicial, y desconcertante para quienes piensan en la judicial como “la última palabra”.

[43] Tomamos esta cita de *García c. AFIP*, Fallos 342:411 (2019), pero la misma fórmula canónica, idéntica o con leves variaciones, ha sido aplicada innumerables veces por la Corte Suprema.

[44] CSJN, *Arenzón*, Fallos 306:400 (1984).

[45] Corte Suprema de los Estados Unidos, *Korematsu c. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

[46] CSJN, *Hoof c. Provincia de Buenos Aires*, Fallos 327:5118 (2004).

[47] CSJN, *Pellicori*, Fallos 334:1387 (2011).

[48] CSJN, *Sisnero c. Tadelva*, Fallos 337:611 (2014).

[49] CSJN, *Castillo c. Provincia de Salta*, Fallos 340:1795 (2017).

[50] R. Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

[51] CSJN, *Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s. Amparo colectivo*, Fallos 339:1077 (2016).

[52] CSJN, *N.N. o U., V. s. Protección y guarda de personas*, Fallos 335:888 (2012).

[53] CSJN, *Constantino c. Anses*, Fallos 339:740 (2016).

[54] El Convenio 169 data de 1989 y fue aprobado por nuestro país en 1992, mediante Ley 24.071.

[55] CSJN, *Confederación Indígena del Neuquén c. Provincia del Neuquén*, Fallos 336:2271 (2013), y *Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c. Provincia del Neuquén*, Fallos 344:441 (2021).

[56] La “ley de la silla” obliga al empleador a proveer “asiento con respaldo” a todo trabajador para su uso en momentos de descanso o durante el trabajo. Tiene su origen en un proyecto presentado por Alfredo Palacios en 1907 y fue sancionada en 1935 (Ley 12.205).

[57] El Convenio 87 de la OIT data de 1948 y fue aprobado por nuestro país en 1959, mediante Ley 14.932.

[58] El Comité de Libertad Sindical es el órgano de la OIT que examina las quejas en esa materia y

expide informes con recomendaciones. Es un órgano tripartito compuesto por nueve miembros en formación paritaria, respondiendo a los Grupos Gubernamental, Empleador y Trabajador.

[59] CSJN, *ATE c. Ministerio de Trabajo*, Fallos 331:2499 (2008), y *Rossi c. Estado nacional - Armada Argentina*, Fallos 332:2715 (2009).

[60] CSJN, *Orellano c. Correo Oficial de la República Argentina SA*, Fallos 339:760 (2016).

[61] CSJN, *Badaro c. ANSES*, Fallos 329:3089 (2006).

[62] A. Pintore, “Derechos insaciables”, en L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 243-265. La expresión proviene de A. J. Sebok, *The Insatiable Constitution*, 70 S. Cal. L. Rev. 417 (1997).

4. Crimen, proceso y castigo

Como un Aleph normativo, la Constitución contiene en sus normas y principios todo el material que, desplegado y sistematizado, nos permite armar el derecho penal tal como lo conocemos y tal como lo aplicamos (o deberíamos aplicar). Cada uno de los elementos de la teoría penal puede ser justificado no solo desde el aparato sistemático de las diversas corrientes de la “dogmática penal”, sino además en la concreción de principios constitucionales. Muchos de ellos no son invento de la Constitución argentina, ni de una supuesta ideología garantista, sino que tienen varios siglos de historia.

De los delitos y las penas: así se llama el descriptivo libro del filósofo y jurista italiano Cesare Beccaria de 1764, que acuñó la piedra fundacional del derecho penal moderno. En un ensayo contra la brutalidad de las penas, Beccaria también plantó las bases de un derecho penal liberal y racional. De allí se derivan las ideas que se fueron constitucionalizando y “convencionalizando” en tratados de derechos humanos.

Son conceptos que a veces damos por sentados, y que otras veces deben recordarse: las penas deben ser proporcionales al delito; deben estar previstas de antemano en las leyes; esas leyes deben captar *conductas* y no *modos de ser*; esas conductas deben ser concretas y no ambiguas, para evitar la arbitrariedad de las agencias policiales y judiciales.

Nunca un autor –más específicamente, un *libro*– tuvo tanta influencia en el desarrollo de toda una disciplina. La doctrina de Beccaria ha incidido en el *derecho de fondo* –lo que la ley puede y no puede prohibir–, en el *derecho procesal* –cómo se hacen los juicios– y en el llamado *derecho de la ejecución penal* –cómo se deben cumplir las penas, sobre todo la pena de prisión–.

Ecos explícitos de esas ideas liberales resuenan en el art. 18 de nuestra Constitución, que es verdaderamente una parrafada:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra

sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.

Entre los artículos de la parte dogmática de la Constitución “original”, este es el más extenso. Encontramos en él una larga lista de garantías penales que, por la influencia de Beccaria, eran ya “de estilo” en constituciones liberales. A esta “versión base” le deberemos acoplar la ampliación que se dio a través de los tratados con jerarquía constitucional y a través de la jurisprudencia local y supranacional, en especial la que se deriva de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El principio de “ley previa”

Las penas solo pueden imponerse si el Estado ya había determinado que la acción que se condena era delito al momento de cometerlo. No puede hacerlo después, pues eso violaría el principio de legalidad. De ahí surge también el principio de “ley más benigna”: si la pena aumentó, tengo derecho a la pena más leve. Y si la pena bajó, también (aunque haya sido más alta en el momento en que cometí el delito). “Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”, dispone la parte final del art. 9 de la Convención Americana.

El texto que incluye el repertorio básico de delitos y penas es el Código Penal (que se describe en el capítulo 6 de este libro), pero a la vez existen otras leyes que definen delitos puntuales. Muchas leyes legislan un tema y dedican uno de sus capítulos a dar al asunto una protección “penal”, que queda legislada pero asistemática y fuera de código. Un ejemplo entre tantos es el de la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual, que incluye en su amplio articulado algunas normas

dedicadas a reprimir la reproducción no autorizada (recordemos el anuncio de advertencia que aparecía en los videocasetes de alquiler: “bajar de internet películas pirateadas es un robo. El robo es ilegal. La piratería es un crimen”).

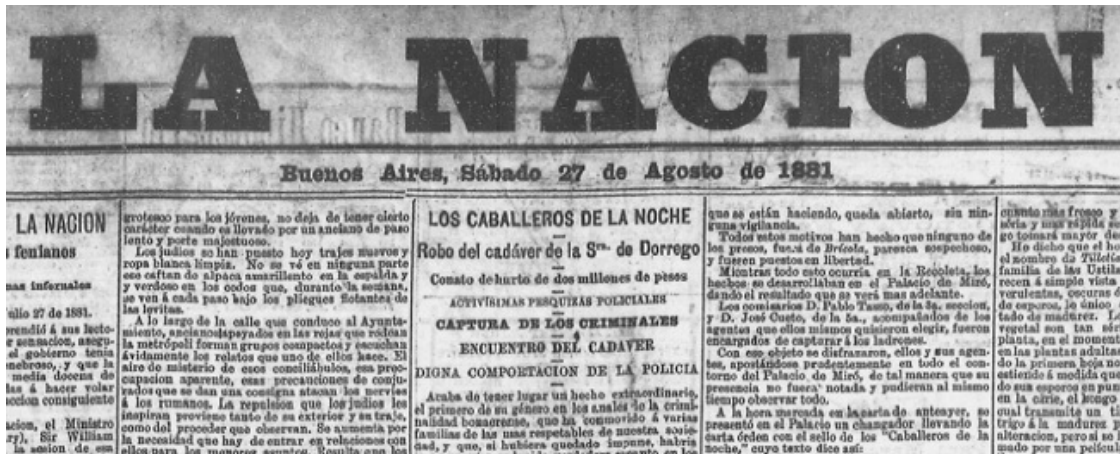
Lex certa scripta stricta et praevia

No basta con que sea previa y que sea ley, sino que la pena también tiene que ser precisa. Una ley que diga: “La autoridad podrá reprimir cualquier tipo de acto o conducta que juzgue inconveniente, imponiendo a sus autores la pena que considere ajustada al hecho” no cumple con el principio de legalidad. Por eso la ley debe determinar con toda precisión la conducta incriminada, para que el eventual destinatario de la orden prohibitiva tenga en claro lo que no tiene que hacer. Esa conducta debe ser *lesiva*: recordemos que el art. 19 nos impide incriminar acciones que no dañen o pongan en peligro a otras personas, barrera que se conoce como “principio de *lesividad*” (y los actos que no la superen quedan fuera del reproche jurídico: “solo reservadas a Dios”).

Así, el derecho constitucional impone que exista un derecho penal “de acto” (reprime acciones), y no “de autor” (que reprime o castiga ideologías, personalidades, etnias o determinadas condiciones).

Por este mismo motivo, la pena no puede trascender de la persona del delincuente (así lo dice textualmente el art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Siguiendo esta línea, por ejemplo, la Corte declaró inconstitucional negar a las internas de una penitenciaría el beneficio de la Asignación Universal por Hijo, instituido en favor de los niños.[\[63\]](#)

Estamos tan solo a mitad de camino, y ya podemos advertir que la Constitución es un texto que bajo una apariencia casual tiene una carga semántica extremadamente densa, pues entre sus palabras, así como codificado en el marco de sus valores, es posible descubrir una muy extensa y variada partitura de consecuencias.



Uno de los resonantes casos policiales del siglo XIX quedaría impune en virtud de la aplicación del principio de legalidad. Se trata de la banda de los Caballeros de la Noche, que se dedicaban a robar cadáveres y pedir rescate a adineradas familias de la época. El Código en ese momento vigente solo sancionaba la sustracción de cadáveres *con el fin de mutilarlos o profanarlos...* lo que hacía que la acción de la banda no fuera entonces delito. A la luz de estos casos, se incluyó desde 1887 la sanción a quien secuestra cadáveres para hacerse pagar su devolución, que subsiste en el art. 171 de nuestro actual Código Penal (para el lector curioso, dejamos el dato de que la pena prevista es de dos a seis años).

Delito: acción típica antijurídica y culpable

Si prestamos atención a la parte especial del Código Penal, vamos a encontrar siempre un verbo como núcleo del “tipo penal” (así se le llama a cada especie de delito). Por ejemplo, el homicidio es descripto en el art. 79 del Código Penal como “el que matare a otro”. Pero para procesar esa materia prima, el derecho penal necesita de un sistema operativo, configurado en ciertas palabras clave (antijuridicidad, tipicidad, culpabilidad) para gestionar el ejercicio de la potestad punitiva, y definir *qué es* (y *qué no es*) *delito* para nuestro sistema. Así:

- Nuestras leyes no reprimen solo el disvalor de resultado, sino el disvalor de la *acción*: por eso aparece también calificada como delito una *tentativa* (el que intentó matar, pero no lo logró), que tiene una pena aminorada.

- El cardumen de acciones humanas es captado con las redes del “tipo” penal que se desdobra en dos: el tipo textual, “objetivo”, hace alusión a algo visible, algo *que pasó en el mundo*, pero no basta para determinar un delito. Para que haya delito ha de complementarse con un factor o elemento “subjetivo” que el delito presupone, pues requiere en el autor un propósito y un conocimiento de que estaba cometiendo una acción prohibida.[\[64\]](#)
- Esto implica probar la existencia de una acción u omisión intencional (con dolo). Pero la ley penal también puede sancionar una negligencia u omisión de deberes de cuidado (los delitos “culposos”, que refieren a hechos en los que el autor no cometió la acción “a propósito”).
- No toda acción típica es antijurídica, pues el autor puede haber obrado bajo una causa de justificación. Por ejemplo, quien actúa en defensa propia (o de terceros) está amparado en una causa que justifica su ilícito: puede lesionar, e incluso matar, a un agresor. Si no hay justificación, la antijuridicidad se confirma, y en ese caso sí nos encontramos frente a un acto ilícito.
- No todo acto ilícito es siempre (e igualmente) reprochable, y aquí pasamos al nivel de la “culpabilidad”. La culpabilidad queda excluida, por ejemplo, si el autor no estuvo en capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del derecho (el caso de los “inimputables” que no son conscientes del disvalor de su acción, o el de quien actuó en “estado de necesidad”). Cuando una acción es menos reprochable, el derecho reacciona distinto: puede haber menor pena o ninguna pena (se excluye la culpabilidad).

En otro despliegue que es conocido, la ley reprocha (y castiga) no solo al autor “de propia mano”, sino también al instigador y al cómplice. El Código Penal diferencia niveles de participación, con rangos de pena iguales para los partícipes necesarios, y menores (de un tercio a la mitad) para los partícipes “secundarios” (no esenciales al delito, pero que cooperaron).

El concepto jurídico de autoría –pensado más allá del autor “material”– debe ajustarse al contexto en el que un delito se comete: en el Juicio a las Juntas Militares, los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas no fueron condenados por ejecutar materialmente ellos los asesinatos y secuestros, sino por haber elaborado un aparato organizado de poder destinado a ese fin. Una figura penal bastante conocida que sigue una lógica similar es la “asociación ilícita”: el

art. 210 del Código Penal condena a los integrantes de una banda por el solo hecho de formar parte de ella, sin que se necesiten pruebas de que cada uno de ellos haya cooperado en un delito concreto.

Se presume inocente

La *presunción de inocencia* es una garantía clásica que podía entenderse implícita en la exigencia del *juicio previo*: hasta que no haya condena (con “sentencia firme”) no hay pena posible. El art. 8 inc. 2 de la Convención Americana hace expresa esta idea central: el inculpado “tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. De allí se derivan consecuencias importantes.

- Una ocurre mientras se investiga o juzga a una persona: en tanto no haya condena “firme” (o sea, que no exista posibilidad de nuevas apelaciones), una persona goza jurídicamente un “estado de inocencia”.
- La otra es relevante para el momento mismo de juzgar a una persona: el estado de inocencia que se presume debe ser “destruido” por la evidencia “más allá de toda duda razonable” (la influyente definición que proviene del derecho anglosajón).
- En contrapartida, toda duda beneficia al acusado y deriva en su absolución: este es el principio *in dubio pro reo*.

Un detalle importante que no se advierte en la letra constitucional es que más allá del estado o presunción de inocencia, una simple imputación, y hasta una condena “no firme”, pueden justificar restricciones a la libertad en forma “preventiva” (para evitar la fuga del imputado, o para impedir que entorpezca el desarrollo del proceso amenazando a testigos o destruyendo pruebas).

El derecho a defensa en juicio

Disolver esa presunción de inocencia requiere de un procedimiento específico (en el capítulo 7 veremos en detalle los diversos pasos del proceso). No se trata de cualquier juicio, sino uno que cumpla con determinadas garantías. Al respecto, el art. 8 inc. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece un amplio espectro de “garantías judiciales” exigibles. Sus sucesivos incisos detallan:

1. el derecho del inculpado de *ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete*, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
2. *comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada*; lo cual es importante para saber de qué se tendría que defender;
3. *concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa*; lo que evita el juicio emboscado o *express* en el que el acusado no tiene chances de ejercer una defensa “eficaz”;
4. *derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor*; esta defensa “personal” puede estar condicionada, como en nuestro país, a la necesaria intervención de una defensa “técnica” que evite la asimetría en perjuicio del acusado;
5. *derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley*; lo que en la Argentina se materializa con un sistema de defensa pública gratuita;
6. *derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos*; esto es lo que marca características propias de un proceso con “igualdad de armas” entre la defensa y la acusación.
7. *derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable*. De aquí deriva otra prevención específica incluida en el art. 8 inc. 3 de la Convención Americana: “La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”.

Derecho a apelar

Y para disolver la presunción de inocencia puede no bastar un solo juicio. La lista de garantías del art. 8 inc. 1 de la Convención Americana concluye con el inc. h) que instaura el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. La expresión que se utiliza es que la condena debe recibir, por parte del sistema jurídico, un “doble conforme”. Se ha establecido que el recurso exige una revisión amplia, en la que se puedan objetar tanto las conclusiones de una sentencia en cuanto a la prueba de los *hechos* que dio por probados como las cuestiones de *derecho* que fueron discutidas en el juicio (como el encuadre de esos hechos en cierto delito o agravante).

No juzgar dos veces

Si el juicio es definitivo (y por eso “disuelve” la condición de inocencia del inculpado), también lo debe ser la absolución. De lo contrario el Estado tendría repetidas oportunidades para condenar una persona. Esto implica la garantía del *non bis in idem*, captada en el art. 8 inc. 4 de la Convención Americana: “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

La regla de exclusión: los “frutos del árbol envenenado”

Como ha demostrado nuestro recorrido hasta aquí, hay un elenco importante de derechos constitucionales que establecen lo que un Estado *no* puede hacer en el curso de una investigación o juicio penal. Ejemplos notorios son el allanamiento sin orden o la confesión coaccionada por tortura.

La consecuencia de esto es que, si el Estado recurre a alguno de esos mecanismos prohibidos, esa prueba no puede ser válidamente introducida en un juicio, ni valorada para fundar una condena al inculpado. A esto se llama “regla de exclusión de la prueba ilegalmente obtenida”, y está asumida en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

En relación con esto aparece una suerte de efecto dominó: el sentido práctico

de la prohibición y de la exclusión sería eludido si la nulidad se limitara a “esa” prueba puntual, sin considerar otras que derivaron necesariamente de ella. Imaginemos esta situación: se obtiene una confesión por torturas, y el inculpada cuenta de donde están los elementos robados y otras cosas que usó en el robo. A partir de ese dato, la policía obtiene una orden de allanamiento y secuestra la evidencia. Limitar la nulidad a la confesión, sin proyectarla a ese acto derivado, implicaría que lo que era constitucionalmente nulo dio frutos constitucionalmente válidos (y sería casi como un incentivo a eludir las prohibiciones constitucionales). Como ambas cosas son incongruentes, el criterio que se aplica es el de la llamada “doctrina de los frutos del árbol envenenado”, por el cual la nulidad se proyecta a todos los actos o pruebas que fueron obtenidos como consecuencia de la prueba prohibida.[\[65\]](#)

Un fallo insignia de este criterio se dio en el caso *Fiorentino* de 1984. Allí la Corte admitió, en relación con la prueba obtenida en un allanamiento sin orden judicial, que “reconocer su idoneidad para sustentar la condena equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medios ilícitos en la persecución penal” lo cual “no solo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria del hecho ilícito”.[\[66\]](#)

¿Y los derechos de la víctima?

Para analizar este tema, no nos será de utilidad la vista “a ojo desnudo” de la Constitución, pues no hay establecidos derechos constitucionales *de víctimas*. En cuanto sujetos procesales, a las víctimas también aplican las garantías de la Constitución: la Corte Suprema ha dicho que toda persona a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparada por la garantía del debido proceso legal, consagrada en el art. 18 de la Constitución nacional, sea que actúe como acusador o acusado, demandante o demandado, y se entiende que tal criterio se extiende al querellante y al damnificado por un delito.[\[67\]](#)

Lo mismo sucede en el marco de los tratados de derechos humanos, ya que el sistema de protección judicial incluye *la obligación del Estado de investigar* las violaciones a los derechos tutelados, y de modo concreto también el derecho a la “tutela judicial efectiva” (art. 25 CADH) que asimismo implica el derecho de la

víctima y de sus familiares “a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables”.[\[68\]](#)

El criterio es entonces la *búsqueda de la verdad*. La obligación de investigar – ha señalado la Comisión Interamericana–

no se incumple solamente porque no exista una persona condenada en la causa o por la circunstancia de que, pese a los esfuerzos realizados, sea imposible la acreditación de los hechos. Sin embargo, para establecer en forma convincente y creíble que este resultado no ha sido producto de la ejecución mecánica de ciertas formalidades procesales sin que el Estado busque efectivamente la verdad, este debe demostrar que ha realizado una investigación inmediata, exhaustiva, seria e imparcial.[\[69\]](#)

La legislación procesal contempla a la víctima al habilitar su participación a través de la figura del “querellante” (que puede intervenir en el juicio a la par del fiscal), y también le otorga facultades y derechos que a nivel federal están sistematizadas en la Ley de Protección a las Víctimas (Ley 27.372 de 2017). Estos derechos incluyen el de recibir un trato digno y respetuoso para minimizar las molestias derivadas del procedimiento, la atención especializada para víctimas en situación de vulnerabilidad, la posibilidad de requerir medidas de protección por parte de órganos competentes para su propia seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, y el derecho a recibir información y asesoramiento para el ejercicio de sus derechos.

Las penas: razones, límites y variantes

Los fines de la pena

La imposición deliberada del castigo por parte del Estado no puede justificarse como un ejercicio bruto del poder. Ya hemos mencionado la exigencia de *proporcionalidad*: aun bajo la forma drástica de la Ley del Talión, el soberano no podía imponer *cualquier* pena, sino una que fuese “equivalente” a la lesividad de

la acción (“ojo por ojo, diente por diente”, y no “vida por ojo”). Al tener que traducir las penas a “escala cárcel”, las leyes todavía buscan mantener ese equilibrio.

Pero esa cuestión no explica todavía por qué razón el Estado impone penas. Las justificaciones son intuitivas y coexistentes, y han sido inventariadas y clasificadas en varios tipos de teorías, sobre todo las “retributivas” y las “preventivas”.

La *retributiva* tiene una básica intuición moral de venganza racionalizada: pagar el *mal* (el causado a la víctima y a la sociedad) con otro *mal* (el que sufrirá el condenado). Su fundamentación es puramente punitiva. Nuestra Constitución, como vimos, pone un límite: la pena de cárcel es “para seguridad y no para castigo de los reos”. Siguiendo esta idea, la Corte ha advertido que las *personas privadas de su libertad no se ven sustraídas del derecho a un trato digno y humano, lo que implica que las cárceles* por sus condiciones materiales y de salubridad “no deben agravar el mal inherente a la pena, ni las autoridades ejecutarlas en forma que aumentan ese mal”.[\[70\]](#)

Las teorías *preventivas* tienen en cambio una fundamentación “utilitarista”, que se traduce en un amplio espectro de argumentos en los que esa prevención se asume como “general” (incide sobre la sociedad) o “especial” (incide sobre el individuo), y puede ser en ambos casos “positiva” (por el efecto virtuoso que su imposición acarreará) como “negativa” (por el efecto disuasivo o represivo supuesto).

Así tenemos:

- Prevención *general positiva*: la pena que aplicamos sirve para “mostrar” socialmente la obediencia general a la ley, en una suerte de proceso comunicativo ejemplificador: el que las hace, las paga.
- Prevención *general negativa*: enfocada en el efecto disuasivo que la pena puede causar. Presupone una suerte de análisis de riesgo-recompensa que tomaría el eventual delincuente al momento de actuar, en virtud del cual se tornaría lógico aumentar las penas no por la estricta gravedad del delito, sino por la necesidad de que ese tipo de delito deje de cometerse (llevando al absurdo de que robos de un automotor, sin lesiones involucradas, puedan quedar más severamente penados que un homicidio).
- Prevención *especial positiva*: la pena permitirá al sujeto desviado o incumplidor recapacitar, resocializarse, reeducarse (el exjuez de la Corte

Suprema y profesor Raúl Zaffaroni las llama mordazmente las “ideologías re”).[\[71\]](#)

- Prevención *especial negativa*: las penas apuntan a eliminar el stock de delincuentes en activo, por un tiempo prolongado (en el caso de la prisión) o para siempre (en el caso de la pena de muerte). Desde luego este tipo de prevención parte de premisas inversas a la prevención especial positiva, y asume la inexorabilidad del sujeto delincente.

Esta combinatoria de teorías determina hoy nuestro lenguaje jurídico para justificar las penas. Y es habitual que se ensaye una teorización estratificada, en la que se asume la coexistencia de las visiones preventivas generales (*ex ante*) y las especiales (*ex post*).

Podemos detenernos un momento y “ver” empíricamente qué es lo que *sirve* en verdad para prevenir el delito. Esta pregunta suele conllevar visiones escépticas, y con razón. Porque el eventual infractor no coteja riesgos en función de la longitud de la pena, sino en función de sus chances de ser condenado o no. Así, la literatura criminológica constata por ejemplo que los *aumentos* en las penas no tienen influencia comprobable en la reducción del delito.[\[72\]](#)

Un comentario final sobre este tema. Si muchas veces hemos citado a “la Corte” (Suprema) como el intérprete de la Constitución, cabe alertar que no es el único órgano que *baja a tierra* los mandatos constitucionales. Esto viene a cuento para decir que, más allá de las discusiones y teorías, el Congreso ha establecido cuál es para nuestra República el fin de la pena de prisión, en la Ley de Ejecución Penal 24.660 (una ley relativamente moderna, sancionada en 1996) cuyo art. 1 dice que

la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto.

Límites de la pena

Además de las garantías de legalidad y de las garantías procesales, el derecho constitucional establece límites y pautas para el repertorio de penas que pueden aplicarse.

- *Las penas no pueden ser inhumanas.* La Constitución hace explícito un caso especial de esta prohibición, al censurar “toda especie de tormento y los azotes”.
- *Las penas no pueden ser desproporcionadas.* Más allá del caso de estas penas de castigo corporal, prohibidas per se, la pena tiene que guardar una proporción con el delito. En “abstracto”, todo el Código Penal busca mantener esas proporciones, aunque en algunos casos la proporcionalidad se pierde en concreto, y por eso se ha desarrollado la teoría de la insignificancia, donde el delito puede existir pero se considera que no llega a un umbral mínimo de lesión o amenaza a un bien jurídico para considerarlo configurado (que una persona se lleve un caramelo de más de un quiosco no llega a configurar un hurto; un chofer de colectivos que no se detiene en la parada no está cometiendo privación ilegítima de la libertad del pasajero).
- *No puede existir una doble pena por el mismo hecho.* Esto es así aunque a veces se pueden imponer dos especies de pena en simultáneo, como los delitos reprimidos con prisión e inhabilitación.
- *La pena no debe trascender la persona del delincuente.* Esta situación era habitual en sistemas de derecho penal primitivos, en los que un crimen implicaba una deshonra y consiguiente castigo a otras personas que se relacionaban con el delincuente, como su grupo familiar.

Tipos de pena

Existen muchos tipos de penas, como reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

La distinción entre reclusión y prisión era que al recluso se le imponía no solo el encierro, sino la condena a trabajos forzados (este tipo de sentencias se cumplían en el penal de Tierra del Fuego). Esta distinción subsistió hasta la ley penitenciaria de 1958. La Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, vigente desde 1996, tampoco diferencia entre ambos tipos, y por eso en la

jurisprudencia de la Corte Suprema se reconoce que la pena de reclusión ha sido tácitamente derogada (aunque subsiste en la letra del Código Penal).^[73]

Incluso en el caso más notable de prisión, las restricciones a la libertad no necesariamente se cumplirán en una cárcel. Es conocida la alternativa de la prisión domiciliaria, prevista de manera excepcional para personas de más de 70 años, y por otros motivos humanitarios.

No todos los procesos penales terminan en pena: existe la posibilidad de que se deje la pena “en suspenso” para los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años (con lo cual esta salvedad queda limitada a delitos de baja lesividad). Lejos de constituir un espacio de impunidad tolerada, el sentido de la condicionalidad es el de hacer un uso racional de la pena, y por eso con ello se abre un tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir determinadas “reglas” de conducta fijadas por la sentencia. Si en ese tiempo comete un nuevo delito, eventualmente pierde el beneficio y deberá cumplir la pena suspendida y además la pena de su nueva condena.

Existe también la posibilidad de pedir la “suspensión del proceso a prueba” (la llamada *probation*) con el mismo marco temporal de tres años como pena máxima. No es un derecho automático, y requiere aprobación judicial y acuerdo del fiscal, pero su uso extendidísimo en delitos menores ha permitido descomprimir el sistema. En la práctica, esta medida genera visiones más compatibles con el fin de la pena, al conjugar una oferta de reparación del daño y posibles “trabajos comunitarios” que suelen ser incluidos en las reglas de conducta. Como sucede con la condena condicional, quien incumpla los términos de la *probation* puede perder el beneficio de la suspensión y será juzgado por el delito.^[74]

La ejecución de la pena de prisión se estructura por razones de eficacia sobre la base de un principio de progresividad, que en su etapa final perfile al “interno” a su adaptación paulatina a la vida libre. Con ese fin la Ley de Ejecución Penal habilita –bajo control judicial– las *salidas transitorias* de los internos (para afianzar y mejorar los lazos familiares y sociales, cursar estudios o participar en programas específicos de prelibertad) ante la inminencia del egreso.

En la misma lógica se explica también el conocido sistema de *libertad condicional*, previsto en el Código Penal para quien haya cumplido dos tercios de su pena, tenga un reporte de buen comportamiento según los reglamentos carcelarios, y tenga un informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social. Ello le permitiría cumplir la última parte de su pena en libertad, estando sujeto a controles y al cumplimiento de reglas de conducta fijadas por el juez. Sin embargo, las excepciones establecidas por el legislador limitan la posibilidad: no se la puede conceder a

los reincidentes ni –desde 2017– a los condenados por un amplio espectro de delitos que el legislador ha reputado graves (homicidios agravados, violaciones, secuestro extorsivo, entre otros que menciona el art. 14 del Código Penal).

Esto marca una tendencia que debe subrayarse: *no hay relajamiento sino inflación penal*. La descripción de una “puerta giratoria” para inculpados (algo que, en muchas ocasiones, obedece a problemas de prueba e investigación) no se compadece del todo con el guión de un sistema que, en su elenco de condenas, ha evolucionado en un solo sentido: incluyendo agravantes, aumentando penas y restringiendo excarcelaciones, lo cual se comprueba empíricamente en el aumento constante de la población carcelaria nacional (que se cuadruplicó en veinticinco años, pasando de 25 000 detenidos en 1996 a unos 100 000 en 2021).

Un derecho penal miniaturizado

Las sanciones penales no son las únicas que aparecen en el mapa jurídico. También tenemos las sanciones contravencionales (un derecho penal “de baja intensidad”) que se imponen por ley provincial o hasta por ordenanza municipal, y que en general se resuelven sin arresto y con multas o clausuras. El ejemplo paradigmático es el de la infracción de tránsito (que muchas veces se acompaña con medidas cautelares como la retención o el remolque del vehículo en infracción).

El derecho de *faltas y contravenciones* se ha caracterizado históricamente por utilizar rótulos de lo prohibido muy vagos y ambiguos (como por ejemplo los que penalizan los “desórdenes en la vía pública”) y por presentar un sistema de garantías reducido en la ley y casi inexistente en la práctica.

Existen subsistemas sancionatorios propios, como el del derecho cambiario, el aduanero, o el tributario, que tienen características similares y son además muy proclives a la inclusión de medidas cautelares aflictivas (en muchos casos ejercidas sin control judicial previo) como embargos, clausuras y limitación de operaciones autorizadas. Su carácter “provisorio” y su alto impacto a veces hacen que se apliquen como penas anticipadas de hecho, sin derecho eficaz a defensa.

Otras sanciones administrativas típicas son las *disciplinarias*: desde las amonestaciones de un colegio hasta la cesantía de un empleado público deben tener “a escala” el mismo procedimiento de acusación concreta basado en una

norma previa, el derecho de defensa (de alegar y producir prueba), la decisión fundada y el derecho a un recurso administrativo y judicial.

Todo esto es importante por la idea de que dado que todas estas son especies del género sanción, más allá de su nombre (“delito”, “contravención” o “falta”), les son aplicables las garantías procesales de todo proceso estatal que determina penas, y que no puede en ningún caso ser arbitrario. Por cierto, el sistema penal propiamente dicho (la versión más “pura”) no cuenta con el mismo umbral y sistema de garantías que las exigencias más laxas (diluidas) propias de otros procedimientos sancionatorios no penales como los disciplinarios o los “políticos” (que veremos en detalle más adelante).

En el caso del *Tribunal Constitucional c. Perú* de 2001, y a propósito de un proceso de destitución de magistrados, la Corte IDH convino que, si bien el art. 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” para que las personas puedan defenderse de manera adecuada ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos. Literalmente ese artículo incluye a las “obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, por lo que la Corte IDH establece que “en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”.

Este es el plano ideal, el de algunos fallos y el de los libros. En el plano de la realidad, en cambio, el derecho sancionatorio ciertamente vuela bajo el radar de garantías: es difícil que cuente con un control judicial efectivo (si es que llega a tenerlo). Y aunque las penas no tengan cuantía medida en “años”, sino que parezcan “leves”, es un instrumento que habilita las más frecuentes arbitrariedades que inciden en la vida cotidiana y tiene –como lo comprobamos a menudo con actas, infracciones y multas– un tremendo potencial abrasivo para nuestras libertades civiles, personales y económicas.

Cuasipenas antes de la pena: arrestos y prisión preventiva

Un simple *arresto* no es una pena. Es una medida de restricción de la libertad provisional, autorizada por las leyes, que deberá cesar cuando el sujeto sea llevado ante un juez, salvo que se le imponga la *prisión preventiva*.

En la teoría (y en la ley) la prisión preventiva no está pensada para que sea una

“pena anticipada”. Las jurisprudencias argentina e interamericana coinciden en el criterio de que solo deben ser consideradas como finalidades legítimas de la prisión preventiva aquellas que sirvan para preservar el desarrollo eficaz del proceso, en concreto, las que estén vinculadas con evitar el *peligro de fuga* del procesado, y aquellas que busquen evitar que el procesado afecte el curso de la investigación (por ejemplo, destruyendo pruebas o intimidando víctimas o testigos). En función de esto se ha establecido que la gravedad del delito que se imputa no es, por sí misma, justificación suficiente de la prisión preventiva.^[75]

Sin embargo, la prisión preventiva termina siendo la regla más que la excepción en los casos de delitos graves y, dada la larga duración de los procesos penales (la demora en los juicios y las sucesivas apelaciones), se termina instalando mucho más de la cuenta. En este contexto, una parte sustancial de las personas privadas de libertad no tienen una condena firme. En 2019 el porcentaje de ese grupo alcanzaba el 43%, sobre la base de una población carcelaria de cien mil personas.^[76]

Las otras condenas: los ilícitos civiles

Por último, recordemos que no es verdad que el único medio que tiene el derecho para orientar la conducta sea la amenaza del derecho penal. De hecho, la deberíamos pensar como el último recurso (*ultima ratio*) que tiene el sistema jurídico.

La gran mayoría de los litigios en tribunales versa sobre otro tipo de ilícitos: los ilícitos civiles, que discuten restituciones o indemnizaciones. En algunos casos, se trata de violaciones a reglas que los propios particulares han asumido frente a terceros, en forma de contratos (no cumplidos). En otros casos, son violaciones a reglas más genéricas: la de no dañar a otra persona. Esto genera una importante diferencia: si en lo penal se aplica la taxatividad que vimos, en lo civil basta con comprobar el efecto damnificador para que exista el “ilícito”. Todo deriva de una vieja máxima romana: no dañar a otro (*alterum non laedere*).

En los ilícitos civiles es posible disociar el agente causador del responsable-pagador: por ejemplo, el empleador será responsable por los daños que un empleado le cause a un cliente. De modo similar, el propietario es responsable por los daños que cause la cosa riesgosa de la que es dueño. El fundamento de esta “responsabilidad sin culpa” es que su actividad fue la que generó un nivel de riesgo, y en virtud de ello –como dice el art. 1758 del Código Civil y Comercial–

“responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros”.

Clásicamente, el derecho solo se ocupaba del daño ya causado, aunque en el paradigma moderno se tiende a anticipar la tutela, pues el Código Civil y Comercial impone una obligación genérica: el deber que tiene toda persona de prevenir el daño (art. 1711), y la nutre con una nueva posibilidad procesal: la –valga la redundancia– *acción preventiva del daño*, que va a buscar evitar su producción o (de haber ya sucedido) su continuación o agravamiento.

La consecuencia del ilícito civil ha sido tabulada en un amplio espectro. Si se daña un auto en un choque, no solo se deberán pagar los repuestos y la mano de obra de la reparación, sino también la desvalorización del vehículo, las lesiones que sufrió la persona y su “daño moral” (sufrimiento y estrés que le causó el hecho), además del dinero que el damnificado haya perdido al no poder utilizar el coche en caso de que este hubiese sido usado en su trabajo (lucro cesante). Este lucro cesante también determina la indemnización por incapacidades, pues tiene en cuenta la proyección matemática de los ingresos futuros perdidos por el daño que sufrió una persona.

Esto supone que no hay una medida “moral” del reproche, sino una medida “objetiva” dada por la estricta compensación de lo que se perdió; y no hay una “pena” civil, sino una indemnización.

Existe en el derecho argentino un caso en que la lógica permite ir más allá del daño para establecer efectos disuasivos: son los “daños punitivos” que habilita la Ley del Consumidor, una multa civil que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, más allá de otras indemnizaciones que correspondan (art. 52 bis Ley 24.240).

Como nota final, y ejemplo de que lo penal es *ultima ratio*, queremos señalar el detalle de que los incumplimientos de deudas no pueden derivar en condenas de prisión: el art. 7 inc. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “nadie será detenido por deudas”, y acota que “este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”.[\[77\]](#)

[\[63\]](#) CSJN, *Internas de la Unidad n° 31 SPF y otros s. Hábeas corpus*, Fallos 343:15 (2020).

[\[64\]](#) A pesar de pertenecer a otra familia de sistemas, el derecho anglosajón (como podrán constatar quienes hayan visto la película *Legalmente rubia*) postula esta misma dualidad, que –usando nombres en latín– descompone el delito en el *actus reus* (lo objetivo) y la *mens rea* (lo subjetivo).

[\[65\]](#) La metáfora de los “frutos del árbol envenenado” fue usada por primera vez en un fallo de la Corte estadounidense, *Nardone c. United States* (1939), por el juez Félix Frankfurter.

[\[66\]](#) CSJN, *Fiorentino*, Fallos 306:1752 (1984).

- [67] CSJN, *Otto Wald*, Fallos 268:266 (1967).
- [68] Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes c. Colombia*, 5/7/2004, Serie C n° 109.
- [69] Comisión IDH, Informe n° 33/04, *Jailton Neri Da Fonseca* (Brasil), Caso 11.634, 11/3/2004.
- [70] CSJN, *Verbitsky, Horacio*, Fallos 328:1146 (2005), en una causa de hábeas corpus colectivo iniciada por el Centro de Estudios Legales y Sociales con motivo de las deficientes condiciones carcelarias en la provincia de Buenos Aires.
- [71] E. Raúl Zaffaroni (con A. Alagia y A. Slokar), *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2ª ed., 2007, pp. 46-47.
- [72] Véanse D. Dölling, H. Entorf, D. Hermann y otros, “Is Deterrence Effective? Results of a Meta-Analysis of Punishment”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 15, 2009, pp. 201-224; D. L. MacKenzie y D. P. Farrington, “Preventing Future Offending of Delinquents and Offenders: What Have We Learned from Experiments and Meta-analyses?”, *Journal of Experimental Criminology*, 11, 2015, pp. 565-595.
- [73] CSJN, *Méndez*, Fallos 328:137 (2005).
- [74] El Código Penal Argentino legisla la “condenación condicional” en los arts. 26-28 y la “suspensión del juicio a prueba” en los arts. 76 bis-76 quater.
- [75] Véanse CSJN, *Nápoli*, Fallos 321:3630 (1998), y la trilogía de casos de la Corte IDH de 2019, *Romero Feris c. Argentina*, *Hernández c. Argentina* y *Jenkins c. Argentina*.
- [76] Véase Indec, Cuadros de población en centros de detención, disponibles en su sitio web, en el apartado de “Seguridad Pública”, <www.indec.gob.ar>.
- [77] En concreto, en el derecho argentino la Ley 13.944 (desde 1950) fija prisión de un mes a dos años para “los padres que, aun sin mediar sentencia civil, se substrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido”.

5. Restricciones, emergencias y calamidades

¿Y los deberes?

¿Por qué hablamos tanto de derechos y tan poco de deberes? A veces esta asimetría se plantea como una idea perspicaz que imagina un derecho “tuerto”, desentendido de las consiguientes obligaciones. Pero si volvemos la mirada atrás vamos a darnos cuenta de que en realidad sí hablamos mucho de deberes: desde el principio hemos sondeado un amplio repertorio de obligaciones que aparecen atrincherando o escudando a los derechos. Desde deberes “pasivos”, como el que surge del correlativo respeto o no interferencia en libertades y derechos de los demás (de donde se deriva el deber de no dañar a otro), hasta los deberes “activos”, como el deber de contribuir (impuestos). A modo de ejemplo, ilustremos esta dualidad en un deber específico que establece la Constitución argentina: el *deber de preservar el ambiente*, que figura en el art. 41, es el reflejo obligacional del *derecho a un ambiente sano*.

Señalar esta vinculación es necesario, pero nos obliga a hacer también una distinción: los deberes no tienen –como los derechos– una autonomía conceptual. Hay *derechos fundamentales*, pero no hay *deberes fundamentales*. Cada deber no es sino el medio técnico –que debemos justificar como exigible, razonable y necesario– para la tutela de un derecho. Los deberes crecen a la sombra de los derechos y son tan diversos como ellos: abarcan tanto a los ciudadanos como al propio Estado (nunca debemos olvidar cuál es la obligación subyacente y primordial que asumen las naciones en casi todo tratado de derechos humanos: el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para tutelar los derechos allí protegidos). Y como ha dicho alguna vez Jeremy Waldron, se despliegan en “olas de deberes”.[\[78\]](#)

De esto se sigue que las expansiones y reflujos de los deberes van en paralelo. Si alguna vez dijimos que el derecho se nos llenó de derechos, también tenemos que decir que por eso mismo aparece correlativamente un espectro creciente de obligaciones: *el derecho se nos llena de deberes*.

Esa correlación existe de manera armónica en la teoría, pero en la práctica

suelen presentarse varias formas de desajustes que rompen la ecuación.

Por un lado, muchas veces nos encontramos con un derecho que no proyecta sombra: un derecho volátil, sin anclaje, que queda solo en un plano declamativo (sería por ejemplo el caso de la concepción “testimonial” de los derechos económicos, sociales y culturales –DESC– que vimos en otro capítulo). Llenar esos vacíos requiere desarrollo legislativo o, en su defecto, invita a recorrer el camino largo de la judicialización.

Un segundo problema, inverso pero igualmente frecuente, se da cuando encontramos deberes u obligaciones que se imponen sin que se pueda reconocer con claridad que sean necesarios o convenientes para la eficacia o mejor goce de un derecho. Los deberes “de más” son objeto de la *depuración* que el control de constitucionalidad hace con las pautas de razonabilidad y proporcionalidad.

Por último, un tercer problema surge cuando los deberes son eficaces y funcionales al ejercicio de un derecho dado, pero también afectan el contenido esencial de *otro* derecho fundamental. Cuando eso sucede, estamos ante un conflicto de derechos.

Esta consideración acerca de los deberes nos da pie para cerrar este primer apartado con una advertencia importante: los deberes y las restricciones no se pesan de forma igual que los derechos. No lo hacen las constituciones, que les dedican una extensión mucho menor en su texto. No lo hace tampoco la jurisprudencia ni la doctrina constitucional, que se han construido a partir de una teoría de los derechos, y no como una sistematización de deberes. No debemos hacerlo tampoco nosotros, pues correremos el riesgo de asumir que con la cómoda bilateralidad de que toda restricción o imposición puede ser justificada en virtud de un genérico deber, habremos liquidado la propia idea de tutela que es el sentido específico y la razón de las garantías constitucionales.

Ni la bondad de las intenciones ni la importancia de los propósitos son criterios válidos para autorizar descuidadamente la afectación irrazonable de derechos. Si prohibiéramos salir a la gente de sus casas tendríamos menor transmisión de enfermedades y menos accidentes de tránsito, pero habremos suprimido la muy esencial libertad de circulación. Puede ser que en algún contexto esa medida sea justificable, pero la restricción no puede justificarse solo por el hecho de que le encontremos un saldo a favor en la eventual cuenta de cualquier derecho. Esa contabilidad, esa rendición de cuentas, está sujeta a una rigurosa auditoría constitucional, y a ello dedicaremos –entre otras cosas– este capítulo.

No todo derecho tiene signo de admiración: las restricciones y los deberes

Ya hablamos antes de las restricciones como la contrapartida excepcional al principio de libertad. Casi toda reglamentación requiere restricciones funcionales. El derecho a transitar el país no excluye, sino que presupone, normas de tránsito para los vehículos. El derecho a educar y enseñar no excluye, sino que presupone, un necesario sistema regulatorio de la educación pública y privada. El lenguaje puede parecer orwelliano, pero la idea que subyace es esta: reglamentar es restringir, pero también reglamentar es posibilitar.

Tal vez, después de todo, no tenía tanta razón Alberdi con aquella frase que citamos algunas páginas atrás (la de *reglamentar es estorbar, entorpecer*). No en vano se reclama “la reglamentación” de un derecho como condición para su efectividad real, la que requiere generalidad, y no quedar librada a la discreción casuística de la autoridad, o a una judicialización que genere un reconocimiento “por goteo”, caso a caso. Recordemos, en fin, lo que indica el art. 14: los derechos se ejercen “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Reglamentar “razonablemente”

El margen para reglamentar derechos está abierto, pero no es ilimitado. El legislador puede reglamentar, pero no puede usar la reglamentación para negar derechos.

Esta noción básica aparece expresada de diversas formas. Bidart Campos explica que no basta con el principio formal de legalidad, sino que esto debe complementarse con un contenido material de justicia (un contenido “esencial” de los derechos), que constitucionalmente se traduce en la regla de razonabilidad. “Con este relleno, el principio de legalidad rezaría de la siguiente manera: nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley ‘justa’ (o razonable) no manda, ni privado de lo que la ley ‘justa’ (o razonable) no prohíbe”.^[79]

La idea del “contenido esencial” de los derechos, que ha atravesado un amplio recorrido en la jurisprudencia continental europea, era prefigurada por Alberti en el art. 20 de su proyecto de 1852: “Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley, que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja, o adultere en su esencia”.

Ese artículo alberdiano fue tomado en su espíritu y transformado en 1853 para finalmente convertirse en el art. 28 que conocemos hoy, y es el vector de control de la posibilidad de “reglamentar derechos” que está en el art. 14 CN:

Art. 28. Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Los tratados incorporados desde 1994 a la Constitución nacional incluyen reglas que tienen también igual sentido, aunque adopten por supuesto una enunciación más moderna. Veamos por ejemplo lo que apunta la Convención Americana de Derechos Humanos:

Art. 30. Las restricciones permitidas [...] al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Compaginar y calibrar este sistema de *restricciones para las restricciones* es una tarea compleja pero esencial y crucial para que el artefacto constitucional pueda funcionar.

La Corte ha creado y todavía mantiene un abordaje minimalista y pragmático: entiende que lo que la Constitución exige es una *razonable adecuación de los medios a los fines*. Puede estar bien fumigar (medio de mínima restricción) con el fin de evitar los riesgos a la salud que causa una invasión de mosquitos (un fin constitucional válido). Puede ser irrazonable matar mosquitos a cañonazos, o exigir que la población use trajes protectores de apicultor para la vida cotidiana. Los ejemplos absurdos abundan y se captan rápidamente en la charla coloquial y en las aulas universitarias, pero el legislador no suele ser tan absurdo.

El examen de razonabilidad que nuestros tribunales ejecutan puede parecer exigente en principio, pero en la práctica es compatible y funcional a un criterio de deferencia de los poderes judiciales a los criterios políticos. La “carga de la prueba” de argumentar implica no solo acreditar la existencia de un agravio o perjuicio, sino también la de que la carga o restricción es (claramente) irrazonable.

Detengámonos ahora en una formulación común de la Corte Suprema argentina sobre el punto.

Aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una *manifiesta iniquidad*.[\[80\]](#)

Como revela el concepto de “manifiesta iniquidad”, la vara para determinar qué normas se rechazan queda bastante alta. La moraleja es que para un litigante suele ser más fácil y plausible que prospere un argumento de desigualdad o discriminación en la reglamentación, o uno de agravio a una “libertad preferida”, que uno de “falta de razonabilidad” en la reglamentación.

Este fenómeno de buscar “límites del límite” es inherente a todo sistema constitucional, y ha sido resuelto con criterios que tienen algunos aires de familia. En los Estados Unidos, donde no existe la garantía de razonabilidad en la letra constitucional, se ha utilizado la doctrina del “debido proceso sustantivo”. La idea subyacente es que, así como se nos tutela contra la arbitrariedad de jueces y autoridades para que lo que hagan se desenvuelva conforme a la ley, también debe tutelarse contra la posible arbitrariedad de la propia ley, y extender entonces la tutela contra la eventual arbitrariedad del legislativo. La garantía procesal se transforma así en una garantía sustancial.

En la Europa continental, en tanto, ha ganado mayor terreno una idea que divide el análisis en fases o etapas. El primero es el subprincipio de *idoneidad*, que se pregunta por la eficacia de nuestra medida (¿será idónea para lograr la finalidad perseguida?). El segundo es el subprincipio de *necesidad* (¿no habrá una opción menos restrictiva?) y un subprincipio de *proporcionalidad strictu sensu* (aun si es eficaz, y aun si no existe otra opción igualmente idónea y menos restrictiva, ¿nos da positivo el balance entre costos y beneficios de la medida?).

En casi todos los sistemas jurídicos se encuentra la sombra de un criterio de proporcionalidad: objetivos y problemas modestos habilitan restricciones y reglamentaciones menores, y las reglamentaciones más intensas solo se pueden justificar para atender problemas y objetivos cruciales importantes. En un estudio de derecho comparado de 2004, el profesor canadiense David Beatty relevaba muy distintos sistemas jurídicos en los que encontraba la proporcionalidad como la regla fundamental del estado de derecho (*The Ultimate Rule of Law*). Entusiasmado, Beatty afirma que es “un criterio universal de constitucionalidad” y “la regla de oro del derecho”.[\[81\]](#)

En efecto, si hay algo que pueden tener en común fallos de Canadá, Japón, Colombia, India, Israel, los Estados Unidos, el Reino Unido y la Argentina es la

búsqueda del Santo Grial de la proporcionalidad en sus repertorios jurisprudenciales. Y por eso los tribunales se empiezan a mirar entre sí, a estudiar sus decisiones, a citarlas y tomarlas como referencias. Aun pecando de optimista, Beatty tiene un punto: se trata de un área globalizada del derecho constitucional.

Dicho esto: del lado de la prudencia, y a pesar de intentos enjundiosos por elaborar hasta una formalización cuasi matemática de los criterios, hay que reconocer que este árbol decisorio explicita muy bien los factores que pretende *ponderar*, pero está siempre lejos de funcionar como un algoritmo resolutorio de todo conflicto de derechos.

En cualquier caso, y teniendo en mente que estamos presentando aquí una versión simplificada de un tema al que los constitucionalistas argentinos le han dedicado libros enteros, la cuestión que debemos destacar es lo mucho que puede teorizarse sobre derechos (y lo relevante que resulta esa teoría para “dosificar” su valor y alcance) solo a partir de palabras que un lector desavisado considerará poco notables, como esa alusión a “las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Poder de policía: el poder de la polis

El llamado “poder de policía” es una de las formas en que se nombra esa potestad de regular y reglamentar. Dada su particular terminología es una de las nociones constitucionales que se presta a naturales confusiones fuera del ambiente “jurídico”, y por eso tal vez convenga aclarar desde el principio que no tiene relación con la “policía” en cuanto autoridad de vigilancia, sino con un poder normativo inherente a la *polis*.

El concepto es polirrubro: va a captar restricciones de muy diversa índole, y ha dado pie a un repertorio subsidiario para tabular “acepciones” específicas en función de diversos objetivos –por ejemplo, poder de policía *de fomento*, poder de policía *sanitario*, poder de policía *de emergencia*, etc.–.

La polivalencia también se ve cuando la expresión se usa para aludir tanto a la forma en que el Congreso reglamenta los derechos constitucionales como a la forma en que el presidente reglamenta luego vía decreto esas mismas leyes, y a las reglamentaciones de fuente local, que pueden ser de orden provincial o municipal (el “poder de policía *local*”).

Concepto amplio y estrecho

Por eso podemos situar la expresión “poder de policía” en su origen etimológico como un poder restrictivo de proximidad (ejercido por las autoridades locales), con fines puntuales (en general referidos a la tríada de seguridad, salubridad y moralidad públicas) que se conjugan en resguardar de un peligro y salvaguardar el buen orden de la comunidad, y cuya normatividad se traducía en restricciones y penalidades. Este concepto primigenio es el que nuestra jurisprudencia reconoció como el concepto “estrecho” del poder de policía. Por su carácter eminentemente local, el desarrollo específico tuvo sentido en la jurisprudencia estadounidense como un poder que ejercían los estados para establecer regulaciones propias.

Pero la visión limitativa no duraría mucho: los tiempos cambian y el Estado iba a jugar un rol más activo y regulador. Hacia 1922, la Corte –en el fallo *Ercolano*, que veremos más adelante, al hablar de la emergencia– ya adoptaba un concepto “amplio” del poder de policía, conforme al cual la reglamentación podía restringir los derechos de propiedad allí donde concurriera un interés público intenso (en el caso, se trataba de una ley que congelaba los precios de los alquileres, cuya constitucionalidad fue aceptada).

En ese marco, el poder de policía ya no impondría específicamente penas o regulaciones en forma de puras *prohibiciones*, sino que también impondría *permisos condicionados* (a variados requisitos) y obligaciones de hacer. Y ya no sería solo un poder local, sino que aparecerá de allí en más como un poder nacional (lo cual tiene sentido en la medida en que va ampliando su repertorio de propósitos y de medios).

Así, en un fallo clásico como *Cine Callao* de 1960 encontramos consolidada la llamada noción “amplia” del poder de policía: la Corte decide “acoger la tesis amplia y plena, aceptada desde el siglo pasado por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos (*Barvier c. Connolly*, 113 US 27). Declaró que dentro de los objetos propios de aquel poder ha de estimarse comprendida – junto con la seguridad, la moralidad y la salubridad pública– *la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad*”, y, en concreto, “los graves daños económicos y sociales susceptibles de ser originados por la desocupación en mediana o gran escala”.[\[82\]](#)

Los hechos de *Cine Callo* merecen una mención para anoticiarse de hasta dónde podían llegar esas premisas intervencionistas. Ocurría entonces que, ante una situación de carencia de salas de teatro y variedades, que se daba a la par del auge de las salas cinematográficas, se había impuesto a los cines de Capital

Federal la obligación de presentar “números vivos” de 30 a 40 minutos de duración y que debían ser programados antes de las funciones vespertinas y nocturnas que se realizaran en salas de más de 800 localidades. Esa fue la norma que validó el fallo: la Corte dio por probado que más allá de esa obligación de contratar artistas de variedades, “el negocio de exhibición cinematográfica puede explotarse en las horas y condiciones habituales, con posibilidad de recuperar las inversiones necesarias para la adecuación de la sala”.

Al margen de sus hechos puntuales, la influencia de *Cine Callao* ha sido profunda, y en buena medida se corresponde con la profecía que contenía el dictamen del procurador Sebastián Soler –y que propiciaba la inconstitucionalidad de la norma– en esa causa:

Cuando un determinado poder, con el pretexto de encontrar paliativos fáciles para un mal ocasional, recurre a facultades de que no está investido, crea, aunque conjure aquel mal, un peligro que entraña mayor gravedad y que una vez desatado se hace de difícil contención: el de identificar atribuciones legítimas en orden a lo reglado, con excesos de poder. Poco a poco la autoridad se acostumbra a incurrir en extralimitaciones, y lo que en sus comienzos se trata de justificar con referencia a situaciones excepcionales o con la invocación de necesidades generales de primera magnitud, se transforma, en mayor o menor tiempo, en las condiciones normales del ejercicio del poder. Ocurre después algo peor. Los mismos gobernados se familiarizan con el ejercicio, por parte del gobierno, de atribuciones discrecionales para resolver problemas. Y entonces, consciente o subconscientemente, pero siempre como si el derecho escrito vigente hubiera sido substituido o derogado por un nuevo derecho consuetudinario, cada sector de la comunidad exige, si está en juego su propio interés y es preciso para contemplarlo, que la autoridad recurra a cualquier desvío o exceso de poder. A cualquiera, no importa en qué medida, basta que sea idóneo para que la pretensión reclamada sea inmediata y favorablemente acogida; y así su concesión no comprometa el patrimonio estatal será más fácil y cómodo para el gobierno acordar lo pedido que denegarlo.

El orden público

La paleta regulatoria adopta tonos más claros y otros más oscuros. La coloratura más intensa corresponde a leyes que serían “de orden público”, un concepto que habilita mayores restricciones en función de objetivos superiores. En uno de sus efectos esta noción implica que lo normado en ellas no admite pacto en contrario: como establece el Código Civil y Comercial, los actos que contravengan el orden público son de nulidad absoluta (esto explica que no se pueda, por ejemplo, reclamar judicialmente el cumplimiento de un contrato de objeto prohibido, como sería en el caso de venta de órganos).

En términos generales, no existe una definición universalmente aceptada del concepto. Ante todo, conviene aclarar que el “orden público” no equivale a una brumosa “razón de Estado” que pueda ser determinada a discreción del gobernante. Una vez comprendido esto, tendríamos que avanzar a una concepción moderna del término: allí puede bastarnos con decir que en un Estado de derecho deberíamos circunscribir la noción de orden público a la tutela de objetivos institucionales y comunitarios de relevancia crucial para los valores y principios constitucionales (ante la duda de cuáles serían estos, siempre debemos remitirnos al preámbulo).

Más fácil es pensarlo en sus manifestaciones concretas, pues existen diversas proyecciones del orden público en función de la materia. Así, por ejemplo, el *orden público de familia* implica que las normas regulatorias del matrimonio, la filiación y las sucesiones no pueden ser eludidas por las personas sujetas a ellas; el *orden público laboral* supone que el empleador no puede convenir con el empleado que no le pagará indemnizaciones.

Pero es necesario hacer una advertencia, porque con bastante frecuencia el legislador incluye en sus leyes la calificación “de orden público”, y una idea relativamente común es que con esas mágicas palabras de contraseña se acaba toda discusión posible sobre su constitucionalidad o la razonabilidad de las restricciones. Esto no puede ser nunca cierto ya que si así fuera el Congreso estaría coartando el rol de control de constitucionalidad. Por ello, una ley puede haberse *autoproclamado* “de orden público” y no serlo, o bien serlo y aun así ser inconstitucional porque la afectación es irrazonable.

La doctrina de la emergencia

Ya vimos las restricciones permanentes, pero nos asomamos ahora a un segundo subsuelo del abismo: el de las restricciones excepcionales.

Un simple teorema atraviesa toda la historia de nuestra República y reverbera en los tribunales: si los derechos pueden reglamentarse en tiempos de normalidad, circunstancias excepcionales requieren medidas excepcionales, de modo que los derechos pueden ser regulados, o restringidos, con (mucho) mayor intensidad. No es una doble vara, sino más que eso: un lente multifocal.

La idea de “doble vara” para tiempos de emergencia no es privativa de la doctrina o el constitucionalismo argentino. Con algunas variaciones la hallamos presente en casi todos los sistemas jurídicos, a veces con regulación constitucional. La tenga o no, casi siempre vamos a encontrar un historial de prácticas institucionales y de doctrina judicial que ha intentado decodificar, legitimar y en alguna medida racionalizar el “emergencismo”, fruto de las coyunturas más dispares (emergencia económica, sanitaria, la derivada de períodos de guerra, la de fenómenos de la naturaleza como sequías, tornados o inundaciones). En algún sentido, parece ingenuo que el jurista pueda concebir al derecho en su gabinete, al margen de toda “emergencia”.

Dedicaremos este apartado a hablar de lo que termina instalándose como nuestra regular anormalidad, si cabe el término. Vivimos en estado de emergencia institucional, e incluso de hecho (¡de facto!) muchas veces directamente vivimos décadas al margen de la Constitución.

La Constitución histórica solo tenía en cuenta las emergencias para dos institutos que alteraban bastante el mapa de división de poderes: el *estado de sitio* (con el poder presidencial de ordenar arrestos) y la *intervención federal* (donde el Ejecutivo nacional puede sustituir autoridades provinciales). Pero el tiempo y la historia argentina nos han dado una amplia gama de experiencias que fueron encontrando sus casilleros en el banco de conceptos de nuestra doctrina, con mayor o peor suerte, y que en algunos casos están en la Constitución y en otros no.

Tal vez podamos fichar el acta de nacimiento de la emergencia en el caso *Ercolano c. Lanteri de Renshaw*, de 1922. Estaba en juego la constitucionalidad de una ley que congelaba y prorrogaba los alquileres, sancionada por entonces con la idea de lidiar con el encarecimiento de las rentas de viviendas.

Al abordar su constitucionalidad, la Corte reconoció que

Existen circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y que por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del Estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad.

El primer teorema de la emergencia es aceptar la mayor intensidad de una restricción *en pos de un objetivo superior*. No es solo el bien común “normal”, sino uno que está anclado en intereses “vitales”, críticos en la coyuntura.

Un segundo teorema de la emergencia es el siguiente: si aceptamos un *mal mayor* es porque vamos a hacerlo por un *tiempo menor*. Por eso en *Ercolano* la Corte se apoyó en el carácter temporal de la medida, “limitada al tiempo que se presume necesario para llegar a la normalidad de esas operaciones”. Su finalidad, señaló, era impedir que el uso legítimo de la propiedad se convirtiera en un abuso perjudicial en alto grado, merced a circunstancias que transitoriamente habían suprimido de hecho la libertad de contratar para una de las partes contratantes. A contrario, subrayó, la objeción de parcialidad tendría fundamento si se tratase de una reglamentación permanente.

Ercolano es de abril de 1922. La Corte cumplió su promesa y en un caso subsiguiente (*Horta c. Harguindeguy*) declaró la inconstitucionalidad de la medida. Pero la doctrina de *Ercolano* marcaría la línea de base para un patrón de control abiertamente deferente a las visiones emergencistas, tanto para imponer restricciones como para limitar derechos.

Con la necesidad y la emergencia se amplía el ancho de banda de los poderes del Estado, a la vez que se encoge –sin desaparecer– el estándar de revisión judicial de las medidas. Como nos toparemos con esta situación en numerosos episodios (célebres y no tanto) de nuestra historia contemporánea, tal vez sea propicio centrarse en tres ejemplos concretos, que analizamos a continuación.

Plan “Bonex”

En 1989, en un marco de hiperinflación y descalabro macroeconómico, el gobierno impuso que los plazos fijos constituidos por encima de determinada suma (610 dólares de la época) se devolverían en bonos (que cotizaban al 30% de su valor). Para ubicarnos en el contexto de la época: se trataba de plazos fijos colocados a 7 días, y las tasas del mercado eran superiores al 400%, llegando al 700%... mensual. Esta irrupción en los contratos bancarios –bajo el nombre de “Plan Bonex”– fue validada por la Corte Suprema, que consideró como hecho “público y notorio” la existencia de “una situación de grave riesgo social, frente a lo cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados”.

Esta es la doctrina del fallo *Peralta* de 1990, que validaría no solo la medida, sino la forma en que se adoptó: no fue por ley del Congreso, sino por decreto presidencial (y en algún sentido se consolidó como el “paciente cero” de la patología de legislar por decreto en la época contemporánea).

La Corte reiterará el criterio de “temporariedad” –reconoce que las restricciones más intensas se pueden justificar si es por algún tiempo limitado–, pero fue reticente a encuadrar ese lapso en un molde rígido, pues afirmó que la existencia de la restricción “resulta de las circunstancias mismas” y “no puede ser fijada de antemano en un número preciso de años o de meses”. “Todo lo que cabe afirmar razonablemente –dijo la mayoría en clave de resignación– es que la emergencia dura todo el tiempo que duran las causas que la han originado”.

Amparos de ahorristas pesificados

La pesificación asimétrica adoptada como consecuencia de la salida de la convertibilidad dio lugar a una conocida saga de fallos judiciales de éxito dispar. De manera significativa, la primera cepa de amparos fue rechazada por la Corte en 2001, para luego admitir el reclamo de devolución “en dólares” de los depósitos atrapados en el “corralito” financiero en el fallo *San Luis* de febrero de 2002. La Corte razonaba entonces que “no ha existido distribución equitativa del perjuicio, ya que el medio empleado ha provocado un menoscabo mucho más significativo para el depositante que para la entidad bancaria, con obvia lesión de los derechos patrimoniales de aquel”.^[83] A partir de allí se multiplicarían los amparos de los ahorristas, a la par que se implementó una solución conocida como “pesificación asimétrica”: los bancos devolverían los depósitos en pesos, convertidos a un tipo de cambio tasado a \$1,40 (que era menos de la mitad del valor del dólar en el mercado libre).

La pandemia de covid-19

Saliendo de las restricciones económicas, la coyuntura nos depararía una sorpresa más grande (y global en este caso) con las restricciones de raíz epidemiológica impuestas en la pandemia de covid-19. En el primer contacto

relevante con litigios en los que se cuestionaban restricciones, la Corte combinó estos elementos para elaborar un concepto relativista y con razonamientos en ese formato vaivén que ya nos resulta bien conocido a esta altura:

Todas las medidas que los Estados adopten para hacer frente a la pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.

Si bien es cierto que no hay derechos absolutos, no menos cierto es que el poder del gobierno para recortarlos de acuerdo con sus necesidades, sean o no de emergencia, es mucho menos que absoluto; los tribunales deben examinar *con creciente rigor* las intervenciones en los derechos individuales, a medida que estas se tornan más intensas y prolongadas, para establecer no solo si está justificada la validez en general de la medida, sino también su alcance.[\[84\]](#)

La constitución entre paréntesis: el estado de sitio

El grado más alto de restricciones excepcionales tiene esta etiqueta jurídica que hemos sabido conocer bastante: el estado de sitio. Por fortuna, lo tenemos menos presente que nuestros antecesores. En 1985, un autor calculaba que en los cincuenta años previos el país había vivido en estado de sitio el 43% del tiempo; en los últimos veinte, el 65% del tiempo, y en los últimos diez años lo había hecho el 80% de ese período.[\[85\]](#)

El concepto en cuestión es muy extendido en el constitucionalismo latinoamericano, que siguió el modelo captado en la expresión francesa *état de siège*. En concreto, en la Constitución argentina lo tenemos hoy regulado en tres artículos: el art. 23 (en la “parte dogmática”), el art. 99 inc. 16 (entre las atribuciones del Ejecutivo) y el art. 75 inc. 16 (entre las atribuciones del Congreso). El efecto no es puntual sino general: implica la posible “suspensión de garantías”.

Queda entonces una Constitución “entre paréntesis”: vigentes los derechos,

aunque con garantías que pueden estar temporariamente fuera de servicio y, en consecuencia, desactivada (ya veremos en qué medida) buena parte del sistema inmunitario judicial que puede reaccionar frente a violaciones o transgresiones.

Los requisitos para la declaración del estado de sitio

En la Constitución se definen a muy grandes rasgos sus *causales*: el estado de sitio no se puede declarar por cualquier razón, sino solo en dos casos: ante una *conmoción interior* o ante un *ataque exterior*. No cualquier conmoción, ni cualquier ataque: el art. 23 requiere que la situación llegue al punto de que se “pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella”.

Esas “causales” diferentes son relevantes porque tienen influencia en el procedimiento de declaración del estado de sitio. En el improbable caso de *ataque exterior*, lo puede declarar el presidente, por un término limitado, con acuerdo del Senado. En el más frecuente caso de *conmoción interior*, el art. 99 inc. 16 estipula que el presidente “solo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo”.

En la historia reciente (post 1983) solo hubo estados de sitio vigentes – brevemente– en cuatro ocasiones: 1985, 1989, 1990 y 2001-2002. En todos los casos fue declarado por decreto presidencial.[\[86\]](#)

El estado de sitio se puede declarar en todo el país, o bien solo en un territorio específico (provincia, parte de una provincia, incluso una ciudad) en donde se verifiquen los requisitos apuntados. Pero es importante advertir que solo puede declararlo la Nación y por ende no lo pueden hacer ni gobernadores ni las legislaturas provinciales.

El art. 23 de la Constitución formula el principio y hace algunas acotaciones. Lo primero, como sabemos, es que con el estado de sitio declarado quedan “suspendidas las garantías constitucionales”. La norma demarca que “durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas”, y prescribe que “su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino”. A esto último se llama el *derecho de opción* en el contexto del estado de sitio.

El requisito “temporal” (breve) del plazo del estado de sitio

El estado de sitio de 1985 derivó en un litigio que llegó a la Corte: el caso *Granada* (Fallos 307:2284). De allí surgió un requisito adicional, que no está escrito en la Constitución, necesario para determinar la validez de la medida: el estado de sitio solo puede ser declarado por tiempo determinado. Razonó la Corte que

en la *limitación temporal* de la suspensión de la libertad personal que importa el estado de sitio, se halla el punto de equilibrio entre la salvaguardia del orden constitucional buscada mediante el remedio excepcional previsto por el art. 23 y la exclusión de las facultades extraordinarias que condena el art. 29 de la ley fundamental.

En otro punto importante la Corte no innovó: mantuvo su jurisprudencia relativa a que el control judicial del estado de sitio es muy limitado. Los tribunales no pueden revisar el criterio conforme a uno propio: la Corte dejará fijada

la necesidad de dar carácter excluyente al juicio del Poder Legislativo, o del Ejecutivo en su caso, respecto del grado real de riesgo que importen las situaciones de emergencia que determinen en la declaración del estado de sitio.

En 1984, la Ley 23.098 configuró el actual régimen del “hábeas corpus”. Allí se habilita a que el control judicial pueda comprobar por esa vía si hay, “en el caso concreto”, correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio. También se permite en este marco controlar “la legitimidad de la declaración del estado de sitio”, pero se trata de un control de legalidad externo: se circunscribe a evaluar si su declaración está dada con los requisitos de *competencia, forma, determinación de plazo y de lugar* que la Constitución establece.

Lo que sí permanece como cuestión política no judiciable es el criterio de decisión: es el sistema político (y no la justicia) quien decidirá si la situación configura –por ejemplo– una *conmoción interior* que amerite recurrir a esta “bandera roja” del sistema de garantías.

Como nota histórica, es interesante mencionar que el kit de poderes de emergencia tenía una configuración aún más amplia en la Constitución original de 1853, que permitía al presidente recurrir a estas facultades, sin declaración

formal e incluso con el Congreso en sesiones, “en casos urgentes en que peligre la seguridad pública” (art. 83 inc. 20 CN). La Comisión revisora de 1860 concluyó que estas disposiciones otorgaban demasiado poder presidencial (hubo un vehemente discurso de Sarmiento en la reformadora al respecto) y luego de la deliberación la cláusula quedó eliminada.

Lo que no se suspende en el estado de sitio

Como vimos, el estado de sitio no es una originalidad argentina, ya que diversos regímenes de “excepción constitucional” son comunes en el derecho constitucional comparado, y en especial en nuestro ámbito latinoamericano. Tan es así que la Convención Americana de Derechos Humanos consideró conveniente dedicar un artículo especial para los casos de “suspensión de garantías”.

Dado que desde 1994 esa Convención tiene “jerarquía constitucional”, la lectura contemporánea del estado de sitio debe hacerse a través de su art. 27, que vino a introducir requisitos y condiciones a las diversas “etiquetas” con las que los Estados nominan a sus regímenes de excepción.

Esas condiciones suponen, a la luz de la Convención:

- *Un principio restrictivo*: las excepciones se deben aplicar “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”.
- *Un elenco rígido de derechos que no se pueden suspender*: la Convención Americana lo detalla en el inc. 2 del art. 27, indicando que no autoriza “la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.
- *Compatibilidad con el sistema de tutela de derechos humanos*: aun si

cumplen con los requisitos anteriores, las suspensiones no deben ser “incompatibles” con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional.

- *No discriminación*: las disposiciones suspensivas no deben suponer “discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”, como plantea el art. 27 CADH.

La Corte Interamericana ha acotado luego que la excepcionalidad no puede ser carta blanca para la discrecionalidad y por ello resulta “ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción” (OC 9/87, párr. 38).

Podemos decir entonces que un estado de excepción supone una temporaria y “nueva normalidad”, pero no *el fin del derecho o de las garantías constitucionales*, ya que permanecen controlables

las medidas concretas que afecten los derechos o libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder (OC 9/87, párr. 39).

Otro poder de emergencia: la intervención federal

La fracción IV del artículo IV de la Constitución de los Estados Unidos garantiza a cada Estado de la Unión una forma republicana de gobierno y agrega que “protegerá a cada uno de ellos contra la invasión y en el supuesto de violencia interior, a solicitud de la Legislatura o del Ejecutivo cuando la primera no pueda ser convocada”. Esta cláusula de garantías tendrá un nuevo sentido en nuestra versión, que la traduce en un poderoso resorte unitario: el procedimiento de “intervención federal”.

Es facultad “en principio” del Congreso de la Nación. Pero si este se encuentra en receso, puede decretarla el Poder Ejecutivo nacional, y simultáneamente convocar al Congreso para su tratamiento. Esto fue aclarado en el texto

constitucional recién con la reforma de 1994, ya que no figuraba en la original (que decía que “el *gobierno federal* interviene en las provincias”, sin precisar si se trataba de un poder presidencial o del Congreso). También en la reforma de 1994 se especificó que podían intervenir tanto las provincias como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Existen varios tipos de intervención federal contempladas. La que ahora asumimos más frecuente es la que se da *por propia decisión federal*, prevista en la Constitución en dos propósitos: para *garantizar la forma republicana de gobierno*, o *repeler invasiones exteriores*. La otra es la que la Constitución contempla como intervención requerida “*a pedido de las autoridades locales*”: *para sostenerlas o restablecerlas, si hubieran sido depuestas por sedición o por invasión de otra provincia*.

Esta última intervención “a pedido”, que la doctrina llama a veces “protectora” o “conservadora”, era relativamente frecuente hasta 1930 (representaba más de la mitad de los casos), pero luego se comienza a observar que es abrumadora la incidencia de la intervención por decisión federal para garantizar la forma republicana de gobierno (lo cual a lo largo de los años se aplicó tanto como una idea de pacificación y preservación, pero con mayor frecuencia como una especie de sanción a un gobierno no alineado con el poder central). En tiempos modernos no se ha registrado ninguna intervención por pedido local.

La enunciación de las “causales” da a entender que es una facultad solo prevista para casos extremos, excepcionales, y no un poder ordinario y regular. Pero lo cierto es que ha sido muy reiteradamente aplicado en la historia.

En los 123 años transcurridos entre 1853 y 1976 en nuestro país se hicieron 168 intervenciones federales, un promedio de más de una por año, lo cual supone que los presidentes argentinos concibieron algo así como un interventor cada nueve meses. Dos terceras partes fueron por decreto (114 veces) y solo un tercio (54 casos) por ley del Congreso.

El panorama mejoró mucho desde 1983: registramos seis intervenciones que se dieron en cuatro provincias. Cuatro casos se dieron durante el gobierno de Menem (Tucumán, Catamarca y Corrientes en 1991, Santiago del Estero en 1993), uno en la presidencia de De la Rúa (otra vez Corrientes, en 1999), y otro en la presidencia de Néstor Kirchner (otra vez Santiago del Estero, en 2015).

Si observamos los gobiernos anteriores, veremos que Alfonsín no hizo intervenciones provinciales e Isabel Perón intervino cuatro provincias. Antes en el tiempo se recuerdan las diez intervenciones simultáneas a provincias donde había ganado el justicialismo en las elecciones de 1962, y la mecánica de intervención a provincias adoptada por Yrigoyen, con veinte intervenciones en su primera presidencia.

Intervenciones provinciales en la Argentina, 1854-2020

Período	Casos	Ejecutivo	Congreso	Pedido local
1854-1862	22	20	2	
1862-1880	18	15	3	14
1880-1916	40	15	25	30
1916-1930	33	25	8	16
1932-1943	13	10	3	5
1946-1955	15	11	4	
1958-1976	16	9	7	
1983-2020	9	6	3	
Total	166	111	55	65
Porcentaje	100	66,87	33,13	39,16

Fuente: Cuadro actualizado sobre la base de Serrafero.[\[87\]](#)

Lo que puede hacer un interventor

La intervención en la práctica reemplaza la autoridad local por una federal, el interventor, cuyo nombramiento le corresponde al Poder Ejecutivo. Esto es así porque, aunque la Constitución no lo dice expresamente, entra en la categoría de “los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por esta Constitución”, cuya designación le corresponde al presidente (art. 99 inc. 7).

El carácter excepcional y el sentido de las causales nos orientan en algunas ideas de base para perfilar los límites y condiciones de la intervención federal. La primera es que el interventor actúa en el marco del derecho público provincial, y adquiere las facultades de los órganos que asume, que en general concentran las del Ejecutivo (gobernador) y las de la Legislatura local. La contrapartida de ello es que con la intervención las autoridades constituidas cesan en su cargo.

Como los municipios tienen autonomía política, se plantea la duda de si

podrían ser “arrastrados” en la intervención provincial. En este sentido cabe adherir a las posturas que sostienen Hernández y Quiroga Lavié: si la ley del Congreso no establece en forma expresa su alcance al orden municipal, el interventor federal no podrá disponer dicha medida sobre los gobiernos locales. [88] En el caso del Poder Judicial, no asume facultades judiciales por sí, pero se ha aceptado que la intervención federal habilite a remover y designar jueces provinciales en el contexto de su intervención. [89]

Nótese que de esa manera el interventor tiene, por un período de tiempo, algo muy aproximado a la *suma del poder público local* en el territorio intervenido. Para evitar que esto sea completamente así, la interpretación de sus facultades debe hacerse de modo restrictivo. En esta línea, por ejemplo, la Corte ha decidido que el interventor no posee facultades para convocar elecciones que tengan por objeto reformar la Constitución provincial. [90]

Poderes que no existen: toque de queda y ley marcial

No existe en nuestra Constitución un estado de emergencia distinto a los dos que repasamos en este capítulo (el “estado de sitio”, que implica alterar la división *horizontal* de poderes, y la “intervención federal”, que afecta la división *vertical* de poderes).

En particular, no existe en la Constitución el “toque de queda”, cuya declaración habilite la prohibición absoluta o casi absoluta de las libertades de circulación y de reunión (que es lo que se suele implicar generalmente en el concepto). Esto no significa que no puedan dictarse medidas restrictivas por diferentes razones (institucionales, catástrofes, o “sanitarias”, como el toque de queda “sanitario” que se postuló implementar en enero de 2021 en el contexto de la pandemia de covid-19). Lo que ocurre es que no existe una “etiqueta”, un “atajo institucional” que releve de control a tales medidas.

Tampoco contempla la Constitución la “ley marcial”, que es la imposición de la jurisdicción militar (reservada para actos de indisciplina de las Fuerzas Armadas) a la población civil. Desde luego, el hecho de que tal estatuto no haya sido previsto ni contemplado en la Constitución no fue obstáculo para que se aplicara durante la última dictadura militar, bajo el concepto de “lucha contra la subversión”, aunque ello no se explica con argumentos jurídicos sino, precisamente, *de facto*.

Lo que nos remite al problema más serio de nuestra doctrina constitucional,

que trataremos enseguida.

La constitución zombi: la “doctrina de facto”

La historia argentina es pródiga en *interrupciones del orden constitucional*. Este eufemismo vale para describir el frondoso historial de golpes de Estado y subsecuentes dictaduras que, a la par de sus consecuencias políticas, económicas y sociales, y de su costo en vidas, implicaron una verdadera *subversión institucional*.

Lo curioso es que, con distintos lenguajes, el “relato” de los dictadores fue siempre un relato *restaurador*: como lo denotaban sus proclamas, hacían revoluciones invocando la Constitución como condensador de los *verdaderos* valores nacionales. El gambito institucional entonces fue el de mantener una Constitución “zombi”, vigente en sus dogmas liberales, pero inaplicada en toda su estructura de gobierno, puesta al servicio de la práctica del gobierno, literalmente, “de facto”. Por defecto, todo golpe se complementaba de inmediato con la cancelación de los poderes ejecutivos y legislativos no solo a nivel nacional, sino también provincial y municipal, en tanto los jueces eran puestos “en comisión”, y la mayoría de inmediato removidos de sus cargos.

No podemos dejar de señalar que esta “ajuricidad” fue abiertamente convalidada por una doctrina histórica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que tuvo su estreno con el derrocamiento del presidente Yrigoyen en 1930. Días después de ese golpe de Estado la Corte se expidió con una Acordada sobre Reconocimiento del Gobierno Provisional de la Nación.^[91] Su argumento fue explícito: reconoció que el gobierno que acababa de constituirse en el país no podía ser discutido judicialmente “en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza como resorte de orden y de seguridad social”. Detonada la parte orgánica de la Constitución, la Corte se reivindicaba como habilitada para ejercer el control de constitucionalidad “si en el desenvolvimiento de la acción del gobierno de facto, los funcionarios que lo integran desconocieran las garantías individuales o las de la propiedad u otras de las aseguradas por la Constitución”.

Esta Acordada sería luego invocada en cada ocasión en que se diera un nuevo golpe de Estado, aunque la práctica ulterior marcaría la regularidad de que todo nuevo gobierno que tomaba el poder removía también a los jueces de la Corte y constituía el tribunal con reemplazantes también designados de facto. Bajo la

cobertura de esta “doctrina de facto”, la Corte Suprema como “institución” seguiría siempre en funciones, actuando con esta peculiar concepción amputada del control de constitucionalidad.

La normativa “de facto” luego de la recuperación democrática

Durante los períodos de facto legislaba el presidente, a veces asistido por una Comisión de Asesoramiento Legislativo como ocurrió entre 1976 y 1983. La formalidad ha variado con el tiempo: en los primeros períodos de facto la legislación presidencial se hacía bajo el nombre de “decreto-ley”, para distinguirla de los decretos “reglamentos” del Ejecutivo. En la última dictadura militar ese prurito fue abandonado y los actos legislativos dictados por el Poder Ejecutivo se llamaron “ley”, aunque desde luego no habían sido sancionadas por el Congreso. Muchas de las leyes vigentes en la actualidad fueron en efecto sancionadas en aquella época, como la Ley de Sociedades Comerciales, la Ley de Seguros y la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo.

¿Qué valor tienen las leyes así sancionadas? Ese es otro problema recurrente de nuestra jurisprudencia, y existieron alternativamente dos criterios para resolverlo. Una doctrina más exigente establecía que la validez de los actos de facto debía estar supeditada a que el gobierno *de jure* los confirmara o ratificara. A este criterio más restrictivo se lo llama doctrina de la “inequivalencia”, pues asume que no son actos equivalentes los *de jure* con los *de facto*. Pero la Corte Suprema ha aplicado en algunos fallos de los años noventa (posteriores a su ampliación) una doctrina más deferente, por la cual la validez de los actos de facto era reconocida mientras no fueran revocados o derogados (lo cual los hacía, precisamente, *equivalentes*).

Es posible que ahora el tema tenga solo –queremos creer– un interés histórico; y para cualquier otra interrupción del orden constitucional que exista en el futuro, la reforma de 1994 dejó resuelto el problema en el primer artículo incorporado dentro de los “nuevos derechos” que añadió a la parte orgánica. Es el art. 36 que dispone que “esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático” y aclara a continuación que “*estos actos serán insanablemente nulos*”. La respuesta jurídica correcta es entonces la doctrina de la inequivalencia. No da lo mismo legislar a punta de fusil que hacerlo desde el Congreso.

-
- [78] Waldron ejemplifica esta idea con un derecho muy básico: el derecho a no ser torturado genera el deber de no torturar. Pero ese deber simple necesita estar respaldado por otros: el deber de concientizar sobre la injusticia de la tortura, el deber de estar alerta sobre los peligros y las situaciones en que puede surgir con más facilidad la tortura, el deber del gobierno de investigar y sancionar a los funcionarios que torturan, el deber de establecer mecanismos que eviten la reiteración de los abusos. J. Waldron, *Liberal Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, pp. 212-213.
- [79] G. Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1998, pp. 515 y ss.
- [80] CSJN, *Itzcovich, Mabel c. ANSES s. Reajustes varios*, Fallos 328:566 (2005). Más allá de esta cita puntual, al menos una treintena de fallos desde 1976 han repetido este concepto al resolver planteos de razonabilidad de las leyes (el destacado es nuestro).
- [81] D. M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Óxford, Oxford University Press, 2004, p. 186; “Law’s Golden Rule”, en G. Palombella y N. Walker (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Óxford, Hart Publishing, 2009, pp. 99-116.
- [82] *Cine Callao*, Fallos 247:121 (1960).
- [83] CSJN, *Provincia de San Luis c. Estado nacional*, 5/3/2003, Fallos 326:417.
- [84] CSJN, *Lee, Carlos Roberto y otro c. Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa*, Fallos 343:1704 (2020).
- [85] Véase A. Vítolo, “Anexo”, en *Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Buenos Aires, Eudeba, 1985, p. 305.
- [86] En 1985 fue declarado por el presidente Alfonsín, por cuarenta y cinco días, en un contexto en el que se desarrollaba el Juicio a las Juntas Militares y existía un clima de convulsión en algunos sectores de las Fuerzas Armadas vinculados con la dictadura saliente. Luego hubo otra declaración por treinta días en mayo de 1989, con posterioridad a la elección de Carlos Menem, cuando se suscitaban saqueos a supermercados y otros comercios, lo que derivaría en la entrega anticipada del poder al presidente electo en julio de 1989. Luego el propio Menem impuso un muy breve estado de sitio con motivo del alzamiento carapintada del 3 de diciembre de 1990, el que duró solo ese día. La última ocasión en que estuvo vigente esta medida fue en diciembre de 2001: el Poder Ejecutivo lo declaró por decreto y –siguiendo la norma constitucional– incluyó su tratamiento en el temario de sesiones extraordinarias que se estaban desarrollando entonces en el Congreso, para su consideración.
- [87] M. D. Serrafero, “El presidente y la intervención federal a las provincias”, en J. O. Bercholz (dir.), *La organización política del territorio en América y España: federalismo e integración*, Buenos Aires, Lajouane, 2008, pp. 77-117.
- [88] Antonio M. Hernández, en *Derecho municipal. Parte general*, México, UNAM, 2003, p. 344, concordando con H. Quiroga Lavié, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Buenos Aires, Zavallía, 1996, p. 706.
- [89] Criterio avalado por la CSJN en *Moreno Postigo*, Fallos 148:303 (1927), y *Orfila*, Fallos 154:192 (1929).
- [90] CSJN, *Zavallía, José L. c. Provincia de Santiago del Estero*, Fallos 327:3852 (2004).
- [91] La Acordada, fechada el 10 septiembre de 1930, y publicada en la Colección Oficial de Fallos (158:290), fue firmada por los cuatro jueces que entonces estaban en funciones en el tribunal (José Figueroa Alcorta, Roberto Repetto, Ricardo Guido Lavalle y Antonio Sagarna) y el procurador general de la Nación (Horacio Rodríguez Larreta).

6. Un instrumento de gobierno

Todo se habría perdido si el mismo hombre [...] ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares.

Montesquieu, “Del espíritu de las leyes”, libro XI, cap. VI

Las Constituciones pueden tener más o menos derechos (la parte que se suele revisar con mayor frecuencia), pero en buena medida su razón esencial es la de delimitar (y sobre todo *limitar*) poderes.

La Constitución de los Estados Unidos, por ejemplo, no tuvo su sección “de derechos” en su versión original. Su texto constitucional tiene formalmente siete artículos (largos, de varios párrafos), pero es todo “parte orgánica”. Los derechos aparecieron luego adosados en forma de “enmiendas”. Esa ausencia de derechos fue una crítica recurrente en el proceso de ratificación, y en ese momento los propios federalistas, promotores de esa Constitución de 1787, admitían que era menester complementarla con enmiendas. Así fue que el primer paquete de diez enmiendas –precisamente conocido como la Carta de Derechos [*Bill of Rights*] de la Constitución– aparece en 1791.

Viene a cuento una viñeta de la historia del derecho. Es probable que el libro más influyente del derecho constitucional estadounidense fundacional no sea uno de “derechos constitucionales”, sino uno dedicado a las “limitaciones constitucionales”. Nos referimos a la obra de Thomas Cooley de 1868, *Constitutional Limitations*,[\[92\]](#) que también tuvo gran influencia en el constitucionalismo argentino del siglo XIX.

Veamos el identikit de los “frenos y contrapesos”, ese invento fundacional del constitucionalismo moderno que tiene su primera e influyente versión en los Estados Unidos, tal como los describe Roberto Gargarella refiriéndose a la Constitución allí sancionada en 1787.

¿Qué “herramientas institucionales” creó entonces la Constitución?
¿De qué “medios” dotó a las distintas ramas del poder para asegurar

aquellos “mutuos controles”? Entre otras herramientas, la nueva Constitución federal le otorgó al Ejecutivo sus propios instrumentos defensivos (el veto presidencial); habilitó la reacción de la justicia frente a las decisiones tomadas por los poderes políticos (a través del control judicial de constitucionalidad); permitió al Congreso insistir con sus iniciativas (sobreponiéndose al veto presidencial, y reelaborando las decisiones impugnadas por la justicia), a la vez que facultó al mismo para enjuiciar a los miembros de las restantes ramas del gobierno. Por otra parte, el propio Legislativo fue dividido en dos partes, animadas en principio por intereses diferentes, y orientadas a controlarse la una a la otra: ninguna norma puede convertirse en ley hasta no contar con el acuerdo entre las dos Cámaras legislativas, lo que significa que cualquiera de ellas puede ponerles freno a las iniciativas (opresivas) de la otra. Todo este intrincado esquema de controles mutuos entre los distintos poderes –este esquema de “frenos y contrapesos”– constituye la gran innovación institucional aportada por los federalistas a la teoría constitucional moderna.[\[93\]](#)

A esta descripción de Gargarella le sigue una exposición de plausibles ventajas – y sus inmediatas refutaciones– concernientes a este modelo. En principio, el esquema trae “múltiples filtros dentro del proceso de toma de decisiones”, los que por un lado dificultan la aprobación de leyes “apresuradas” y, por otro, favorecen la posibilidad de que ellas se enriquezcan con nuevos aportes, y en el camino todo implique mayores consensos y menos márgenes de error. Las contraindicaciones del sistema pueden observarse en dinámicas disfuncionales a través de las cuales los contrapesos se transforman en bloqueo y los actores en lugar de cooperar exacerban sus diferencias, y así “estiran” hasta la distorsión el espectro de funciones que les tenía deparada la división de poderes.

El sesgo general es no obstante claro: el siglo XIX fue el siglo de los códigos y las leyes orgánicas, mientras el siglo XX nos mostrará un Estado en el que la centralidad pasa de la voluntad estatal expresada en general en forma de ley al *minuto a minuto* del “hacer” y de la reglamentación de letra chica. Este proceso inexorablemente hace pivotear el centro del poder político desde un relativo equilibrio de poderes hacia la centralidad de las administraciones, los ejecutivos y sus burocracias.

El modelo de “frenos y contrapesos”, revisado

Tal vez nuestra matriz de conceptos constitucionales ha quedado inconscientemente sesgada por una muy exitosa, pero discutible, traducción. El modelo estándar está descrito en *El Federalista*, esa colección de artículos de prensa publicados en los Estados Unidos, firmados bajo el seudónimo de Publius, y escritos por Hamilton, Madison y Jay para apoyar la Constitución de Filadelfia –ya sancionada– en su proceso de ratificación que debía pasar por estados reacios a ceder facultades a la Unión.^[94]

Allí donde *El Federalista* escribió “*checks and balances*”, la traducción que se impuso en español fue la de “frenos y contrapesos”. Los “controles” [*checks*] mutaron para ser retardatarios “frenos”, mientras que los dinámicos “balances” se traducen a una posición esencialmente reaccionaria, la de “contrapesos”. Así, en lugar de pensar el sistema con una lógica de diálogo e interacción, la traducción nos inclina a ver una simple conjunción de antagonismos.

Aunque la visión más general está habituada a mostrar una sencilla y esquemática, toquevilliana, “división de tareas” (en la que el ejecutivo administra, el legislativo hace leyes y el judicial juzga *según* las leyes), el sistema argentino –sobre todo en su versión post 1994– tiene muchas interacciones que escapan a esa descripción.

- El Ejecutivo desempeña importantes funciones como “colegislador”, como veremos más adelante, a través de varios poderes, entre ellos el de iniciativa y el de veto.
- Sus poderes son vastos, pero recordemos algo que señalaba el clásico libro de Thomas Cooley, *Principios generales de derecho constitucional*: mucha de la autoridad ejecutiva dimana, no de la Constitución, sino de leyes, y lo que de esta manera se da, puede quitarse en cualquier momento.
- El Legislativo (su Cámara alta) tiene la decisión final sobre ciertas prerrogativas de designación que comparte con el Poder Ejecutivo (el presidente propone y el Senado aprueba): por ejemplo con el nombramiento de magistrados, diplomáticos y ascensos de militares.
- El Congreso cumple un papel central en dos instrumentos de emergencia: tanto el *estado de sitio* como la *intervención federal* requieren su aprobación (más adelante veremos detalles sobre esto).

- El Legislativo también puede juzgar políticamente y destituir (con mayoría agravada) a miembros de los otros poderes (a través del juicio político a jueces de la Corte Suprema y al presidente y vicepresidente de la Nación). Además –en un matiz que lo acerca tímidamente a un parlamentarismo– puede emitir una especie de “voto de censura” para remover al jefe de Gabinete.
- El Legislativo asimismo puede monitorear la acción de otros poderes, tanto a través de “comisiones de investigación especial” como mediante “comisiones de seguimiento” que a veces incorpora en las leyes.
- El Poder Judicial no solo juzga “según” las leyes (y decretos reglamentarios), sino que también puede pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes, pues le corresponde dar respuesta a los planteos que recibe al respecto en el marco de los casos litigados. En cierto modo es pues un “legislador negativo” (la expresión de hecho se usa en derecho constitucional, aunque es más propia de los “sistemas concentrados” de control de constitucionalidad, esos en los que solo hay un tribunal constitucional que “concentra” la jurisdicción constitucional que queda fuera del alcance de los jueces “inferiores”).
- En un sentido acotado pero relevante también tiene el Poder Judicial poderes normativos, que ejerce a través de reglamentos y acordadas.
- Un detalle interesante es que la Constitución se toma el trabajo de disuadir la promiscuidad de poderes al establecer el impedimento de que una persona pueda ocupar el cargo de diputado o senador al mismo tiempo que el de ministro.
- Pero como otra desviación –o superación– de la divina trinidad de poderes, vamos a encontrar que la Constitución de 1994 incorporó además tres “órganos extrapoder”: la Auditoría General de la Nación (art. 85), el Defensor del Pueblo (art. 86) y el Ministerio Público (art. 120, que reúne a los fiscales y defensores).
- Por último hay que señalar que aparecen ciertos órganos “interpoderes”: desde esa reforma de 1994 vemos que en los casos del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento (que son organismos que están en la parte dedicada al Poder Judicial) la Constitución prevé su integración con miembros del Ejecutivo y del Legislativo.

Algunos principios arquitectónicos de la división de poderes

La simple “división de poderes” es un buen comienzo, pero no es del todo suficiente para entender cómo funciona la lógica de la parte orgánica de la Constitución, ya que en ella aparecen implícitos algunos principios estructurales y arquitectónicos que debemos observar.

El principio de limitación

Ante todo, una constitución es un estatuto de asignación y limitación de poderes. Esto implica que, al leer una constitución, en la parte orgánica no funciona el criterio de que “lo que no está prohibido está permitido”: en términos de atribución de competencias, un Ejecutivo solo tiene lo que la Constitución le dio, no la suma del poder público menos lo que le prohibió.

El “paralelismo” de las competencias

El concepto es que el órgano que tiene competencia para hacer es el que tiene competencia para deshacer lo que hizo previamente. Las leyes se derogan por leyes y los decretos con decretos.

Urge una aclaración que solemos dar por supuesta: no se exige que el Congreso derogue una ley de modo *expreso*. Tan solo quedará sin efecto, de modo implícito, toda vez que se sancione una ley distinta para la misma situación: ley posterior deroga anterior. Sin embargo, la buena técnica legislativa recomienda que las derogaciones se hagan explícitas. Por cierto, con frecuencia el Congreso sanciona leyes que vienen a modificar o a hacer agregados a leyes sancionadas anteriormente (como los artículos bis o ter que suelen aparecer en el Código Penal o en el Civil). De esa manera, una ley hoy vigente es el resultado de las normas de su “versión original”, combinada con los cambios ulteriores que pudo haber tenido. O bien directamente “sustituye” un artículo, que ya existía en una ley anterior, y que desde entonces pasa a tener otra redacción. Así, una ley puede incluir normas de su “versión original” y otros agregados ulteriores.

Las “zonas de reserva”

Son las cuestiones que quedan al margen del mutuo control, porque le incumben exclusivamente a un solo poder, y son privativas de él. Cuando la Constitución asigna una competencia a un poder, ningún otro puede ejercerla (salvo, claro está, el Poder Judicial, en una función de control, para comprobar la constitucionalidad –pero no la oportunidad o conveniencia– de lo actuado por los otros poderes, a pedido de parte, en una causa litigada).

Que no haya ninguna injerencia de un poder en otro no significa que no haya condicionamientos cruzados (otra vez, ¡frenos y contrapesos!). El Poder Legislativo sanciona leyes de fondo y leyes de procedimiento que determinan cómo el Poder Judicial va a desarrollar su actividad, pero no puede el Congreso hacer la labor propiamente dicha que viene a reglamentar, es decir, la de juzgar. El Poder Judicial puede declarar la inconstitucionalidad de leyes y reglamentos, pero esto no implica que pueda ejercer la función legislativa o reglamentaria.

Los “poderes implícitos”

Así como los ciudadanos tienen derechos implícitos, las ramas del gobierno tienen “poderes implícitos”. Se razona que al dar una competencia, la rama en cuestión dispone de todos los “poderes *implícitos*” que sean necesarios para hacer efectivos los que le han sido expresamente reconocidos. De hecho, esto es lo que la Constitución fija como regla para el Congreso, que en el art. 75 inc. 32 (el que cierra la enumeración de sus potestades) detalla que le corresponde “hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”.

Es importante aclarar de nuevo que los poderes implícitos no dan vía libre para que los poderes puedan hacer todo lo que no les sea explícitamente prohibido. Se requiere siempre esa conexión, visible y concreta, con un poder asignado por la Constitución.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha explicado que

cuando la Constitución no dice algo expreso, no quiere decir que lo delega en el legislador. La regla según la cual es inválido privar a

alguien de lo que la ley no prohíbe ha sido consagrada en beneficio de los particulares (art. 19 CN), no de los poderes públicos. Estos, para actuar legítimamente, requieren de una norma de habilitación; ningún poder puede arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido conferidas expresamente.

Este argumento corresponde a un “considerando” del caso *Rizzo* (en el que se se declaró, en 2013, la inconstitucionalidad de la elección popular de consejeros de la Magistratura).

El Congreso: el primer poder

El Congreso de la Nación es el primer “poder” que encontramos descripto en la parte orgánica de la Constitución (para esto también se siguió, sí, el modelo de Filadelfia). Esa prelación es indicativa de una idea básica del constituyente estadounidense, que imaginaba un Congreso como el órgano principal definidor de reglamentos y derechos.

Aunque esto es efectivamente así (un principio es que las restricciones funcionan bajo “reserva de ley”, es decir, que solo se pueden imponer por decisión colectiva del Congreso), también tenemos que advertir –a cuenta de un mayor desarrollo– que nuestro sistema quiso ser varias veces presidencialista: lo fue en las constituciones previas, lo siguió siendo en la histórica de 1853/60 (y en la Constitución de 1949) y, aunque buscó “atenuarlo”, el Ejecutivo quedó con más poderes aún a partir de la reforma de 1994. Tenemos un presidencialismo, finalmente, “culposos”.

Por qué “dos cámaras”

La idea de un Congreso con dos cámaras se remonta al *modelo del modelo*: lo que los Estados Unidos tomaron de Inglaterra. El desarrollo constitucional inglés amalgamó lo aristocrático y lo democrático con una Cámara “baja”, popular, con representantes elegidos en comicios (la de los “Comunes”) y otra Cámara “alta”, nobiliaria, hereditaria (la de los “Lores”). El remix estadounidense mantuvo el

sistema con la variación de que en la Cámara alta la designación la harían los Estados en paridad de peso: todos contarían con dos representantes, que serían elegidos por las legislaturas locales.

Así funcionó también el sistema argentino hasta 1994, cuando cambió en dos aspectos: la elección de los senadores dejó de depender de las legislaturas y pasó a votarse en comicios, y se incorporó un “tercer” senador por la primera minoría en cada provincia.

- La idea de “dos cámaras” no predomina en el derecho provincial argentino, donde se tiende al modelo de cámara *legislativa única*. En la Argentina solo son bicamerales Buenos Aires (“la provincia”), Catamarca, Corrientes, Entre Ríos, Mendoza, Salta, San Luis, Santa Fe: en total 8 provincias. El resto (incluida la CABA) son unicamerales. Notamos que el bicameralismo sigue en cambio vivo en el modelo estadounidense, donde de las 50 legislaturas estatales, 49 son bicamerales (la única que no lo es: Nebraska).

Pero las diferencias de perfil entre una y otra Cámara son claras, como surge de una rápida comparación:

- La Cámara alta es una cámara mucho más pequeña (en la Argentina son 257 diputados y 72 senadores; en los Estados Unidos hay 435 “representantes” en la Cámara baja y 100 senadores).
- Eso hace que cada voto de un senador tenga más peso en el Senado que el voto de un diputado en la Cámara baja.
- Hay mayores requisitos de edad para ser senador que para ser diputado.
- El mandato de los senadores es más prolongado: actualmente los diputados duran cuatro años y los senadores seis (y hasta 1994 duraban nueve años).
- Existe una diferencia de renovación: mientras la Cámara de Diputados se renueva por mitades, el Senado se renueva por tercios.
- Los senadores son decisores exclusivos en algunas cuestiones (como aprobar nombramientos de diplomáticos, militares y jueces)...
- ...y en casos de juicio político actúan como “Cámara juez” frente al

papel de “Cámara acusadora” que asumen los diputados.

En su *Manual de la Constitución argentina*, Joaquín V. González transcribe las razones de otro libro clásico, los *Comentarios sobre la Constitución de los Estados Unidos*, de Joseph Story, haciendo un punteo sobre el porqué del bicameralismo.

- 1º que teniendo cada una el derecho de revisión sobre la otra, su división constituye un obstáculo a toda legislación precipitada o caprichosa;
- 2º que hace desaparecer el “espíritu de cuerpo” de las asambleas únicas, es decir, esa tendencia característica de aumentar cada vez más sus poderes, de sostener en todo caso sus actos, buenos o malos, y de hallar lícito cuanto inician o resuelven;
- 3º que siendo un freno efectivo contra la natural inclinación de toda asamblea a absorber la mayor suma de facultades, medios de acción y objetos de gobierno, importa una defensa contra las posibles tiranías legislativas;
- 4º que hace posible advertir grandes errores antes que puedan causar los consiguientes desastres, por el tiempo que debe mediar entre las deliberaciones de una y otra Cámara, durante el cual la pública discusión de los asuntos contribuye también a ilustrar el juicio de los legisladores;
- 5º que la existencia de los cuerpos compuestos y formados por diferentes principios ofrece una garantía contra las tentativas de los partidos políticos por obtener de sus mayorías leyes favorables a una sola clase de personas o intereses, por la astucia, la corrupción o la sorpresa, “porque es más difícil engañar, corromper o seducir dos cuerpos políticos que uno solo, sobre todo si los elementos que lo componen difieren esencialmente”;
- 6º que cada una de las Cámaras dotadas de los mismos poderes generales, movidos por los mismos móviles y propósitos, susceptibles de las mismas pasiones de dominio, serán su constante y mutuo contrapeso, con ventaja para una legislación madura, reposada, y bien calculada para el bien de la sociedad.[\[95\]](#)

También se diferencian los presidentes de ambas Cámaras:

- El *presidente del Senado* es el vicepresidente de la Nación. Es literalmente un enclave del Poder Ejecutivo en el Poder Legislativo. No es senador y, como tal, no puede presentar proyectos. Desde la presidencia de la Cámara no puede participar de los debates y debe limitarse a dirigir las sesiones. Y solo puede votar en caso de empate: es la regla que dio lugar al famoso voto “no positivo” de Julio Cobos, entonces vicepresidente (y por ende presidente del Senado), en el proyecto de ley para fijar retenciones a las exportaciones de productos agropecuarios de 200
- El *presidente de la Cámara de Diputados* sí es un diputado (es elegido anualmente por sus pares). Como tal, puede presentar proyectos. Dado que está en la presidencia no puede participar de los debates, pero puede dejarla de manera momentánea para hacerlo (lo reemplaza transitoriamente el vicepresidente 1º de la Cámara, o quien le siga en orden) para luego volver a ocupar su puesto al terminar su intervención. Puede votar para desempatar, y también en todos los asuntos respecto de los cuales la Constitución nacional exige mayoría absoluta o especial.

También existe una diferencia más estructural que es que uno está contemplado en la Constitución y otro no. En efecto, la idea del vice como presidente del Senado figura en el art. 57 (“El vicepresidente de la Nación será presidente del Senado; pero no tendrá voto sino en el caso que haya empate en la votación”). Pero la Constitución nada dice sobre cómo se elige el presidente de la Cámara de Diputados... ni siquiera menciona su existencia. Todo ello está detallado en el Reglamento de la Cámara de Diputados (un poder que la Constitución sí reconoce en el art. 66 CN: “Cada Cámara hará su reglamento”).

Las bancas del Congreso: acceso, titularidad, expulsiones

El acceso a las bancas

“Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez”, afirma el art. 64. La norma fija una pauta que puede

sorprender, y cuyo sentido histórico –forjado en la calamitosa práctica electoral del siglo XIX tanto en los Estados Unidos como en la Argentina– es el de disponer de una instancia nacional que pudiera vigilar posibles fraudes en elecciones que se llevaban a cabo sin control federal. En un giro interesante, la Cámara de Diputados llegó a considerar que una visión contemporánea de la norma le permitía también evaluar la *inhabilidad moral* del postulante electo, lo que efectivamente hizo con los casos de Antonio Domingo Bussi en 2000 y Luis Patti en 2006, al denegarles su incorporación al Congreso por sus vínculos con delitos de lesa humanidad.

Pero la Corte no estuvo de acuerdo: alegó que en la Constitución no hay ninguna habilitación constitucional para examinar la habilidad moral anterior a la elección y, dado que no hay ninguna norma expresa, esta no puede presumirse:

La libertad se vería amenazada si los poderes ejercieran facultades no concedidas; si hay algo que ha consagrado la Constitución, y no sin fervor, es la limitación del poder del gobierno. La Constitución ha establecido, inequívocamente, un sistema de poderes limitados.[\[96\]](#)

El detalle es que en efecto Bussi no llegó a formar parte de esa Cámara: el fallo de la Corte que citamos es de 2007, y le dio la razón cuando su mandato ya se habría vencido. En el momento mismo en que nació, el pronunciamiento devino abstracto.

Partidos, bancas y bloques

Una vez electos y –finalmente– admitidos, diputados y senadores obtienen la titularidad de sus bancas. Las bancas no son de los partidos que postularon a sus candidatos, pues ello es un mecanismo de elección, y no existe un sistema de mandato programático vinculante.

Como es sabido, esto da pie de hecho a la posibilidad de que existan escisiones de bloques parlamentarios, circunstancias en las que uno o varios diputados formalizan su apartamiento de la línea partidaria. Lejos de ser ilegal es un fenómeno que de hecho está contemplado en el reglamento de las Cámaras, que permite constituir bloques con dos senadores o con tres diputados incluso si no se trata de un partido político existente con anterioridad a la elección de los diputados. Del mismo modo, los legisladores podrán renunciar a su bloque o

incorporarse a otro, lo cual resulta habitual en un sistema de partidos que ha sido en general caracterizado por coaliciones de disciplina intensa pero no blindada. Y aun manteniéndose en el mismo bloque, un miembro no está obligado a votar en sintonía con sus compañeros. Según datos relevados por Andrés Tow, encontramos que el promedio de la disciplina parlamentaria (tasa en que un diputado o senador vota en conjunto con su bloque) ha oscilado en el rango del 80% al 90% en el período 2010-2020. Los datos también muestran que los bloques son menos disciplinados cuando están en la oposición (lo que implica que se revelan más expuestos a que se presenten acuerdos individuales con el oficialismo).[\[97\]](#)

Un detalle importante: las bancas tampoco son de las provincias, y en todo caso el representante en el Congreso electo por sus conciudadanos mantiene la libertad de conciencia para actuar. Un criterio (aparentemente) contradictorio con esto aparece en constituciones como la de Córdoba, que en una norma autoriza a la Legislatura provincial (con el voto de los dos tercios de los miembros) a dar instrucciones a los senadores nacionales “cuando se trate de asuntos en que resulten involucrados los intereses de la provincia”. Tales instrucciones provinciales tendrían solo un efecto simbólico y testimonial: los senadores no pueden recibir instrucciones vinculantes y pueden (y deben) actuar según su propio criterio. Una vez más aquí deberíamos distinguir entre el “derecho” y el “hecho”, pues resulta habitual que en las negociaciones entre el Ejecutivo nacional (interesado en obtener mayorías) y uno provincial se realicen acuerdos que específicamente tienen como objetivo ganar votos de diputados o senadores nacionales que alinean su criterio al asumido por el gobernador. En la práctica esos escaños tienen entonces una doble influencia (no pertenencia): del partido o coalición nacional de que son parte, y de la ciudadanía local (lo que por supuesto explica “indisciplinas” parlamentarias cuando se trata de un proyecto poco amigable con los intereses de sus electores directos).

Exclusión de los diputados y senadores

Los diputados y senadores pueden ser sancionados, y esa punición puede llegar hasta la remoción de su cargo. El umbral que se ha fijado al respecto es alto por una obvia razón: si la aplicación de la medida dependiera de la simple mayoría, un bloque predominante tendría la chance de excluir del Congreso a cualquier diputado o senador de la oposición. Por eso el art. 66 establece que

cada cámara podrá, *con dos tercios de votos*, corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, o removerlo por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación, o hasta excluirle de su seno.

Inmunidades y fueros parlamentarios

La mejor pregunta es empezar por el principio: ¿por qué damos privilegios a los diputados y senadores? Como ocurre en parte con algunas prerrogativas de las que gozan los miembros del Poder Judicial, su naturaleza no es “de casta” sino “funcional”. Se busca así maximizar las condiciones de libertad de actuación y de conciencia de un representante del pueblo.

Inmunidad de opinión

El primer anillo de protección se ubica entonces en la llamada “inmunidad de opinión” del art. 68: “Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador”. Aunque esto puede no estar limitado a opiniones y discursos dados en sesión parlamentaria, la Corte ha apuntado que debe existir alguna relación entre las declaraciones y el ejercicio del mandato. [98] Así, por ejemplo, las columnas escritas para un diario, o las opiniones vertidas en una entrevista pública, incluso ahora los mensajes emitidos por redes sociales forman una parte (ya sabemos) necesaria de la actuación política, y quedan también cubiertas por la tutela.

Inmunidad de arresto

Un segundo anillo de protección es el que establece que “ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado”. El principio queda matizado por esta excepción: el legislador puede ser arrestado si es sorprendido –dice el art. 69 CN– “en la ejecución de algún crimen que

merezca pena de muerte, infamante, u otra aflictiva”. La terminología de “infamante” y “aflictiva” no existe de modo literal, y ha dado bastante trabajo a la doctrina, que suele concluir que se debe tratar de un delito grave, doloso (Sebastián Soler, un ilustre penalista, sugería que tenía que implicar un mínimo de pena de cinco años).

Los fueros

El artículo 69 CN es seguido por otro más amplio, y de texto oscuro, que es el que completa el concepto de “fuero parlamentario”. Leemos en el art. 70 CN que

cuando se forme querrela por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier senador o diputado, examinado el mérito del sumario en juicio público, podrá cada Cámara, con dos tercios de votos, suspender en sus funciones al acusado, y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento.

La norma describe (sin nombrarlo) el procedimiento requerido para el “desafuero”, mecanismo a través del cual la Cámara puede retirar la protección foral. El mismo concepto nos permite entender que mientras eso no suceda, el diputado o senador no estará “a disposición del juez para su juzgamiento”.

Pero el artículo deja clara la posibilidad de *formar querrela*, con lo cual da una pista para disociar la “inmunidad de arresto” (un concepto limitado y funcional) de la “inmunidad de proceso” (esa idea que lleva al mito de los fueros como escudo judicial absoluto). A pesar de esa pista, la confusión entre ambos conceptos se mantuvo –alimentando el mito– debido a la falta de reglamentación legal hasta el año 2000, cuando se sancionó la llamada Ley de Fueros (25.320).

En esta –el régimen actual– nos encontramos con que lo primero que dice la ley es que si hay un diputado o senador imputado en una causa penal “el tribunal competente seguirá adelante con el procedimiento judicial hasta su total conclusión”. La posibilidad del desafuero entra en escena en el caso en que un imputado con fueros, llamado a indagatoria, no se presente ante el juez a prestar declaración (recordemos que este es un acto insoslayable para avanzar a un eventual procesamiento), o cuando habiéndolo hecho resulte procesado con prisión preventiva, y por supuesto cuando tenga que empezar a cumplir pena efectiva de prisión.[\[99\]](#)

En este contexto, la misma ley detalla otra garantía funcional extra que asocia a los “aforados”: no se puede “ordenar el allanamiento del domicilio particular o de las oficinas de los legisladores ni la interceptación de su correspondencia o comunicaciones telefónicas sin la autorización de la respectiva Cámara”.

Otras personas “aforadas” (por ley)

Es el momento para hablar de otros funcionarios que no son diputados ni senadores. Como su nombre lo indica, los fueros son *parlamentarios* y no están previstos en la Constitución para otras personas que no sean miembros del Congreso. Pero al reglamentarse los fueros en la Ley 25.320, el legislador los hizo extensivos a todos los funcionarios susceptibles de juicio político.

Si chequeamos la lista que presenta el art. 53 CN, encontraremos que allí figura el presidente, el vicepresidente, el jefe de Gabinete de Ministros, los ministros y los miembros de la Corte Suprema: todos ellos quedaron así equiparados a diputados y senadores en cuanto al sistema especial de fueros de la Ley 25.320.

Qué leyes hace el Congreso

Aunque no existen “categorías” de leyes en nuestro sistema (más allá de que en algunos casos se requieren, como veremos, mayorías o procedimientos especiales), es importante que elaboremos una tipología para seguir el hilo de las amplias competencias que se le asignan al Congreso en el art. 75 CN (el artículo de la Constitución que más incisos tiene).

Leyes económicas y financieras

No es sorprendente que estas cuestiones hayan ejercido especial influencia en los constituyentes, quienes las incluyeron al principio del largo listado de facultades del Congreso.

- *Materia aduanera.* El inciso 1 está dedicado a la incumbencia parlamentaria de “legislar en materia aduanera”. Haciendo juego con la prohibición de aduanas interiores (tema recurrente que ocupa dos artículos más de la Constitución, el 9 y el 126), propone un sistema único para la República, de manera que exige que los impuestos sean uniformes en toda la Nación. La legislación es exclusivamente federal y la recaudación también. Por eso los impuestos “externos” que se pagan y se cobran por exportar e importar, las llamadas “retenciones”, van directamente al Tesoro Nacional y no se coparticipan.
- *Impuestos internos.* La Constitución dispone que el Congreso puede establecer impuestos internos indirectos y excepcionalmente también directos. La realidad ha transformado esa excepción en una regularidad: contamos esta historia al hablar sobre impuestos cuando tratamos el derecho de propiedad.
- *Coparticipación.* Muy relacionada con impuestos, pues implica su distribución entre las provincias. La reforma de 1994 “legitimó” el sistema de coparticipación que se había desarrollado sin previsión constitucional expresa de la Constitución histórica. Este sistema supone una recaudación centralizada y una distribución que se hace en forma proporcional a las provincias con un mix de criterios “devolutivos” (que buscan reconocer cuál fue el aporte de sus contribuyentes al “pozo común”) y “redistributivos” (que apuntan a asistir a provincias más relegadas o necesitadas).
 - Estipula el art. 75 inc. 3: “La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre estas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional”.
 - La Constitución describe un sistema similar al de la Ley 23.548 que rige desde 1988, aunque manda renovarlo conforme a esas pautas (los criterios existentes son fruto de negociaciones de la coyuntura de aquel entonces y no de un polinomio que responda a aquellos “criterios objetivos”). Tan teñido de coyuntura estaba que uno de sus artículos dice que la ley regiría “hasta el 31 de diciembre de 1989”, aunque contemplaba la extensión que desde entonces la mantiene en

vigencia al especificar que “su vigencia se prorrogará automáticamente ante la inexistencia de un régimen sustitutivo del presente”.

- La Constitución exige automaticidad en la remisión de fondos de Nación a provincias y un consenso altísimo al fijar el sistema de “ley convenio” que implica una aprobación de todas y cada una de ellas. Esa vara ha supuesto un obstáculo para la “nueva ley” que exigía en 1994 una cláusula transitoria, pues cada Legislatura provincial tendría un derecho de veto, y es prácticamente imposible que un nuevo sistema suponga una mejora para todas las jurisdicciones. Nótese que reformar la propia Constitución resulta menos difícil que reformar la Ley de Coparticipación, ya que para la primera bastará una mayoría de dos tercios en cada Cámara, mientras que esta última requiere una virtual “unanimidad federal”.
- *Presupuesto.* La llamada “ley de leyes”, que condiciona todo el accionar de la administración. Según el inc. 8 le corresponde al Congreso “fijar anualmente [...] el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas”.
- Existe una particularidad pautaada con carácter general, por debajo de la Constitución, para resolver las situaciones de bloqueo en que no se llega a aprobar un presupuesto por consenso (o cuando un presidente ejerce el veto sobre el que ha sancionado el Congreso). Dice la Ley de Administración Financiera 24.156 que “si al inicio del ejercicio financiero no se encontrare aprobado el presupuesto general, regirá el que estuvo en vigencia el año anterior”, autorizando al Ejecutivo a hacer los ajustes de excluir gastos ya ejecutados e ingresos que no puedan ser nuevamente recaudados.
- *La “cuenta de inversión”.* Es una instancia de control del presupuesto a posteriori: el presidente debe presentar al Congreso un informe de la implementación del presupuesto del año precedente y de los estados contables de la administración central. Existe una Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas que dictamina al respecto y el proceso culmina con la consideración y aprobación de las Cámaras, lo que se hace formalmente por ley (aunque no es una normativa general y futura, como solemos entender las leyes). La aprobación de esa “cuenta de inversión” no tiene efectos “judiciales”, ya que no bloquea las

investigaciones en curso o las futuras que se puedan hacer por malversación de fondos (el delito que consiste en usar fondos públicos para fines distintos a los autorizados por ley) ni “legaliza” los actos de ejecución presupuestaria del período.

Prosperidad y desarrollo

Son cláusulas que tienen no “materias” sino objetivos, y en ese sentido se parecen a la cláusula comercial. Suponen una fuente de poder del Congreso para “federalizar”, y alguna noción sobre el papel del Estado en la economía, *no prescindente* sino organizador, pero tampoco *exclusivo*.

Aparecen en dos significativas cláusulas: las de los incs. 18 y 19 del art. 75.

- La primera, el específico y puntual “progreso económico”, en la cláusula histórica que ya estaba en la Constitución anterior, que tiene un espíritu más liberal y subsidiario, y que se mantiene en el actual art. 75 inc. 18:
 - *Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.*
 - Más adelante vemos que este poder del Congreso nacional se solapa prácticamente con el “poder de fomento” provincial, habilitado en el actual art. 125, por lo que es entonces una potestad concurrente (en la que habrá prevalencia de la ley nacional, por supuesto, en caso de incompatibilidad).
- La segunda, una nueva dimensión “desarrollista” que aparece plasmada en la “nueva” cláusula del inc. 19, incorporado en 1994:
 - *Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la*

generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.

Mandatos igualitarios

Encontramos en el art. 75 varias disposiciones que no solo atribuyen competencias al Congreso, sino que también son un material que resignifica y complementa los mandatos preambulares y las garantías de la “parte dogmática”. Además, introducen un llamado a la implementación efectiva de derechos económicos, sociales y culturales, de contenido prestacional. Recordemos las ideas-fuerza de solidaridad federal de los incs. 2 y 19 (respectivamente: “grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional” y “políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones”), de igualdad educativa del inc. 19 (“igualdad de oportunidades y posibilidades”) y, de modo más general, la “igualdad real de oportunidades y de trato” del inc. 23.

Aunque remitimos al capítulo 3, en el que desarrollamos el derecho a la igualdad y sus ramificaciones, queremos aquí hacer notar dos cuestiones. La primera es que los derechos no solo se encuentran en la parte dogmática, sino que aparecen también “mechados” en muchas disposiciones de la parte orgánica. La segunda cuestión es que el constituyente no quiso un legislador quietista o conservador, sino un legislador activo y progresista, que dicte leyes para cambiar las cosas.

Regulación del comercio

El art. 75 inc. 13 es otro de los que pasa desapercibido en la lectura casual, pero tiene una gran potencia normativa. Ello es así porque en el “modelo” estadounidense, ante la falta de una cláusula que habilite la legislación común, se ha leído la regulación del comercio en sentido amplio: se entiende que no solo implica un poder de reglamentar el tangible tránsito de mercaderías, sino también el poder más extenso que es necesario para incidir en el funcionamiento de un mercado nacional único, y uniforme, que es el objetivo más profundo de la cláusula. De allí se desprenden tres conclusiones:

1. Si el Congreso juzga que necesita federalizar una regulación, puede hacerlo bajo este fundamento, e imponerse incluso ante los poderes de legislación local.
2. Si algo tiene efectos interjurisdiccionales, es susceptible de regulación por el Congreso de la Nación.
3. Si bien las provincias tienen la potestad no delegada de regular los servicios públicos en su jurisdicción, esa exclusividad se pierde en la medida en que el servicio público se torne *interjurisdiccional*, en cuyo caso su regulación deviene federal por aplicación de la cláusula del comercio.

Los “códigos”

Los códigos “de fondo” como legislación “común” y la competencia del Congreso de la Nación para sancionarlos

Y dejamos para el final la que quizá sea la más “visible” (y sensible) de las competencias del Congreso: sancionar leyes *comunes*. Es conveniente repasar un principio del derecho constitucional argentino que nos sirve para explicar por qué hablamos del Código Penal o del Código Civil como lo que llamamos *legislación común* y por qué son normas que se sancionan en el Congreso de la Nación –y no en las legislaturas de las provincias–.

Esto es así porque la Constitución de 1853/60 pretendió que la legislación fuera uniforme en todo el territorio, a diferencia de otros países federales donde la ley penal o civil varía dentro de cada nación y no hay una normativa única general que se aplique en todo el territorio.

De ahí viene la atribución que la Constitución le da al Congreso en el actual art. 75 inc. 12 CN, según el cual corresponde al Congreso de la Nación

dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su

aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; [...].

Hay que tener en cuenta que a veces hay materias especiales que no quedan dentro de los códigos, aunque sustancialmente pertenezcan a la categoría de “Civil y Comercial” (como Ley de Defensa del Consumidor, Ley de Seguros, Ley de Quiebras, Ley de Contrato de Trabajo, etc.) o de “Penal” (como la Ley de Estupefacientes, que incluye penas, y no está dentro del Código Penal). Estas leyes se suelen denominar *complementarias* porque regulan una materia “de fondo” que en su mayor parte está “codificada”.

En todo caso, sean normas contenidas en códigos, o bien normas sueltas, las leyes “de fondo” solo pueden ser sancionadas por el Congreso de la Nación, lo cual hace que la legislación sea “común” a todo el país. En este sentido se diferencian de los códigos que regulan su aplicación por parte de los jueces, que son los diversos Códigos de Procedimiento que sí sanciona cada provincia *exclusivamente para su territorio y para sus tribunales*. Por eso las legislaturas provinciales no pueden sancionar reglas distintas a las que estén en los códigos “de fondo”, que son básicamente dos: el Código Civil y Comercial, y el Código Penal.

Esto significa que no podría haber distintos regímenes de sucesiones, de hipoteca o de matrimonio según la provincia, tal como ocurre en otras naciones federales, que incluso también presentan variaciones en la legislación penal (en los Estados Unidos, por ejemplo, por el mismo crimen una persona puede tener como pena prisión temporal en un estado y en otro ser condenado a la inyección letal).

Meditación de los “códigos”

En su diálogo imaginario con el legislador, la Constitución no solo le signaba el papel de hacer “leyes” sueltas. Le otorgaba un mandato iluminista: sea sistemático, *tengamos códigos*, salgamos del estadio primitivo del follaje de leyes sueltas e inorgánicas. Recordemos que antes de los códigos, los juristas estudiaban derecho a través de “recopilaciones”. Todo cambió con el código quintaesencial: el Código Civil de 1804, que con justicia fue denominado *Código Napoleón*, por el involucramiento del emperador en su factura. Luego de que Francia invadiera Europa, volvió a sus fronteras, y aunque entonces Napoleón fue deportado a la isla de Elba, su software legal sobrevivió, y sería

usado por todos los países de la Europa continental. Tanto es así que sigue vigente hasta nuestros días: el legado más imperecedero fue jurídico, y no militar.

Los códigos modernos son sistemáticos: a diferencia del Código Hammurabi (una recopilación organizada de leyes y prohibiciones muy puntuales, c. 1750 a.C.), están divididos jerárquicamente en “Libros”, “Títulos”, “Capítulos” y “Secciones”, como un código fuente del gran sistema jurídico, escrito en un lenguaje accesible para legos (una obsesión del propio Napoleón). Los “códigos”, como era de esperarse, fueron recibidos en principio con mucha ilusión por los patriotas americanos. Andrés Bello, el mentor de Bolívar, se ocupó de redactar el Código Civil de Chile de 1855. Sus expectativas eran altas: se trataba también de un manual de instrucción para la vida cívica. Decía Andrés Bello: “Podrá andar entonces en manos de todos, podrá ser consultado por cada ciudadano en los casos dudosos y servirle de guía en el desempeño de sus obligaciones”.[\[100\]](#)

Aquella pretensión se esfumó con el tiempo y, a pesar de tener muchas reformas con pretensión de generalidad, el ideal abarcativo de los códigos se fue limitando paulatinamente. El derecho se atomiza en una pléyade de subsistemas insulares: el de las leyes de consumo, el de las leyes laborales, el del derecho administrativo cuando los ciudadanos se vinculan con el Estado, y los que devienen de los “*derechos de*” que explicamos en la parte dogmática. Los neocodificadores (y aquí incluimos al nuevo Código Civil y Comercial argentino de 2015) han concebido códigos más “abiertos”, que suponen un contrafuego a la especialización y buscan sentar en ellos no solo “reglas” puntuales, sino “principios” más vastos y generales que se fijan como transversales. Lo que se gana en amplitud y potencial de aplicación se pierde en precisión y seguridad jurídica que las reglas brindan (y que tanto anhelaba Andrés Bello).

Una ventana al Código Penal

El texto que nos rige tiene una matriz ya centenaria: es de 1921 (Ley 11.791) pero cuenta con cientos de reformas, muchas de las cuales se advierten a simple vista en su texto con artículos que comparten numeración (distinguidos por ser artículos bis, ter, quater, etc.), y con agregados asistemáticos que incluyen varias normas penales en un solo artículo.[\[101\]](#) Manteniendo no obstante su estructura, el Código Penal se divide en dos partes.

La primera es la “Parte General”, que detalla los tipos de pena, las condiciones

que pueden determinar la inimputabilidad de una persona, las causales de justificación, la prescripción de acciones, los casos de tentativa, la *participación criminal* (cómplices), y otros puntos que requiere la teoría penal para adjudicar y “dosificar” responsabilidades (agravando, moderando o excluyendo penas).

La segunda es la “Parte Especial”, que determina el catálogo de delitos con su correspondiente sanción. El primer título de esta parte se dedica a los *delitos contra las personas*, y el primer artículo está dedicado al *homicidio simple*, reprimido con pena de 8 a 25 años. Luego el art. 80 establecerá los casos de *homicidio agravado* para los que está prevista la prisión perpetua (como homicidio a padre o madre, homicidio con alevosía o por precio, entre otras agravantes). Con artículos que establecen figuras penales básicas y sus formas atenuadas y agravadas, cada título subsiguiente se dedica a un “bien jurídico” protegido. Así tenemos títulos dedicados a los *delitos contra el honor* (calumnias e injurias), *contra la integridad sexual* (violaciones) y *contra la libertad* (secuestros), y más adelante aparecen los *delitos contra la propiedad* como robos y daños. Los últimos títulos están dedicados a los delitos *contra la administración pública*, *contra la fe pública* y *contra el orden económico y financiero*. Como explicamos antes, existen muchas normas penales fuera del Código Penal, con otros delitos y penas, como la Ley de Estupefacientes.

Una ventana al Código Civil (y Comercial)

Este otro texto tiene una matriz contemporánea: fue sancionado en 2014 (Ley 26.994) y rige desde 2015, año en que culminó la larguísima vigencia del Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield en 1869 y que regía desde 1871. Ese histórico Código Civil anterior a la Ley 26.994 mantenía intactas muchas normas originales, pero también había pasado por varias reformas legislativas de gran importancia como el matrimonio civil de 1888 y el divorcio vincular de 1987.

En el actual Código Civil y Comercial aparece regulada a lo largo de 2671 artículos casi toda nuestra vida cotidiana, a una escala claramente más completa que su más famoso hermano “penal”.

El CCyC (tal es la abreviatura que se difundió en el uso en el derecho argentino) tiene una estructura que replica la del viejo Código, compuesta de un “Título Preliminar” (con principios básicos detallados en los primeros 18 artículos, una suerte de “parte dogmática” del Código) y seis “Libros” que se dedican cada uno a temas puntuales.

Consideremos con cierto detalle el *Libro Primero* (arts. 19 a 400) que – conforme a su denominación en el Código– es su “Parte General”. Aparece el glosario básico de sujetos y actos de derecho: se regula la existencia de la *persona humana* desde el nacimiento hasta su muerte, la *persona jurídica* (una ficción jurídica, que consiste en crear un sujeto de derecho inmaterial), los *bienes, hechos y actos jurídicos*, y la *transmisión de los derechos*.

Manteniendo la numeración corrida, el Código le dedica luego sendos “libros” a las “Relaciones de familia” (matrimonio, unión convivencial, parentesco, filiación y adopción), a los “Derechos personales” (las obligaciones que surgen entre sujetos de los contratos o de la reparación exigible de daños causados), a los “Derechos reales” (los que se tienen *sobre cosas*, cuyo modelo es el derecho de dominio: “ser dueño”), y a la lúgubrementemente denominada “Transmisión de derechos por causa de muerte” (sucesiones y testamentos).

El *Libro Sexto* finaliza el Código con un popurrí de “Disposiciones comunes a los derechos personales y reales”. Se regulan allí la *prescripción* (a diferencia de lo penal, en lo civil el transcurso del tiempo puede liberar una deuda, y hasta puede desembocar en la adquisición de una propiedad que se ha ocupado de manera pacífica), los *privilegios* (un ranking para resolver cómo se pagarán las deudas según orden de prioridad en caso de insolvencia del deudor), el *derecho de retención* (por el que un acreedor puede conservar en su poder una cosa que sea de su deudor, hasta que se concrete el pago de lo que este le adeude en razón de la cosa) y un inventario de normas de *derecho internacional privado* que van a resolver los casos en que debe aplicarse derecho civil de otro país (por ejemplo, un matrimonio se rige por la ley del lugar de su celebración).

Cómo se hace una ley

Los períodos de sesiones

El Congreso es un poder cuyo funcionamiento está marcado por una cierta discontinuidad.

En la Constitución histórica, el período “ordinario” de sesiones era muy acotado: iba del 1º de mayo al 30 de septiembre. Recién fue extendido en 1994, cuando se dispuso que el período va de marzo a noviembre (art. 63 CN). En

estas sesiones *ordinarias* el Congreso es libre para tratar y sancionar cualquier tema.

La posibilidad de salir de ese marco “ordinario” no queda en manos del propio Congreso. Es el presidente de la Nación quien puede decidir la prórroga de las sesiones ordinarias o convocar a extraordinarias “cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera” (art. 99 inc. 9).

Son dos situaciones distintas, y en ambas el Congreso está limitado. En las sesiones “de prórroga”, el Congreso solo puede terminar lo que haya empezado (lo que fue objeto de debate en sesiones ordinarias). Si se convoca a “extraordinarias”, solo podrá tratar los temas que el Ejecutivo incluya en la convocatoria.

El procedimiento de sanción de leyes

Es un *acto complejo*, de varias fases, que requiere la actuación conjunta del Poder Ejecutivo y del Congreso, y que se desarrolla a través de diversas etapas (iniciativa, deliberativa, promulgación y/o veto, eventual reconsideración parlamentaria), con intervención necesaria de *ambas* Cámaras en el tratamiento de las leyes.

El principio general es que los proyectos pueden iniciarse en cualquiera de las Cámaras (art. 77 CN). Como excepción a ese principio, la Constitución sigue conservando para ciertas temáticas la predeterminación de ciertas cámaras como “Cámaras de origen”, con una lógica que prioriza el Senado (la Cámara “federal”, donde las provincias se representan en paridad) para la iniciativa de proyectos sobre temáticas relacionadas con el federalismo y la Cámara de Diputados (la Cámara “democrática”, de composición más proporcional a la población) para proyectos que impliquen el establecimiento de impuestos.

Este tipo de condicionamiento sucede en los siguientes casos:

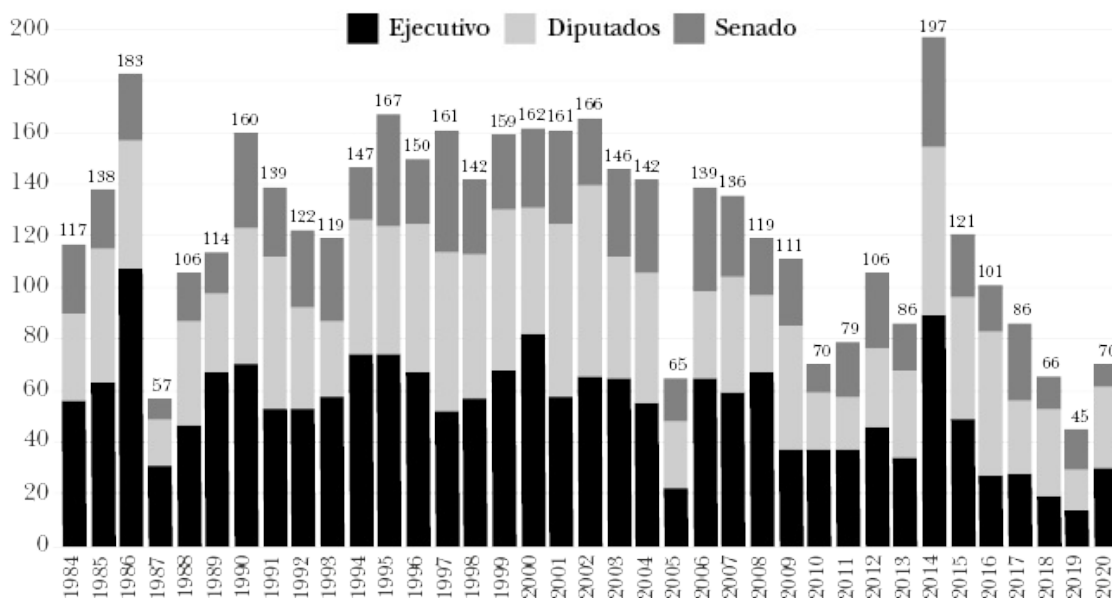
- La *Cámara de Senadores* es la única que puede tener la iniciativa en la *Ley de Coparticipación* (art. 75 inc. 2 CN) y en *leyes de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones* (art. 75 inc. 19 CN).
- La *Cámara de Diputados* es la única que puede tener la iniciativa en *leyes que convoquen a consulta popular* (art. 40 CN), en *leyes sobre*

contribuciones (impuestos) y de *reclutamiento de tropas* (art. 52 CN). Y fuera del texto constitucional aparece en la Ley 24.156 (de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional) una disposición que predetermina a la Cámara de Diputados como Cámara de origen de la *Ley de Presupuesto* (art. 26 ley cit.).

La iniciativa para presentación de proyectos corresponde a cualquier diputado o senador o al presidente (que tiene la posibilidad de enviar el proyecto a una u otra Cámara, en caso de que no se trate de los supuestos en que existe predeterminada “Cámara de origen”).

En el siguiente cuadro vemos cómo ha evolucionado el número de leyes sancionadas, en un diagrama que además desglosa sus tres posibles orígenes: iniciativa del Ejecutivo, proyecto presentado por algún diputado, o proyecto presentado por algún senador. El más frecuente “iniciador” ha sido el Ejecutivo, que impulsó el 43,79% de las 4576 leyes sancionadas en el período 1984-2020. Visto al revés, esto nos muestra que más de la mitad de la agenda legislativa es “propia” de alguna de las Cámaras, y desmiente o matiza bastante la idea de que el Congreso funciona como una “escribanía” que se limita a aprobar lo que mande el Ejecutivo.

Leyes sancionadas 1984-2020, según fuente de inicio



Fuente: Elaboración propia sobre datos de la Dirección de Información Parlamentaria de la Cámara de Diputados de la Nación.

El cuadro también pone de relieve la disparidad que exhibe un Congreso que entre 1984 y 2020 ha sancionado un promedio de 123 leyes por año, con un pico de productividad legislativa que se dispara con las 197 leyes de 2014.

El proyecto antes de llegar al recinto: tratamiento en comisiones

La Constitución no ha regulado en detalle el tratamiento de los proyectos de ley en el seno del Congreso, pero es algo que está regido por los reglamentos de las Cámaras. Por lo general, los proyectos son girados a las comisiones temáticas permanentes (cuya composición procura reflejar de manera proporcional la integración política de cada cuerpo) que debaten los proyectos y eventualmente abren la participación a expertos o grupos interesados. Algunas comisiones tienen importancia crítica puesto que son terminales necesarias de proyectos muy relevantes: un rápido relevamiento nos permite contar a las comisiones de Asuntos Constitucionales, de Legislación General, de Relaciones Exteriores, de Presupuesto y Hacienda, de Finanzas, de Legislación Penal.

En este trayecto previo al tratamiento en el recinto se registran casos en los que proyectos de gran visibilidad han atravesado numerosas fases de audiencias públicas incluso fuera del ámbito del Congreso de la Nación, en las cuales se suelen convocar expertos o referentes de la temática en debate. Al cabo del tratamiento, las comisiones pueden emitir un “dictamen” o “despacho” (que no es vinculante para el pleno del cuerpo que votará sobre el proyecto en el recinto) y designan un *miembro informante* que tiene atributos especiales de participación en el debate parlamentario.

El tratamiento en comisiones puede omitirse toda vez que el cuerpo apruebe (con una mayoría especial que los reglamentos fijan en dos tercios) una moción de “tratamiento sobre tablas”, la cual le permite considerar directamente un proyecto aunque no tenga dictamen (e incluso también es posible presentar un proyecto alternativo en el curso de una sesión, lo que es muy inusual pero está permitido en las normas).

Las votaciones no pueden resultar en empate. Si eso ocurre, se abre una nueva discusión, luego de la cual se vuelve a votar y si subsiste la igualdad, desempata el voto del presidente de la Cámara en cuestión (esto implica que el presidente de la Cámara de Diputados tendrá en esa hipótesis un “doble voto”, mientras que

en el Senado es la única ocasión en que puede votar el vicepresidente de la Nación, que no participa en las votaciones regulares por no ser un senador).

Cuando un proyecto no sale: la pérdida del “estado parlamentario”

No es usual que un proyecto sea rechazado en el recinto, al menos en la Cámara de origen. En general si un proyecto no tiene el consenso no llega a recibir tratamiento, y su forma de extinción se da a través de la *caducidad*.

La *caducidad de los proyectos* no aparece predeterminada por la Constitución y fue reglamentada por el Congreso mediante la Ley 13.640 de 1949. En virtud de esta ley, todo asunto sometido a la consideración del Congreso que no obtenga sanción en una de sus Cámaras durante el “año parlamentario”^[102] en que tuvo entrada en el cuerpo o en el siguiente se tendrá por caducado. Si consiguió sanción en alguna de ellas en el término indicado, este se prorrogará por un año más.

La consecuencia de la caducidad es la pérdida del llamado “estado parlamentario” y el archivo del proyecto, que solo podrá ser tratado cuando un legislador o el Ejecutivo lo presente otra vez. En ese caso se tratará de un trámite nuevo, con lo cual los dictámenes o votaciones que haya tenido el proyecto archivado quedan sin efecto.

El quórum

La regla general es que las Cámaras pueden iniciar sus sesiones con la mayoría absoluta de sus miembros, conforme el art. 64 CN. Esta norma incluye la previsión de que “un número menor podrá *compeler* a los miembros ausentes a que concurran a las sesiones, en los términos y bajo las penas que cada Cámara establecerá”.

Dicho artículo debe leerse ante todo entendiendo su razón profunda: la restricción del quórum fue fijada por el constituyente para evitar que una minoría fortuita y no representativa sesione o apruebe leyes en nombre de todos.

Por eso mismo –a pesar de aquel “compeler”–, en una visión integral del sistema representativo, se puede también entender que todo representante tiene, efectivamente, el derecho constitucional a no dar quórum. Es posible entonces comprender la no concurrencia a una sesión no tanto como una omisión, como

una haraganería o como una falta reprochable del legislador, sino como una acción que este ejecuta deliberadamente para exteriorizar así su voluntad política de no habilitar el tratamiento de una ley que, por las razones que le parezcan, es inadecuada, inconveniente o inoportuna.

El *no dar quórum* es una medida política extrema que tiene sus precios, sus saldos y sus costos políticos. Es una jugada posible en el menú de opciones de un político singular y de un bloque, y ningún operador lo ignora. Si de la falta de quórum se sigue un bloqueo legislativo, será porque los legisladores ausentes son muchos, y porque los que quieren sesionar no tienen una cuota suficiente de consenso. El quórum no solo es el requisito formal de un proceso parlamentario regular, sino también es precondition de un proceso deliberativo genuino: la posibilidad de que se frustre la sesión por falta de quórum incentiva a una facción de primera minoría no mayoritaria a negociar y buscar aliados, a ampliar la base de sustentación de un acto que debe ser expresivo de la voluntad general.

Ninguna multa ni detracción de salarios debería imponerse al diputado o senador que, en ejercicio de este derecho, no da quórum. Mucho menos plantear interinatos o destituciones. El único juzgamiento al punto será el electoral, y puede premiar o castigar a la persona o al partido en la próxima elección.

Reglas de mayorías

La *regla general para decidir* –curiosamente no especificada en la CN, pero implícita– es que un proyecto se considera aprobado con votos positivos de la mayoría absoluta *de los presentes*. Los reglamentos permiten a diputados y senadores abstenerse, pero en la práctica la abstención equivale al voto de rechazo pues no se computa como voto positivo.

Es importante notar que conforme a esta normativa cada diputado o senador ausente disminuye el número de votos requerido para aprobar un proyecto. Un Senado que sesione con sus 72 miembros requerirá 37 votos para aprobar un proyecto, pero si faltan tres bastarán 35 votos. En la práctica parlamentaria se juega con este margen, tanto para aprovechar las ausencias temporarias de diputados o senadores como incluso para negociar con ellos y buscar que no concurran a una sesión puntual.

Esa es la regla general, pero la Constitución pauta también algunos casos en los que sí exige mayoría absoluta sobre el *total* de miembros, no solo de los presentes (y por eso sabemos que el criterio de “presentes” es implícitamente el caso normal, el que se aplica a falta de una aclaración). La pauta de “miembros

presentes”, también llamada “mayoría absoluta”, es casi la regla que se impuso para reglamentar las innovaciones introducidas en la Reforma de 1994, así que lo veremos pautado en diez casos particulares que la Constitución detalla.[\[103\]](#) Ese constituyente fue desconfiado y procuró evitar estrategias como las que mencionamos.

Por otro lado, y en casos que ya existían desde la Constitución histórica, a veces el constituyente quiso *más que una mayoría*, e impuso el requerimiento de “mayorías agravadas” de *dos tercios* para decisiones que supuso más delicadas, o con un impacto o trascendencia mayor.

En su función legislativa, se requieren los dos tercios para los casos del rechazo del veto presidencial (art. 83 CN) y el que vimos que era necesario para otorgar jerarquía constitucional o retirarse de tratados de derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN).

Fuera del trámite de leyes, también es preciso contar con los *dos tercios* para la declaración de necesidad de la reforma constitucional (art. 30 CN), para la exclusión o desafuero de un legislador (arts. 66 y 70 CN), para la decisión de acusar y la declaración de culpabilidad en juicios políticos (arts. 53 y 59 CN).

Por último, se requiere de los dos tercios en el Senado para dos designaciones que consideró importantes: la del Defensor del Pueblo (art. 86 CN) y la de jueces de la Corte Suprema (art. 99 inc. 4). No prevista en la Constitución, también se los requiere por ley para la designación de procurador y defensor general (pero esto podría cambiar por otra ley).

Discrepancias entre Cámaras

El caso más simple de discrepancia entre Cámaras se da cuando una Cámara revisora rechaza totalmente el proyecto que le ha girado la Cámara de origen. Esta hipótesis se encuentra prevista en el art. 81 CN, con un corolario específico: el proyecto de ley desechado no podrá repetirse en las sesiones de aquel año (pensemos por ejemplo en el caso del proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo de 2018, rechazado por el Senado luego de la media sanción de Diputados).

La posibilidad de “insistir” de la Cámara iniciadora solo se habilita cuando la Cámara revisora ha *modificado* un proyecto, sin rechazarlo. En ese vaivén entre Cámaras, hasta 1994 la Constitución tenía un complejo sistema que podía requerir hasta tres tratamientos por la Cámara iniciadora y un total de cinco posibles pasos. El texto actual lo acota a tres, que son los siguientes:

- *Primer acto*. Un proyecto es sancionado por la Cámara de origen.
- *Segundo acto*. La Cámara revisora introduce modificaciones, de lo que resulta en una versión distinta.
- *Tercer acto*. Involucra la consideración final de la Cámara de origen (a la cual “volvió” el proyecto). En este acto se debe resolver entre la sanción del proyecto original (el del *primer acto*), o bien la sanción de la versión revisada (*segundo acto*). No hay más opciones que esas dos: el art. 81 CN es explícito en aclarar que “la Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora”.

La clave de la “reducción de instancias” dada en la reforma de 1994 está en el segundo paso: se ordena que cuando la Cámara revisora introduzca modificaciones “deberá indicarse el resultado de la votación a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes” (art. 81 CN).

Así, al volver a la Cámara de origen puede suceder que esta *no acepte* los cambios de la Cámara revisora e insista en su proyecto original. En esta hipótesis las alternativas se bifurcan según el umbral de mayorías que consiguió antes la revisora:

- Si votó su proyecto modificado *sin* llegar a la mayoría especial de dos tercios de los presentes, la insistencia de la Cámara de origen (con cualquier mayoría) determina que se sanciona su proyecto original y no el modificado.
- Si votó su proyecto modificado *con* mayoría especial de dos tercios de los presentes, la otra Cámara necesitará también votar su insistencia con dos tercios de los presentes para que se sancione el proyecto original. De no llegar a esa cantidad de votos prevalece el proyecto modificado.

En consecuencia, la ventaja es que la Cámara iniciadora tiene siempre la última palabra sobre si aceptar o no las modificaciones de la revisora, y además tiene la chance de que su versión prevalezca con solo alcanzar el “tipo de mayoría” que haya tenido la revisora al introducir los cambios en el proyecto.

Así, el sistema sigue priorizando –como la Constitución histórica de 1853/60–

la voluntad de la Cámara que sea iniciadora a igualdad de mayorías de voto. Esta es la razón por la cual en ciertas temáticas la Constitución ha dado exclusividad como iniciadora a una Cámara en particular. De este modo pueden existir casos de parlamento dividido en los que un oficialismo retenga mayoría en una Cámara y no consiga obtenerla en otra, de manera que el sistema le permitirá explotar esta cláusula para utilizar como “iniciadora” a la Cámara más conveniente.

Promulgación o veto

Una de las funciones del Ejecutivo es la de ser una suerte de “tercera Cámara” que debe dar su consentimiento a lo que (a pesar de tener sanción del Congreso) todavía no es ley hasta que no haya promulgación.

Para eso hay dos variantes: la promulgación “expresa” en la que el Ejecutivo aprueba efectivamente el proyecto del Congreso (art. 78 CN) y la “tácita” (también llamada “ficta” o “de hecho”) que se da por el mero transcurso del plazo de diez días que al respecto fija la Constitución (art. 80 CN, por el que “se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles”).

En lo que sigue, repasaremos en primer lugar la etapa que se abre luego de la aprobación de un proyecto por el Congreso de la Nación (con dos o tres pasos por las Cámaras, según haya tenido o no modificaciones en la revisora).

“Levantar el veto”: la insistencia del Congreso

Si el proyecto es vetado y vuelve al Congreso se abre la instancia para que el Poder Legislativo insista en él con la mayoría calificada de “dos tercios de los votos”. La Constitución no especifica si se trata de los miembros “presentes” o “totales”, pero adherimos a la solución de que esa fracción se debe computar sobre los “presentes” (porque la norma dice “votos”, y solo votan los que están presentes en el recinto).

Nótese que el veto no es oponible a toda ley del Congreso, ya que existen dos supuestos de leyes de “promulgación automática”. Uno de ellos está dado en el art. 40 CN para las leyes que sometan a consulta popular vinculante un proyecto

de ley o las que sean aprobadas en consulta popular vinculante. El otro es la hipótesis de insistencia del Congreso en un proyecto vetado, pues de lo contrario se abriría un *loop* infinito de vetos e insistencias. Si el presidente veta una ley y el Congreso insiste en ella con mayoría calificada, este “segundo intento” no puede ser vetado por el presidente nuevamente.

Por último, hasta donde sabemos, vale señalar que el veto no es judicialable. No existen precedentes en los que se haya planteado la impugnación a un veto del Poder Ejecutivo Federal, y cabe entender que en lo sustancial este es un poder discrecional del presidente. Las hipótesis que juzgamos admisibles a ese respecto tienen que ver con el incumplimiento de las condiciones de viabilidad del veto (pensamos, por ejemplo, en la posibilidad de impugnar un veto que el presidente pretenda imponer una vez que ha pasado el plazo de diez días).

Promulgación parcial (y revisión del Congreso)

La reforma de 1994 innovó al permitir de manera explícita la “promulgación parcial” en el art. 80 CN (una práctica que ya se había dado en forma esporádica). La parte final de esta norma establece que las partes no observadas de un proyecto “podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado”. Para confirmar si esa condición se verifica, se dispone también una instancia de revisión del Congreso, en la que se aplica el procedimiento de control previsto para los decretos de necesidad y urgencia.

Es difícil definir con precisión la “unidad” y el “espíritu” del proyecto sancionado. Habrá que revisar los antecedentes legislativos y hacer un análisis global de la normativa en cuestión, de sus sentidos y efectos, de manera tal que se pueda determinar cuáles son sus puntos centrales y cuáles accesorios, así como observar si el resultado del “recorte” altera en forma mayúscula el significado de lo consensuado.[\[104\]](#)

Publicación

El art. 99 inc. 3 CN establece que el Poder Ejecutivo está obligado a publicar las leyes que promulga, lo que se hace en el *Boletín Oficial*.[\[105\]](#)

Pero publicación no necesariamente equivale a vigencia: una ley puede disponer que regirá desde el día de su publicación, o bien fijar un tiempo futuro que permita a los ciudadanos conocerla poco a poco y adaptarse al nuevo marco regulatorio. También es posible que una misma ley cuente con dispositivos o secciones que comiencen a regir en diferentes momentos, y que combine así algunas partes de vigencia inmediata y otras de vigencia diferida.

En caso de que no se fije un día concreto para la entrada en vigencia, la cuestión se resuelve por la regla general del art. 2 del Código Civil y Comercial que establece que las leyes son obligatorias a los ocho días siguientes de su publicación oficial.

Además de legislar: otras funciones de la Cámara

Si lo llamamos “Poder Legislativo” es porque su función central es efectivamente “legislar”, pero el Congreso tiene asignadas también muchas otras funciones.

En primer lugar, tiene un saldo de contrapesos adjudicado a su “Cámara alta”, que es también una concesión al poder de las provincias: muchos funcionarios requieren de la aceptación del Senado para aprobar su designación. Esto sucede en virtud de disposiciones constitucionales que así lo exigen para el ascenso de militares y diplomáticos, y para el nombramiento de jueces (con una mayoría especial, de dos tercios, en el caso de los jueces de la Corte Suprema).

La Constitución también le confiere otras funciones:

- *Las interpelaciones a ministros*, previstas en el art. 71: “Cada una de las Cámaras puede hacer venir a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes”.
- *La comparecencia periódica del jefe de Gabinete ante las Cámaras*. Desde 1994, y cuadrando con la idea de que es responsable político del Ejecutivo ante el Congreso, el jefe de Gabinete debe “producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al Poder Ejecutivo” (art. 100 inc. 11). Pero *la norma no se cumple como fue pensada*: según un estudio de CIPPEC de 2020, la tasa de cumplimiento de comparecencia entre 1995 y 2019 fue de 56% en promedio para el caso de los informes escritos y de 38% en promedio

para los informes orales (el sistema vigente postula una alternancia: el jefe de Gabinete debería comparecer un mes ante cada Cámara. Los datos arrojan que de los quince jefes de Gabinete que se sucedieron desde 1994, solo dos tuvieron un porcentaje de asistencia superior al 60%).

[\[106\]](#)

- La *legislación y constitución de dos órganos de control* independientes que están instituidos “en su ámbito”: Auditoría y Defensoría del Pueblo (que veremos más adelante).
- El *control de facultades excepcionales del presidente*, como el estado de sitio declarado en receso, el dictado de decretos de necesidad y urgencia y los que se sancionan en ejercicio de competencias delegadas de legislación (luego nos detendremos en detalle para estudiar cómo funcionan estos decretos y su control).
- Ejerce facultades disciplinarias sobre *sus propios miembros*: cada Cámara –establece el art. 66 CN– puede “con dos tercios de votos, corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, o removerlo por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación, o hasta excluirle de su seno”.
- Y también puede decidir la destitución de *funcionarios de los otros dos poderes*, a través del peculiar mecanismo del *juicio político*.

Juicio político

A veces llamado *impeachment*, el juicio político es el modo de destitución de funcionarios. El sistema constitucional desdobra las funciones: la Cámara baja (Diputados) recibe acusaciones y debe resolver si las encuentra lo suficientemente graves y probadas como para ejercer la acusación formal, mientras que la Cámara alta (Senadores) tendrá que resolver si la destitución procede o no. Dada la importancia de las consecuencias, se impone para ambos casos una mayoría agravada: dos terceras partes de sus miembros presentes.

El elenco de funcionarios sujetos al juicio político está dado por el art. 53 de la Constitución, que menciona a los funcionarios del Ejecutivo (presidente, vicepresidente, jefe de Gabinete de Ministros y ministros) y a los miembros de la Corte Suprema. Aunque la Constitución no lo previó, la Ley 24.946 agregó dos

sujetos a ese procedimiento de remoción: las cabezas del Ministerio Público (procurador general de la Nación y defensor general de la Nación).

Las *causales* contempladas en el art. 53 son tres. Por un lado, están las *subjetivas*, que refieren al “mal desempeño”, y por el otro, las *objetivas*, que implican tanto delitos “cometidos en el ejercicio de sus funciones” como “crímenes comunes” (esto es, fuera del ejercicio del cargo).

De ser considerados responsables, indica el art. 60 CN, ese “fallo” de la Cámara “no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios”.

En la práctica, al activar el proceso de acusación la Cámara de Diputados designa a los miembros que presentarán el caso ante el Senado. Estos deben definir los cargos concretos de la acusación formulada. La parte acusada cuenta con la posibilidad de ofrecer prueba, de controvertir la presentada en su contra y de comparecer con defensores. En el caso de que el acusado sea el presidente de la Nación, la Constitución prevé una regla especial: la sesión será presidida por el presidente de la Corte Suprema de Justicia.

En la historia el juicio político se utilizó solo para la remoción de jueces. Nunca existió ningún juicio político a presidente, vice o ministros. Desde que la reforma de 1994 derivó la remoción de los jueces ordinarios a la órbita del creado “Jurado de Enjuiciamiento”, el único caso de juicio político fue el de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En 2002 se votó en Diputados en un juicio “colectivo” a todos los jueces supremos en funciones, sin lograr la mayoría requerida para promover acusación en el Senado. La destitución sí se concretaría con otros juicios políticos que se promovieron más tarde: los iniciados contra Julio Nazareno, Adolfo Vázquez, Guillermo López y Eduardo Moliné O’Connor en 2003 (los tres primeros renunciaron al iniciarse el proceso, y Moliné fue destituido ese año) y contra Antonio Boggiano (destituido en 2005).

Comisiones especiales del Congreso

Fuera de la Constitución, encontramos que entre las funciones “no legislativas” del Congreso aparece el trabajo de comisiones especiales, no relacionadas con el procedimiento de trabajo en un proyecto de ley. Algunas son unicamerales,

constituidas por una Cámara como lo habilita su propio reglamento, y otras bicamerales, constituidas por ley. Así tenemos:

- La formación de comisiones investigadoras puntuales (como la Comisión Especial Investigadora sobre Hechos Ilícitos Vinculados con el Lavado de Dinero, conformada en mayo de 2000 por la Cámara de Diputados de la Nación).
- Las comisiones especiales permanentes: para seguir la implementación de una legislación, como la Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Federal Procesal Penal, o la de Seguimiento y Control del Ministerio Público de la Nación. Algunas tienen una gran antigüedad, como la Comisión Bicameral Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, creada en 1878 por Ley 92

“Órganos independientes instituidos en el ámbito del congreso”: la Auditoría General de la Nación y el defensor del pueblo

Siempre hablamos de “tres poderes”, pero en la Constitución actual aparecen cuestiones sui géneris. Más adelante veremos el caso especial del Ministerio Público, que se asume autónomo y fue independizado del Poder Judicial. Pero también existen otros casos especiales que repasaremos a continuación: la Constitución los llama “órganos independientes instituidos en el ámbito del Congreso”.

Auditoría General de la Nación

Este órgano (que cumple a nivel federal la función que los Tribunales de Cuentas cumplen en la mayoría de las provincias) se ocupa del “control externo del Sector Público Nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos”.

Fue creada en 1992 –por la Ley de Administración Financiera 24.156– y se “constitucionalizó” en la reforma de 1994. Como en otros casos de

constitucionalización a posteriori, sigue regida por aquella ley.

La AGN se conforma desde entonces con siete miembros llamados auditores generales: tres propuestos por la Cámara de Senadores, otros tres por la Cámara de Diputados, y el séptimo será su presidente, propuesto por el partido opositor con mayor presencia en el Congreso. Duran ocho años en su función y pueden ser reelegidos.

La Constitución lo regula en el art. 85 CN: exige mayoría absoluta para la ley orgánica de la AGN, ratifica el criterio de que su presidencia esté en manos de la oposición y describe de este modo sus funciones:

Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos.

Aquí aparece descripto el papel de la AGN como controladora de las cuentas públicas, ya que debe revisar la información que le proporciona el Poder Ejecutivo y con esa base preparar un reporte detallado sobre cómo se gastó o invirtió el dinero del Estado durante cada período anual, en cuyo caso podrá señalar faltantes de información, inconsistencias u otras irregularidades. Esta es la “cuenta de inversión” a la que aludimos antes, que el Congreso debe considerar –y, eventualmente, aprobar por ley– como cierre del proceso presupuestario.

Además de esa auditoría *contable* y de *legalidad*, la AGN también hace una auditoría *de gestión*, ingresando al análisis de eficiencia del accionar de los organismos públicos. Estos “informes” son elaborados por su extenso personal técnico que –bajo lo pautado por los auditores– prepara una “agenda” de organismos a auditar, pues las auditorías son complejas y no pueden realizarse en simultáneo sobre toda la administración pública. Cada informe incluirá por último no solo el eventual reporte de irregularidades formales o financieras, sino también *observaciones* de deficiencias o problemas operativos en la gestión pública, que pueden servir como insumo o diagnóstico para encarar nueva normativa o implementar soluciones.

Defensor del pueblo

Aunque está “unipersonalizado” en su denominación, debemos pensar al Defensor del Pueblo no como un sujeto sino como un *órgano*, la Defensoría del Pueblo, a la que se atribuye la “función de defensa y protección de los derechos humanos, y de control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”, según el art. 86 CN.

Como la AGN, este órgano era anterior a la última reforma, dado que su primera versión correspondía a la de la Ley 24.284 de 1992, que continúa vigente con una reforma que sí fue inmediatamente posterior a la sanción de la Constitución (Ley 24.379 de 1994).

Esta figura dura en su cargo cinco años (y admite una sola reelección posible). Se pone una *muy alta vara* para designación y remoción del Defensor del Pueblo: requiere el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Esta exigente condición se estableció con el objetivo de que el candidato fuera de muy alto consenso. Ante la dificultad de cumplir con tales pretensiones, el organismo quedó acéfalo en 2009, cuando venció el mandato del entonces Defensor del Pueblo designado por el Congreso. De hecho, en el fallo de la Corte que anuló los aumentos de tarifas de servicios públicos en 2018, un punto lateral es dedicado a exhortar al Congreso a que provea esta designación.

El Defensor del Pueblo es clave para actuar en litigios masivos y en litigios de derechos “difusos”, o colectivos: la Constitución le asigna “legitimación procesal” (posibilidad de actuar en juicio) en los “derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general” (art. 43 párr. 2 CN).

La Defensoría del Pueblo fue una gran promesa dentro de las novedades traídas en la reforma de 1994. Por eso el sistema político se debe de modo urgente un fortalecimiento institucional y orgánico de la Defensoría, llamada a cubrir un punto ciego de defensa y de promoción de derechos que no puede ser atendido por el Poder Judicial o el Ministerio Público (que tienen funciones definidas y acotadas en el marco procesal) ni por el Poder Ejecutivo (muchas veces responsable por acción u omisión de la violación de derechos) ni por ONG (que más allá de su meritoria labor, pueden llevar una agenda discontinua, tener menores recursos –que dedican a temas y derechos puntuales– y que decididamente no poseen capacidades estatales).[\[107\]](#)

Un país no al margen de la ley

Se impone un balance preliminar luego de haber inspeccionado el amplio espectro de funciones del Congreso.

Es casi un lugar común de nuestro ensamble de ideas el pensarnos como “un país al margen de la ley”. El título-lema que encuentra Carlos Nino en 1993 es potente, es autodescriptivo, y el libro es genial. Pero en un sentido fáctico, tiene un problema: no es tan así.

El derrotismo y la autoflagelación son atractivos, pero tenemos que saber que los líos que tienen las sociedades en un estado de derecho no son idiosincráticamente argentinos: la tendencia a la alegalidad atraviesa la historia desde el derecho romano y muchos problemas contemporáneos específicos están por doquier documentados en la ciencia política comparada. En un sentido vasto, no somos “el” país que está al margen de la ley, sino uno de muchos que están más o menos en la misma situación. Nino por supuesto sabía esto: casi toda la base de su obra está construida con literatura estadounidense o con referencia a casos de países en desarrollo.

Pero ya que estamos en el ámbito del Congreso, hablemos de leyes (y por supuesto el libro de Nino es mucho más amplio, pues con razón indica que la anomia legal es un caso especial de una anomia social, verificada y ejemplificada incluso con turbias y negligentes prácticas en colectivos profesionales y académicos). Diremos y concedemos que puede existir una tendencia a circunvalar leyes, a no ejecutarlas. Puede ser que nos guste más legislar en abstracto y en general, que pensar en el menos excitante y mañoso trabajo de implementación y aplicación real de las leyes, que cuesta mucho tiempo, dinero, y exige un despliegue logístico que nos suele superar.

Pero *nunca no estamos haciendo o discutiendo leyes –que al menos creemos– importantes*. Ley de Divorcio Vincular, Ley de Capital a Viedma, Ley de Punto Final y Obediencia Debida, Ley de Ampliación de la Corte Suprema, Ley del “2x1”, Ley de Convertibilidad, Ley de Defensa del Consumidor, muchas leyes “con nombre propio” (Ley Blumberg, Ley Clarín, Ley Micaela), Ley de “Superpoderes”, Ley de Medios, Ley de Matrimonio Igualitario, Ley de Identidad de Género, Ley de Democratización de la Justicia, Nuevo Código Civil y Comercial, Reforma del Proceso Penal, Ley de Reforma del Consejo de la Magistratura, Ley de las PASO, Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo. No se trata de meras cuestiones que estudian los abogados y académicos en sus gabinetes doctorales: un país en el que no menos de veinte leyes tienen su nombre de pila en el zócalo de nuestra memoria de época no debe pensarse tan al

margen de la ley. La idea anecdótica empieza a ser corroborada por otras realidades: alta audiencia de las retransmisiones legislativas, viralización de su contenido y anécdotas en redes sociales, un sistema de atención bajo el cual hasta las sesiones de comisión del Congreso tienen mucho más de quince minutos de fama. Si no es un ágora moderna, se le parece bastante.

El panorama no pretende por cierto ser idílico. En este libro hemos reportado (y vamos a reportar *todavía más*, en lo que queda) muchas leyes defectuosas, los problemas de las leyes existentes, así como varios puntos ciegos, asignaturas pendientes (como la Ley de Coparticipación, o una Ley de Amparo, o de Procesos Colectivos), y también algunas (no tantas por cierto) inconstitucionalidades.

En el medio de todo eso, lo que vemos no es otra cosa que el telón de fondo de una norma ingenua y nunca jamás analizada, pero que debemos redescubrir en acción. Nos referimos a un mandato constitucional, el del art. 24 CN: “El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos” escribió alguien en 1853, y esa norma se cumple.

Si uno vuelve a la enumeración anterior, observará que son leyes importantes, leyes ambiciosas, leyes modernas (en algunos casos de vanguardia regional o incluso mundial), y el saldo general es claro: más derechos y un derecho mejor. Ello desbarata un poco (y matiza bastante) la idea omnipresente de que nuestro sistema institucional es un tinglado, que el Congreso es una escribanía, y que el presidencialismo es alfa y omega de la normatividad. Como se diría en la NBA: los decretos presidenciales ganan partidos, pero las leyes del Congreso ganan campeonatos.

[92] El título completo es *A Treatise on The Constitutional Limitations Which Rest up on the Legislative Power of the States of the American Union*.

[93] R. Gargarella, “En nombre de la Constitución. El legado federalista dos siglos después”, en A. Borón (comp.), *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*, Buenos Aires, Clacso, 2000, pp. 167-187, en p. 174.

[94] Conocidos en inglés como *The Federalist Papers*, fueron en total ochenta y cinco artículos publicados entre octubre de 1787 y agosto de 1788 en diversos diarios estadounidenses.

[95] J. Story, *Comentarios sobre la Constitución de los Estados Unidos*, t. I, §§ 554, 555, 556, cit. en J. V. González, *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía., 1897, § 322, pp. 348-350.

[96] Bussi, Antonio Domingo c. *Estado nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s. Incorporación a la Cámara de Diputados*, Fallos 330:3160 (2007).

[97] A. Tow, “Disciplina y conformidad en el Congreso de la Nación”, disponible en decadavotada.andytow.com.

[98] CSJN, *Luque*, Fallos 316:1050 (1993). En una causa que se seguía contra Domingo Cavallo, concluyó que esa misma inmunidad también se aplicaba a los ministros del Poder Ejecutivo cuando

participaban de sesiones del Congreso (Fallos 327:4376 [2004]).

[99] Esta posibilidad –usamos el término porque estamos ante una potestad ya propia del Congreso– depende del criterio de la Cámara de la que forme parte el aforado. En el Senado se mantuvo la llamada “doctrina Pichetto”, conforme a la cual el desafuero no se concedería hasta que no exista una condena confirmada, un criterio distinto del que se impuso en la Cámara de Diputados cuando votó en 2017 el desafuero de Julio de Vido sobre la base de un procesamiento con prisión preventiva.

[100] A. Bello, “Codificación del Derecho Civil”, en *Escritos jurídicos, políticos y universitarios*, Valparaíso, Edeval, 1979, p. 59.

[101] Un autor reportaba en 2019 un saldo de 878 modificaciones al Código Penal: 137 en la parte general y 741 en la parte especial. Véase F. Crocioni, “Notas al proyecto de Código Penal 2019” en F. Crocioni (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Penal de 2019*, Buenos Aires, La Ley, 2019, pp. 1-23.

[102] El año parlamentario (que no coincide con el año calendario) comienza el 1º de marzo y finaliza el último día de febrero del año subsiguiente.

[103] Se requiere mayoría absoluta para el tratamiento de las leyes reglamentarias de iniciativa y consulta popular (arts. 39 y 40 CN), leyes de coparticipación (art. 75 incs. 2 y 3 CN), las que aprueban o denuncian tratados de integración (art. 75 inc. 24 CN), las leyes de régimen electoral y de partidos políticos (art. 77 CN), la que regula la Auditoría General de la Nación (art. 85 CN), la ley que reglamente el procedimiento de control de decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3 CN), vetos parciales (art. 80 CN) y delegación legislativa (art. 100 inc. 12 CN), y las leyes que regulan el Consejo de la Magistratura y el Enjuiciamiento de Magistrados (arts. 114 y 115 CN), y también se lo exige para una remoción: la del jefe de Gabinete (art. 101 CN).

[104] Con posterioridad a la reforma la Corte volvió a tratar casos en los cuales se discutía la validez de la promulgación parcial en *Famyl S.A.* de 2000, fallo en el que invalidó una promulgación parcial que consideró que era no separable. Véase CSJN, *Famyl S.A. c. Estado nacional*, Fallos 323:225 (2000).

[105] Esta especificación no estaba presente en el viejo art. 86 CN, omisión que en parte dio lugar a la práctica constitucional de las “leyes secretas” (lo cual de todos modos era contradictorio con los más básicos principios republicanos). Un estudio de Néstor Sagüés había encontrado alrededor de más de cien leyes “S” hasta 1973, cuyo secretismo se quería justificar en difusas razones de Estado, como defensa y seguridad nacional. Recién en 2006 se sancionó una ley (la 26.134) que dispuso la publicidad completa y la eliminación a futuro de las leyes secretas.

[106] N. Aquilino y E. Arena, “‘¿Alguien tiene una pregunta?’: balance de la rendición de cuentas política (1995-2019)”, 30/7/2020, disponible en www.cippe.org.

[107] Este organismo federal también tiene paralelos locales. Hay “Defensorías del Pueblo” en trece provincias y en la CABA (en algunos casos, están en sus Constituciones, y en otros, son por creación legal), y en más de cuarenta municipalidades. Además, todas las jurisdicciones tienen variantes de defensorías especializadas (la recurrente es “Defensa del Consumidor”). Aquí debe acotarse que su operatividad es local, ya que la jurisprudencia de la Corte no admite su intervención en cuestiones que excedan a sus jurisdicciones de origen. Véase CSJN, *Defensoría del Pueblo de la CABA c. Sec. de Comunicaciones*, Fallos 329:4542 (2006).

7. El Ejecutivo

“Dad al poder ejecutivo todo el poder posible, pero dádselo por medio de una constitución”, decía Alberdi en el capítulo 25 de sus *Bases*, en el cual propiciaba adoptar el modelo de la Constitución de Chile de 1833 ponderando de manera positiva que “dio al poder ejecutivo los medios de hacerla respetar con la eficacia de que es capaz la dictadura misma”.

Lo cierto es que en la práctica el presidente tiene en la Argentina esencialmente un combo de facultades que exceden la simple “ejecución” de leyes, algo que la Constitución pone en el primer lugar de su lista de facultades al describirlo como “jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país” (art. 99 inc. 1).

Más allá de su función ejecutiva (la administración “propiamente dicha”) y la reglamentaria (traducida en decretos, que veremos en detalle más adelante), el presidente tiene otras funciones muy eminentes que queremos destacar.

El manejo de las relaciones exteriores

Como representante de la República, el art. 99 inc. 11 establece que el presidente “concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras”.

La secuencia de pasos en materia de tratados es otro ejemplo de *checks and balances* (los frenos y contrapesos que revisamos en el capítulo 6). En una primera etapa, el Ejecutivo *negocia* el tratado y lo *firma*, pero todavía faltan pasos complementarios para que la República sea efectivamente parte del tratado. El primero de ellos se da en el Congreso, que debe *aprobarlo* en ambas Cámaras. Una vez hecho esto, el presidente quedará habilitado a completar el último paso: la *ratificación* del tratado.

Por paralelismo de competencias, se requiere el mismo recorrido para salir de

un tratado, lo que se denomina “denunciarlo”. El Ejecutivo propone la denuncia, el Congreso aprueba, y finalmente el Ejecutivo comunica esa decisión a la contraparte o al organismo internacional. Solo a partir de este último acto la medida se hace efectiva.

Potestades militares

El presidente es *comandante en jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación*. Como tal tiene a cargo su dirección general, siempre en el marco de la legislación del Congreso, como expresa la Ley 23.554 de Defensa Nacional. El presidente organiza las Fuerzas Armadas, y designa los cargos militares (aunque para el caso de oficiales superiores del Ejército va a requerir un acuerdo del Senado, salvo que lo haga por sí mismo “en el campo de batalla”, hipótesis que por supuesto es de interés puramente histórico).

El indulto

El presidente además puede dictar indultos o reducir las penas de sujetos condenados por la justicia federal. Si se trata de penas de la justicia provincial, solo puede hacerlo el gobernador de la provincia correspondiente.

Se ha discutido si procede el indulto contra sujetos “en proceso” (que incluso pueden tener una condena, pero no firme). La jurisprudencia de la Corte ha aceptado esta posibilidad.[\[108\]](#) El tema es una hermosa miniatura de lo argumentable que es el derecho constitucional. Quienes están a favor de ello pueden justificarse afirmando que quien puede lo más (borrar la condena) puede lo menos (parar el proceso en curso). Quienes están en contra señalan el texto del art. 109 CN, que sostiene que el presidente en ningún caso puede “arrogarse el conocimiento de causas pendientes”.

Respecto del poder de indulto debemos marcar algunas precisiones. La primera es una limitación: el indulto solo evita las penas judiciales, pero no puede eximir de las sanciones que derivan de un juicio político del Congreso. Es esencialmente un acto discrecional del presidente, no judicial. Esto significa

que nadie tiene “derecho” a un indulto, y también que, si hay un indulto decretado, nadie tiene “derecho” a oponerse.

Pero, si bien es discrecional, no es un poder ilimitado: hay algunos casos en los que el indulto no procede. La Constitución lo prohíbe (desde 1994) para quienes atentan mediante actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático (art. 36). Es debatida la interpretación de si la protección se extiende a los delitos de corrupción, que en esa norma se mencionan como el caso del “grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento”. Por otra parte, la Corte –siguiendo jurisprudencia de la Corte Interamericana– ha considerado que no procede indulto contra delitos de lesa humanidad.[\[109\]](#)

Cómo se elige a un presidente

La motivación profunda de la reforma de 1994 fue la de posibilitar la reelección inmediata del presidente, lo que estaba prohibido en el sistema original (solo se podía ser reelecto una vez que el candidato hubiese estado fuera del poder durante un período, como de hecho sucedió con Hipólito Yrigoyen). Al permitir la reelección se estableció un límite fijo a este fenómeno (se puede ser reelecto solo una vez) y se acortó el término del mandato presidencial, que pasó de seis a cuatro años.

Pero más allá de esto, el sistema de elección del presidente sufrió muchos cambios en la reforma. Hasta ese momento la elección era indirecta, a través de un Colegio Electoral (como todavía lo es en los Estados Unidos).



Boletas de la elección de 1989, la última que se hizo bajo el sistema de Colegio Electoral. Como se observa, en cada una figura en “letra chica” la lista de “electores” que se comprometían a votar por la fórmula postulada por el Partido.

Ese Colegio Electoral se componía de un número igual al de la suma de los representantes de cada provincia (más Capital Federal) en el Congreso. De esa forma se trasladaba a la elección del Ejecutivo la *sobrerrepresentación* de las provincias menos pobladas de las que hablamos en el capítulo 6 al reportar la actual composición del Congreso de la Nación: un voto “patagónico” (por ser una región de provincias de escasa población) valía más que un voto metropolitano porque se requerían muchos menos votos para llegar a tener un elector por la jurisdicción del sufragante.

Desde 1994 el sistema se volvió directo, con lo cual los votos tienen el mismo “peso” independientemente de dónde se emitan y así el territorio nacional se conforma como un distrito único.

La otra innovación de 1994 fue el sistema de (posible) doble “vuelta”. Acotamos entre paréntesis “posible” pues hay dos casos en que no se deberá realizar:

- Cuando la fórmula ganadora haya obtenido el 40% de los votos, con diferencia de diez puntos porcentuales de la fórmula que le sigue en número de votos.

- Cuando la fórmula ganadora haya conseguido más del 45% de los votos, sin importar aquí la diferencia con respecto a la segunda.

La Constitución aclara que se computan votos “afirmativos válidamente emitidos”. De esta forma, en el cómputo de la base para calcular esos porcentajes no se tienen en cuenta los no votantes del padrón ni los que votaron en blanco ni los que impugnaron su voto.

La segunda vuelta debe concretarse dentro de los treinta días, y en ella participan solo las dos fórmulas más votadas.

- Una pequeña enseñanza constitucional emerge de nuestra historia reciente. Las elecciones de 1989 se realizaron el 14 de mayo de ese año, cuando el traspaso de mando estaba previsto para el 10 de diciembre. El vacío de poder y la inestabilidad que se produjo luego de la elección que ganó Carlos Menem llevó a que se decidiera adelantar el traspaso al día 9 de julio. La moraleja es que no conviene que exista tanta distancia entre elección y asunción. En ese sano criterio, la reforma de 1994 dispuso que la primera vuelta debía hacerse no antes de los dos meses de la finalización del mandato.

El último paso para ser presidente también fue modificado por la reforma de 1994. Antes se estipulaba que el presidente asumiera con la fórmula “Juro por Dios nuestro Señor y estos Santos Evangelios”, lo cual era consistente con la exigencia de que el presidente debía “pertenecer a la comunión católica apostólica romana” (arts. 80 y 76, respectivamente, Constitución de 1853/60). Una vez que se suprimió esta última exigencia en 1994, se le exhorta al mandatario a prestar juramento “respetando sus creencias religiosas” y “desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo de presidente (o vicepresidente) de la Nación y observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina” (art. 93 CN).

Un vacío constitucional llenado por ley: la acefalía presidencial

¿Qué pasa si hay vacancia del presidente? La Constitución da una primera

respuesta conocida: asumirá como tal el vice, y lo reemplazará por el tiempo que dure su vacancia (que puede ser un viaje) o bien completará su mandato (si la vacante es permanente, como en el caso de fallecimiento).

¿Y si faltan el presidente y *además el vice*? Allí la Constitución no brinda una solución precisa: resuelve el art. 88 que “el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la Presidencia, hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo”.

No es del todo imposible que suceda algo así. De hecho, en los primeros años de vigencia de la Constitución, en 1868, mientras el presidente Mitre estaba en la Guerra del Paraguay, el vicepresidente Marcos Paz falleció en la epidemia de cólera. Era 2 de enero y el Congreso se encontraba en receso. Como resultado se advirtió la necesidad de que existiera un sistema de “acefalía” predeterminado, que acabaría por sancionarse en septiembre de ese año.

Este sistema fijó un orden que persiste hasta hoy. Después del vice (1), siguen en orden de sucesión: (2) el presidente provisional del Senado, (3) el presidente de la Cámara de Diputados y (4) el presidente de la Corte Suprema.

Todos ellos tendrán un mandato presidencial de extremo interinato “hasta tanto el Congreso reunido en Asamblea, haga la designación a que se refiere el art. 88 de la Constitución nacional”, reza la vigente Ley 20.972. Esta norma fue sancionada en 1975 y tuvo luego varias modificaciones. Una de ellas incluye una aclaración que prevé por ejemplo la asunción anticipada de Menem en 1989: si hubiera a ese momento presidente y vicepresidente de la Nación electos, son ellos los que asumirán los cargos acéfalos.

- Un episodio famoso de aplicación de la “acefalía” sucede en marzo de 196 Hay un golpe militar, pero la facción revolucionaria no ha determinado quién asumirá la presidencia. Ante la indefinición, el juez de la Corte Suprema, Julio Oyhanarte, pergeña una “salida institucional”. La Corte convoca de urgencia a Guido, el presidente provisional del Senado, y lo hace jurar reservadamente en la Corte Suprema, que autoaplicó así la Ley de Acefalía. Se dice que la maniobra fue tan improvisada que en la Corte no encontraban una Biblia y lo hicieron jurar sobre la Constitución.

Esa elección que estipula la Ley 20 972 es un caso legal –no constitucional– por el cual se reúne el Congreso en Asamblea Legislativa (una supercámara compuesta por diputados y senadores) y se establece qué debe suceder dentro de las cuarenta y ocho horas de producida la acefalía. Allí se elige presidente “por

mayoría absoluta” en la primera votación, y si ello no se consigue se repetirá la votación para elegir al que hubiera obtenido mayor cantidad de votos (aunque no haya alcanzado la mayoría absoluta).

Esa Asamblea puede seleccionar a cualquier persona que cumpla los requisitos para ser presidente y que en el momento que tiene lugar la Asamblea esté ejerciendo alguno de los siguientes cargos: senador nacional, diputado nacional o gobernador de provincia.

Muy notablemente, la crisis de 2001-2002 determinó la elección de dos presidentes por esta vía. Primero un gobernador, Adolfo Rodríguez Saá, a quien el Congreso eligió con un límite temporal concreto (marzo de 2002) y el mandato de convocar a elecciones en esa fecha. Luego fue un senador, Eduardo Duhalde, ya con la habilitación para ejercer su nuevo cargo hasta culminar el mandato del último presidente electo, Fernando de la Rúa. La Asamblea tiene estas opciones, pero no puede asignar al así electo para un nuevo término presidencial de cuatro años, pues esto solo sucede cuando el presidente es votado en comicios regulares.

Los decretos presidenciales

El kit de poderes presidenciales es amplio y engloba muchas cuestiones que se hacen “por decreto”. Que se utilice el mismo “formato” no implica que tengan la misma “naturaleza”: por decreto se puede designar un ministro, vetar una ley o reglamentarla.

En concreto, el presidente puede dictar cuatro tipos de decretos, que en lo que sigue iremos analizando “en orden de aparición” a partir de los distintos incisos del art. 99 CN.

En primer lugar (art. 99 inc 1), tenemos los *decretos autónomos*, aquellos en los que el presidente ejerce sus competencias constitucionales propias. Tiene sentido llamarlos así pues la persona a cargo de la presidencia es “autónoma” en el ámbito de sus competencias administrativas. Por ejemplo, a través de este mecanismo puede establecer instrucciones para la propia administración, crear subsecretarías u organismos descentralizados, o regular los procedimientos administrativos (como es el caso del Decreto 1759/72, muchas veces modificado, que es el Reglamento Nacional de Procedimientos Administrativos).

- En este marco del art. 99 inc. 1, el decreto es también la manera en que el presidente toma decisiones “singulares”, que no son *generales* como los reglamentos (por ejemplo, nombrar un funcionario o cesantear a un empleado del Poder Ejecutivo). En este sentido, el decreto ya no es un reglamento, sino un acto administrativo de alcance particular.

En segundo lugar, están los *decretos reglamentarios*, que se dan cuando el presidente reglamenta una ley del Congreso. El art. 99 inc. 2 indica 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”.

La palabra “reglamentar” es ambigua. En sentido amplio, toda ley está reglamentando el ejercicio de un derecho. Pero muchas veces se necesita fijar la letra más chica de la regulación legal, que son los detalles granulares que –por ser sus pormenores– no pueden preverse de forma puntillosa en una ley general.

Esto implica que el decreto reglamentario está subordinado jerárquicamente a la ley. Por lo general, un decreto reglamentario tiene que introducir precisiones o elementos definitorios que no se hallan predeterminados, y de este modo incorpora reglas adicionales.

Según la jurisprudencia de la Corte, estos reglamentos permiten “establecer requisitos o distinciones no contempladas por el legislador de manera expresa, si se ajustan al espíritu de la norma reglamentada o sirvan, razonablemente, a la finalidad esencial que ella persigue”.[\[110\]](#) Esto deja abierta la posibilidad de problemas de la reglamentación, que ocurren cuando el Ejecutivo impone restricciones excesivas, o distorsiona el sentido de la ley que reglamentaba.

En tercer lugar, encontramos los famosos *decretos de necesidad y urgencia*, conocidos por la sigla DNU de uso extendido. Este tipo de decretos no estaban previstos en la Constitución de 1853/60, y su sanción había sido realmente muy excepcional hasta 1989. Entonces se convirtieron en un medio al que se recurría con regularidad durante los primeros años de la presidencia de Carlos Menem, en una tendencia que fomentó la jurisprudencia complaciente para el Ejecutivo de la Corte Suprema de Justicia (el caso clave fue *Peralta*, un fallo de 1990 en el que la Corte convalidó la devolución de plazos fijos en bonos del tesoro nacional, en el contexto de la indomable crisis económica de 1989).

Con las polémicas y críticas derivadas de su implementación, que implicaba una fuerte distorsión de la arquitectónica separación de poderes, fue uno de los temas que precisamente se quiso “regular” en la reforma constitucional consensuada en 1994. A partir de allí, los DNU quedarían ahora sí reconocidos

en la Constitución, pero el concepto era el de recuperar su esencia restrictiva, sujetándolos a exigentes condiciones “extremas” para habilitar su dictado. Veamos los párrafos finales del art. 99 inc. 3, que determinan la parte que nos ocupa:

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 de 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.

Como se advierte, a la rígida prohibición le sigue una inmediata permisión... condicionada. Claro que este condicionamiento es relativo, ya que quien determina si están dadas las circunstancias de la excepción es el propio beneficiario: el presidente será quien resuelva si es “imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”.

El cuarto y último *decreto* de esta tipología es como un DNU en el que se invierte el orden de los factores: el Congreso se anticipa ante una situación de emergencia y, por medio de una delegación temporal, autoriza al presidente a dictar normas de carácter legislativo dentro de ciertos márgenes. Ese es el marco que da lugar a los *decretos delegados* que no se encuentran, como los demás, en el art. 99, sino que aparecen en el art. 76, entre las facultades del Congreso.

La posibilidad de que el Congreso ceda al presidente la facultad de legislar no existía en la Constitución histórica formal, pero había sido prácticamente habilitada bajo la categoría de “delegación impropia” que creó la Corte en un

caso (*Cocchia*) de 1993. Por eso la idea del constituyente de 1994 apuntaba a constreñir esa práctica con un criterio híbrido similar al de los DNU. Se dio forma así a un principio prohibitivo cuando el art. 76 CN establece que “se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo” y acto seguido introduce una permisión condicionada: *“salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”*.

- En consecuencia, podemos señalar tres condiciones que buscan evitar que la delegación legislativa sea un “cheque en blanco” para el Ejecutivo:
 - la exigencia delimitativa: que la facultad se delegue siempre y cuando se trate de “materias determinadas”, o bien de “emergencia pública”;
 - durante un tiempo determinado: lo relativo al “plazo fijado para su ejercicio”;
 - y dentro de un marco genérico: el Congreso no puede confiar este poder al presidente si no establece ciertas “bases” para la delegación.

Es muy usual que las delegaciones no tengan delimitaciones demasiado restrictivas, sino que se establezcan para habilitar al presidente a propiciar medidas o políticas conducentes a lograr objetivos “macro”, muy generales. Como en los DNU, el presidente será quien –invocando la delegación– decida cómo esas difusas limitaciones se aplican sobre su propia persona. El régimen sigue el mismo proceso de control que el DNU, y por ende se requerirá el rechazo de ambas Cámaras para dejarlo sin efecto. Por cierto, independientemente de ese control político, los particulares afectados también pueden disputar la cuestión en el Poder Judicial, que a diferencia del Congreso ha sido más exigente al evaluar las delegaciones al Ejecutivo (ha dicho que “cuando la delegación es amplia e imprecisa no otorga atribuciones más extensas sino que, por el contrario, debe ser interpretada restrictivamente”).[\[111\]](#)

Las potestades presidenciales excepcionales en DNU, decretos delegados y promulgación parcial

La Constitución fijó un marco general para estas caudalosas canaletas adicionales de *poder ejecutivo* que se formalizaron en 1994, pero no avanzó en los detalles. En cambio, dispuso en el art. 99 inc. 3 que “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”. En el interín, se dictaron DNU y decretos delegados sin que existiera una ley que determinara específicamente cómo habría de ser el procedimiento de control. Esa legislación se sancionó en 2006, bajo la Ley 26.122, que sigue vigente sin reformas desde entonces.

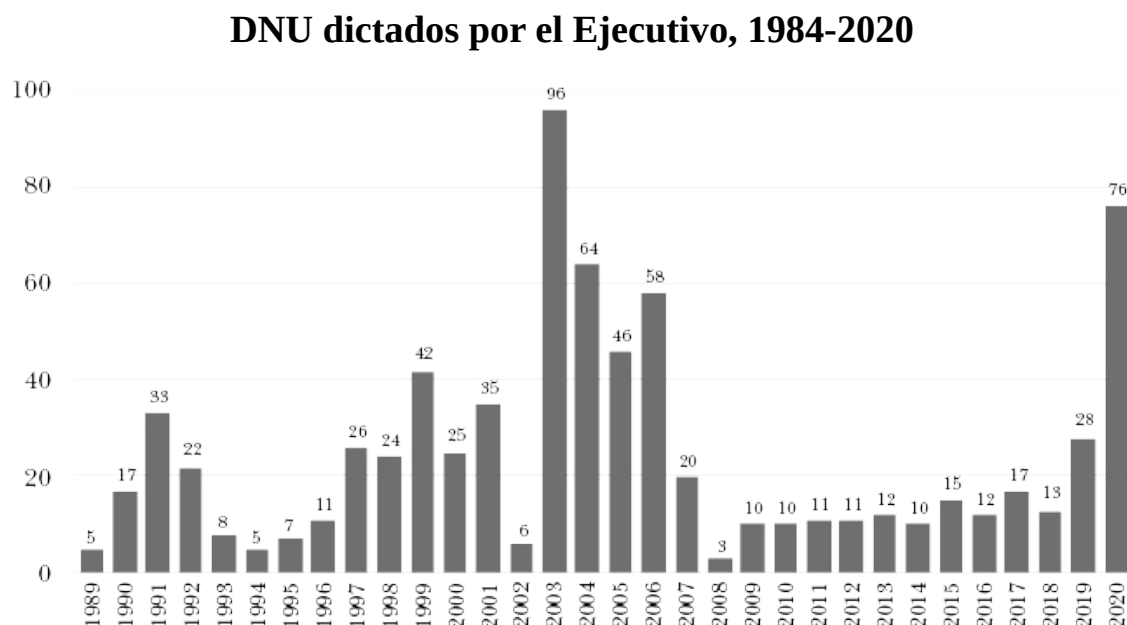
Este sistema se aplica tanto a los *decretos de necesidad y urgencia* como a los que se dictan en el marco de la *delegación legislativa* y a los decretos de *promulgación parcial de leyes*.

- La Comisión Bicameral está formada por 16 miembros, 8 diputados y 8 senadores, “respetando la proporción de las representaciones políticas”. Es la primera fase de análisis del decreto, pero bajo el sistema actual es irrelevante que el dictamen sea aprobatorio o de rechazo; solo cumple la función concreta de ser un paso previo requerido para el tratamiento por las Cámaras del Congreso.
- El dictamen de la Bicameral incluso puede no existir. Para evitar que sea un obstáculo para el tratamiento, las Cámaras quedan autorizadas a tratar el decreto en cuestión directamente si a los diez días la Comisión no concluyó su dictamen.
- Un punto importante de la ley es que los decretos sujetos a análisis tienen vigencia durante todo el proceso de control, y solo la pierden cuando ambas Cámaras se hayan pronunciado por su rechazo (art. 22 Ley 26.122).
- Incluso si el decreto es rechazado el efecto es derogatorio y no supone una nulidad, por lo que la ley deja a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia (art. 24 Ley 26.122).
- Esto implica que el presidente cuenta con la posibilidad de legislar por estas vías aun cuando el oficialismo estuviera en minoría en una Cámara. Dicho de otro modo, puede hacer por decreto algo que no podría hacer por trámite ordinario (para lo cual necesitaría por supuesto la aprobación de ambas Cámaras).

La consecuencia práctica de esta norma es que tanto un DNU como un decreto delegado o –en lo que aquí interesa– una *promulgación parcial* pueden sobrevivir con la aquiescencia (por explícita aprobación o por no tratamiento) de una sola de las Cámaras, lo que empodera fenomenalmente al Ejecutivo.

Esto también disipa bastante la contingencia de un condicionamiento judicial, más allá de que la Corte una y otra vez ha proclamado con ahínco la excepcionalidad y el principio general prohibitivo en su doctrina (que se pronuncia en términos muy contundentes ya desde los fallos *Verrochi* de 1999 y *Consumidores Argentinos* de 2010, hasta fallos recientes como *Pino* de 2021, para la cuestión de los DNU, y en *Colegio Público de Abogados* de 2008, para el caso de la delegación legislativa).[\[112\]](#)

El sistema jurídico argentino no ha tenido mucho éxito con la red de regulaciones con las que buscó contener la práctica de los DNU: constitucionales (establecidas en 1994), jurisprudenciales (vigentes desde 1999) y legales (en uso desde 2006). Nos puede resultar interesante entonces ver mediante el siguiente gráfico si estas restricciones tuvieron alguna influencia en el número de DNU dictados por el Ejecutivo.



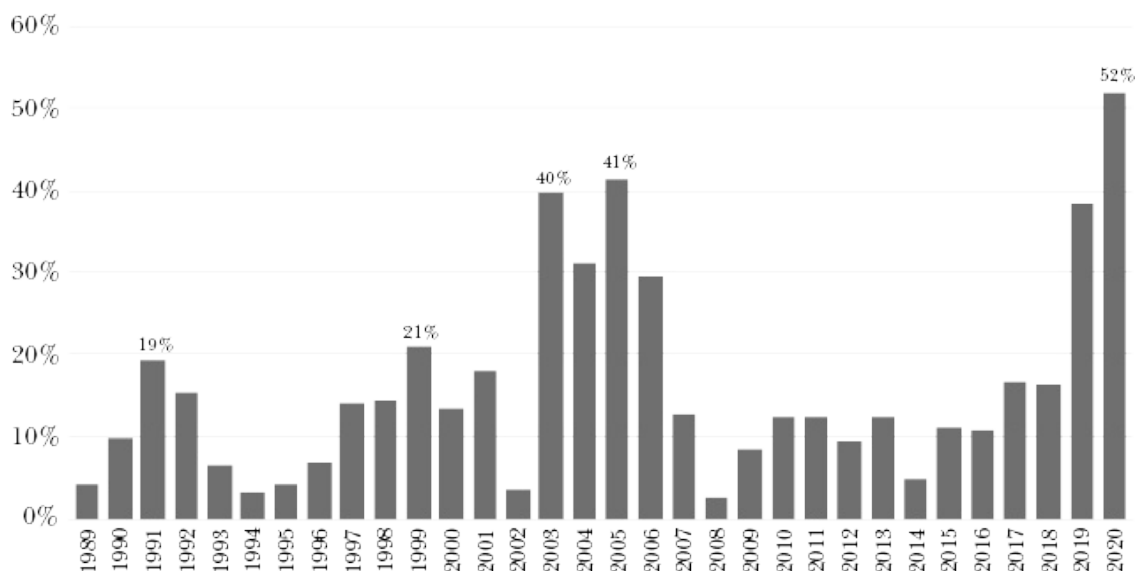
Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos del Sistema Argentino de Informática Jurídica (SAIJ).

- Se percibe una tendencia clara: el recurso a los DNU parece relativamente limitado en tiempos de normalidad y es rampante en tiempos de crisis.
- Si filtramos datos podemos observar que de los 32 años que abarcan el período 1989-2020 en 14 casos se presentan registros que no superan los 20 DNU por año.
- Si tomamos los datos desde 1995, y los contrastamos con la caracterización del art. 99 inc. 3, parece que hubo 688 ocasiones de *circunstancias excepcionales que hicieron imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes*.

Si hubiéramos escrito estas líneas a fines de 2018 habríamos podido tener un plausible argumento para decir que el combo de restricciones, y en especial la Ley 26.122, de algún modo había conseguido domesticar la tendencia presidencial a legislar por decreto: de 2007 a 2018 el promedio fue de 12 DNU por año (la mitad del promedio cuando tomamos el período, que es de 24,31/año). Dos emergencias seguidas, la crisis económica de 2019 y la pandemia de covid-19 iniciada en 2020, dieron por tierra esa ilusión, y las barras finales del gráfico nos devuelven a valores de gran altura.

Otra forma de mirar en perspectiva estos datos es calcular la *proporción de legislación nueva que se hizo por DNU en un año dado*, teniendo en cuenta las leyes que sancionó el Congreso. El promedio histórico del período que cubrimos en estos gráficos es del 16%, y el máximo histórico se dio en el 52% de nuestro atribulado 2020.

Legislación nueva que proviene de DNU, 1984-2020



Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos del Sistema Argentino de Informática Jurídica (SAIJ).

El superministro: el jefe de Gabinete

Una de las ideas-fuerza de la Constitución de 1994 era “atenuar el presidencialismo”. Además de un corsé de controles y restricciones al poder presidencial (que, como vimos, no fueron tan delimitativos a la postre, sino más bien legitimantes), el otro modo de cumplir ese objetivo era el de insertar tenuemente un mecanismo propio de los sistemas parlamentarios: el “voto de censura” a una gestión. La atenuación está dada por el hecho de que esa censura no se dirige al presidente, sino a una figura que aparece en la letra dotada de una función muy importante dentro del Poder Ejecutivo: el jefe de Gabinete de Ministros.

- A sus mayores poderes, se le adosan mayores responsabilidades: a diferencia de los ministros comunes, puede ser removido de su cargo por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras (art. 101). Esta remoción no sigue la lógica de un “juicio político” que presupone demostración de “mal desempeño”, sino una lógica puramente política y no implica un proceso con causales, defensa ni pruebas.

- Posee así “responsabilidad política ante el Congreso de la Nación”, y a diferencia de los ministros, que solo deben comparecer ante él si son objeto de interpelación, el jefe de Gabinete debe hacerlo cada mes (alternando un mes en cada Cámara) para “informar de la marcha del gobierno” y responder a las preguntas que le hagan los diputados o senadores.

Queda así perfilado como un “fusible” del sistema para eventualmente sortear crisis, y como una figura de mayor espesor potencial que el de los ministros comunes. En concreto es un cargo que podría utilizarse para articular arreglos coalicionales (“ser el puente a través del cual se va a poder institucionalizar un gobierno de coalición, puesto que el presidente va a estar obligado a negociar con la mayoría opositora del Congreso la persona que lo ocupe para poder gobernar”, imaginaba Alfonsín en un artículo que escribía cuando se estaba debatiendo la reforma).[\[113\]](#)

Estas ideas teóricas no pasaron hasta ahora del papel. Desde su incorporación en 1994, nunca hubo un “voto de censura” contra un jefe de Gabinete de Ministros, ni tampoco sucedió que hubiera sido el objeto de un acuerdo transaccional de coaliciones partidarias.

La idea de un “superministro” la podemos fijar en una constatación literal: las incumbencias del jefe de Gabinete son –formalmente– muy amplias. Basta con remitirse a la letra pura del art. 100, que le atribuye en trece incisos un amplio espectro de funciones, que comienza por la genérica atribución de “ejercer la administración general del país”. Pero, aunque su listado de responsabilidades parezca robusto, lo cierto es que esta nueva figura sigue siendo un apéndice presidencial, y por eso coincidimos con quienes –como el juez Rosatti– opinan que no estamos ante un “neoparlamentarismo”.[\[114\]](#) Está muy claro que el presidente es el “Jefe Supremo de la Nación”. Tal como lo demostró la realidad desde 1994, ese “ejercicio de la administración” del jefe de Gabinete está limitado a hacer el “día a día” de la gestión y a ocuparse de una coordinación general de la agenda política del Ejecutivo.

Ministros y secretarios de Estado

Hasta 1994 la Constitución predeterminaba el número de ministerios: fueron

cinco en la Constitución original, y con la reforma de 1898 se elevó esa cantidad a ocho.

La Constitución actual deja el tema a discreción del legislador: el art. 100, aparte del jefe de Gabinete, habla de “los demás ministros secretarios cuyo número y competencia será establecida por una ley especial”. Es la Ley de Ministerios, en su origen una ley de facto (de 1980) que se ha reformado muchas veces, y que a mediados de 2021 mantiene y define *veinte* ministerios, y establece sus competencias específicas.

Los ministros son funcionarios que tienen algunas características especiales: pueden ser llamados por el Congreso en interpelación, están sujetos a juicio político y pueden concurrir a las sesiones del Congreso y hacer uso de la palabra (pero por supuesto no tienen permitido votar en esas sesiones).

En paralelo con los ministros, la estructura de la administración pública se completa con secretarías, direcciones y subdirecciones, que o bien dependen de un ministerio en cuya órbita se encuadran, o bien dependen directamente de la presidencia (como la Secretaría Legal y Técnica).

Entes autárquicos

Un mapa de la administración pública estaría incompleto si no consideramos los “entes autárquicos”. Ejercen funciones administrativas, pero no se encuentran integrados a la estructura del Ejecutivo y tienen personalidad jurídica propia. Los ejemplos son variados y notorios: el INTA, el Conicet, el Banco Central, la Comisión Nacional de Valores. Su creación es una facultad concurrente: pueden ser establecidos tanto por el Ejecutivo como por el Congreso por ley. Es habitual que en este último caso exista un sistema especial que incluya miembros por una minoría parlamentaria, con cargos que trascienden los mandatos del presidente que lo designó, y/o mecanismos de remoción o destitución particulares.

- Un caso peculiar dentro de los entes autárquicos es el de las universidades, que aparece mencionado en la Constitución, desde 1994, con un plus: se garantiza autarquía y “autonomía” universitaria, como reflejo de la consigna conocida de la Reforma Universitaria de 191 Cabe acotar que esto se aplica a universidades nacionales, que efectivamente pueden definir su propia forma de organización (por lo general hay una

combinación de un poder ejecutivo en la figura del rector, y un cuerpo deliberativo en el consejo superior, con representación de varios “claustros”: docente, estudiantil, no docente, etc.). Sin embargo, las universidades nacionales no son “absolutamente” autónomas ya que deben actuar en el marco de la Ley de Educación Superior 24.521, y están obligadas a cumplir con las normas administrativas de todo organismo estatal (por ejemplo, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos). Y aunque ha habido algunas discusiones al respecto, también deben cumplir con la normativa propia del lugar en que se emplazan (leyes locales y ordenanzas), pues no son un enclave de legislación propia.

De lo general a lo particular: los actos administrativos

La última parada del largo viaje del funcionamiento administrativo del Estado, que empieza con las leyes y sigue con los reglamentos, es el acto administrativo singular, de alcance individual. Algunos ejemplos surtidos de casos en los que aparece esta figura: la resolución en un concurso docente, el otorgamiento de una jubilación, la sanción que se aplica a un empleado público, la aprobación o rescisión de un contrato de obra pública. Como podemos apreciar, se trata de actos que a veces pertenecen a la esfera de decisión presidencial, pero con muchísima mayor frecuencia se resuelven a través de ministros, secretarios o directores. Todos estos *actos administrativos* deben seguir un marco de legalidad y cumplir con requisitos que a la vez limitan la actuación de los funcionarios, buscan asegurar mejores resultados mediante la aplicación de criterios objetivos y brindan garantías a los *administrados* (es decir, a los ciudadanos).

Una rápida división distingue los actos *reglados* (como la concesión de una jubilación, derecho que se otorga automáticamente con la acreditación de aportes y la edad requerida para obtener el beneficio) de los *discrecionales*: por ejemplo, si se propone realizar un desfile conmemorativo de una fecha patria, los funcionarios involucrados tratarán de resolver *con buen criterio* dónde hacerlo y qué calles cortar, ya que estas decisiones no están predeterminadas por ley.

Es importante aclarar que *discrecional* no es *arbitrario*: hay grados de libertad para tomar decisiones, pero estos actos deben estar habilitados siempre conforme a una ley, y cumplir con las mismas pautas de razonabilidad que le exigimos al legislador y al Ejecutivo cuando dictan leyes y reglamentan. Estos funcionarios

de los que venimos hablando deberían considerar de qué forma pueden causar el mínimo impacto en la vida social: es decir, siguiendo el ejemplo anterior, no van a cortar todas las calles de la ciudad por veinticuatro horas, y no deberían permitir que el desfile marche ruidosamente frente a un hospital.

En concreto, estos detalles se traducen en la exigencia de determinados requisitos del acto administrativo que se conocen como sus “elementos esenciales”. Por eso la discrecionalidad queda acotada en la práctica, pues aun cuando existan mayores grados de libertad, todos los actos administrativos tienen requisitos reglados. No se trata aquí de una novedosa pretensión de transparencia o eficiencia gubernamental, sino de una muy clásica formulación que es canónica y conocida en la “teoría del acto administrativo”, que en realidad no es solo una teoría porque también está tallada en normas vigentes desde hace mucho tiempo.

Así, por ejemplo, la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 de 1972 establece en su art. 7 el elenco de *elementos del acto administrativo*:

1. ser dictado por *autoridad competente*: la burocracia especializada tiene compartimentos estancos: por ejemplo, el ministro de Economía no puede aprobar medicamentos (lo hará en todo caso el ministro de Salud), así como el preceptor de un colegio puede certificar faltas, pero no conceder licencias a sus compañeros de trabajo;
2. tener una *causa*: lo que implica que “deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable”;
3. tener un *objeto*: el acto está destinado a causar un efecto puntual, que debe alinearse con esa competencia y esa causa (a veces la administración es quien lleva adelante el procedimiento por iniciativa propia, y otras veces lo hace respondiendo a un trámite abierto por un particular);
4. seguir el *procedimiento*, con los requisitos que estén predeterminados en las normas. Tan es así que, por ejemplo, si el Estado compra sin licitación cuando esta es solicitada, ese vicio en el procedimiento impedirá que el particular –contraparte de la administración– pueda demandar el pago;
5. contar con una *fundamentación*, lo que implica expresar “en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto”;
6. y ajustarse a la *finalidad* de las normas que otorgaron facultades al órgano que dicta el acto. Si no existe este ajuste se incurre en *desviación*

de poder (la ley dice que el acto no puede “perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto”), o bien en exceso de poder (pues según la ley las medidas que el acto disponga “deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad”).[\[115\]](#)

El sistema también establece garantías a las que puede recurrir el llamado “administrado” (afectado por la decisión) cuando no se respetan los requisitos. La primera es la de plantear el caso a un superior jerárquico de la propia administración, a través de un recurso administrativo (que no debe confundirse con un recurso judicial). La segunda, correlativa de la anterior, es la posibilidad de presentarse ante la justicia para solicitar una nulidad o revisión del acto, lo que se desarrollará en un fuero especializado: el contencioso-administrativo.

La revisión judicial de actos administrativos

En estos casos, lo que la justicia puede (y debe) revisar, a pedido de un particular (y no “de oficio”, por iniciativa propia), es si la administración actuó en el marco de la legislación: es un control de *legalidad*. Allí donde la administración puede barajar distintas opciones (dado que la ley solo determina criterios generales), existe una discrecionalidad cuyo único límite es la arbitrariedad: en el derecho administrativo se dice que el poder de control no abarca el “control de oportunidad, mérito y conveniencia”, pues así extralimitaría la función del Poder Judicial que solo debe juzgar, y no administrar.

En esa instancia de control muchas veces se observa, como ya señalaba el jurista Héctor Mairal repasando jurisprudencia de los años ochenta, una recurrente tolerancia con el incumplimiento por parte de la administración respecto de los recaudos de forma y procedimiento que establece la Ley de Procedimientos Administrativos, derivando a la fase judicial lo que debió haberse resuelto en la administrativa. Pensemos por ejemplo en la jurisprudencia que sigue el criterio de que la ausencia del sumario administrativo queda saneada con la oportunidad de ejercer el derecho de defensa en sede judicial, formulando descargos y produciendo allí la prueba.

Esta conversión de la instancia de control en una “segunda oportunidad” para la administración provoca que –como apuntaba Mairal– se fomente el descuido

de los requisitos del acto administrativo:

En efecto, si el particular no recurre, el acto queda firme; si lo hace recién entonces se subsana el vicio: ¿para qué preocuparse entonces – puede preguntarse el funcionario– por actuar correctamente desde un principio?[\[116\]](#)

El arco narrativo de este capítulo ha ido de lo general a lo particular, y concluye pues con este zoom sobre el acto administrativo. Lo pequeño que en realidad es grande por acumulación: encandilados por las discusiones sobre decretos y poderes presidenciales, solemos perder de vista la importancia de lo que sucede más a ras del piso. En esos extensos llanos –el paisaje natural de nuestra vida cotidiana– hay zonas sombrías donde no llega con nitidez la luz de la Constitución y las leyes, y vemos una nutrida cantidad de principios y reglas procedimentales que operan bajo entornos de volubilidad y opacidad de criterios que destiñen su juridicidad, en un marco de constante infiltración de prácticas burocráticas paralelas, formales e informales.

[\[108\]](#) CSJN, *Aquino*, Fallos 315:2421 (1992).

[\[109\]](#) CSJN, *Mazzeo, Julio L. y otros*, Fallos 330:3248 (2007), invocando –entre otros argumentos– lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos* (CIDH, Serie C, n° 75, del 14/3/2001), un caso que declaraba al Perú responsable por una ley de “autoamnistía” dictada por el gobierno de Alberto Fujimori.

[\[110\]](#) CSJN, en casos como *Krill Producciones Gráficas SRL*, Fallos 316:1239 (1993); *Club Ferrocarril Oeste s. Quiebra*, Fallos 337:149 (2014).

[\[111\]](#) CSJN, *Colegio Público de Abogados de Capital Federal*, Fallos 331:2406 (2008).

[\[112\]](#) CSJN, *Verrochi*, Fallos 322:1726 (1999); *Colegio Público de Abogados de Capital Federal*, Fallos 331:2406 (2008); *Consumidores Argentinos*, Fallos 333:633 (2010); *Pino, Seberino y otros c. Estado nacional*, Fallos 344:2690 (2021).

[\[113\]](#) R. Alfonsín, “Núcleo de coincidencias básicas”, *La Ley*, 1994-D, p. 824.

[\[114\]](#) H. Rosatti, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. II, Rubinzal-Culzoni, 2ª ed., 2017, p. 365.

[\[115\]](#) Aunque se la conoce como “Ley de Procedimientos Administrativos”, y fue publicada como tal, esta norma es de las que se dictaban en realidad con nombre de ley pero sistema de decreto al no estar el Congreso en funciones. En concreto, fue suscripta por el presidente Lanusse.

[\[116\]](#) H. A. Mairal, “Los vicios del acto administrativo y su recepción por la jurisprudencia”, *La Ley*, 1989-C, p. 1014.

8. La justicia

El complejo sistema judicial argentino está delineado solo superficialmente en la Constitución. Lo único que vemos allí es la punta del iceberg: la Corte Suprema.

La Constitución dice *mucho* sobre el Congreso (su sección específica abarca 43 artículos), define *bastante* sobre el Ejecutivo (lo trata en 21 artículos), y detalla *muy poco* acerca del Poder Judicial. Le dedica formalmente solo 12 artículos en la sección tercera de la “parte orgánica”, aunque también en otras partes de la Constitución figuran normas sueltas que lo involucran, como el art. 99 inc. 4 CN que especifica el nombramiento y la remoción de jueces.

Nuestra descripción del sistema judicial va a seguir en lo general el orden de aparición de temas en la Constitución, comenzando por la Corte Suprema, su órgano-cúpula y el más visible, para luego referirse a los “tribunales inferiores” (así se los denomina en el texto).

Poder Judicial ≠ “justicia”

En este libro hemos señalado una y otra vez que la Constitución no es un texto autosuficiente, marmóreo y estelar, sino una producción humana llena de compromisos y no autovalente: muy necesitada, por el contrario, de mandatarios y de intérpretes.

De igual forma vamos a evitar presentar una imagen cándida y edulcorada de la función del Poder Judicial, que no es un órgano heroico y sobrehumano dentro de la división de poderes, sino un engranaje más que tiene sus defectos propios. La función del Poder Judicial, sin embargo, hace que esas falencias sean algo distintas de las que pueden mostrar los otros poderes. Debe decirse que esta situación no es peculiar de nuestro tiempo (la crítica a los jueces que vemos en todos los medios tiene una larga historia, desde la antigua Roma hasta el *Martín Fierro*) ni de nuestro espacio nacional (como bien se advierte en visiones comparadas desde las ciencias políticas).

La primera idea que cabe señalar al respecto va en contra de la nominación de este capítulo, que no hace otra cosa que remedar el recurso que sirve para acortar los títulos cuando se escribe: “La justicia dijo que no había delito en el caso del ministro”. Todos sabemos que la convención es que eso en realidad lo dijo un juez, pero la metáfora es pegajosa y nos puede dar la errónea idea –por acostumbramiento– de invertir la causalidad: que todo lo que haya dicho un juez será justicia.

No es así, ni es esperable que sea así. La justicia es un valor constitucional preambular (¡la palabra aparece ahí dos veces!). La Corte Suprema la ratifica en su propia nominación, que se repite en todos los supremos o superiores tribunales de provincias. Pero esa “justicia” finalmente es una forma platónica, que aparece mediada por diversos algoritmos legislativos: eso son, en última instancia, los códigos “de fondo” y los procesales. Menos visibles –pero tal vez más influyentes– son otros problemas derivados de visiones patriarcales, corporativas, complacientes con el poder, o elitistas.

Así los jueces operan sobre un teatro de sombras chinescas mucho más imperfecto, del que a su vez ellos mismos forman parte. El resultado puede o no coincidir con la idea de justicia: *muy frecuentemente no lo hará*. En sus luces y en sus grises, los jueces no pueden ser demasiado distintos en su performance del entorno académico, jurídico y político que los alumbra, en ambos sentidos de esta palabra.

Dado que este es un libro modestamente didáctico, no hay aquí lugar para saldar cuentas con la crisis de legitimidad de los poderes públicos, con el empobrecimiento de las capacidades estatales, y con los inconvenientes de eficiencia y de descrédito en los poderes judiciales, incluidos en el combo los juicios paralelos mediáticos y la puerta giratoria de politización de la justicia y judicialización de la política.

Los problemas son teóricos y prácticos, y tan acuciantes que las soluciones se proponen con gran optimismo predictivo, en algunos casos con lógica de reformas judiciales parciales o integrales, con modificaciones de legislación, con cambios de elenco en las magistraturas, con dosis administradas de capacitación, y/o con transformaciones gerenciales de gestión judicial.

Lo importante es que una y otra vez debe evitarse a toda costa la visión desjuridizada de nuestro gobierno en general y de los poderes judiciales en particular. La justicia platónica o ideal puede ser cosa de filósofos, pero aquí nos importa una justicia republicana y terrenal, una que exige ver a los jueces como curadores y custodios no solo de las taxativas reglas de la Constitución, sino también de las ideas que ella contiene, y que por economía conceptual podríamos llamar sus “valores”.

Nuestro recorrido empezará por la cúpula: el tribunal más conocido del país, y el más importante.

La Corte Suprema

Es el único tribunal que la Constitución menciona, y la cúpula del Poder Judicial. Un poder que a diferencia del Congreso (interrumpido durante los gobiernos autocráticos) y del Ejecutivo (sostenido también, pero marcado por mandatos periódicos en democracia e intermitentes derrocamientos golpistas) mantiene su continuidad formal desde el 15 de octubre de 1863, cuando dictó su primer fallo.

Sus jueces deben cumplir con requisitos especiales para acceder al cargo (edad, formación, tiempo de ejercicio) y además –desde 1994– con un piso muy alto de consenso que se requiere para la aprobación de sus nombramientos: dos terceras partes de miembros presentes del Senado.

La Constitución –a diferencia de lo que han hecho muchas constituciones provinciales– no predeterminó el número de miembros de la Corte, que ha sido de 5, de 7 y de 9. Su última versión fue la versión más “corta”, y es la que más tiempo ha tenido durante su historia. Hasta 2020 el historial de la Corte Suprema nos mostraba que habían pasado por el tribunal 113 jueces.

- Muchos jueces tuvieron corta duración en su cargo: 43 de ellos (el 38%) estuvieron en funciones por un período de tiempo que no llegó al de un mandato de diputado: fueron supremos por cuatro años o menos.
- Esto se explica en parte porque luego de su formación inicial en 1862, la Corte fue reseteada al menos ocho veces más: en 1946 (luego de la destitución de cuatro de sus cinco integrantes), y en los cambios de gobierno (*de jure* y *de facto*) de 1955, 1958, 1966, 1973, 1976, 1983 y 1989 (en este último caso con la ampliación de 5 a 9 miembros).
- Los únicos jueces que estuvieron más de treinta años en el cargo son Petracchi y Fayt, desde 1983 hasta 2014 y 2015 respectivamente.
- La edad promedio de los jueces que integraron la Corte Suprema en su historia es de 56 años. Hubo cuatro sub-40: Julio Oyhanarte (37 años, 1958), Onésimo Leguizamón (38 años, 1877), Ricardo Colombres (38

años, 1960), Calixto de la Torre (38 años, 1882). Y siete jueces fueron nombrados con más de 70 años. Los dos jueces de mayor edad al ingresar a la Corte tenían 76 años: Alejandro Caride en 1976, y Ricardo Levene (hijo) en 1990.

- Reincidentes: cuatro jueces fueron designados más de una vez. Es el caso de José Benjamín Gorostiaga (estuvo en la Corte de 1865 a 1868, y de 1871 a 1887), de José F. Bidau (de 1962 a 1964, y de 1967 a 1970), de Julio Oyhanarte (de 1958 a 1962, y de 1990 a 1991), y de Ricardo Levene (de 1975 a 1976, y de 1990 a 1995).
- 107 personas distintas fueron jueces de la Corte Suprema, de las cuales solo tres fueron mujeres. Margarita Argúas (1902-1986), nominada por el presidente de facto Rodolfo Levingston, fue la primera mujer en un Superior Tribunal en las tres Américas, y estuvo en la Corte de 1970 a 1977. Las dos últimas llegarían recién en el siglo XXI: en 2004 fueron designadas Carmen Argibay (1939-2014) y Elena Highton de Nolasco.
- El juez que más al sur nació de todos fue Julio Oyhanarte, que es oriundo de la ciudad de La Plata.

¿Tiene que haber necesariamente una sola Corte? Algunas voces han sugerido que no. De hecho, en algunas constituciones provinciales sus Cortes o Superiores Tribunales se encuentran divididos en “salas”. De esa forma existe una “división del trabajo”, por la cual los casos que llegan a ese Tribunal para revisión son resueltos por jueces especialistas en ciertas materias, y así se configura una “Sala Civil”, una “Sala Penal”, etc. Pero a nivel federal la Constitución no ha contemplado esa variante, lo que parece ser un obstáculo decisivo para la “división en salas” de la Corte Suprema.

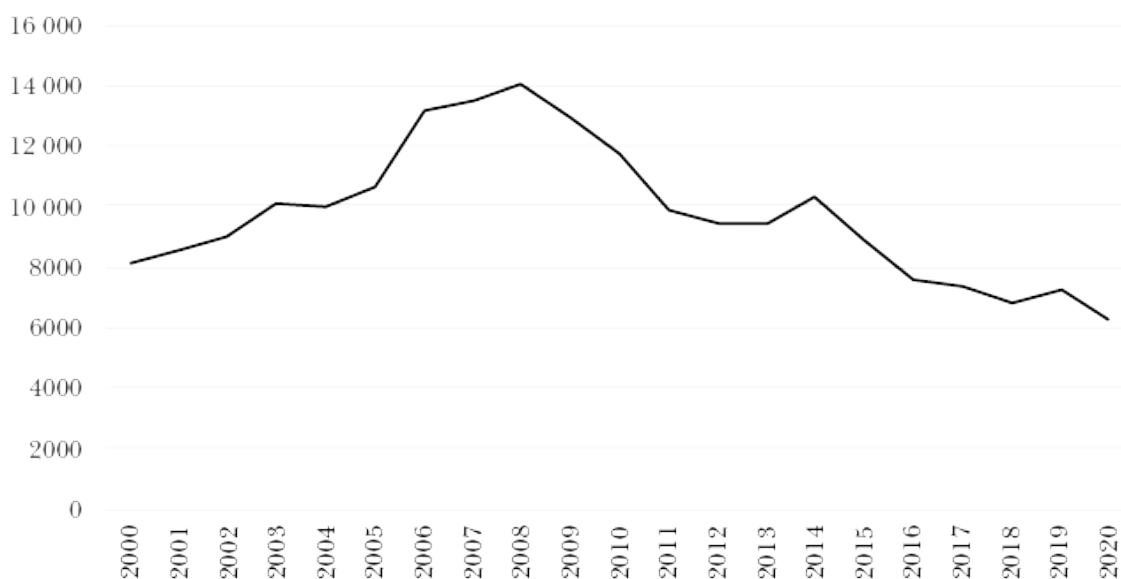
Mas allá de esa cuestión *normativa*, la idea de la división en salas a nivel federal nos va a parecer también desaconsejable por otros dos motivos: es posible mostrar que resulta funcionalmente *innecesaria* (porque la Corte no resuelve casos “disciplinariamente” penales o civiles que requieran de una formación “de nicho” en cada materia, sino casos constitucionales o institucionales que no dependen de conocimientos especializados) y además puede ser *inconveniente* (porque la multiplicidad de salas podría llevar a la inconsistencia de criterios en cada “ventanilla” de atención).

Cómo trabaja la Corte Suprema

A diferencia de un tribunal común (que debe dictar sentencias en el tiempo estipulado en los códigos procesales), la Corte no tiene tiempos para pronunciarse. Su arco de posibilidades es amplísimo: aunque muchos casos se resuelven (en general de modo denegatorio) en cuestión de meses, otros llegan a permanecer pendientes de decisión durante años. En casos muy excepcionales puede la Corte resolver en días o semanas (como por ejemplo ocurrió con dos casos que tuvieron lugar en la pandemia de covid-19: la petición de sesiones virtuales en el Senado en 2020, y el reclamo por parte de la CABA respecto de la presencialidad escolar suspendida por DNU en 2021).

La Corte es una burocracia extremadamente productiva si se la observa en números. Ha llegado a dictar más de 14.000 fallos en 2008, lo que equivale a unos 300 fallos por semana (teniendo en cuenta los períodos de feria judicial de verano y la feria chica de invierno, que solo involucran decisiones muy puntuales). Ciertamente desde ese punto cenit la Corte ha venido reduciendo su número de salidas, que desde hace años está por debajo de los 8000 casos por año. La gran mayoría de esas sentencias son denegaciones de recursos por cuestiones formales y otros casos de resolución que no requieren sentencias desarrolladas. Las que sí entran en esta última categoría terminan ocupando una pequeña fracción del total, alrededor de unas 300 sentencias por año.

Corte Suprema: fallos por año (2000-2020)



Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos de la base informática de la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema.

Para sostener su productividad la Corte dispone de un sistema de trabajo organizado en vocalías (el equipo más propio de cada juez) y secretarías (la parte del staff que está instaurada con una lógica temática y no responde a un juez en particular). Tanto en las vocalías como en las secretarías hay funcionarios judiciales que estudian las causas conforme a líneas generales dadas por los jueces, y elaboran “proyectos” de sentencia que empiezan a circular como insumo de la decisión. Esto implica que los jueces de la Corte no estudian y deciden los casos mirándolos personalmente uno por uno, sino a través de esta “línea de montaje”.

Las audiencias públicas

El proceso ante la Corte fue por un siglo y medio monótonamente *escrito*. Recién entrado el siglo XXI hicieron su aparición las audiencias, que se convocan excepcionalmente en casos muy relevantes por su trascendencia para escuchar no solo a las partes, sino a otras personas de la sociedad civil o expertos que alegaban sobre el caso (usando la figura de “amigo del tribunal”: *amicus curiae*). La idea en cierto punto se inspiraba en el modelo de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, que celebra audiencias en todos sus casos (lo que puede darse el lujo de hacer porque limita mucho el número de causas que toma para resolver, a tal punto que falla menos de cien casos por año).

Podía ser dable esperar un acercamiento a ese modelo, pero las audiencias quedaron más bien como rarezas. La Corte celebró solo entre dos y tres por año: 31 en total entre 2008 y 2019, y ninguna en 2020 y 2021. Es algo que lamentamos, porque esos encuentros nos brindaron una verdadera “realidad aumentada” sobre las implicancias del caso a discutir, con un activo involucramiento de los jueces en intervenciones y repreguntas que ponían en acto una deliberación pública (y algunas además tuvieron gran repercusión, como la audiencia dedicada a la “Ley de Medios” de agosto de 2013).[\[117\]](#)

La presidencia de la Corte Suprema

Este es uno de los puntos ciegos de la Constitución: se menciona lateralmente el cargo de presidente de la Corte (cuando se habla del juicio político al presidente de la Nación) pero no se determina cómo se lo elegiría.

En los Estados Unidos el presidente de la Corte (llamado *Chief Justice*) es elegido por el presidente de la Nación y esa condición “presidencial” de la Corte va a quedar en ese juez mientras dure en su cargo. De tal forma, la presidencia de la Corte solo se puede cambiar cuando el juez en cuestión se retira, y el presidente nomine a un nuevo juez de la Corte para reemplazarlo.

En la Argentina fue así hasta 1930: el presidente de la Corte era designado por decreto por el presidente de la Nación (pero se trataba solo de una medida práctica, porque ni la Constitución ni ninguna ley decían nada al respecto). En 1930 además se dicta la Acordada de reconocimiento del gobierno de facto de ese año, a la que ya hicimos referencia en el capítulo 5, que solo firmaron cuatro jueces. Esto fue así porque un cargo permanecía vacante: el de la presidencia de la Corte. Unos días después, esa misma Corte reivindicaría para sí (por primera vez) la potestad de elegir a su presidente de entre sus miembros, y vota para el cargo a José Figueroa Alcorta (incidentalmente, fue “presidente” de los tres Poderes: del Congreso, como presidente del Senado, de la Nación cuando murió Manuel Quintana, y presidente de la Corte). En clave solo algo conspirativa, la secuencia de hechos parece indicar que la Corte aprovechó esa coyuntura para proclamar su independencia funcional... tal vez con el acuerdo tácito de que no habría objeción presidencial al respecto, luego de la concesiva acordada de reconocimiento.

Con el tiempo estas condiciones cristalizarían y hoy se encuentran reguladas en el Reglamento para la Justicia Nacional. La Corte elige su presidente y vice, que tienen mandatos de tres años, sin límites de reelección. Más allá del simbolismo de su cargo y sus facultades de representación protocolar y jurídica del cuerpo, actualmente el presidente de la Corte no tiene importantes potestades unipersonales delegadas, pues la acordada 44/2018 redujo las atribuciones presidenciales administrativas y las sujetó al principio de la mayoría. Y, en cuanto a su intervención en fallos, es simplemente uno más del tribunal que integra: *no cuenta con privilegios de “doble voto” o de voto dirimente para desempatar.*

Guardián de la Constitución... y de las sentencias arbitrarias

La Corte fue pensada como un órgano para resolver algunas causas muy puntuales en jurisdicción exclusiva y “originaria” (es decir, que se inician directamente ante ella, como los casos concernientes a embajadores) y que, al margen de esas excepciones, estaba llamada a intervenir en su jurisdicción “extraordinaria” como la última instancia de los tribunales inferiores. En ese carácter, la llave para entrar a la Corte requería –en el diseño original– que hubiera una “cuestión constitucional”, que en la terminología de la Corte se denomina “cuestión federal”. Esto implicaba que era necesario que existiera un planteo de inconstitucionalidad, o bien uno que se relacionara con la interpretación de la propia Constitución. Si no se daban estas circunstancias, si no había “Constitución” involucrada en el tema, el caso debía terminar en la jurisdicción correspondiente: una Cámara Federal si la jurisdicción era de tribunales nacionales, o un Superior Tribunal de Provincia si el caso era de la jurisdicción local.

Hablamos en “pasado” (“era”, “debía”) porque todo eso es aún cierto como principio, pero la jurisprudencia fue construyendo otro camino alternativo para llegar a la Corte sin “cuestión federal”. Es una doctrina que empezó como una tímida colectora y acabó funcionando como una gran autopista de muchos carriles: la doctrina de la “arbitrariedad de sentencia”.

Esta tuvo su origen en un oscuro fallo de 1909, poco importante, sobre uso indebido de marca. La Corte debía resolver sobre el planteo del demandado –que había sido absuelto “en atención a su buena fe”– y al que se le ordenó la destrucción de la marca en cuestión. El reclamo fue desestimado, pero el fallo abrió la puerta a que la jurisdicción extraordinaria de la Corte se habilitara no solo con puras “cuestiones constitucionales”, sino también para revisar la corrección de las sentencias.

El requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de sentencia fundada en ley, da lugar a recurso ante la Corte Suprema en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes, a juicio de los litigantes.[\[118\]](#)

En resumen: lo “simplemente erróneo” no, pero lo “arbitrario” sí es materia de revisión por parte de la Corte. En diversos fallos ulteriores se empezó a delinear

el concepto de esa “arbitrariedad”, en una trayectoria que se pondría muy en boga en las cortes de los períodos de facto. Acaso parecería que ante la imposibilidad de atender y resolver de manera genuina cuestiones de constitucionalidad –lo que habría sido surrealista en un gobierno que precisamente surgía al margen de la Constitución–, los jueces de la Corte se ponían a revisar si era correcto o no el razonamiento de fallos de jueces inferiores. Así, la jurisdicción “extraordinaria” de la Corte pasó a ser una instancia más de apelación y protesta genérica de sentencias. “Somos un almacén de ramos generales”, protestaba en algún momento el juez Fayt.

Con el tiempo, la jurisdicción “inventada” fue eclipsando a la “original”, y desde hace varias décadas vemos que la bandeja de entrada de la Corte está desbordada con reclamos *no constitucionales* de arbitrariedad de sentencia. La doctrina constitucional ha contribuido a ello, realizando esforzados y muy buenos estudios que diseccionan cómo la Corte maneja “causales” de arbitrariedad (que entran en esta categoría a veces por no valorar prueba o por hacerlo de manera errónea; por aplicar mal el derecho o hasta por aplicarlo “demasiado” hasta llegar al exceso en que se niegan derechos por la mera idea ritualista de cumplir una norma reglamentaria). Mas allá de esa taxonomía y sistematización, la Corte desde hace años busca poner diques para contener el torrente de casos que reclaman su atención con la etiqueta “arbitrariedad”, y por eso la enorme mayoría son desestimados o rechazados.

La colección de “Fallos”: el evangelio constitucional

Desde el principio la Corte argentina fue consciente de que iba a generar en forma permanente jurisprudencia que debía conocerse. Al año siguiente de la inauguración del tribunal, en 1864 nació la colección oficial de sus fallos: en un primer momento se incluían allí todas las sentencias pero, a medida que la jurisprudencia del tribunal se fue expandiendo, solo se publicaría un número seleccionado de ellas (aunque todos los fallos completos del tribunal pueden verse en la web).

En el prefacio al primer tomo de *Fallos*, el secretario del Tribunal, Dr. José M. Guastavino, escribía que las decisiones de la Corte, “en tanto tienen el carácter y la autoridad de ley obligatoria para todos los Estados y todos los individuos, es preciso que sean conocidas del pueblo”. Esa Corte ya se asumía explícitamente como *fuentes de derecho*. De hecho, en ese mismo volumen aparece publicado el

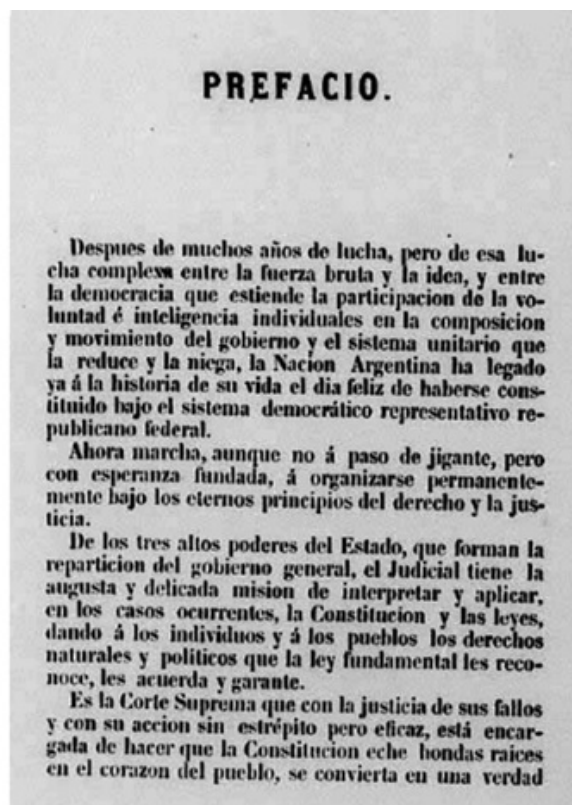
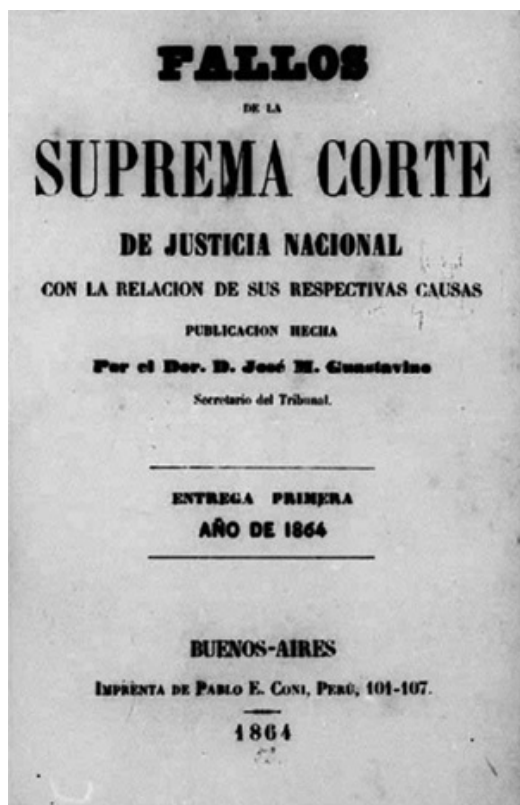
caso *Fiscal c. Calvete*, resuelto por la Corte en 1864, en el cual la Corte Suprema se autoproclama “el intérprete final”.[\[119\]](#)

Ese prefacio es también descriptivo de una visión y misión que la Corte tuvo desde el minuto cero: insuflar vida al cuerpo constitucional a partir de sus sentencias:

Es la Corte Suprema que con la Justicia de sus fallos y con su acción sin estrépito pero eficaz, está encargada de hacer que la Constitución eche hondas raíces en el corazón del pueblo, se convierta en una verdad práctica, y los diversos poderes, nacionales y provinciales, se mantengan en la esfera de sus facultades.

Y Guastavino tenía razón: en la lista de materiales que estudia y define nuestro derecho constitucional hay mucha más jurisprudencia que opinión autoral o legislación: ahí se encuentran esos centenares de tomos de fallos que han venido interpretando por décadas las sagradas escrituras constitucionales. Genaro Carrió (gran jurista argentino y presidente de la Corte Suprema entre 1983 y 1985) decía que, en los años transcurridos desde la sanción de la Constitución,

prácticamente todas las cláusulas de ella con virtualidad para suscitar litigios relativos a su alcance o sentido han quedado recubiertas, por decirlo así, por sucesivas capas de interpretaciones de la Corte, la que ha ido restringiendo o ampliando los concisos textos originales.[\[120\]](#)



Facsímiles del primer tomo de la colección de *Fallos de la Corte Suprema de Justicia*.

El número de tomos que se publican por año varió desde el comienzo de la colección. Por convención, desde el tomo 300 se publica un tomo por cada año, que se divide actualmente en dos volúmenes de numeración continua.

Así, por ejemplo, el fallo de 2020 relativo a las sesiones “remotas” del Senado (*Fernández de Kirchner, Cristina, en carácter de presidenta del Senado*) fue publicado en el t. 343, vol. I, entre las páginas 195 y 264. Se lo citará como “Fallos 343:195”, dado que al ser continua la numeración dentro del mismo tomo puede omitirse el número de volumen. Y ya podemos predecir con cierta confianza que los fallos del año 2030 se publicarán en el t. 253 de la colección de *Fallos*.

El orden en que se organiza la publicación en *Fallos* es el siguiente: en primer lugar, aparece el dictamen que ha hecho sobre el caso el procurador general (un dictamen que no es “vinculante” para la Corte), y luego el fallo propiamente dicho, comenzando por la versión que ha formado “mayoría”. También se publican a continuación las versiones alternativas de la sentencia, que pueden ser sentencias de voto concurrente (que llegan a la misma conclusión de la mayoría, pero con argumentos de firma propia de los jueces que los suscriben) o disidente

(en disidencia total o parcial, se trata de la versión que postulaban para el caso quienes han quedado en minoría).

El control judicial de constitucionalidad

Si la característica esencial del estado de derecho constitucional es la existencia de un orden jurídico jerarquizado, a partir de allí se plantea otro problema, que tiene dificultad *teórica y práctica*: quién y cómo, y en qué circunstancias, es la autoridad que va a decir que una “orden” o una “restricción” de la lista ha sido infringida por el gobierno en funciones.

Hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.

Esta cita es del fallo *Marbury c. Madison* de 1803, en el que el juez John Marshall (a la sazón, presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos) “inventó” el control de constitucionalidad judicial. Es verdad que algunos precedentes jurisprudenciales del derecho anglosajón y la práctica estadual previa daban ciertos indicios sobre el punto, pero la trascendencia no puede subestimarse: ninguna parte de la Constitución de los Estados Unidos dice textualmente que los jueces puedan declarar inconstitucional una ley.

Sin embargo, la cuestión sí aparecía tratada en el “manual de instrucciones”, que acompañaba la Constitución: la doctrina de Alexander Hamilton en *El Federalista* n° 78.

No hay una tesis que dependa de principios más claros que aquella que

dice que cada acto de una autoridad delegada, contrario al tenor de la comisión bajo la cual se ejerce, es nulo. Ningún acto legislativo, entonces, contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto sería afirmar que el delegado es mayor que su mandante, que el sirviente está por sobre su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo, que los hombres que actúan en virtud de poderes pueden hacer no solo lo que los poderes no autorizan, sino aquello que prohíben.

Por qué los jueces controlan la constitucionalidad

Los sistemas pueden organizar de manera diferente su *acceso* al control de constitucionalidad. Algunos proponen un modo libre: cualquier persona puede demandar la constitucionalidad. Otros sistemas funcionan con un acceso vip: solo pueden reclamar la inconstitucionalidad, por ejemplo, diputados o senadores.

Nuestro sistema (que sigue las bases del modelo estadounidense) lo resuelve de forma *abierta* (*potencialmente* cualquier persona puede exigir un control) pero no *gratuita*: no porque sea arancelado, sino en un sentido metafórico, pues la persona que presenta el reclamo debe demostrar un “agravio”, un problema que le plantea una norma (o una omisión inconstitucional, como veremos más adelante).

Lejos de ser uniforme, el control de constitucionalidad judicial se organiza de diversos modos, con dos modelos preminentes.

- En el *modelo difuso* (originario de los Estados Unidos, y copiado por la Constitución argentina), todos los jueces son jueces de la Constitución, sin distinción de fueros ni instancias, y sus “declaraciones” están llamadas a decidir el caso, por lo que no tienen efectos generales derogatorios.
- En el *modelo concentrado* (adoptado con variantes en Italia, Alemania, España y Bélgica), hay una jurisdicción constitucional especializada, que ejerce un “Tribunal Constitucional”. Estos tribunales suelen estar conformados por jueces que tienen mandato de duración predeterminada, y ejercen el control de constitucionalidad en abstracto (sin necesidad de

que haya un “caso”) y con carácter previo a la entrada en vigencia de la norma.

Por cierto, todos los jueces controlan la constitucionalidad, pero el sistema de apelaciones permite que todos los casos tengan su decisión definitiva recién en la Corte Suprema. Por eso decimos que la Corte es el “intérprete final” de la Constitución: con más sarcasmo que aprobación, Woodrow Wilson hablaba de ella como “una Convención Constituyente en sesión permanente”.

Por qué se puede declarar la inconstitucionalidad

Es pertinente aclarar aquí que los jueces no deben juzgar el mérito de las leyes, ni dar opiniones sobre su conveniencia. Por el contrario, las inconstitucionalidades pueden provenir de varias fuentes:

- *Vicio del procedimiento*: sucede cuando el acto no ha sido adoptado conforme a las reglas y formas establecidas en la Constitución (por ejemplo, si no se obtuvo la mayoría requerida para la sanción de una ley, o si un decreto de necesidad y urgencia no tiene la firma de los ministros).
- *Incompetencia*: tiene lugar cuando se invaden las esferas de atribuciones asignadas por la Constitución, al violar ya sea la división de poderes “horizontal”, o bien la distribución territorial de competencias en los Estados federales. Por ejemplo, este caso se daría si una legislatura provincial pretende modificar el Código Penal, una legislación “común” que solo puede sancionar el Congreso.
- Y por supuesto, *la violación de un derecho constitucional*. Esto puede ocurrir por un desconocimiento de un derecho fundamental atribuido en la Constitución, o por una restricción indebida o irrazonable que surja del acto impugnado.

Un control “deferente”: self restraint y ultima ratio

Una de las derivaciones de la división de poderes es que el Poder Judicial no debería obturar incumbencias de las otras ramas del gobierno. Para minimizar el riesgo de “falso positivo” (declarar inconstitucional algo que no lo es), el sistema reclama deferencia, prudencia o autorrestricción (*self restraint*).

Por eso es que la jurisprudencia histórica de la Corte se ha condensado en cápsulas que giran sobre esta idea. En esas teorías, la declaración de inconstitucionalidad de un acto de los poderes constituidos es una decisión de suma gravedad que debe ser considerada como el último recurso (*ultima ratio*) para el que se requiere una prueba tan clara y precisa como sea posible. Se asume entonces que “en tanto no se discuta la existencia de las atribuciones propias de otro poder, la revisión del acierto de sus actos no incumbe a los jueces”. Literalmente dicho muchas veces por la Corte: “La misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones”.

Es en efecto una cuestión delicada, porque como expresó alguna vez un juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Robert Jackson (también uno de los jueces del juicio de Nüremberg), “es difícil resistir la tentación de etiquetar como inconstitucional cualquier cosa que no nos guste”. Para evitar la tentación de erigirse en una “superlegislatura” política, la idea es mantener un criterio *deferente*. Otro juez estadounidense que ya citamos, Felix Frankfurter, lo puso una vez en términos contundentes: “Incluso si estuviéramos convencidos de que tal medida es una locura, esa creencia no sería prueba de su inconstitucionalidad”.[\[121\]](#)

Una luna menguante: las “cuestiones políticas no judiciables”

No todo lo que existe en el mundo es judicial. La Constitución (más específicamente, la supremacía constitucional) no puede ser el pretexto para que los poderes de control sustituyan el criterio de decisión de los poderes de ejercicio del gobierno y lo reemplacen por uno propio. De esta idea surge una taquigrafía que repliega el alcance del control de constitucionalidad, dejando afuera de la revisión judicial el subcontinente de las “cuestiones políticas no

judiciales”. Como el control de constitucionalidad, estas tampoco aparecen en la Constitución textualmente, sino que las conocemos a través de los casos en que la Corte las fue identificando como tales, en una casuística discreta.

En un caso de hábeas corpus de 1985 la Corte enumeró varios casos en que “resulta definitivo el criterio de los poderes Legislativo y Ejecutivo” y en la lista incluyó a la *declaración del estado de sitio* (el tema sobre el cual versaba esa causa), el *manejo de las relaciones exteriores* y la *intervención federal*.^[122] La lista era ejemplificativa y no taxativa (recuérdese que estamos en una esfera en la que no hay “letra textual” que sustente esta construcción de pura doctrina judicial). Como observa Horacio Rosatti, actual juez de la Corte Suprema, se trata de un estándar en gran medida autorreferencial, ya que terminará catalogada como “cuestión política”... aquella que los jueces digan que es “cuestión política”.^[123]

Por eso, el punto clave aparece al interior de un criterio que la Corte sintetiza en un fallo de 1993, en el que explicaba una suerte de *lógica de umpire*:

es inherente a la función del Tribunal ante el cual se ha planteado una controversia referente al ejercicio de facultades privativas de otros poderes, interpretar las normas que las confieren para determinar su alcance, sin que tal tema constituya una “cuestión política” inmune al ejercicio de la jurisdicción. Decidir si un asunto ha sido conferido a otro Poder del Estado o si ha habido excesos en su ejercicio es una delicada tarea de interpretación constitucional y una responsabilidad de la Corte, como último intérprete de la Constitución.^[124]

Barreras técnicas del control de constitucionalidad: un aburrido pero trascendental compendio de derecho procesal constitucional

El control de constitucionalidad va a contrapelo de nuestra lógica democrática, pues su lógica es contramayoritaria. En el nombre de la Constitución, jueces no electos van a invalidar actos legislativos o decisiones de las ramas del gobierno que tienen un aparente mandato popular ganado en comicios. El sistema ha ido reconociendo la tensión implícita en estas posibles interferencias, y por eso desde su nacimiento el control ha sido “dosificado” por el Poder Judicial a través de barreras “técnicas”.

En primer lugar, tiene que haber un “caso”

La jurisdicción no está para opinar (no hay competencia “consultiva” en nuestro sistema), sino para resolver casos. El juez solo puede pronunciarse sobre un planteo concreto, y se exige que el litigante demuestre estar sufriendo un “agravio” para que su petición entre en consideración. Se requiere que el demandante manifieste “un interés real y concreto susceptible de protección legal actual”. Por cierto, la jurisprudencia ha establecido que no basta invocar el carácter de representante del pueblo (como un diputado) para ejercer la acción si no hay un agravio personal.[\[125\]](#)

Por lo mismo, se exige que ese interés aún esté presente en el momento en que el juez se pronuncia: de lo contrario, la cuestión se torna “abstracta” (aunque la Corte ha contemplado la salvedad para casos en los cuales la cuestión debatida sea susceptible de ulterior repetición; así, en *F. A. L.* resuelve sobre un aborto que ya se había practicado, pero aclara que lo hace con la intención de establecer su doctrina para casos futuros).

La concepción clásica entiende que resultaría improcedente el control de constitucionalidad “por omisión”

De allí que, en principio, lo que uno puede pedirle a un juez es que declare inaplicable cierta ley, pero no que le exija al Congreso que sancione una ley nueva, destinada a operativizar un derecho no tutelado. Sin embargo, últimamente –y con buen criterio–, ha ido ganando terreno una teoría superadora, que subraya la fuerza normativa de la Constitución: si nos la tomamos en serio, no podemos ignorar que la violación de una norma puede surgir tanto por una mala palabra, como por un silencio culpable del legislador cuando se le ha mandado legislar sobre un derecho.

La invalidación debe ser no solo el último recurso, sino la única forma en que los jueces intervienen

Generalmente esta idea se asociaba con el *self restraint*, diciendo que la declaración de inconstitucionalidad era la *ultima ratio* de la intervención judicial. Pero la vanguardia jurisprudencial, vinculada a tendencias más

“activistas”, con frecuencia se aparta de esta restricción, y toma las pautas constitucionales como fuente de “mandatos remediales” o, en lugar de “invalidar”, reformula la interpretación de las leyes de forma extensiva para que sus resultados sean compatibles con los derechos tutelados (estas resoluciones suelen llamarse “sentencias interpretativas”, o, en Francia, “declaraciones de conformidad bajo reserva”).

En síntesis: existen muchas más formas de resolver el binomio validación/invalidación, y el desafío de los jueces es encontrar el remedio adecuado, que puede exigir mandatos de implementación y otras variantes que superan ese molde dual.

La jurisprudencia como fuente del derecho

Desde el antiguo derecho romano se han ido imponiendo las decisiones de los tribunales como una “fuente” de derecho, lo que reconoce variaciones según los distintos sistemas. Se habla de *stare decisis* o *precedente* como el principio que fuerza a los tribunales a seguir el criterio establecido.

Entre nosotros esta “doctrina del precedente” es también una construcción de los propios tribunales, pues ni la Constitución ni las leyes dicen nada al respecto (como nota lateral, apuntamos que esto sí estaba previsto en la Constitución argentina de 1949, que establecía la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema para todos los jueces nacionales y provinciales).

Existen dos tipos de *stare decisis*, y ambos justifican el interés que tienen abogados y operadores del sistema por el estudio de la jurisprudencia. Tanto es así que –en Argentina como en otros países– encontramos revistas y diarios físicos y digitales especializados que publican fallos y sistematizan los criterios que surgen de los casos juzgados.

Uno es el *stare decisis* que los juristas llaman “horizontal”. Este involucra un criterio de sucesión temporal: la seguridad jurídica se fortifica cuando los criterios cobran estabilidad, de forma que los fallos nuevos siguen los criterios establecidos con anterioridad, salvo que existan muy profundas razones para decidir de un modo distinto.

El *stare decisis* “vertical”, por su parte, hace a una relación de jerarquía entre órganos judiciales. Así, los tribunales inferiores asumen el respeto y seguimiento de “la doctrina” (el cuerpo de criterios) que sea estable en sus tribunales superiores. De este modo se evita que el criterio potencialmente distinto del

inferior sea luego revocado en la apelación. En nuestro país, el acatamiento de la jurisprudencia de la Corte se presentaba como un “deber moral” de los tribunales inferiores, pero fallos posteriores fueron configurándolo con sentido ya ordenatorio. En *Farina* de 2019, la Corte sería ya concluyente al señalar que, en oportunidad de fallar casos análogos en lo sustancial, sus conclusiones deben ser “debidamente consideradas y consecuentemente seguidas por los tribunales inferiores”.[\[126\]](#) La doctrina exige entonces un “leal acatamiento”, de seguimiento obligatorio para todos los tribunales del país.

Hablar de la teoría del *stare decisis* y del valor del precedente no nos debe llevar a ignorar un hecho evidente: la jurisprudencia varía. La Corte modifica sus criterios a veces sin reconocerlo; otras veces sí confiesa que está haciendo excepción a un principio general que reputa vigente; en algunas ocasiones construye un “subconjunto” de casos; en otras simplemente trastoca su composición cuando una minoría se convierte en mayoría; y en muy pocas oportunidades altera de manera explícita el criterio y el juez reconoce que nuevos argumentos o nuevas reflexiones lo han llevado a cambiar de idea.

Un buen ejemplo de eso es el voto de Fayt con respecto a la incriminación en delitos de portación de estupefacientes. Ese juez, luego de haber votado por su constitucionalidad desde 1986, adopta otro criterio en el fallo *Arriola* de 2009 y explica sus razones: la pena a la simple tenencia –según aprecia– no ha cumplido los fines disuasorios que daba por sentados en sus fallos anteriores.

Con la combinación del *stare decisis* vertical y horizontal, la chance para modificar la jurisprudencia queda abierta solo cuando aparezcan en escena nuevos y muy convincentes argumentos, o bien –por supuesto– cuando directamente hay un cambio en la ley en que la jurisprudencia se ha basado. Estas líneas son, por cierto, bastante optimistas, y “teóricas”: en la práctica, los jueces pueden ignorar sus precedentes sin más a la hora de resolver, o camuflar la variación con criterios de diferenciación en gran medida discrecionales y selectivos.

Es así que, tanto por razones teóricas como conductuales, no hay en la jurisprudencia una fuente que nos permita predecir casos futuros con precisión algorítmica.

La garantía de las garantías: el debido proceso judicial

La arbitrariedad de sentencia es el caso particular de una noción más general que

fue armándose para aglutinar principios especiales. El concepto que congloba la garantía de las garantías es el “debido proceso” judicial, que se aplica en todos los procesos (penales y civiles) con ciertas variantes, y que luego fue también captado en una idea resultadista: el proceso no solo debe ser correcto, sino también “servir”, ser eficaz. De allí llegamos a la “tutela judicial efectiva”, versión 2.0 de la clásica garantía del debido proceso.

Bajo estas concepciones se reúnen algunos criterios básicos para la actuación judicial.

- *La imparcialidad del juzgador o tribunal.* Esto se refleja en varias cuestiones conocidas. La primera es el hecho de que el sistema permite “recusar” a jueces potencialmente imparciales (para evitar que tengan favoritismos o enemistades con los sujetos del juicio). Y junto a esto, la existencia de una garantía estructural más general que veda que alguien sea “juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa” (evitando esas comisiones especiales, o esos nuevos tribunales, se sorteaba el peligro de que se designe a un decisor teniendo en mente que debe intervenir en un caso puntual).
- *Acceso.* Debe haber posibilidad efectiva de acceso a la justicia. Esto puede requerir ajustes y la articulación de mecanismos específicos de salvaguarda para personas en situación de vulnerabilidad o que tienen por razones estructurales dificultades mayores para la defensa de sus derechos (al respecto, un cierto consenso iberoamericano aparece codificado en las “Cien Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de Personas en Situación de Vulnerabilidad”, un documento de la Cumbre Judicial Iberoamericana).
- *Publicidad.* Un proceso debe ser público y sin actos secretos para las partes ni para la sociedad (“salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”, como afirma el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Y dado que la jurisprudencia es fuente del derecho, también ello exige la difusión de los criterios que los jueces están adoptando para conocimiento de la comunidad.
- *Tiempo.* Aquí hablamos del plazo razonable del proceso. Esto es relevante tanto del lado de quien promueve acciones judiciales (como una indemnización, o la investigación de un delito, incluso una medida provisoria de tutela mientras se desarrolla el proceso) como de quien

interviene en un juicio como acusado o demandado, que no debería ser expuesto a la incertidumbre prolongada sobre la suerte de su litigio.

- *Proceso contradictorio*. Este criterio refiere a un proceso con derecho a ser oído e “igualdad de armas” entre las partes, con la posibilidad de aportar pruebas, examinar, impugnar y alegar sobre la prueba producida en el juicio, y argumentar sobre hechos y derecho.
- *Eficacia*. Para que la tutela sea efectiva: la investigación no debe ser una mera formalidad, las violaciones a derechos deben castigarse, las indemnizaciones deben reparar el daño, y los problemas estructurales deberían tener una resolución acorde.
- *Fundamentación*. Aunque la perfección e infalibilidad judicial sea un ideal incumplible, sí es exigible que todo proceso tenga un fundamento en el derecho y una adecuada explicación (“motivación de las sentencias”) de por qué se resuelve de determinado modo.
- *Equidad*. En ocasiones resulta necesario “atemperar, con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes”. La expresión citada no es un desiderátum maximalista, sino una concreta expresión de consenso de tribunales judiciales de la región, plasmada en el art. 36 del Código de Ética Judicial Iberoamericano (producto también de la Cumbre Judicial Iberoamericana). Esas calibraciones de ajuste y sintonía fina que optimizan mejor las leyes al caso concreto son soluciones *de equidad*, cuya aplicación –nos dirá el mismo Código– debe estar especialmente orientada “a lograr una efectiva igualdad de todos ante la ley”.
- *Recursos*. Se exige poder contar con un derecho (amplio) de apelar una sentencia desfavorable. Este derecho debe implicar no solo discutir la aplicación de la norma (el *derecho*), sino cómo se hizo la determinación de los *hechos* que el juez tuvo por probados al tomar la decisión.
- *Intangibilidad*. Con esto se hace referencia a la no restricción de las garantías judiciales en situaciones de emergencia.
- *Especificidad*. El proceso debe adecuarse al tipo de derecho que debe ser tutelado. Como veremos a continuación, esto ha dado pie a la existencia de diversas “ventanas” por las que acceder a la justicia en función de la clase de demanda que se esté realizando.

Una ventana a un juicio civil

Los juicios penales se parecen más entre sí que los juicios civiles, que tienen – según las jurisdicciones– muchos fueros especializados. En una lista no excluyente, podemos contar los juicios laborales, de familia, de niñez y adolescencia, de ejecución y quiebras, comerciales. La especialización busca disponer de operadores especializados en la materia y en la casuística del tema, y los códigos de procedimiento les asignan reglas propias que toman nota de las necesidades de cada proceso.

En los procesos civiles existen *medidas cautelares* que pueden imponerse antes de que la contraparte demandada se entere de que existe un proceso en su contra: el caso más usual es el embargo, una interdicción que sirve para evitar que el demandado ceda bienes o retire el dinero de la cuenta cuando sea informado acerca del reclamo. Esas cautelares requieren que se presuma *peligro en la demora* y una plausible *verosimilitud del derecho* reclamado. En muchos juicios de amparo aparecen medidas cautelares de “no innovar”, que detienen la aplicación de una ley que se está discutiendo hasta tanto se expida una sentencia al respecto; o bien medidas “innovativas”, que toman nota de la urgencia de una situación y pueden ordenar, por ejemplo, que un tratamiento médico se inicie de inmediato, sin perjuicio de lo que se resuelva en el juicio.

Los códigos procesales prevén en general –todavía– juicios escritos, de trámite marcadamente burocrático. Aunque los sistemas tienden en marcha dispar hacia una flexibilidad y oralización, no existen “juicios en audiencia” al modo de los juicios penales. Si una de las partes ha sido notificada y no contesta la demanda, el juicio puede proseguir con la sola intervención de la otra parte (algo que nunca sucedería en un juicio penal).

Los juicios civiles tienen posibilidad de apelación, a través de un recurso y siempre siguiendo la misma lógica: los tribunales superiores solo podrán modificar los puntos de la sentencia del juez inferior que hayan sido apelados, sobre la base de las concretas quejas que le hayan sido planteadas en los recursos; no es deber ni función del tribunal superior juzgar el caso otra vez, desde cero.

Todo juicio tiene costos, y suelen ser altos, lo cual erige una importante barrera para el acceso a la justicia. El demandante (*actor*) debe pagar una tasa de justicia para litigar, que en general es una proporción del monto reclamado (la ley nacional 23.898 fija una tasa del 3% del monto reclamado para los juicios de valor pecuniario), salvo que acredite que no está en condiciones de hacerlo (y tendrá el beneficio de *litigar sin gastos*). Sin embargo, el costo del juicio recaerá

en la parte derrotada: el actor abonará además de esas tasas los gastos de su abogado, peritos y los de la contraparte si la demanda no prospera, y el demandado hará lo propio si es que pierde.

Para pautar una referencia, la Ley Nacional de Aranceles 21.839 establece que los jueces deben asignar al abogado de la parte vencedora un honorario que se fijará entre el 11% y el 20% del monto del proceso, y a los de la parte vencida entre el 7% y el 17%. Si hay soluciones intermedias, o la cuestión judicializada ha resultado ser tan dudosa que ambas partes pudieron creerse con derecho a litigar, los jueces pueden decretar un salomónico “costas por su orden” en el que cada parte pagará sus propios gastos.

Teniendo en cuenta otros gastos del proceso (si han intervenido peritos, se han publicado edictos, etc.), y sus eventuales intereses, así como la dilación en cobrar efectivamente, todo ello da fundamento cierto al criterio aquel de que *es preferible un mal acuerdo a un buen juicio*.

Una ventana a un juicio penal

El proceso penal suele implicar un sistema más rígido tanto en las reglas de fondo como en las reglas de procedimiento, lo cual tiene sentido porque ponen en juego un interés público más fuerte que los litigios entre privados. Ya hemos repasado estas reglas en detalle en el capítulo 4 al revisar el contenido del art. 18, que perfila el derecho a la defensa en juicio.

Esa rigidez se refleja en un desarrollo legal y judicial más tabulado en cuanto a las garantías que se le aplican, siempre con la idea básica de evitar el “peor error” de un sistema judicial: el caso de un inocente injustamente condenado. Es famosa la expresión “Mejor diez culpables absueltos que un inocente condenado” y no se trata de un delirio garantista ni abolicionista; la frase refiere nada más ni nada menos que a la “Regla de Blackstone”, escrita en una obra pilar de la historia de la jurisprudencia: *Commentaries on the Laws of England*, del eminente jurista William Blackstone, publicada en la década del sesenta... del siglo XVIII.

El proceso comienza con una investigación, que todavía en algunas jurisdicciones se llama “instrucción”. Si se han colectado evidencias que permitan sustentar una acusación plausible, el sujeto será “procesado” o “formalizado”, para lo cual se le deberán detallar de modo preciso y concreto los

cargos que se formularán en su contra. El proceso seguirá con medidas de prueba diversas y puede derivar en un sobreseimiento o en una elevación a juicio.

Aquí es importante introducir una expresión técnica: bajo el *sistema “inquisitivo”* era el propio juez (la figura superpoderosa del “juez de instrucción”) quien investigaba y resolvía las elevaciones a juicio, y en algunos casos hasta condenaba. La Corte luego concluyó que estos sistemas lógicamente ponían en juego la imparcialidad del juzgador y declaró su inconstitucionalidad: el juez que intervino en un proceso no puede luego juzgar el caso. La separación más pura de las funciones, y que más garantiza la imparcialidad, se da con el *sistema “acusatorio”* bajo el cual son los fiscales quienes investigan y los jueces –desvinculados de esa tarea de pesquisa– intervienen solo durante el proceso en un rol imparcial, para resolver sobre las medidas que requieran control judicial: la definición de una acusación, la imposición de prisión preventiva o la autorización de allanamientos. Por último, la causa será juzgada en un proceso oral, en el que se producirá y alegará sobre la prueba, y lo harán jueces que no han tenido contacto hasta ese momento con el expediente.

En nuestro país, la mayoría de los sistemas procesales ha migrado de un modelo “inquisitivo” o “mixto” hacia un sistema acusatorio relativamente puro, lo que supone un mayúsculo cambio de paradigma para la justicia penal, que todavía no vemos concretado en los tribunales federales (si bien es la solución que adopta el Código sancionado en 2014, aún no ha entrado en vigencia plena).

El juicio oral con audiencias que duran varios días, paradigma típico y cinematográfico de un proceso penal, no es la regla sino en verdad la excepción: el sistema no daría abasto si por cada delito tuviera que hacerse un juicio. Por esa razón existe un abanico de *salidas alternativas*. Aparte de la posible prescripción, los delitos leves pueden desembocar en una “suspensión del juicio a prueba”. Esta *probation* pausa el proceso a condición de que el acusado ofrezca reparación del daño y cumpla con ciertas reglas de conducta: si no lo hace, o comete un nuevo delito, la causa proseguirá.

Además, muchas jurisdicciones evitan los juicios orales: ya sea con un proceso simplificado para delitos menores, o bien contemplando “juicios abreviados” en los que se preacuerdan penas entre fiscalías y defensas, y se resuelve con mayor celeridad (y sin mayores apelaciones) una porción significativa de los casos.

Esa causa “prescribió”

Esta frase, popularizada en el uso corriente, hace alusión al instituto jurídico de la *prescripción penal*, por el que transcurrido cierto tiempo la chance de imputar a una persona (la “acción penal”) se extingue. En algún fallo la Corte ha aludido al “hecho social, según el cual el transcurso del tiempo conlleva el olvido y el desinterés por el castigo”.[\[127\]](#) Otra razón subyacente de ese abandono legal es que el Estado no encuentra ventaja práctica en sostener indefinidamente esfuerzos de investigación de resultados cada vez más improbables. Por supuesto, esto también puede ser usado como estrategia de defensa, es decir, buscar dilatar de forma deliberada los trámites de un proceso para conseguir que dure el tiempo necesario para prescribir.

El término de prescripción penal no es único: es más prolongado para delitos más graves porque el art. 62 del Código Penal establece que la acción penal prescribe después de transcurrido el *máximo de la pena* contemplada para el delito. Así, por ejemplo, el máximo de pena de un robo simple es de seis años, entonces, quien cometió un robo en 2010 no podrá ser inculcado por ese delito en 2017.

Sobre esto hay muchas reglas particulares y excepciones:

- El plazo de prescripción para los delitos reprimidos con perpetua es de quince años.
- Los plazos no se cuentan inexorablemente, sino que pueden suspenderse (detener la cuenta) o interrumpirse (volverla a cero). Por ejemplo, una causal de interrupción es la comisión de un nuevo delito. Si el ladrón de nuestro ejemplo cometió otro hecho en 2013, sí se lo podría inculpar (por ambas causas) en 201
- Desde 2015, en lo que concierne a los delitos de violación y abuso sexual se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad (esto se justifica porque es muy improbable que en esa situación la persona afectada proceda a denunciar, con lo cual muchas situaciones de abuso infantil corrian riesgo frecuente de prescribir).
- Los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles (hay una convención de la ONU al respecto), lo cual ha habilitado la realización de juicios por crímenes de la dictadura militar que por el transcurso del tiempo se considerarían prescriptos. En 1994, la Constitución también declaró imprescriptibles los actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático (art. 36 CN).

Una jurisdicción ciudadana: el juicio por jurados populares

La figura de los jurados populares siempre se relaciona con un modelo “clásico”, *el de las películas*, en el que los integrantes del jurado penal son doce ciudadanos, legos, y solo intervienen en la causa que se les asigna mediante un sorteo. Tienen la obligación de presenciar el juicio, que es dirigido por un juez profesional (quien admite prueba y resuelve las incidencias entre las partes) y luego se pronuncian en un veredicto condenatorio o absolutorio del acusado.

Tres veces menciona la Constitución el “juicio por jurados”. En el art. 24: “El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados”. Luego en el art. 75 inc. 12, al referir a leyes que debe dictar el Congreso, concluye una enumeración con “las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”. Y en el art. 118: “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”.

Lo peculiar es que en todos los casos aparece como una exhortación “a futuro”, que por cierto no se concretó. Incluso la Constitución de 1949 había *suprimido* en su texto el “juicio por jurados”. Sí aparece contemplado en otras constituciones, y recién entrado el siglo XXI finalmente se implementó en algunas provincias: Córdoba, Buenos Aires, Neuquén, Mendoza, Entre Ríos, Chaco y Río Negro, mientras que otras lo tienen aprobado sin implementación, y unas cuantas consideran proyectos para adoptarlo. En algunas el juicio por jurados es un derecho del imputado, y en otras es obligatoria su realización en determinados delitos, en general los más graves.

En su primer fallo relacionado con un juicio por jurados en 2019, la Corte entendió que no es exigible un requisito de *unanimidad* entre los miembros del jurado (algunas provincias lo consideran necesario, como ocurre en el modelo “clásico” anglosajón, en tanto otras permiten una condena con el voto de diez y hasta ocho de los doce jurados).[\[128\]](#)

Toda implementación del juicio por jurados debe atender los mecanismos necesarios para asegurar la imparcialidad de sus miembros (que no tengan sesgos a favor o en contra del imputado, lo que se garantiza con la posibilidad reglamentada con la que cuentan las partes para excluir a ciertos candidatos) y la correcta delimitación de su tarea a través de “instrucciones” (que les serán impartidas por jueces profesionales) para entender el alcance de la ley penal que, en la práctica, deberán aplicar.

¿Cómo se compatibiliza el juzgamiento por un jurado con la garantía de

“motivación” o fundamentación de las sentencias? En una sentencia de 2018, la Corte Interamericana determinó la responsabilidad internacional de Nicaragua por una condena dictada por un jurado ciudadano. Sin embargo, en esa ocasión el tribunal hizo algunas precisiones sobre el sistema juradista, concediendo que “la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto *no vulnera en sí misma la garantía de la motivación*”, pero requiere condiciones específicas, pues

debe permitir que, a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, quien lo valora pueda reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados, quienes habrían incurrido en arbitrariedad en el supuesto en que esta reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales.

[\[129\]](#)

Recordemos que en el sistema de jurados no hay sentencias que expliquen los motivos, solo un veredicto: culpable o no.

El abogado, primer juez del caso

No recibe un sueldo del Estado (salvo que sea un defensor oficial) ni emite sentencias o doctrina, pero el abogado es quien primero “ve” el caso y piensa cuáles son las alternativas para llevarlo (o no) a la justicia. Significativamente, una norma procesal nos advierte que “en el desempeño de su profesión, el abogado será asimilado a los magistrados en cuanto al respeto y consideración que debe guardársele” (art. 58 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Es literalmente el primer juez del caso, y tiene un amplio abanico de responsabilidades: éticas, técnicas y humanas. El abogado es amortiguador emocional de un cliente, el puente entre la lógica judicial y la gente de a pie y – como apunta Martín Böhmer– cumple una función esencial de “traductor” del lenguaje de los intereses privados al lenguaje del interés público.[\[130\]](#) Un viejo civilista uruguayo, Héctor Lafaille, ha dicho que el abogado es *el soldado desconocido de la jurisprudencia*, y tiene razón: muchos fallos que elogiamos o consideramos novedosos suelen seguir el esqueleto argumentativo y la pulsión de justicia que trazó el trabajo del abogado de la parte, o de un fiscal o defensor.

[\[131\]](#)

... y otros que no salen en la foto

Detenernos en la figura del abogado nos da pie para poner el foco en otros participantes clave que muchas veces pasan desapercibidos. Hasta aquí nos hemos centrado en el papel de los jueces que ponen la firma a las decisiones que toman. Si bien su mecanismo de decisión es formalmente unipersonal (salvo en tribunales plurales o “colegiados”), detrás de cada juez hay siempre un equipo de trabajo. Si observamos el organigrama de un juzgado notaremos al pie del juez a su escudero, el secretario, de quien con maldad pero no sin buena parte de razón se ha dicho que es un *funcionario que hace todo lo que no firma, y firma todo lo que no hace*.

Quienes conocen el trabajo en tribunales captan el chiste intuitivamente, y explicarlo puede servir para dar un pantallazo de lo que pasa tras bambalinas. Existen empleados rasos o experimentados que asumen las diversas tareas, desde la atención diaria a la organización del “despacho”: pequeñas y muy relevantes decisiones que son esenciales para la complicada logística de un juzgado, en muchos casos saturado de causas y limitado por la carencia de medios y personal. Tener el “despacho al día” no depende de las facultades intelectuales del juez o de su coraje cívico, sino de una tarea mucho menos romantizada, la buena burocracia y aceiteada logística que cuando falla suele ser el motivo de esos procesos que duran años.

Los secretarios coordinan la microeconomía de ese equipo, y en buena medida actúan como vicejueces no acreditados, pues se les encomienda el análisis y la redacción de casos y temas que llevarán luego su prosa, pero no su firma. A la vez, el secretario –que monitorea toda la línea de montaje del juzgado– se encarga de delegar el estudio y otras tareas a gente de su staff, en parte para derivar un trabajo muscular agobiante, y en parte para que los empleados de menor jerarquía tengan la oportunidad de participar en los procesos. Si el juez es el director, el secretario es el productor ejecutivo de la película.

Una jurisdicción offshore: el “control de convencionalidad”

La idea de un “control de convencionalidad” surge como una extrapolación del “control de constitucionalidad” proyectada esta vez al ámbito externo: los Sistemas Internacionales de Derechos Humanos que en general están plasmados

en una “convención” (esa denominación es equivalente a “pacto” o “tratado”). En concreto, suele usarse con relación a una convención en particular, que hemos mencionado muchas veces, ya que es la única que tiene un tribunal especializado, la Corte Interamericana.

La expresión misma “control de convencionalidad” no figura en ningún texto legal ni convención. Empezó a usarse en la doctrina y aparece por primera vez en un voto individual del juez Sergio García Ramírez en la Corte Interamericana (*Mack Chang c. Guatemala*, de 2003). Se convertirá en doctrina de ese tribunal por primera vez en el caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile* de 2006, en el párr. 124, y en aquella acta de nacimiento encontramos la conjugación de tres ideas distintas:

- *Los poderes judiciales nacionales también son órganos de aplicación de un tratado internacional.* “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”.
- *Deben revisar entonces las normas nacionales para evitar que en su aplicación surjan violaciones a los tratados.* “En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.
- *Y les son vinculantes los criterios sentados por la Corte IDH.* “En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Esto nos obliga a hablar en cierta profundidad de este tribunal que no es “nuestro”, pero sí insufla sentido vinculante y “de rango constitucional” a nuestro sistema jurídico.

La Corte Interamericana

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es el tribunal internacional creado por la Convención Americana de Derechos Humanos (también conocida como Pacto de San José de Costa Rica). Estos tratados regionales de derechos humanos suelen tener sus tribunales como órganos de aplicación, y así existen otros tribunales que también se asimilan en Europa y en África: la Corte Europea de Derechos Humanos (establecida en Estrasburgo en 1959) y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en funcionamiento en Arusha, Tanzania, desde 2006).

La Corte IDH tiene su sede en San José de Costa Rica y funciona desde 1979. Se compone de siete jueces cuyos mandatos tienen una duración acotada a seis años, y que pueden renovar su cargo un solo período. Son elegidos por los países miembros mediante votación secreta (cada país puede presentar hasta una terna de candidatos) y deben ser “juristas de la más alta autoridad moral y reconocida competencia en la materia”. Son escogidos “a título personal”, lo que implica que no se los designa en calidad de representante del país que los haya postulado. Hasta 2021 habían pasado por la Corte Interamericana 39 jueces permanentes de los cuales 3 fueron argentinos: Julio Barberis (1990-1991), Leonardo Franco (2007-2012) y Raúl Zaffaroni (2016-2021). En ese mismo historial solo se registraban 5 mujeres, pero en la renovación de 4 miembros realizada en 2021, avanzando hacia una equidad de género, se incorporaron 3 mujeres (una de ellas es la primera jueza argentina, Verónica Gómez).

Aunque a veces escuchamos frases como “vamos a apelar a la Corte Interamericana”, la expresión es incorrecta. No hay un “recurso” ante la Corte Internacional porque la jurisdicción nacional nunca se hace internacional: el último tribunal de justicia contemplado en nuestra Constitución es la Corte Suprema de la Nación.

Lo que sí existe es un proceso distinto, que se tramita ante un tribunal supranacional, que tiene la capacidad de revisar violaciones a las obligaciones sobre derechos humanos que asumieron los países parte en el tratado en cuestión. En consecuencia, a diferencia de un proceso nacional en el que las partes son un fiscal que acusa frente a una defensa, o actor y demandado, *todos los procesos internacionales se siguen necesariamente contra un Estado*.

Esa *responsabilidad internacional* podrá ser por “acción” (porque el propio Estado incurrió en discriminación o violación de derechos humanos) o por “omisión” (el responsable directo de la violación pudo haber sido un privado, pero el Estado no cumplió con la obligación de garantizar los derechos al damnificado, a través de medidas legislativas, de control administrativo y/o judicial).

En esa Corte se demanda a *países*: el único que puede incumplir un tratado es

quien asumió la obligación que en él figura, y ese no fue otro (ni puede ser otro) que el Estado.

La Corte Interamericana no acepta peticiones particulares porque no es un organismo de apelación de los tribunales superiores, sino un órgano del sistema interamericano. Como dijimos, no hay “recurso” que se pueda presentar a la Corte luego de un fallo adverso. En cambio, el camino que tiene una víctima (o cualquier persona o grupo de personas) para que un caso sea considerado en la Corte Interamericana es indirecto: primero debe hacer su *denuncia* ante la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, y demostrar que ha agotado todos los reclamos administrativos y judiciales internos del país al que denuncia (porque el sistema es auxiliar y subsidiario al de la tutela judicial nacional). Si luego de su trámite encuentra que el Estado denunciado es responsable de una violación de derechos humanos y no existe una solución amistosa, la Comisión va a emitir un informe con su opinión y conclusiones al respecto, y sobre la base de ello tiene la posibilidad (no la obligación) de llevar el caso a decisión de la Corte. En este punto la Comisión Interamericana cumple una triple función: es “filtro” y “fiscal” del sistema (uno muy exigente, pues históricamente ha elevado menos del 1% de los casos recibidos), pero independientemente de ello es fuente de doctrina porque sus informes también sientan criterios para interpretar los derechos de la Convención.[\[132\]](#)

La Corte Interamericana tiene dos tipos de competencia. Una es la competencia *consultiva*, según la cual emite opiniones –sin asunto concreto en disputa– sobre la interpretación y alcance de las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, o de otras normas de derechos humanos de las que un Estado miembro de la OEA sea parte. No lo hace de modo espontáneo: el pedido de opinión consultiva suele ser planteado por países interesados en un tema, aunque también puede ser realizado por cualquiera de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos.

El repertorio de las opiniones consultivas (han sido emitidas 27 OC hasta 2020 inclusive) es riquísimo, y muchas de ellas son verdaderas cartas de derechos específicos. Mencionamos puntualmente las dedicadas a *Garantías judiciales en estados de emergencia* (OC 9/87), *Derechos de los migrantes indocumentados* (OC 18/03), *Condición jurídica y derechos humanos del niño* (OC 17/2002), *Derechos de las personas jurídicas* (OC 22/2016), *Medio ambiente y derechos humanos* (OC 23/2017), *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo* (OC 24/2017).

La competencia *contenciosa* abarca a los países que han aceptado la competencia del tribunal: de los 25 países que están en el sistema de la

Convención Americana, son 20 los que han aceptado además la competencia de la Corte Interamericana.^[133]

Algunos son demandados con mayor frecuencia ante la Corte, y ello sucede por dos razones diversas: porque en algunos existen mayores violaciones a derechos humanos, y porque en otros hay una más arraigada “tradición” de recurrir al sistema que es ejercida por ciudadanos (en general avalados por ONG). Esto último explica que la Argentina se encuentre en el tercer lugar de casos tratados en la historia de la Corte IDH (lo que ha llevado a que muchas de sus decisiones no nos incumban solo en sus términos generales, sino que sean específicamente dedicadas a nuestro espacio jurídico). Hasta 2020 inclusive, la Corte Interamericana resolvió 30 casos “argentinos”, lo que representa el 10,20% del total de sus casos.^[134]

En el comienzo centrada en violaciones de derechos humanos relacionadas con torturas y desaparición de personas, la Corte fue extendiendo su temario a un amplísimo espectro de derechos y cuestiones. Así, por ejemplo, se ocupó de:

- *Igualdad y derechos personales*: con fallos dedicados a derechos de personas con discapacidad internadas en establecimientos de salud mental (*Ximenes Lopes c. Brasil*, 2005), a la discriminación por razones de orientación sexual (*Atala Riffo y niñas c. Chile*, 2012), a derechos reproductivos a propósito del status jurídico de los embriones y la fertilización asistida (*Artavia Murillo y otros c. Costa Rica*, 2012), a los derechos del paciente y derechos de adultos mayores (*Poblete Vilches y otros c. Chile*, 2018).
- *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*: a propósito de casos que versaban sobre trabajo esclavo (*Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil*, 2016), estabilidad laboral (*Lagos del Campo c. Perú*, 2017), propiedad comunitaria indígena (*Asociación Lhaka Honhat – Nuestra Tierra– c. Argentina*, 2020).
- *Libertad de expresión*: expidiéndose sobre la prohibición de censura previa (“*La Última Tentación de Cristo*” –*Olmedo Bustos y otros– c. Chile*, 2001), el acceso a la información pública (*Claude Reyes y otros c. Chile*, 2006), su afección por delitos de calumnias e injurias (*Kimel c. Argentina*, 2008) o por indemnizaciones civiles (*Fontevicchia y D’Amico c. Argentina*, 2011) y las condiciones de titularidad de licencias de radiodifusión y derechos de las personas jurídicas (*Granier y otros – Radio Caracas Televisión– c. Venezuela*, 2015).

- *Garantías de derecho penal*: ha proclamado la nulidad de amnistías a graves violaciones de derechos humanos (*Barrios Altos c. Perú*, 2001; *Gelman c. Uruguay*, 2011); y ha fijado *criterios sobre la duración* razonable del proceso penal (*Suárez Rosero c. Ecuador*, 1997); detenciones sin orden judicial (*Bulacio c. Argentina*, 2003; *Fernández Prieto y Tumbeiro c. Argentina*, 2020); sobre los alcances de la revisión judicial en el derecho a la doble instancia (*Mohamed c. Argentina*, 2012); los límites y condiciones de validez de la prisión preventiva (*Norín Catrimán y otros c. Chile*, 2014; y *Romero Feris c. Argentina*, *Hernández c. Argentina*, *Jenkins c. Argentina*, todos de 2019).
- *Garantías judiciales*: ha fijado estándares de tutela judicial sobre la perspectiva de género en la investigación de femicidios y violencia contra las mujeres (*González y otras –“Campo Algodonero”– c. México*, 2009); en la investigación de casos de violencia sexual contra niñas en ámbitos educativos (*Guzmán Albarracín y otras c. Ecuador*, 2020), en los procesos de adopción (*Fornerón e hija c. Argentina*, 2012) y en la tramitación civil con celeridad de los procesos de reparación por daños a personas con discapacidad (*Furlán c. Argentina*, 2012).

El saldo de la jurisprudencia de la Corte es positivo: ha enriquecido el sistema jurídico de toda la región con un sentido progresista y ampliatorio de derechos, y siempre ha buscado no solo resolver el caso en forma de castigo y reparaciones, sino exigir además a los Estados “garantías de no repetición” en el futuro (propiciando la derogación de leyes violatorias de derechos humanos, capacitación de funcionarios, reformas institucionales, etc.).

Ese talante activista de la Corte no ha estado exento de objeciones por parte de quienes ven allí un órgano que se excede en su función al asumirse como un *supertribunal* constitucional latinoamericano (cuando, consideran, debería inscribirse en un sistema de protección subsidiario de las justicias nacionales). En este sentido, emiten una luz de alerta sobre el “déficit democrático” que implica una institución supranacional que establece reglas dogmáticas y mandatos de seguimiento obligatorio por encima de las soberanías nacionales.

[\[135\]](#)

Y un segundo problema surge si se tienen en cuenta los tiempos de la justicia interamericana: los procesos que capta el sistema deben recorrer un largo camino de fases y plazos inciertos. Por ejemplo, en 2020 se falló *Fernández Prieto y Tumbeiro*, un caso sobre garantías penales (requisas sin orden) en que la Corte IDH condenó a la Argentina: los hechos habían ocurrido en 1992, y el

agotamiento de los recursos en jurisdicción nacional (fallo de la Corte Argentina) fue en 1998. Otro caso de 2020 es ilustrativo: Victorio Spoltore había promovido una demanda contra su empleador exigiendo la indemnización por una enfermedad profesional en 1988. El reclamo fue rechazado en la justicia bonaerense, en sucesivos recursos que terminaron en agosto de 2000. En ambos casos, la instancia supranacional llevó alrededor de veinte años hasta obtener la sentencia que reconoció las violaciones de derechos; en ese transcurso de tiempo, los actores que habían iniciado los procesos fallecieron.

El amparo

Se trata de la acción procesal más conocida a nivel “popular”, y es en parte el fruto de una creación judicial, dado que no estaba contemplado en la Constitución. Aparece a través de un binomio de sentencias de la Corte Suprema que lo ponen en el mapa procesal: *Siri* de 1957 y *Samuel Kot SRL* de 1958.

No fue una invención absoluta, pues ya existían amparos en otros países americanos y había algunas provincias que lo incluían en constituciones locales.

Siri es el apellido del amparo contra el estado

Se planteó como un hábeas corpus, pero no se cuestionaba el arresto de una persona, sino un acto arbitrario que afectaba a la libertad de expresión: la policía había ejecutado clausura y secuestro de la edición de un diario local. Era el diario *Mercedes* de la ciudad homónima, cuyo propietario era Angel Siri, un exsenador bonaerense por el justicialismo. Nació allí entonces el amparo como una generalización del hábeas corpus, destinada a la tutela de todas las garantías que no fueran la libertad física. Del fallo surge una idea fuerza que nutriría muchos fallos posteriores: “Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias”.

Y Kot es el apellido del amparo contra particulares

Fue en lo esencial un fallo “antihuelga”. La firma Samuel Kot SRL poseía una fábrica que estaba en conflicto gremial y había sido tomada por los trabajadores. Con la huelga declarada ilegal, y manteniéndose la continuidad de la toma, se interpuso este amparo por el cual el demandado no era el Estado, sino los huelguistas.

Esto cierra el círculo del amparo como garantía amplia con una idea que la teoría jurídica conoce como la “eficacia horizontal” de los derechos fundamentales, la de que no solo se pueden invocar contra el Estado, sino también *contra particulares*:

La declaración de que no existe protección de los derechos humanos frente a organizaciones colectivas, que acumulan casi siempre enorme poderío material o económico (comercios, sindicatos, asociaciones profesionales, grandes empresas), comportaría la de la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución, cuyo espíritu liberal es inequívoco y vehemente y con ella, la del orden jurídico fundamental del país.

Aclaremos que, aunque a veces se lo llama “recurso de amparo”, en verdad no es un recurso sino una “acción” a secas (porque no presupone una sentencia a la que haya que apelar). Así lo denomina la Ley de facto 16.986 que finalmente lo reglamentará a nivel federal en 1966: se buscaba poner orden y acotar el campo de aplicación del amparo con un sistema de plazos rígidos, además de explicitar que no era admisible la acción si con ella se perseguía una declaración de inconstitucionalidad. Pero con el tiempo esto se volvió letra muerta, pues los jueces fueron declarando la inconstitucionalidad o encontrando excepciones a tales restricciones.

Así llegamos a 1994, cuando la Constitución reformada incluyó el amparo entre los “Nuevos Derechos y Garantías”, en el art. 43:

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.

Aparecen contempladas las dos variantes del amparo (contra el Estado y contra particulares). La lesión puede ser existente o potencial, si es inminente. Y se permite plantear una inconstitucionalidad en el marco de un amparo.

En la práctica el amparo abarca un amplio espectro. Junto con la carta documento y la denuncia penal, completa la probable trilogía de acciones legales que tienen anclaje en el inconsciente colectivo legal. Recordemos por ejemplo que fue la vía procesal elegida mayoritariamente para requerir la devolución de depósitos atrapados en el “corralito” bancario de 2001. Además, son muy habituales los “amparos de salud”, por los cuales las personas se dirigen a los tribunales para que los jueces ordenen a prepagas u obras sociales la realización o cobertura de prácticas médicas o tratamientos.

Por otro lado, aparecen dos condicionamientos sobre los que la jurisprudencia todavía vacila. Uno es el carácter “residual” del amparo: es una acción que puede interponerse solo si no existe otro medio judicial más idóneo. Es decir, nadie sería tomado en serio si plantea un amparo para obtener una indemnización por daños o para cobrar un alquiler, asuntos que tienen su competencia específica a través de acciones “ordinarias”.

El otro condicionamiento, que mantiene la Ley 16.986, es que la arbitrariedad o ilegalidad (o, agregamos nosotros, la inconstitucionalidad) tiene que ser “manifiesta”: casi autoevidente. Si el reclamo requiere, por su complejidad, “amplitud de debate” o esclarecer cuestiones fácticas que necesiten mucha prueba, tendría que tramitarse una acción común y no el “amparo”, que es un atajo procesal reservado para los casos que pueden resolverse en inmediatez. Dicho esto, debemos hacer una aclaración más: muchas veces reclamos que no son nada autoevidentes en términos de arbitrariedad son presentados en formato de amparo, y eventualmente aceptados por los jueces.

De aquí se deduce que hay un desajuste entre la legislación del amparo (todavía está vigente la ya vieja Ley 16.986) y las nuevas pautas constitucionales. Una deuda pendiente del Congreso es la de sancionar una “nueva” ley de amparo, pero no ha existido consenso para ello y en cierta medida las reglas siguen siendo en su mayoría “pretorianas” o jurisprudenciales más que legisladas, de modo que ya entrado el siglo XXI seguimos como en *Siri* y *Kot*.

La invención (importación) de la acción de clase

La obsolescencia legal procesal –contrastada con la exuberancia constitucional– se hizo más aguda con una nueva creación judicial de la Corte, posiblemente la más importante del siglo actual. Así como *Siri* inventó el amparo individual, la Corte “vio” que una nueva especie de amparo estaba escrita con tinta limón en el art. 43, y la pasó en limpio en el fallo *Halabi* de 2009. La doctrina dio origen a la “acción de clase” criolla, cuyo nombre e idea general es tomado de la *class action* de los Estados Unidos sobre la que se han montado grandes litigios como los que involucraron condenas a tabacaleras por omitir información a consumidores sobre los daños a la salud que causa el cigarrillo.

¿Por qué esa “acción de clase” y no la común y clásica demanda del damnificado al dañador? La Corte razona que “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”.^[136] Eso sucede en “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”. También puede suceder que aun fuera de esas materias existan razones prácticas para propiciar el formato “mayorista” de la acción de clase: la coexistencia de múltiples acciones individuales –el formato normal– supone la realización simultánea de muchos juicios en los que se llevarán a cabo muchos actos y trámites para probar lo que es una causa fáctica común a toda la familia de casos, con el riesgo de que se emitan sentencias contradictorias o disímiles (con más trabajo para tribunales saturados, y mayores costos legales para las partes).

Este fallo de 2009 fue la primera página de una obra todavía en construcción. Con el espaldarazo jurisprudencial surgieron otros casos en los que la Corte fue perfilando detalles procesales de esta acción (uno muy importante es *Padec c. Swiss Medical*, de 2013), e incluso le dedicó una profusa reglamentación por vía de acordadas, una de las cuales establece un Registro Público de Procesos Colectivos (Acordada 32/2014).

Luego de varios proyectos presentados en el Congreso y una inclusión en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial (que finalmente no quedó en el texto sancionado en 2014), esta “acción colectiva” sigue sin estar legislada.

El hábeas corpus

Si el amparo es una acción de “amplio espectro” (que sirve para cualquier derecho), el hábeas corpus tiene una función terapéutica más acotada: solo previene o remedia restricciones a la libertad “física”.

De hecho, esta garantía más específica fue la que primero surgió en el tiempo: se trata del hábeas corpus que nació en la Carta Magna inglesa de 1215, con el objetivo de resolver el problema de un monarca que apresaba gente. Desde entonces esta acción quedó como un estándar en el constitucionalismo.

Por eso el hábeas corpus desde siempre se consideró “implícito” en nuestra Constitución, ya consolidado en la práctica judicial incluso en el siglo XIX, y solo desde 1994 el art. 43 CN lo “explicita” en estos términos:

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.

Es importante notar que el hábeas corpus no tiene por objeto investigar ni resolver sobre el eventual delito que pueda haber cometido el autor de la privación ilegítima de la libertad, sino solo controlar la detención y –si esta no fuera legal y justificada– disponer la liberación de la persona arrestada.

El hábeas corpus, como el amparo, mantiene una regulación anterior a la reforma de 1994. Es la Ley 23.098 de 1984, que habilita a que los jueces puedan –en el marco de este proceso– declarar la inconstitucionalidad de una norma que se haya invocado para justiciar la detención.

El hábeas corpus es un género en el cual se distinguen varias “especies”. Cada una se aplica al tipo de restricción de que se trate y genera distintas consecuencias. Así tenemos:

- el *reparador* o “clásico”, para rehabilitar la libertad física a una persona detenida;
- el *preventivo*, que se aplica cuando la autoridad pública o alguien en su nombre ha actuado con “amenazas” de detención;
- el *correctivo*, bajo el que existe un sujeto detenido de manera legal al que ilegítimamente se le agravan las condiciones de arresto (por lo general se recurre a este tipo cuando hay reclusos en situaciones de hacinamiento);

- el *restringido*, aplicable a molestias que perturban la libertad de tránsito, pero donde no hay detención.

El hábeas data

La reforma de 1994 se anticipó a la era del *big data* y agregó una garantía “focal”, una suerte de amparo especializado. El art. 43 párr. 3 la describe como la acción judicial que toda persona tiene a su disposición “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”.

Surge de aquí también la multiplicidad de fines del hábeas data más allá del que se intuye en su nombre: si el hábeas corpus era *traed el cuerpo*, aquí el objeto sería *traed el dato* (conocer la información compilada), pero también servirá eventualmente para pedir su “supresión, rectificación, confidencialidad o actualización”. Los detalles procesales fueron definidos con la Ley 25.326 de Protección Integral de los Datos Personales, sancionada en el año 2000.

Por debajo de la Corte (i): los tribunales federales inferiores

La organización judicial por debajo de la Corte no está resuelta en la Constitución, lo cual es un buen criterio ya que deja espacio para que el legislador la estructure del modo funcional que convenga a las necesidades.

La especialización *por fueros* se estructura en tribunales dedicados específicamente a ciertas materias, lo que supone que sus magistrados y empleados están más familiarizados con algún tema y van adquiriendo mayor dominio del área de su incumbencia.

Casi todos los fueros son relativamente conocidos o “transparentes” en la denominación. Tenemos fueros civiles (a veces unificados en “civil y comercial”, o bien especializados como los “juzgados de ejecución y quiebras”), laborales, penales (a veces especializados en “penal económico” o “penal tributario”), o “de la seguridad social” (que resuelven, por ejemplo, litigios sobre jubilaciones y pensiones). La decisión de distribuir la justicia en fueros es

puramente legal, según criterios de eficiencia y de organización judicial, pues la Constitución no puntualiza nada al respecto (aunque los estándares internacionales de derechos humanos sí exigen fueros especializados, por ejemplo, para el juzgamiento de niños, niñas y adolescentes).

La otra segmentación es *geográfica*. En la justicia federal, el territorio del país se divide en distritos que tienen una “Cámara” (de apelaciones) común. Por la disparidad de población, sucede que algunas provincias tienen más de una Cámara, mientras que hay Cámaras que abarcan territorios de más de una provincia. Esto no es un problema constitucional, porque la jurisdicción federal la fija el Congreso y es un circuito judicial distinto del provincial. Así, un caso radicado en La Pampa podría tener su primera decisión en el Juzgado de Primera Instancia de Santa Rosa, luego ser apelado ante una Cámara Federal, la de Bahía Blanca, para por fin llegar a la Corte por la selectiva vía del Recurso Extraordinario Federal, que describiremos más adelante.

Las Cámaras son tribunales “de alzada” (de apelación) que solo atienden apelaciones o “recursos” contra una sentencia de primera instancia. La regla de organización en la justicia federal, y en casi todas las jurisdicciones provinciales, es que en primera instancia el decisor es singular (un juez) mientras que en las apelaciones son tribunales “colegiados”, pluripersonales, que deben estudiar y firmar conjuntamente el caso (una Cámara puede estar así dividida en “salas”, con tres jueces cada una). La pluralidad de miembros –se supone– brinda la posibilidad de que un eventual error sea corregido (más ojos miran el mismo caso) y añade alguna riqueza deliberativa adicional al entrañar un debate previo entre pares.

Por debajo de la Corte (ii): los sistemas judiciales provinciales

La idea de que las provincias se rigen por sus propias instituciones también implica que tienen libertad para estructurar sus sistemas judiciales y dictar sus propios códigos procesales locales, aplicables en tribunales de la justicia local.

Las provincias –y también la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– tienen sus particularidades. Algunas son anecdóticas, como la denominación de sus tribunales máximos (en algunos casos es “Superior Tribunal”, en otros “Suprema Corte”). Un pequeño vistazo a su composición y competencia nos mostrará un panorama bastante diverso (tribunales de 5 a 9 jueces, que en algunos casos tienen una “división en salas” por materias).

Pero más allá de sus diferencias, en cada espacio judicial provincial el proceso es un camino de escalas, con dos instancias ordinarias, una provincial extraordinaria (que tratará ese superior tribunal local) y un eventual (y azaroso) ticket para llegar finalmente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el *Recurso Extraordinario Federal*, que sirve para controlar que el criterio local haya sido correcto en la interpretación de “cuestiones federales” como las que impliquen cuestionamientos de validez formulados con base en la Constitución Nacional.

Un “doble comando” para el Poder Judicial: el Consejo de la Magistratura

Hasta 1994 el Poder Judicial tenía un solo órgano (la Corte Suprema) que combinaba las funciones de “decisión” judicial final y también asumía las de “gobierno y administración” (como Poder, el Judicial tiene que dictar sus reglamentos, designar empleados, administrar presupuestos, etc.). Y el proceso de selección y de remoción de magistrados corría por carriles exclusivamente políticos: el presidente elegía a cualquier candidato que cumpliera los requisitos constitucionales y mandaba su “pliego” al Senado para su aprobación; una vez emplazado en el cargo, la remoción requería el “juicio político” del Congreso.

En 1994 ese sistema se vio alterado con la entrada de un nuevo “actor” institucional, tomado de precedentes españoles e italianos: el Consejo de la Magistratura, un órgano de composición plural que se ocupa de varias cuestiones, centralmente tres:

- *Es órgano de gobierno del Poder Judicial.* Dicta los reglamentos de su organización, administra los recursos y ejecuta el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.
- *Asume las facultades disciplinarias sobre jueces.* De este modo, las incorrecciones funcionales se tramitan en denuncias que resuelve el Consejo, y que pueden derivar (además de en su desestimación, si no hubiera incorrección en el actuar de parte del magistrado) en responsabilidad disciplinaria (una sanción menor, que impone el propio Consejo) o en el inicio del proceso de destitución (que implicará la formación de un “Jurado de Enjuiciamiento”).

- Se encarga de la primera etapa (la parte más gruesa del embudo) para la *selección de jueces*, al organizar concursos públicos que derivan en ternas que son vinculantes. El concepto es de una relativa “despolitización”: el presidente perdió en 1994 la libertad absoluta de nominar a su gusto a cualquier candidato con requisitos, y solo puede proponer a quien haya sido nominado por el Consejo en este proceso.

Aunque el sistema se piensa en lógica “meritocrática”, también puede verse en un sentido “depurador”: a lo largo del proceso se puede filtrar a candidatos de formación jurídica precaria o de probidad dudosa. Pensemos que una mala ley puede eventualmente reformarse, pero una vez designado un mal juez tiene estabilidad en el cargo y estará escudado por una barrera de garantías que lo protegerá contra las destituciones, y aun esa deposición no restituirá la justicia de la que pueda haber privado a las partes en los juicios en los que intervino.

La composición del Consejo de la Magistratura

En su art. 114, la Constitución no predeterminó el modo concreto de integración del Consejo de la Magistratura; solo estableció un concepto matriz, que luego derivó a una ley especial, en estos términos:

El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

¿Qué es ese “equilibrio” en la representación? Como no necesariamente es “paridad” de integrantes, la respuesta a esa pregunta se puede pensar de varias formas. Así, una forma posible –y recurrente– de medir el “equilibrio” ha sido la de computar la relación entre los tres estamentos “políticos” (Senadores, Diputados y Ejecutivo) frente a los “técnicos” (jueces, abogados y académicos). Y esa ecuación ha tenido varias mutaciones:

- La relación era de 9 a 11 en su primera versión de 20 miembros (dada en 1997 por la Ley 24.937): el Consejo tenía 9 miembros “políticos” (4 diputados, 4 senadores y un representante del Ejecutivo) y 11 “técnicos” (5 magistrados, 4 abogados y 2 académicos).
- La relación se modificó a 7 a 6 a partir de la reforma de 2006, en la que – con la idea de agilizar las decisiones– se redujo la composición a 13 miembros: la Ley 26.080 eliminó los diputados y senadores por la segunda minoría (quitándole diversidad política al Consejo) y los estamentos “técnicos” pasaron de 11 a 6 representantes (3 jueces, 2 abogados y 1 académico).

Bajo esa ley de 2006 funcionó el Consejo hasta 2021, cuando –en demorada resolución– la Corte Suprema confirmó un fallo de Cámara que en 2015 había declarado la inconstitucionalidad de esa reforma. El problema no era la reducción de miembros en sí misma, sino que la nueva composición determinaba el predominio del estamento político, lo que le permitía tener el número de consejeros suficiente para sesionar y adoptar un amplio plexo de decisiones trascendentes –como, por ejemplo, el reglamento de los concursos– que no exigen mayorías especiales. Además, la Corte puntualizó como eje de la asimetría que, en contraposición, ninguno de los estamentos técnicos por sí, ni todos ellos en conjunto, tenía chance de asegurar quorum para sesionar, ni mayoría para tomar decisiones de ningún tipo. En el fallo de 2021, la Corte exhortó al Congreso a sancionar una nueva ley, y determinó que interinamente la inconstitucionalidad debía saldarse con la restauración del sistema originalmente adoptado, el del Consejo de 20 miembros.^[137] Esto sucedió casi en paralelo a un proyecto que el Ejecutivo presentó en el Congreso para reformar el órgano y darle una composición de 17 miembros: como se ve, el acuerdo reformativo es transversal entre poderes, pero los caminos de la reforma divergen.^[138]

A lo largo de sus diferentes versiones también ha dispuesto la ley (y no la Constitución) que los consejeros duren cuatro años en sus cargos, y puedan ser reelectos con intervalo de un período. Los jueces y abogados son elegidos por sus pares del foro federal, y los diputados y senadores son designados por cada Cámara para cubrir los cupos de mayorías y minorías que le son asignados en la composición del Consejo.

Otro detalle es que, según la jurisprudencia actual, deben ser todos abogados. La primera versión (la ley de 1997) exigía a estos miembros “de extracción parlamentaria” *los mismos requisitos que para ser juez de la Corte Suprema*, lo que implicaba que debían ser abogados. Cuando se suprimió esta condición en

2006, la cuestión entró en un litigio que concluyó con un fallo de 2013 el cual consideró que la reforma era inconstitucional en ese punto. El criterio adoptado fue que “resulta razonable que los consejeros, como miembros de un órgano que integra el Poder Judicial de la Nación, sean abogados y reúnan las mismas condiciones exigidas para ser juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.[\[139\]](#) El paralelismo parece forzado si se tiene en cuenta que no es algo que la Constitución realmente demandara, y la ley que lo exigía luego dejó de tener tales pretensiones. Nótese que esto también vedaría la inclusión de personas del ámbito “académico y científico” que podrían aportar interdisciplina a la ecuación de saberes del Consejo (economistas, especialistas en gestión, sociólogos, filósofos, etc.).

Al observar la historia reciente encontramos una alternativa que nunca llegó a funcionar y que en el proceso nos dejó jurisprudencia aclaratoria sobre el punto. Se trata de la Ley 26.855 sancionada en 2013 (parte crucial del paquete de leyes de “democratización de la justicia” de ese año) que proponía un retorno a un organismo más grande (19 miembros) y una innovación radical: todos los consejeros de estamentos (jueces, abogados y académicos) debían ser elegidos en comicios y postulados por los partidos políticos.

Pero un fallo de la Corte Suprema de ese mismo año (causa *Rizzo*) declaró que esa ley se apartaba de las premisas constitucionales de despolitizar y de imponer un principio de representación equilibrada: al zanjar su composición en comicios abiertos el resultado sería que la totalidad de los miembros del Consejo iba a surgir en definitiva del sistema político-partidario. En definitiva, la accidentada historia institucional del Consejo nos muestra un diálogo ciertamente cacofónico entre poderes que, más allá de sus (co)responsables, no genera condiciones mínimas para que cumpla las expectativas fundadas en su instalación.

Para cerrar este apartado, cabe poner en valor al Consejo de la Magistratura, con todos sus problemas institucionales. Debemos tener en cuenta que hasta 1994 el sistema contaba con un perfil muy distinto: la selección de jueces era directa (“a dedo”) y la llevaba adelante el presidente, quien enviaba pliegos sin concurso previo para obtener el aval del Senado requerido para la designación. La remoción de cualquier juez federal, por su parte, requería poner en marcha la complejísima maquinaria del “juicio político” del Congreso: una impresión conceptual que los números respaldan cuando se observa que en sus 138 años de vigencia dio lugar a 26 destituciones de jueces.

Desde 1994, esta situación (nominación directa y responsabilidad solo en juicio político) se mantiene solo para los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Para los otros jueces se ha creado un nuevo órgano, que veremos a continuación.

Juzgar a los que juzgan: el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados

Este es otro de los órganos relacionados con la justicia que se incorporó en 1994, y sobre el que tampoco se definió concretamente su forma de composición. El art. 115 CN indica que el Jurado de Enjuiciamiento tiene tan solo una función (decidir sobre remoción: por sí o por no) y señala que estará “integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal”.

La Ley 24.937 (según ref. 26.080 de 2006) fija su composición en 7 miembros, desglosados en 2 jueces, 4 legisladores (2 por cada cámara) y un abogado de la matrícula. Son elegidos en sorteos públicos por períodos semestrales, de modo que es muy probable que transcurra este período sin tener que intervenir en ningún proceso.

Como en el modelo del juicio político, se toma en cuenta lo relevante que es la decisión de expulsar un juez, y por eso exige un *superconsenso*: la ley pauta mayoría de dos tercios del jurado. Esta regla, articulada con la diversidad en la composición, asegura que un juez no quede expuesto a la destitución como “castigo” por un comportamiento adverso o no dócil al sector político dominante.

Recordemos que este jurado no puede actuar hasta que no se lo habilite el Consejo de la Magistratura, que hace de “filtro” de las denuncias. Para ese paso previo también se requieren mayorías agravadas: las decisiones del Consejo sobre suspensión de magistrado y de remisión al Jurado de Enjuiciamiento para su remoción tienen que cumplir con dos tercios de los miembros presentes.

La norma constitucional también ha querido evitar que existan juicios muy prolongados, que mantienen al magistrado enjuiciado –y a la sociedad– en la indefinición de la continuidad de su función. Por eso la parte final del art. 115 CN establece que el Jurado de Enjuiciamiento debe “archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo”. La idea detrás de esta caducidad es también evitar que se manipulen los tiempos como una forma de presionar al juez sometido a proceso de destitución.

El sistema del Jurado de Enjuiciamiento tuvo su debut en el año 2000, con la destitución de Víctor Brusa, un juez federal de Santa Fe acusado de causar un accidente en lancha y no prestar atención a las víctimas. Este antecedente subraya que “mal desempeño” no siempre es un problema de ejercicio de la función, corrupción o error judicial grave.

Los números muestran que este órgano recibió desde su constitución (hasta

2020 inclusive) un total de 36 pedidos de enjuiciamiento, de los cuales hubo 23 que llegaron a su conclusión, y 18 de ellos con el resultado de remoción del cargo.[\[140\]](#)

A partir de 2012 se observa mucha menor actividad en el Jurado de Enjuiciamiento, que solo se pronunció en dos casos, con una desestimación de los cargos (en el proceso de 2015 seguido contra el juez Axel López, acusado de liberar detenidos) y la última destitución registrada en 2017 (Eduardo Freiler, en una acusación que giraba en torno al incremento de su patrimonio).

Algo que suele suceder es que los magistrados sujetos a procesos presentan su renuncia para evitar ser destituidos. Entre los casos que no llegaron a concluirse resaltan otros 11 magistrados que optaron por renunciar con el procedimiento de enjuiciamiento iniciado, que así se tornó abstracto. Solo de manera excepcional ha sucedido que la renuncia no es aceptada y prosigue el proceso.[\[141\]](#)

Dejamos para el final un detalle importante. Una ilusión óptica. Cuando el art. 115 habla de que los fallos del Jurado de Enjuiciamiento son “irrecurribles”, eso no significa que no se puedan recurrir. La Corte Suprema ha dicho que el Poder Judicial no puede sustituir el criterio del jurado en cuanto a lo sustancial del enjuiciamiento, pero sí acepta una revisión muy limitada, para considerar las eventuales violaciones –nítidas, concluyentes y graves– a las reglas del debido proceso y a la garantía de la defensa en juicio producidas en un procedimiento de destitución.[\[142\]](#)

Defensores y fiscales: el “ministerio público”

Hasta 1994, fiscales y defensores se suponían parte misma del Poder Judicial. Este criterio tradicional acarreaba un problema, pues implicaba una dualidad esquizoide: por más que los fiscales tuvieran garantizada autonomía de criterio para actuar, era en definitiva el mismo poder en el que convivían departamentos separados para juzgar, para acusar y para defender, lo que en la práctica afectaba el principio de independencia e imparcialidad.

Esto también cambió con la reforma constitucional de 1994, que incorporó la “sección cuarta”, inmediatamente después de las tres primeras dedicadas al Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Esta sección trata del “Ministerio Público” en un solo artículo:

Art. 120. El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República.

Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

Nótese que se habla de *un* “Ministerio Público” pero luego vemos que en realidad hay *dos*, que aparecen nombrados a partir de sus titulares. Son el Ministerio Público Fiscal (abreviado “MPF”, cuya cabeza es el procurador general) y el Ministerio Público de la Defensa (el “MPD”, cuya cabeza es el defensor general).

La norma constitucional es tan deliberadamente escueta que los detalles quedan librados a la definición del legislador (y esto implica –como siempre que sucede esta indefinición– que se puede cambiar la regulación subconstitucional sin necesidad de cambiar la Constitución). La reglamentación que tenemos es la Ley 24.946 (original de 1998, con algunas modificaciones), de la que surgen –en su art. 1– algunos conceptos más concretos para entender su funcionamiento.

En primer lugar, recordemos las implicancias de la independencia del Ministerio Público: los fiscales y defensores no pueden recibir instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura (por ejemplo, del Poder Ejecutivo, o de jueces o tribunales). Pero sí pueden estar vinculados por *instrucciones generales* que disponga cada Ministerio Público para plasmar una necesaria “unidad de actuación”, con pautas y criterios sobre qué política de persecución o de defensa deben seguir sus funcionarios. Dentro de ese marco, ellos siempre mantienen autonomía para actuar en la especificidad de sus funciones, lo que implica que no hay posibilidad de que reciban órdenes directas de acusar o no acusar a una persona por parte de sus superiores.

En cuanto a la forma de designación la ley ha querido que sean cargos de alto consenso, y les exige la misma mayoría que para elegir jueces de la Corte. Así, para los “titulares” de cada MP es necesario contar con una mayoría especial para procurador y defensor que la Constitución no estipulaba: deben ser designados por el Poder Ejecutivo nacional con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes. De igual manera, ha previsto su remoción por

juicio político (y es un caso especial de juicio político que tampoco está contemplado en la Constitución).

Para el resto de fiscales y defensores de ambos ministerios públicos se establecen (como reflejo de su autonomía) sistemas propios de designación y destitución, distintos al del Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento.

- Para cubrir las vacantes de funcionarios inferiores de los MP, el procurador general de la Nación o el defensor general de la Nación deben hacer un concurso público de oposición y antecedentes, del cual surge una terna de candidatos. De allí el Ejecutivo va a elegir a un candidato para postular su nombramiento, y que para su designación requiere – siempre según esta ley– el acuerdo de la mayoría simple de los miembros presentes del Senado.
- El mecanismo de destitución en ambos “ministerios” es un Jurado de Enjuiciamiento que según la Ley 24.946 tiene 7 miembros: 3 vocales designados por poderes del Estado (uno por el Ejecutivo, uno por el Senado y uno por la Corte Suprema), 2 abogados designados por la colegiatura y 2 funcionarios del Ministerio Público elegidos por sorteo (un fiscal y un defensor). El pronunciamiento de condena (que implica la remoción del funcionario) requiere mayoría absoluta.

El Ministerio Público es un órgano esencial de la administración de justicia, y por tal motivo sus funcionarios suelen tener deberes, incompatibilidades y prerrogativas parecidos o idénticos a los de los jueces. Un fiscal, como un juez, debe suponerse probo, íntegro, imparcial, a salvo de presiones de los órganos políticos, etc., con lo cual aparecen en escena lógicas similares a las que explicaban las garantías de estabilidad en el cargo y que en general se aplican a los miembros del Poder Judicial, como por ejemplo la “intangibilidad de remuneraciones” (que impide que se reduzcan los sueldos como forma de presión, castigo o disuasión).

Así, los “magistrados del Ministerio Público” (o sea, fiscales y defensores) gozan de estabilidad mientras dure su buena conducta y hasta los 75 años. Cuando cumplan esa edad, se requiere nueva designación, que será por período limitado a cinco años: es el mismo sistema de estabilidad en el cargo que se aplica a los jueces (aunque su fuente es legal, art. 13 de la Ley 24.946, y no constitucional).

Del imperio de la justicia al reino de la judicialización

La justicia, pensada en su origen como un ámbito de reclamos relativamente excepcional, se ha convertido en cambio en un espacio que cobra presencia permanente en nuestros ciclos de noticias: hay más litigios y más propensión a activarlos en demandas y recursos. La a veces señalada “judicialización de la política” no sería entonces sino el caso particular de una tendencia general, replicada y discutida en países de diversas tradiciones jurídicas y distintos grados de desarrollo.

Y esa mayor “judicialización” no es tampoco un acontecimiento local. El jurista alemán Bernd Rüthers, por ejemplo, en un libro de 2020 de título muy transparente, *La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial*, reporta cómo “extensas áreas de todas las ramas del derecho se regulan, ya no a través de las leyes, sino del *derecho judicial*”.[\[143\]](#)

El fenómeno reclama una mirada cauta y en perspectiva. No es culpa de jueces arrogantes ni comedidos, sino en buena medida una derivación de que –como analizamos antes– aparecen más derechos y más reglas, ergo hay menos discrecionalidad, y ergo, *más juicios*. En consecuencia, hay mayor chance de un impacto en la agenda pública y política.

Veamos el caso de los Estados Unidos, donde un juicio fue nada menos que el antecedente directo de una guerra civil (el caso *Dredd Scott*, que negó derechos de ciudadanía a personas afroamericanas). Este juicio había elaborado una doctrina que venía a admitir la segregación racial bajo el principio “separados pero iguales” (*Plessy c. Ferguson*, de 1896). Esta misma Corte Suprema resistió la intervención regulatoria del Estado (*Lochner*, de 1905) y finalmente aceptó el New Deal (*Wickard c. Filburn*, de 1942), ordenó el desmantelamiento de grupos monopólicos (*Standard Oil Co. of New Jersey*, de 1911), ordenó la integración de escuelas segregadas (*Brown c. Board of Education*, de 1954), estableció el derecho al aborto (*Roe c. Wade*, de 1972), frenó y luego rehabilitó la pena de muerte (*Furman c. Georgia*, de 1972, y *Gregg*, de 1976), precipitó la salida de Nixon (*US c. Nixon*, de 1974), desestimó impugnaciones sobre una elección muy disputada (*Bush c. Gore*, de 2000), declaró que los detenidos en Guantánamo tenían derecho a la revisión judicial (*Rasul c. Bush*, de 2004), rechazó los límites de aportes a las campañas (*Citizens United*, de 2010), aceptó la cobertura de salud obligatoria del Obamacare (*NFIB c. Sebelius*, de 2012), y estableció el derecho constitucional a contraer matrimonio con personas del mismo sexo (*Obergefell*, de 2015).

En la Argentina la justicia resolvió planteos de indexación monetaria, se

pronunció decisivamente en crisis económicas por la intervención en los contratos de depósitos bancarios (cuyo ápice fue la saga del “corralito” entre 2001 y 2005). Habilitó el Juicio a las Juntas Militares, en una serie de fallos que incluyó entre otras secuelas la discusión sobre las leyes de obediencia debida y de “punto final” (validadas en la década del ochenta), la nulidad de indultos y la rehabilitación de juicios de lesa humanidad en la primera década del siglo XXI, y el par de fallos en que aplicó y desaplicó la liberación de represores por el criterio de 2x1 (*Muiña*, de 2017, y *Batalla*, de 2018). También anticipó el divorcio vincular (*Sejean*, de 1986), rechazó, aceptó y volvió a rechazar la incriminación de tenencia de drogas para consumo personal (un arco que parte de *Bazterrica*, de 1986, y culmina en *Arriola*, de 2009), resolvió la inconstitucionalidad de la reforma al Consejo de la Magistratura (*Rizzo*, de 2013) y la constitucionalidad de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (*Grupo Clarín*, de 2013), declaró la interjurisdiccionalidad de un río apropiado por una provincia (*La Pampa c. Mendoza*, en fallos de 1987 y 2017), ordenó el saneamiento del Riachuelo (*Beatriz Mendoza*, de 2006), estableció las condiciones del aborto no punible en casos de violación (caso *F., A. L.*, de 2012) y la limitada responsabilidad de buscadores de internet por los resultados que pudieran afectar a personas incluidas en ellos (*Rodríguez c. Google y Yahoo*, de 2014), fijó la obligatoriedad de audiencias públicas suspendiendo un aumento de tarifas (*Cepis*, de 2016), y trató casos derivados de la pandemia del covid-19 como las sesiones virtuales del Congreso (*Presidenta del Senado*, de 2020) y las restricciones a la escolaridad presencial (*Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, de 2021).

La lista podría seguir con un nutrido pelotón de fallos sobre cuestiones técnicas y relevantes para la coyuntura política, tanto en la Corte Suprema como en otras instancias, que van desde la inconstitucionalidad de ordenanzas que prohíben antenas de celulares hasta la determinación del día y hora en que culmina un mandato presidencial.

El tema excede el modesto objetivo que nos ocupa, que es de la Constitución nacional, pero no queremos dejar de darle un encuadre que sobrepasa lo jurídico. Como plantea Pierre Rosanvallon, la demanda social que se expresa en democracias contemporáneas fracturadas es una pretensión de juicio. El proceso legal obliga a las partes a justificarse de modo público, y eso está en la raíz de las expectativas cívicas que (más allá de oportunismos e intereses creados y propios) abriga la sociedad al activar *sistemáticamente* el mecanismo de judicialización, que así visto, puede ser una continuidad de la deliberación por otros medios, y un espacio para repensar “en concreto” temas discutidos “en general” al momento de hacer las leyes.

Muchos de los pronunciamientos modernos han explorado la viabilidad de una democracia deliberativa, y hemos visto a la Corte hacerlo de modo explícito o implícito, con sus intervenciones “exhortativas”, mandatos de remediación abiertos y otros modos no ortodoxos. El desafío de la justicia constitucional –y de un sistema político que la excede– es encontrar la práctica institucional que sirva a esos propósitos, que la ubique funcionalmente dentro de una división dialogada de poderes, y no en una atalaya de última e indiscutible palabra.^[144]

^[117] Remitimos al completísimo y muy interesante libro de M. Benedetti y J. Sáenz, *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

^[118] CSJN, *Rey c. Rocha*, Fallos 112:384 (1909).

^[119] “La Suprema Corte es el intérprete final de la Constitución; y siempre que se haya puesto en duda la inteligencia de alguna de sus cláusulas y la decisión sea contra el derecho que en ellas se funda, la sentencia de los tribunales provinciales está sujeta a la revisión de la Suprema Corte”.

^[120] G. Carrió, *Cómo fundar un recurso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 81.

^[121] Corte Suprema de los Estados Unidos, *Minersville School District c. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940), p. 598.

^[122] El caso es *Granada* de 1985 (Fallos 307:2284). El carácter de “cuestión política” de la intervención federal ya estaba establecido en la doctrina de la Corte desde 1893, con el caso *Cullen c. Llerena*.

^[123] H. Rosatti, *Tratado de derecho constitucional*, t. II, 2ª ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2017, p. 500.

^[124] CSJN, *Apoderados y Electores de la Alianza Frente de la Esperanza*, Fallos 316-972 (1993).

^[125] CSJN, *Thomas*, Fallos 333:1023 (2010).

^[126] CSJN, *Farina, Haydée S. s. Homicidio culposo*, 26/12/2019.

^[127] CSJN, *Ponti*, Fallos 292:103 (1975).

^[128] CSJN, *Canales*, Fallos 342:697 (2019). Como nota de contexto, en *Ramos c. Louisiana* de 2020 la Corte Suprema de los Estados Unidos manifestó que era obligatoria la unanimidad del jurado para condenar; en ese país solo dos estados permitían condenas por mayoría de diez sobre doce jurados.

^[129] Corte IDH, caso *V. R. P., V. P. C. y otros c. Nicaragua*, sentencia del 8/3/2018, Serie C, n° 350.

^[130] M. Böhmer, “La lógica político-institucional del Poder Judicial en la Argentina”, en C. H. Acuña (comp.), *Cuánto importan las instituciones*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, pp. 157-207.

^[131] Véase H. Lafaille y J. Alterini, *Tratado de los derechos reales*, t. I, 2ª ed. act. y ampl., Buenos Aires, La Ley, 2010, parágrafo 152 quater, pp. 239-241.

^[132] La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de la OEA anterior a la Convención Americana, pues fue creado en 1965, y cumple una función de monitoreo de derechos humanos en la región (un hito trascendental fue la visita que realizó a la Argentina en el año 1979, cuando recibió mas de 5000 denuncias de violaciones a los derechos humanos cometidas por la dictadura gobernante). También está formado por siete miembros (cuyos mandatos son de cuatro años) y tiene su sede en Washington.

^[133] Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay.

^[134] Elaboración propia sobre datos de la Corte IDH. Se considera solo el número de casos, sin importar el número de resoluciones y sentencias que le haya dedicado la Corte (cada caso puede tener

varias: dedicadas a la admisibilidad, al “fondo”, a las reparaciones o a la supervisión del cumplimiento de sentencias).

[135] Estas fricciones se advierten en un episodio de 2018 en el cual la Corte Suprema rehusó dejar sin efecto una condena indemnizatoria dictada contra periodistas (por un artículo relativo a un hijo extramatrimonial del expresidente Menem) que era una de las conclusiones del caso *Fontevicchia c. Argentina* resuelto por la Corte Interamericana en 2011. Allí nuestra Corte nacional recordaría que la Corte Interamericana “no constituye una ‘cuarta instancia’ que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales sino que es subsidiaria, coadyuvante y complementaria”. Véase CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s. Informe sentencia dictada en el caso “Fontevicchia y D’Amico c. Argentina” por la Corte IDH*, Fallos 340:47 (2018).

[136] CSJN, *Halabi*, Fallos 332:111 (2009).

[137] CSJN, fallo del 16 de diciembre de 2021, confirmando la sentencia de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, Sala III, *Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c. Estado nacional*, del 19/11/2015.

[138] El proyecto, presentado en diciembre de 2021, buscaba una composición con paridad de género y mantener los 7 consejeros “políticos” de la versión 2006 (6 legisladores y un representante del Ejecutivo) y tener 10 representantes de estamentos técnicos (4 jueces, 4 abogados y 2 académicos). Dicho sea de paso, la idea del Consejo Consultivo convocado por el Ejecutivo nacional en 2020 para proponer reformas a la justicia sugirió un criterio que hacía una interpretación lineal de la paridad: si son nombrados cuatro rubros, el equilibrio debería consistir en dar a cada uno igual espacio. La mayoría de ese Consejo planteaba una salomónica composición de 16 miembros: 4 parlamentarios, 4 electos por los jueces, 4 de la abogacía, 4 de la academia.

[139] Cámara Contencioso Administrativo Federal, Sala III, causa 21.970/2013 *Fargosi, Alejandro Eduardo c. EN –PEN– Ley 26.855 s. Proceso de conocimiento*, fallo del 4/7/2017.

[140] Para detalle de las estadísticas del Jurado de Enjuiciamiento, véase M. Benente (dir.), *¿Rendición de cuentas? Jueces y juezas denunciados/as en el Consejo de la Magistratura*, del Programa de Estudios sobre Poder Judicial, Universidad Nacional de José C. Paz, 2018.

[141] Esto ocurrió, por ejemplo, con el juez Galeano: Néstor Kirchner no aceptó su renuncia, y luego el juez fue destituido por irregularidades en la investigación del atentado contra la AMIA. Lo mismo sucedió con un caso de resultado inverso, en el proceso seguido en 2006 a Ricardo Lona, cuya remoción fue desestimada por el Jurado de Enjuiciamiento. Incidentalmente, Lona sería luego condenado en 2019 por su actuación en el secuestro y desaparición del exgobernador de Salta Miguel Ragone, lo que sirve para ilustrar el punto de que la actuación del Jurado de Enjuiciamiento no incide sobre la suerte penal que puedan tener los magistrados enjuiciados, aunque versen sobre los mismos hechos.

[142] CSJN, *Brusa*, Fallos 326:4816 (2003). En sentido similar, la Corte Interamericana esbozó un estándar de revisión elemental y deferente para estos procesos en un caso de 2021 en el que se controvertía la destitución de un juez bonaerense: Corte IDH, *Rico c. Argentina. Excepción preliminar y fondo*, sentencia del 2/9/2019, Serie C, n° 383.

[143] B. Ruthers, *La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*, Madrid, Marcial Pons, 2020.

[144] Tanto para ejemplos concretos como para el marco teórico de estas alternativas, recomendamos los textos reunidos en R. Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014, y el panorama trazado por J. Waldron en *Contra el gobierno de los jueces*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2019.

9. Las provincias

La división “vertical” del poder

La división “horizontal” no es el único ingenio de “pesos y contrapesos” a través del cual se divide el poder en nuestra República. Como es una república “federal”, la Constitución argentina incorpora una división “vertical” del poder, con dos antagonistas asimétricos ubicados asimétricamente: la Nación y las provincias.

Para organizar esta división, nuestro texto supremo incluye un repertorio de poderes que se “delegan” a la Nación. Cada vez que vemos un poder del Congreso, del Ejecutivo, o de la Corte, a esos nombres les tenemos que poner el correlativo “doble apellido”: *federal*. El Estado federal tiene entonces la suma de los poderes que la Constitución asignó a cada una de las tres ramas.

Los poderes de las provincias abarcan todo lo demás, pues “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal”, reza el art. 121 CN.

Como contrapartida de esa aparente “taxatividad” federal, a esos poderes nacionales les asignamos un carácter superior, que les corresponde por la propia supremacía constitucional. Alberdi decía en las *Bases*, capítulo 24, que

sobre los objetos declarados del dominio del gobierno federal, su acción debe ser *ilimitada*, o más bien, no debe reconocer otros límites que la Constitución y la necesidad de los medios convenientes para hacer efectiva la Constitución. Como poder nacional, sus resoluciones deben tener *supremacía* sobre los actos de los gobiernos provinciales, y su acción en los objetos de su jurisdicción no debe tener obstáculo ni resistencia.[\[145\]](#)

El resultado es así un poder compartimentado por una división funcional en la que las provincias se engarzan articulándose con la Nación en relaciones de diversa índole.

Las más visibles son de *subordinación*, correlato de la supremacía constitucional sobre las normas locales. También vemos relaciones de *coordinación* que surgen a partir de las “reglas de tránsito” dadas en la Constitución, que asigna funciones y competencias diferentes a cada nivel jurisdiccional. Para una buena circulación, es necesario que las provincias y la Nación se vinculen en un ejercicio ordenado y no disfuncional de sus potestades. Un escenario habitual de coordinación se gestiona a través de Consejos Federales en los que actúan de manera paritaria las provincias y la Nación. Por ejemplo: Consejo Federal de Cultura y Educación, Consejo Federal de Seguridad Vial, Consejo de Seguridad Interior, Consejo Federal de Turismo, Consejo Federal Agropecuario, entre otros. Por cuestiones prácticas convendrá tomar el siguiente atajo: casi todo ministro de cualquier área relevante estará vinculado institucionalmente con sus pares de provincias y Nación a través de algún Consejo Federal existente.

Por último, hay otras relaciones implícitas en el propio sistema, y son las relaciones de *participación*. Aunque se subordinan a las autoridades federales, las provincias de algún modo son “accionistas” de la República a través de la participación directa (los votos de sus ciudadanos en los comicios que eligen presidentes) e indirecta (el papel de sus diputados y senadores en el Congreso de la Nación). Las Cámaras son también entonces la caja de resonancia de las iniciativas o preocupaciones locales que requieren la sanción de derecho federal o de derecho común, cosa que las provincias no pueden hacer.

Esta es la presentación básica del tema, que nos obligará a empezar desde el principio (las otras constituciones, las *provinciales*) y repasar el título segundo de la Constitución, el que se dedica a los “Gobiernos de Provincia” (y que tiene una *recién llegada* como invitada especial, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, justo en la norma que da punto final a nuestra Constitución vigente).

Antes de ello, no obstante, hacemos una pequeña digresión para hablar de las “nuevas provincias”. Las 23 que conocemos hoy no fueron provincias siempre: el número al momento de la sanción de la Constitución era de 14 provincias (son las mencionadas en el art. 46 CN, todavía vigente pero de mero interés histórico). El resto del país estaba dividido en “territorios nacionales”, donde la autoridad máxima era un delegado federal. El último de ellos fue el de Tierra del Fuego, que se provincializó en 1991. Precisamente, una de las facultades del Congreso es la de crear provincias (art. 75 inc. 15), y la Corte argentina ha señalado que, una vez que ocurre esa creación, esta las supone iguales en derechos. La explicación proviene del *modelo estadounidense* y de un fallo de la Corte de los Estados Unidos en el cual se concluyó que “los territorios son administrados con el objeto de que tan pronto como su población y aptitud lo

justifiquen, sean admitidos en la Unión como estados en el mismo plano de igualdad [*equal footing*] que los estados originarios en todos los sentidos”.[\[146\]](#)

Un poder constituyente de segundo grado

El art. 5 CN es la columna vertebral del sistema federal *dualista* en el que se traduce la “división vertical” del poder, que asume una distribución de competencias sujeta a la tutela y supremacía de la Nación.

Art. 5. Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo estas condiciones el gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

El Estado federal se asume “garante” de su autonomía al asegurar a cada provincia “el goce y ejercicio de sus instituciones”. Más adelante, el art. 122 CN ratificará esa idea al indicar que las provincias “se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas”.

En esta lógica el federalismo “empodera” a las provincias para que dicten sus propias constituciones y las “condiciona” estableciendo un doble orden de restricciones al Poder Constituyente provincial. Como pautas más específicas, establece tres puntos “innegociables” que deben estar asegurados en las jurisdicciones locales: la *administración de justicia*, un *régimen municipal* y la *educación primaria* (aspecto sobre el cual cabe mencionar la potestad también conferida al Congreso de la Nación en el art. 75 inc. 19 CN para “sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales”, lo que implica que una ley nacional puede válidamente exigir la implementación de niveles obligatorios superiores al primario).

Como pauta más general y abarcativa, se les exige a las constituciones provinciales la concordancia con “los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional”. En virtud de estos condicionamientos se puede decir que el Poder Constituyente provincial es un poder “de segundo grado”, derivado de la Constitución nacional y no *soberano* como este. De ello se desprende también

que la supremacía de la Constitución nacional (art. 31 CN) se proyecta no solo a las leyes y reglamentos nacionales, sino también a los ordenamientos provinciales, incluyendo a sus constituciones y por supuesto a sus normas subconstitucionales.

La exigencia de conformidad con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional no debe ser interpretada como una pretensión de uniformidad. En este punto podría enunciarse un principio de progresividad intrafederal, por el cual las provincias pueden establecer un *plus de derechos* pero no negar los derechos y garantías reconocidos en el bloque de constitucionalidad federal.

Las constituciones provinciales presentan una gran disparidad entre sí (más allá de su “aire de familia”) que nos sirve para ver en su amplio espectro un muestrario dinámico de cómo fue evolucionando el constitucionalismo. En efecto, las constituciones que se han reformado de manera sustancial en el período democrático post 1983 son más ambiciosas y extensas que las previas, que en general mantienen un repertorio minimalista. Lo común es que haya una hibridación (que también se da en la Constitución nacional) que hace convivir al constitucionalismo más clásico y lacónico del Estado Gendarme con el frondoso constitucionalismo del Estado Social de Derecho.

En todo caso, en varias ocasiones la Corte Suprema de la Nación ha apelado a una cita del clásico *Manual de la Constitución argentina* de Joaquín V. González para explicar que esta cláusula del art. 5

debe conducir a que las constituciones de provincia sean, en lo esencial de gobierno, semejantes a la nacional, que confirmen y sancionen sus “principios, declaraciones y garantías”, y que lo modelen según el tipo genérico que ella crea. *Pero no exige, ni puede exigir que sean idénticas, una copia literal o mecánica, ni una reproducción más o menos exacta e igual de aquella* [por lo que] dentro del molde jurídico del código de derechos y poderes de esta, cabe *la más grande variedad*, toda la que pueda nacer de la diversidad de caracteres físicos, sociales e históricos de cada región o provincia, o de sus particulares anhelos o aptitudes colectivas.[\[147\]](#)

Esto explica que encontremos de hecho una apreciable diversidad en el constitucionalismo provincial, bajo el cual coexisten textos que se enrolan en tendencias modernas (como las constituciones de Córdoba o la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) con otros que solo han recibido modestas

adaptaciones desde sus textos originales (como el caso de la provincia de Buenos Aires).

De acuerdo con el parámetro de que la Constitución permite “la más amplia variedad”, las provincias presentan diseños institucionales similares pero heterogéneos en lo que respecta a la estructuración de sus poderes. Aunque se reitera marcadamente la opción de contemplar legislativos unicamerales (solo 8 provincias siguen el modelo bicameral de Nación),[\[148\]](#) el constitucionalismo provincial ha sido pionero en incorporar órganos “extrapoder” de conformación y cometidos más específicos, como Defensores del Pueblo, Tribunales de Cuentas, Consejos de la Magistratura, etc.

Así en la foto de familia veremos caras algo disímiles entre sí, y también distintas a la propia Constitución nacional. Expresamente la Corte ha rechazado la idea de que el “modelo federal” sea vinculante para las provincias. En el caso a través del cual se llegó a esta conclusión se discutía limitar la reelección del gobernador Reutemann en Santa Fe, prohibida en la Constitución de esa provincia. La Corte manifestó que “la forma republicana de gobierno – susceptible, de por sí, de una amplia gama de alternativas justificadas por razones sociales, culturales, institucionales, etc.– no exige necesariamente el reconocimiento del derecho de los gobernantes a ser nuevamente electos”.[\[149\]](#) Dicho de otro modo: el hecho de que el Ejecutivo federal (el presidente) pueda ser reelecto (una vez) no implica que ese modelo nacional sea obligatorio para las provincias, que pueden prohibir una reelección o incluso permitirla por tiempo ilimitado.

Poderes conservados, delegados y concurrentes

El modelo de delegación excluyente

El modelo de división *vertical* del poder parte de una suerte de “ficción” que espeja el sistema estadounidense bajo el que entidades políticas diversas y preexistentes se acoplan para asignar o *delegarle* al Estado federal ciertos y determinados poderes. El concepto, teorizado por Alfred Stepan, indica que eso sucede en un patrón histórico que distingue dos posibilidades: los *federalismos*

de congregación (*come together*, en los que se reúnen entidades políticas que tenían una existencia separada) y los *federalismos de contención* (*hold together*, que surgen como respuesta descentralizante a un Estado preexistente unitario que estaba generando tensiones internas por su excesiva centralización).^[150]

De ahí que tengamos poderes *conservados* y *delegados*. La “ficción” en nuestro caso es que se trató de un federalismo de congregación relativo: bajo el paraguas de una esencia nacional, las provincias defendieron intereses propios en la primera mitad del siglo XIX.

Así, la línea divisoria se plantea en una dualidad entre poderes provinciales (los “conservados” por las provincias) y poderes de la Nación (los que le fueron “delegados” al Estado federal). El sistema de compuertas sería entonces binario: *si uno puede, el otro no puede*.

El modelo de concurrencia

A pesar de la dualidad que mencionamos como principio, lo cierto es que no existe separación química y tajante entre las esferas de poder nacional y provinciales. Muchos de los poderes tienen una lógica que presume, en cambio, la *concurrencia* y actuación potencialmente simultánea: los teóricos del federalismo estadounidense suelen hablar de un modelo de “torta marmolada” [*marble cake*] en el que se mixturán potestades federales con las estatales, y que en un plano ideal daría lugar a un federalismo no competitivo, sino *cooperativo*.

Lejos de ser una simple teoría, vemos que este trazado se da efectivamente en la práctica. Así lo demuestra tanto el despliegue de la jurisprudencia como la praxis gubernamental... e incluso la propia Constitución. La posibilidad de coexistencia entre poderes locales y nacionales no solo no está vedada, sino que aparece integrada en nuestro sistema normativo, y en varias partes de la Constitución se mencionan casos que prevén pautas específicas de “concurrencia”: así podemos ver a lo nacional y a lo local no en veredas separadas, como conjuntos disjuntos, sino como espacios de convergencia: *los dos pueden regular algo*.

Esto ocurre en materia *ambiental* (en el art. 41 CN leemos que “la Nación puede dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y las provincias, las necesarias para complementarlas”), *tributaria* (ya repasamos en el art. 75 inc. 2 la potestad concurrente en contribuciones indirectas),

educativa (art. 75 inc. 19 CN, “sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales”), en la legislación protectora de las *comunidades indígenas* (art. 75 inc. 17 CN) y en las cláusulas de la *prosperidad* del art. 75 incs. 18-19 CN (los dos niveles de poder pueden promover el desarrollo).

Esta situación, junto con el carácter abierto de las pautas de deslinde y atribución competencial, genera margen para solapamientos e interferencias. Para minimizar su intervención nulificadora y no retacear a priori potestades a cada uno de los órdenes involucrados, la Corte ha ido adoptando un criterio según el cual ante la duda presume que los poderes son *concurrentes*. Su jurisprudencia ha establecido que “la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias” y postula con frecuencia una solución “compatibilizadora” cuando propicia que “las normas constitucionales que rigen el caso deben ser interpretadas de modo tal que se desenvuelvan armoniosamente evitando interferencias susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa”.[\[151\]](#)

Claro que tal concurrencia es *asimétrica*, en la medida en que está condicionada por los criterios que, de haber conflicto, otorgan primacía a las normativas federales.

Hasta dónde llega la supremacía federal

La matriz de nuestro sistema federal le fija al gobierno federal un repertorio de poderes “declarados” aunque le asigna potestades “ilimitadas” sobre ellos. Esta lógica opta por priorizar las potestades centrales por aplicación de la cláusula de la supremacía constitucional federal (art. 31 CN, con la previsión explícita de que “las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales”). El sentido de este precepto, conforme a las interpretaciones jurisprudenciales, es que “el ejercicio de las facultades provinciales no puede interferir en la satisfacción de un interés público nacional”.[\[152\]](#)

Ahora bien, dado que los poderes del Estado federal son solo los delegados (“un poder que se compone de excepciones”, decía Alberdi) esto implica a contrario sensu que las provincias tienen sus potestades abiertas en tanto no

incurran en una “directa y absoluta incompatibilidad” con la formulación o la implementación de normas del Congreso federal. Se trata de un estándar fundacional de la jurisprudencia en la materia (fue enunciado por la Corte Suprema en el caso *Domingo Mendoza c. Provincia de San Luis* de 1865, apropiándose de un texto de *El Federalista* al que no citaba, y sigue apareciendo invariablemente en sus fallos hasta hoy).^[153] Por consiguiente, esto significa que las provincias no pueden actuar de un modo que “obstaculice o haga ineficaz el desenvolvimiento de una competencia del gobierno federal”.^[154] De esta suerte, la *incompatibilidad* no requiere necesariamente una efectiva contradicción normativa, sino que aparece también ante un conflicto funcional o de propósitos (teleológico) entre las normas en cuestión.

De no ser así, razona la Corte Suprema, “aquellos poderes resultarían ilusorios y condenados al fracaso por las mismas provincias que los otorgaron”, por lo que las facultades provinciales “no pueden amparar una conducta que interfiera en la satisfacción de un interés público nacional ni justificar la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de la Nación toda”.^[155]

El derecho local como poder reservado

Hay lugares en donde el derecho federal no debe meterse. Las provincias, subraya el art. 122, “se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas”, y aclara luego que “eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del gobierno federal”.

La autonomía provincial tiene no solo ese máximo nivel constitucional, sino que se proyecta al nivel subconstitucional. Hay una doble normatividad, cuya coexistencia es el dato de identidad de los federalismos: el Estado nacional se rige por las normas federales, y los Estados provinciales se rigen por sus normas locales, que tendrán necesariamente diferencias entre sí.

Esta dualidad tiene como consecuencia necesaria que las esferas no pueden invadirse. Así el Congreso de la Nación no puede hacer legislación para ordenar el funcionamiento de una administración provincial, ni dictar leyes que conciernen a poderes no delegados de las provincias a la Nación.

Un nuevo nivel de gobierno requiere, para ser tal, el ejercicio local del llamado *poder de policía* (aludiendo con ello, como hemos visto en el capítulo 5, a la reglamentación o fijación de límites para el ejercicio de los derechos). En la reforma de 1994 se especificó que en el casi hipotético de que el Congreso

instituya establecimientos de utilidad nacional en el territorio de las provincias, tanto estas como los municipios “conservarán” sobre ellos sus “poderes de *policía e imposición*” (art. 75 inc. 30 CN).

Esa norma citada ratifica la idea de que existe un *poder de policía* inmanente y eminentemente local. Ya en un viejo fallo, *Plaza de Toros* de 1869, la Corte Suprema reconocía como uno de los poderes que las provincias se han reservado “el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos”.^[156] Ese poder –que también tienen los municipios en la medida en que se ejercite sobre el marco de sus competencias– es el que concierne al concepto *estricto* del poder de policía, por oposición al concepto *amplio* según el cual los derechos se limitan en pos del “bien común” entendido como el bien común *de la Nación* y que tiene –en cambio– una presunción de federalidad.

Con todo lo problemático y aproximativo de esta distinción, el criterio se mantiene como un patrón recurrente al momento de establecer pautas de distribución de competencias entre el Estado federal y las provincias. Si algo que la municipalidad o una provincia regula afecta o puede influir más allá de los límites provinciales, lo local se torna siempre *federalizable*.

Federalismo de concertación en acto: la adhesión local a leyes nacionales y las “leyes convenio”

Algunas veces las provincias “adhieren” a leyes nacionales: con su autoridad, adoptan la misma legislación para su jurisdicción. Estos casos conforman una parte cuantitativa y cualitativamente muy importante del derecho público provincial y son el medio técnico por el cual se generan áreas de derecho común en las cuales las provincias tienen potestades “propias”.

La adhesión puede ser total o pueden hacerse “reservas” parciales sobre diferentes artículos. Como ejemplos de leyes que fueron ganando vigencia nacional a través de adhesiones locales tenemos la Ley 24.449 de Tránsito y la Ley 25.854 de Adopción. En estos y otros casos el Congreso de hecho incluye una previsión expresa por la cual “se invita a las provincias a adherir”, lo que es un reconocimiento de que sin esa adhesión dichas normativas no tendrían vigencia a nivel local. En otras ocasiones, como para la Ley 24.464 que establece el Sistema Nacional de la Vivienda, la ley nacional delinea algunas condiciones específicas para la adhesión.

Es importante aclarar que, dado que la decisión de adherir depende de un poder

conservado por la provincia, en consecuencia:

1. la adhesión a la ley no implica la adhesión a un reglamento del Poder Ejecutivo, salvo que se especifique de manera expresa;
2. la adhesión no impide que la provincia incorpore nuevas reservas o sancione una nueva normativa propia para fijar un régimen diferente;
3. si la ley nacional a la que se adhirió sufre modificaciones, para que esas nuevas normas rijan a nivel local deberá haber nuevas adhesiones que adopten y ratifiquen esos cambios.

Otro régimen de adhesión especial aparece pautado, y como exigencia constitucional, para la adopción del sistema de coparticipación de impuestos (así está plasmado en la Ley 23.548 y, de hecho, la Constitución prevé que el establecimiento de un nuevo sistema siga el procedimiento de ley convenio en el art. 75 inc. 2 CN, con la pauta específica de que se reclama unanimidad de todas las provincias).

Por ello ha señalado la Corte Suprema que las leyes de coparticipación tienen “una singular jerarquía dentro del derecho federal que impide su modificación o derogación unilateral por cualquiera de las partes”. Y que solo podrían ser cambiadas por otro acuerdo posterior de igual naturaleza, ratificado por leyes locales y nacionales. Por eso, ese tribunal ha venido dejando sin efecto las detracciones que se declararon de manera unilateral desde los poderes federales (tanto el Ejecutivo como el Legislativo) al sistema de coparticipación concertado por las provincias.[\[157\]](#)

El tercer nivel de la división vertical de poderes: la autonomía municipal

¿Es un municipio un ente *autónomo*, o es por el contrario meramente *autárquico*? No se trata de un preciosismo ni de un juego de palabras. Durante décadas los juristas argentinos discutieron esta cuestión, cuyas consecuencias no serían menores: si es autárquico, toma sus propias decisiones bajo el canon de normas ajenas, pero si es autónomo puede *dictar* sus propias normas.

La discusión se resolvió en dos fases: el primer hito fue jurisprudencial, un fallo de 1989 de la Corte que se decantó por el carácter autónomo de los

municipios.^[158] Para disipar dudas, la Constitución fijó el criterio por escrito en la reforma de 1994. El art. 123 establece entonces que cada provincia debe dictar su propia Constitución dejando espacio al tercer nivel de gobierno: literalmente “asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

Se ha calificado así a la autonomía municipal como una autonomía “de segundo grado” ya que sus potestades están condicionadas a lo que cada provincia disponga en su Constitución “reglando su alcance y contenido”. Eso implica reconocer márgenes regulativos al derecho público local, y presupone que la Constitución nacional no asume la existencia de un hipotético régimen *uniforme* de gobierno municipal autonómico. Por eso existe también cierta variedad en los perfiles del gobierno local, que presentan matices propios en las diversas provincias más allá de las notas comunes más reconocibles.

Esto se advierte en especial al considerar el elemento señalado en primer término en los diferentes “órdenes” autonómicos mencionados en este art. 123 CN.

- La autonomía *institucional* consiste en la potestad de que cada municipio dicte su propia Carta Orgánica o instrumento similar. En estos casos se dice que los municipios tienen “autonomía plena”. Cuando esta potestad está ausente, pero se regulan los otros órdenes diferentes de autonomía que menciona el art. 123, se habla de una autonomía “semiplena”.
- El estándar de la “autonomía plena” no se ve satisfecho por constituciones provinciales como las de Buenos Aires, Entre Ríos, La Pampa, Mendoza o Santa Fe que no prevén la posibilidad de que los municipios dicten sus cartas orgánicas y establecen la regulación comunal en “Leyes Orgánicas Municipales” que son únicas y aplicables para todas las ciudades de su territorio. En las constituciones provinciales que sí admiten cartas orgánicas, tal potestad está limitada solo para ciudades que superen un número determinado de habitantes o tengan una categorización legal específica que se establece por ley provincial. Algunas provincias exigen también que las cartas orgánicas sean aprobadas o sometidas a la revisión de las legislaturas provinciales.
- La autonomía *política* es en cambio una regla que se respeta de forma extendida en los (aproximadamente) dos mil municipios que existen en la Nación, dado que supone que ellos eligen a sus propias autoridades (intendentes a cargo de la rama ejecutiva e integrantes de concejos

deliberantes que constituyen la rama legislativa a nivel comunal).

- La autonomía *administrativa* significa la posibilidad de gestionar y ejercer sin condicionamientos o revisiones de otros órdenes todos los actos de administración local; dentro de ellos, tienen particular importancia los que conciernen a la prestación de los servicios públicos municipales.
- La autonomía *económica y financiera* presupone la posibilidad de que de los gobiernos municipales recauden sus propias rentas y decidan sobre sus propios recursos. Los municipios lo hacen a través de las *tasas* retributivas de servicios públicos (la más conocida de ellas tal vez sea la de ABL, por “alumbrado, barrido y limpieza”). Como lo dice su nombre, la tasa en principio es retributiva: requiere una contraprestación efectiva o potencial de un servicio, cuyo costo debe tener relación razonable con el monto que se paga. Pero en la práctica, la tasa es además potestad impositiva, ya que la jurisprudencia acepta que en la fijación de su monto se tome en consideración no solo el costo de los servicios prestados sino también la capacidad contributiva del obligado. En un fallo de 2021 la Corte disipa cuestionamientos al respecto y reconoce esa potestad como el medio para concretar el “derecho a tener recursos” por parte de los municipios, en cumplimiento del mandato constitucional de autonomía municipal.[\[159\]](#)

Es importante aclarar que la Corte Suprema ha establecido algunas pautas que le permiten ejercer un control de constitucionalidad para que la descentralización derivada de la autonomía no se vea distorsionada por la “reglamentación” provincial.

- Así ha dicho la Corte que “las leyes provinciales no solo deben imperativamente establecer los municipios, sino que no pueden privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para desempeñar su cometido. Si tales entes se encontrasen sujetos en esos aspectos a las decisiones de una autoridad extraña –aunque se tratara de la provincial– esta podría llegar a impedirles desarrollar su acción específica, mediante diversas restricciones o imposiciones, capaces de desarticular las bases de su organización funcional”.[\[160\]](#)
- Por eso se aplica el consabido y ubicuo examen de *razonabilidad* a la

“reglamentación” provincial de la autonomía municipal: “El límite fundamental para determinar el ámbito de legitimidad y de legalidad de las autonomías de los municipios en los órdenes institucional, político, administrativo y financiero, se encuentra en el principio de razonabilidad contenido en el art. 28 de la Ley Fundamental, en virtud del cual *las constituciones provinciales no pueden, bajo la apariencia de reglamentar tal autonomía, transponer los límites de lo racional y razonable para la vigencia efectiva de los municipios*”.[\[161\]](#) En ese examen también puede surgir un problema de *falta de regulación*, criterio que en 2014 llevó a la Corte a exhortar a La Rioja –que no tenía un régimen de coparticipación provincial– a sancionar una ley que les asegurara a sus municipios una distribución de recursos conforme a parámetros preestablecidos. O bien de una *desaplicación*, razón por la que en 2018 consideró irrazonable que Santiago del Estero implementara esa distribución a los municipios sin aplicar los ajustes anuales pautados en su ley provincial.[\[162\]](#)

Dominio originario de los recursos naturales

En la reforma de 1994 los convencionales provinciales consiguieron que se asignara el dominio originario de los recursos naturales a las provincias (art. 124, parte final). No significa que estos recursos sean necesariamente estatales para su explotación: es un derecho que se traduce en la posibilidad de ceder ese dominio mediante concesiones, ya sea a empresas privadas o a empresas públicas, pero siempre sin injerencia del Estado nacional.

Aunque la propiedad de esos recursos sea provincial (y así la provincia podrá obtener el *beneficio patrimonial* asociado a toda explotación: las “regalías” mineras o petroleras, los cánones de una concesión, etc.), el Congreso puede ejercer su *jurisdicción* (potestad legislativa) sobre ellos para regular a nivel federal las *políticas y condiciones de explotación*. La Ley de Hidrocarburos 17.319 le atribuye al Poder Ejecutivo fijar la política nacional de explotación, industrialización, transporte y comercialización, “teniendo como objetivo principal satisfacer las necesidades de hidrocarburos del país con el producido de sus yacimientos, manteniendo reservas que aseguren esa finalidad”, de modo que el diseño de las políticas energéticas está siempre en la órbita del Estado nacional.

Tratados de las provincias: facultades y límites

Las provincias pueden celebrar tratados entre sí, pero la Constitución de 1853/60 quiso ser muy cauta al darles ese poder: indicó que esos acuerdos deberían ser “parciales” y siempre “con conocimiento del Congreso federal”. Además, no podrían hacerlo con cualquier fin, sino (solo) “para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común” (art. 125 CN).

Así se explica la particular prohibición, que aparece en el art. 126 CN, que impide a las provincias “celebrar tratados parciales de carácter político”. La Constitución pretendía evitar que surgieran por esa vía secesiones larvadas o contrapoderes antagonistas del Estado federal, una preocupación explicable ya que eso había sucedido con las “Ligas de Gobernadores” del siglo XIX.

En cuanto a la exigencia de que estos tratados deban celebrarse “con conocimiento” del Congreso, prevalece el criterio de que esto queda cumplido con la sola remisión del texto del tratado en cuestión (en este punto el constituyente de 1853 se apartó de la exigencia alberdiana que requería la *aprobación* del Congreso para cada tratado interprovincial). El único caso de un tratado interprovincial que necesita aprobación expresa es el que alude a la fijación de límites territoriales, una de las facultades exclusivas que retiene el Congreso en virtud del art. 75 inc. 15 CN.

Regiones

El recelo del constituyente al pactismo interprovincial se relajó bastante en 1994. Con esa reforma se forjó una nueva cláusula para dar un encuadre jurídico constitucional a las –entonces muy en boga– iniciativas de regionalización. El art. 124 dicta que “las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines”.

En perspectiva se advierte que la regionalización no ha dado los resultados promisorios que se esperaban y gran cantidad de estas iniciativas de integración no tienen hoy un despliegue institucional reconocible. En cambio, han quedado relegadas muchas veces casi en lo protocolar.[\[163\]](#)

Aunque no esté predispuesto por la Constitución nacional, sino que concierne a los ordenamientos locales propios, cabe acotar que en cuanto al procedimiento

para formalizar tratados y convenios las provincias en general prevén la posibilidad de una negociación y firma por parte del órgano ejecutivo (el gobernador) y la posterior ratificación del acuerdo por ley de las legislaturas, criterio similar al que se pauta en el orden federal para los tratados internacionales.

“Convenios” internacionales de las provincias

La otra innovación que tuvo lugar en 1994 fue la de abrir el mundo a las provincias... limitadamente. Apunta la segunda parte del art. 124 que las provincias

podrán también celebrar *convenios* internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso nacional.

Subrayamos la expresión *convenios* para destacar una elección que hizo el constituyente de 1994 al habilitar esta competencia provincial distinguiendo nominalmente (para nuestro derecho interno) los “tratados”, que celebraría solo el gobierno nacional, de los “convenios”, que celebran las provincias con otros sujetos políticos internacionales (sea con otras naciones, o con otros entes subnacionales como estados o provincias de otro país).

Ciudad de Buenos Aires, autónoma: una “cuasiprovincia urbana”

Hasta 1994, el intendente de Buenos Aires era designado directamente por el presidente, y no mediante el voto de los porteños (quienes, sin embargo, votaban diputados, senadores y concejales para una legislatura local, el Concejo Deliberante). Uno de los puntos transaccionales del Pacto de Olivos fue el de dotar a la entonces “Capital” de autonomía política, y así nació otro *rebranding* constitucional: la “Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

Su estatus es bastante similar al de una provincia: sus habitantes eligen

diputados y senadores nacionales, es sujeto de coparticipación federal, es pasible de intervención federal, y ha dictado su Constitución (aunque la CN postula en rigor un más modesto “Estatuto Organizativo”, la Asamblea porteña de 1996 decidió sancionar la “Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”). La Ciudad tiene su Legislatura, su Poder Ejecutivo (el jefe de Gobierno), y su sistema de justicia, con un Superior Tribunal como última instancia local. En la práctica, no obstante, ese poder judicial tiene competencias limitadas, pues todavía sigue pendiente la transferencia plena de los tribunales nacionales a la órbita de la CABA, y así la mayor parte de los litigios civiles y penales de la ciudad es hoy resuelta por jueces del Poder Judicial de la Nación.

No será “provincia” por dos razones. Una es nominal y estructural: es, después de todo, una ciudad; “ciudad constitucional federada”, como la llama Rosatti en su libro *Tratado de derecho constitucional* (y en sus fallos en la Corte).

La otra es una razón jurídica. Encontramos en el art. 129 CN una mixtura que define su singularidad: por un lado, la advertencia de que “una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación” –así lo ha hecho la Ley 25.588–, y por otro la idea explícita de atribuirle un régimen de “gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción”. La advertencia es temporaria, y la idea es permanente, y por ello debe ser el criterio que ancla la interpretación. En consecuencia, esa Ley de Garantías –ante todo– no debe ser interpretada como la posibilidad del Congreso de restringir a su arbitrio la autonomía porteña. El Congreso solo puede ejercer esa restricción en la medida en que sea estrictamente necesario para los intereses del Estado nacional, lo que resulta lógico por la significativa y peculiar circunstancia (que podría variar) de que en el territorio de la CABA se asienta la sede de las autoridades federales.

Nótese que –más allá de esta particularidad “urbana”, y de su contingente “capitalidad”– en cuanto a la definición de los atributos y potestades de gobierno propio, y su extensión, nada en la Constitución autoriza a suponer que la autonomía porteña debe ser menor a la que tienen las provincias. Es finalmente, como ha dicho la Corte en un fallo de 2021, “un actor pleno del sistema federal”.
[\[164\]](#)

Coda: por qué somos (y debemos ser) federales

El federalismo es un fenómeno complejo. Aunque si contamos los países en los

que se practica puede parecer minoritario, es un modo de organización bastante estándar para naciones que tienen grandes extensiones territoriales y necesitan que haya un tendido local de “última milla” en la gestión, para domar su heterogeneidad. Esas subunidades son también –como observó el juez Louis Brandeis de la Corte Suprema de los Estados Unidos– *laboratorios de experimentación* en lo institucional y en la gestión:

uno de los incidentes felices del sistema federal es que un estado individual con coraje puede, si así lo quieren sus ciudadanos, servir como laboratorio e intentar experimentos económicos y sociales novedosos sin riesgo para el resto del país.[\[165\]](#)

El federalismo estuvo fuertemente tabicado no solo por la fuerza centrípeta de la metrópolis, sino por una institucionalidad que era recelosa de toda división de poderes. Por derecha (donde se las supone ineficientes y costosas) y por izquierda (buscando un paternalismo federal para provincias que se presuponen regresivas), se encontraba en la centralización un atajo para obviar lo que la Constitución quiso: instancias locales empoderadas y autovalentes.

Pero esa centralización no ha tenido una vida pacífica, ni goza de buena salud: la mirada “macro” y el “talle único” de las políticas nacionales necesita conjugarse con los problemas y las demandas *específicamente* locales que municipios y provincias deben asumir y gestionar a escala menor, haciendo un uso intensivo de esos laboratorios de experimentación. “Toda política es local”, reza una certera frase del político estadounidense Thomas O’Neill, cierta en el siglo XX y todavía más cierta en nuestros tiempos.

Un examen de fallos puntuales de los últimos tiempos lo refleja, y lo valida: nos muestra un incipiente cambio de tono, con sentencias que han validado intensos ejercicios regulatorios de fuente provincial y municipal.[\[166\]](#) Esta tendencia puede profundizarse, y si es así tal vez lleve tiempo conseguir que esa puesta en valor se organice con criterios de competencia sistemáticos y sinérgicos.

Eso, por cierto, no dependerá de la Corte Suprema, sino de la dinámica de interacción entre Nación y provincias. Una vez más, vemos que el derecho constitucional es mucho, mucho más ancho que el destilado de cosas que puede llegar a decir la Corte en juicios y fallos puntuales.

[\[145\]](#) J. B. Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 1852.

- [146] *Shively c. Bowlby*, 152 US 1; CSJN, *Prov. de La Pampa c. Prov. de Mendoza*, 3/12/1987, Fallos 310:2478.
- [147] J. V. González, *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Estrada, 1959, pp. 648-649; los destacados son nuestros.
- [148] Son bicamerales Buenos Aires (provincia), Catamarca, Corrientes, Entre Ríos, Mendoza, Salta, San Luis y Santa Fe.
- [149] CSJN, *Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe*, Fallos 317:1195 (1994).
- [150] A. Stepan (1999), “Federalism and Democracy: Beyond the U.S. Model”, *Journal of Democracy*, 10(4), pp. 19-34.
- [151] CSJN, Fallos 271:186, 293:287, 296:432.
- [152] CSJN, *Líneas de Transmisión del Litoral SA (Litsa) c. Corrientes*, Fallos 322:2862 (1999).
- [153] CSJN, *Domingo Mendoza y Hno. c. Provincia de San Luis*, Fallos 1:485 (1865). El razonamiento del fallo es en lo sustancial una copia –no acreditada– de un fragmento de *El Federalista* n° 32, cuya autoría se atribuye a Alexander Hamilton.
- [154] Línea jurisprudencial también antigua, iniciada en un fallo de 1871 por la CSJN en *Procurador fiscal de San Juan c. Prior Convento Santo Domingo*, Fallos 10:380.
- [155] CSJN, *Provincia de Buenos Aires c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones*, Fallos 304:1186 (1982) sintetiza un criterio sostenido en varios fallos precedentes.
- [156] CSJN, *Empresa Plaza de Toros c. Gobierno de Bs. As.*, Fallos 7:150 (1869).
- [157] En este sentido, CSJN, *Provincia de Santa Fe c. Estado nacional s. Acción declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos 338:1339 (2015), declaró la inconstitucionalidad de la detracción de coparticipación a provincias sin su acuerdo; y *Entre Ríos c. Estado nacional*, Fallos 342:1591 (2019), estableció en una cautelar que la reducción del IVA y del impuesto a las ganancias no puede afectar los fondos de coparticipación que corresponden a las provincias.
- [158] CSJN, *Rivademar c. Municipalidad de Rosario*, Fallos 312:326 (1989).
- [159] CSJN, *Esso Petrolera Argentina SRL y otro c. Municipalidad de Quilmes*, Fallos 344:2123 (2021). La relevancia de este caso se advierte por el hecho de que, más allá del municipio demandado, cuarenta intendentes de municipios de todas las fuerzas del arco político firmaron una presentación común ante la Corte reivindicando las potestades locales para cobro de tasas.
- [160] CSJN, *Rivademar c. Municipalidad de Rosario*, Fallos 312:326 (1989); luego repetido en *Municipalidad de Rosario c. Provincia de Santa Fe*, Fallos 314:495 (1991).
- [161] Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en *Ponce c. Provincia de San Luis*, Fallos 328:175 (2005).
- [162] CSJN, *Intendente Municipal Capital s. Amparo*, Fallos 337:1263 (2014); *Municipalidad de la Ciudad de La Banda c. Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero*, Fallos 341:939 (2018).
- [163] En virtud de esta norma, las provincias han conformado la Región Patagónica (Tratado de Santa Rosa de 1996, suscripto por La Pampa, Neuquén, Río Negro, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego), la Región Centro (tratado suscripto en 1998 por las provincias de Córdoba y Santa Fe, con posterior incorporación de Entre Ríos en 1999), y la Región del Norte Grande Argentino (tratado de 1999 que incluye a Catamarca, Corrientes, Chaco, Formosa, Jujuy, Misiones, Tucumán, Salta y Santiago del Estero). Además, antes de que existiera esta cláusula constitucional se había suscripto en 1988 el Tratado de Integración Económica del Nuevo Cuyo que agrupaba a las provincias de San Juan, Mendoza, San Luis y La Rioja.
- [164] CSJN, *GCBA c. Estado nacional*, Fallos: 344:809 (2021), voto de Maqueda y Rosatti.
- [165] Corte Suprema de los Estados Unidos, voto de Brandeis en *New State Ice c. Liebman*, 285 US 262 (1932).
- [166] Vienen a cuento dos fallos muy importantes de 2021: *Farmacity* (Fallos 344:1557), que validó la restricción vigente en la provincia de Buenos Aires que determina que las sociedades anónimas no puedan ser titulares de farmacias, y *Shi c. Municipalidad de Arroyito* (Fallos 344:1151), a favor de la constitucionalidad de una ordenanza municipal que impuso el cierre dominical de supermercados.

Epílogo

Qué es una constitución

No fue fácil crearla, ni es fácil creérsela. La Constitución parece querer abarcar demasiado (todo el gobierno de un país) con muy poco texto, a la vez que promete y busca garantizar muchas cosas.

Es ciertamente un texto de aparente alta densidad, que puede parecer reglamentarista y obstructivo: una máquina de impedir, que para mayor martirio nos suele obligar a un sometimiento a la voluntad de generaciones pasadas. Y cuyo sistema de interpretación nos promete seguridad según un criterio que juzgó litigios que ya concluyeron: con su fe en el *stare decisis* y la jurisprudencia podríamos decir, parafraseando a Borges, que el constitucionalismo tiene todo el pasado por delante.

El escepticismo escala cuando nos percatamos de todos los problemas que surgen en la trabajosa relación entre Constitución y realidad. Esto no implica solo la idea de que la Constitución no cumple sus promesas al ciudadano ni sus reaseguros de frenos y contrapesos en lo que respecta al vínculo entre los poderes.

Sin embargo, el ideal constitucional tiene una evidente permanencia e influencia. Entender por qué eso es así nos puede ayudar a pensar qué es hoy una constitución, y qué no es.

No es una “hoja de papel”

La Constitución es un *supercontrato* social; es ante todo un ancla de consensos que emotivamente funciona, aunque sea en parte por esa referencia selectiva en que cada uno se arma un poco “a la carta” su propia constitución.

A lo largo de este libro hemos mostrado que la Constitución es un texto complejo, que tiene la más alta jerarquía y la más alta “fuerza normativa”

(derrota normas inferiores, las complementa, sirve como prisma interpretativo), pero también mucha (y a veces deliberada) indefinición. Los contenidos que quedan provisoriamente en pie dentro de los márgenes de esa indefinición han sido (y serán) llenados por distintas fuentes: la legislación, la jurisprudencia, las costumbres institucionales.

Pero también sabemos, y apuntamos, que estas fuentes no surgen en el vacío, sino que son la estación terminal de largos recorridos de ideas y criterios, que a veces nacen y maduran a partir de iniciativas corporativas, de instituciones importadas de otros países, de jurisprudencia internacional, o de la labor académica. Y, por supuesto, hay un fuerte ruido de fondo del cual el jurista muchas veces no habla: las luchas sociales, los movimientos civiles, las protestas y las manifestaciones. Pero debemos señalar que, de modo muy interesante, todo el discurso de reivindicaciones empieza a imbricarse de lenguaje constitucional. Tanto pañuelos verdes como pañuelos celestes, por ejemplo, recurrieron a argumentos constitucionalistas.

Frente a esto, el carácter tan general de muchas pautas de la Constitución no debe ser visto como un problema, o una deficiencia, sino como un ingenioso mecanismo que ha trazado el puente entre los momentos fundacionales y las coyunturas, y que nos interpela. Retomando una distinción que hace el constitucionalista Néstor Sagüés, no es una Constitución-estatua (a la que admiremos de forma pasiva), sino una Constitución-testamento, de la que somos sus *albaceas*, sus ejecutores, y practicamos aquello que nos ha mandado a hacer.

Algo por lo que se lucha

Los símbolos patrios clásicos (escarapela, himno, bandera) han sido malversados por los gobiernos de facto. Nuestra larga experiencia en el rubro nos ha hecho estimar con entusiasmo lo que debió ser una aburrida normalidad: pensar en una Constitución es también pronunciar un conjuro contra las épocas tristes y dictatoriales. Cada 10 de diciembre, cada cuatro años, celebramos dos cosas: que se inaugura un nuevo mandato presidencial y que el estado de derecho se nos está haciendo rutina.

Nada se aprecia mejor que lo que se ha perdido. Con el historial de largos eclipses constitucionales sabemos que la vigencia constitucional no se da por sentada. Incluso en sus fracasos, el espejo roto de las promesas constitucionales incumplidas es un reclamo que está pulsando con ansiedad el botón trabado de la

fuerza normativa de la Constitución. Las referencias a los artículos constitucionales pueblan los escritos de los abogados, pero también ocupan con frecuencia pancartas y se cuelan en cadenas de WhatsApp que viralizan causas y reclamos ciudadanos. Ahí hay algo: no dialogamos desde el *quiero esto*, sino desde el *tengo derecho a esto*. Nuestro lenguaje no es afortunadamente *de facto*, sino *de jure*.

La lengua madre de los derechos

Esta lengua franca no está exenta de indefiniciones y controversias en los usos documentados de su acervo, pero aun así nos brinda un extenso vocabulario constitucional que aceptamos como convención intersubjetiva para comunicarnos en decisiones de políticas públicas. Y como la Constitución impregna todo el ordenamiento jurídico, no hay lugar ni noción ni concepto ni tema cotidiano que no quede de algún modo “constitucionalizado”... o sea constitucionalizable. En la lengua popular el constitucionalismo es tan omnipresente que a veces peca de excesiva locuacidad, como sucede con un criterio implícito –y falso–: *si algo no me gusta, entonces es, o debe ser, inconstitucional*.

Es una Constitución de estadio, no de estudio

¿Hay apropiación o encubrimiento en ese tránsito del discurso moral y del discurso político al discurso constitucional? Las respuestas pueden ser varias, pero la principal es esta: el desplazamiento real es el inverso. Tenemos un derecho constitucional que es de estudio, pero también es rock de estadios: está tocando en vivo, permeado de ética pública y de discurso político. Es una buena razón para pensar que –saludablemente– no debe ser un coto vedado que se reserva a una subclase de juristas llamados “constitucionalistas”. Todos están –estamos– en esa plaza pública. Como dice Roberto Gargarella, el derecho debe ser *un diálogo entre iguales*.[\[167\]](#)

Constitucionalistas somos todos

Ese artefacto llamado constitución ganó una batalla cultural: en su vida cotidiana el ciudadano está convencido de que tiene derechos incluso ante una ley que textualmente se los niega. Hay una idiosincrasia constitucionalista, y esa idea también se percibe en las discusiones “meta” sobre el texto en cuestión: aun quienes consideran obsoleta, ineficaz o incompleta a la Constitución actual, lo que en general proponen es *una mayor dosis del producto*: sospechan que debemos constitucionalizar más cuestiones a través de una reforma.

De otra parte, siempre habrá nostálgicos de las constituciones mínimas, de la jurisprudencia prescindente, que preferirían desandar el camino que a su criterio ha sido incorrecto e infiel. Y a la vez, encontramos voces que con razón sostienen que no es necesario ningún cambio o restauración, sino solo un genuino acatamiento a la Constitución que tenemos (en un *tenemos* que seguramente empezará a construirse desde las cláusulas que más le importan al enunciante).

El mapa y el territorio

Empezamos con metáforas de mapas y de viajes. Nuestro recorrido nos ha mostrado vacilaciones en la exactitud de la carta de navegación, problemas con los instrumentos, lucha contra los elementos, y temerarios paseos por zonas fuera del plano. Pero el mapa subsiste, porque siempre nos remitimos a él.

Ya dijimos que tal vez no seamos un país al margen de la ley, sino en buena medida obsesionado con las leyes. Digamos ahora algo más: no cabe duda de lo que aspiramos a ser: un país sometido, *mapeado*, por nuestra (particular) Constitución. Esa Constitución que, efectivamente y contra todo pronóstico, *nos creemos*.

[167] R. Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021.

Créditos y escenas poscréditos

Créditos

Algunas personas tuvieron intervenciones decisivas en diversas etapas de este libro, aportando impulsos, consejos y conceptos. Quiero mencionar a Mario Wainfeld, Paola Bergallo, Quimey Báez Sevilla, Roberto Gargarella, Andrés Olié, Raquel San Martín. Muchas de las ideas y temas son también producto destilado de clases y charlas sobre el derecho y la justicia, lo que me lleva a agradecer a alumnos y a colegas de cátedra de la Universidad Nacional de La Pampa y del Centro de Capacitación Judicial de La Pampa.

Escenas poscréditos

En este brevísimo curso hemos hecho muchas elipsis y atajos. Hemos elegido mostrar el bosque y algunos árboles representativos, otros pintorescos, otros transplantados, alguna zona deforestada. Pero hay mucho más en el bosque, que además es un ecosistema vivo y progresivamente cambiante.

Para el lector que quiera seguir esa exploración sin perderse en la jungla de las bibliografías, hemos preparado un apéndice virtual que puede leerse como un *bonus track*, pero también como un ticket para profundizar, repensar, o conectar puntos que en nuestro mapa nos quedaron sueltos o sugeridos.

En el sitio saberderecho.com, en la sección dedicada a este curso, encontrarán un racconto “curado” y comentado de los libros que recomendamos para cada tema puntual, consejos y recursos para estudiantes, para turistas que vienen de otras disciplinas y pasan alguna temporada por el derecho constitucional y para ciudadanos concernidos por debates en curso, nuevos brotes o nuevas plagas. Y también actualizaciones imperiosas, sobre cosas relevantes de este libro que pueden haberse modificado por nuevas leyes, o por

reciente jurisprudencia: *no tallado en piedra, el mapa cambia a medida que lo recorremos.*