

Revista Jurídica de Buenos Aires - año 48 - número 106 - 2023-II

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

# A 170 años de la sanción de la Constitución Nacional y a los 40 años de la recuperación de la democracia

---

**Pablo L. Manili**

Coordinador



**ABELEDOPERROT**



**ABELEDOPERROT**



Revista Jurídica de Buenos Aires - año 48 - número 106 - 2023-II

---

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

---

Departamento de Publicaciones

# A 170 años de la sanción de la Constitución Nacional y a los 40 años de la recuperación de la democracia

---

**Pablo L. Manili**

Coordinador



Revista Jurídica de Buenos Aires - año 48 - número 106 - 2023-II

---

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

---

Departamento de Publicaciones

# A 170 años de la sanción de la Constitución Nacional y a los 40 años de la recuperación de la democracia

---

**Pablo L. Manili**

Coordinador



**ABELEDOPERROT**

© Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho - UBA, 2023  
© de esta edición, Thomson Reuters, 2022  
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires  
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Todos los derechos reservados

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

All rights reserved

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

ISSN 0326-7431

## **REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES**

### **FACULTAD DE DERECHO, UBA**

*Director:*

Pedro Aberastury

*Subdirector:*

Pablo Luis Manili

*Secretaria de Redacción:*

Paula Suárez

#### **MIEMBROS DEL CONSEJO EDITORIAL**

Griselda Capaldo (UBA/CONICET)

Carlos Mario Clerc (UBA)

Alberto Dalla Via (UBA)

Pablo Gallegos Fedriani (UBA)

M. Susana Najurieta (UBA)

Silvia Nonna (UBA)

Mónica Pinto (UBA)

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (UBA)

María Elsa Uzal (UBA)

Leandro Vergara (UBA)

#### **COMITÉ EVALUADOR EXTERNO**

Javier Barnes (Universidad de Huelva, España)

Daniel Bonilla (Universidad de los Andes, Colombia)

Jean Philippe Dérosier (Université de Lille, Francia)

Olivier De Frouville (París II, Francia)

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

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

Carla Huerta (UNAM, México)

Ricardo Perlingeiro (Universidade Federal Fluminense, Brasil)

Alberto Puppo (ITAM, México)

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

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

#### **Colaboradores del Consejo Editorial**

Carlos Mariano Liszczyński y Meneca Djedjean

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

*Decano:* Leandro Vergara

*Vicedecano:* Silvia Nonna

### **CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO**

#### **CLAUSTRO DE PROFESORES**

*Consejeros Titulares:* Mary Beloff, Juan Pablo Mas Velez, Marcela Basterra, Daniel Vitolo, Leila Devia, Alejandro Alagia, Graciela Medina, Gonzalo Alvarez  
*Consejeros suplentes:* Adelina Loiano, Marcelo Gebhardt, Silvia Nonna, Alfredo Vitolo, Nancy Cardinaux, Juan Pablo Mugnolo, María Blanca Noodt Taquela y Claudio E. Martyniuk.

#### **CLAUSTRO DE GRADUADOS**

*Consejeros Titulares:* Raul M. Alfosín, Silvia Bianco, Fabián Leonardi, Martín Río.  
*Consejeros suplentes:* Elisa Romano, Enrique Rodriguez Chiantore, Silvia Bordón, Romina Nieto Coronel.

#### **CLAUSTRO DE ESTUDIANTES**

*Consejeros Titulares:* Mateo Agustín Pedroni, Luciana Gallardo, Sebastián Fernández Jaichenco, Juan Martín Sala.

*Consejeros suplentes:* Micaela Castañeda, Joaquín Santos, Trinidad Acuña Bianchi, Lucien Rocío Palacios Gava.

*Representante no docente:* Lorena Castaño

#### **SECRETARIOS**

*Secretario Académico:* Lucas G. Bettendorff

*Secretario de Administración:* Carlos A. Bedini

*Secretario de Extensión Universitaria:* Oscar M. Zoppi

*Secretaria de Investigación:* Luciana B. Scotti

*Secretaria de Relaciones Internacionales:* Marta R. Vigevano

*Secretaria de Relaciones Institucionales:* Carmen Virginia Badino Varela

*Secretaria de Vinculación Estudiantil:* Andrea Cristina Luciana Carreras Lobo

#### **DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES**

*Directora:* Mary Beloff

*Subdirector:* Luis R. J. Sáenz

*Secretaria:* Stefania Vujovich

**ÍNDICE**  
*REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES*  
**AÑO 48, NÚMERO 106, 2023-II, BUENOS AIRES**

**PRESENTACIÓN**

LA DIRECCIÓN DE LA REVISTA.....	3
---------------------------------	---

**DOCTRINA**

MARCELA I. BASTERRA: La calidad democrática en Argentina y en la región. El populismo y el hiperpresidencialismo: ¿crisis de la democracia? .....	7
JORGE O. BERCHOLC: 40 años de continuidad democrática en la Argentina. Revisitando niveles de legitimación y expansión de la democracia .....	27
ALBERTO R. DALLA VIA: Un mandato constitucional pendiente.....	53
ROBERTO GARGARELLA: El presidencialismo argentino desde 1853 hasta hoy .....	69
MARÍA ANGÉLICA GELLI: La institucionalidad argentina, el enjuiciamiento a la Corte Suprema y el alcance de la revisión judicial .....	79
PABLO L. MANILI: Cuarenta años de democracia en la Argentina .....	101
DANIEL A. SABSAY: A 170 años de la sanción de la Constitución Nacional.....	121

**RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS**

JUAN C. CASSAGNE: Manili, Pablo L. <i>Tratado de Derecho Constitucional argentino y comparado</i> . Buenos Aires, La Ley, 2021 (ISBN 978-987-03-4087-4).....	151
PAULA S. SUÁREZ: Dalla Via, Alberto R. <i>Derecho Electoral. Teoría y práctica</i> . Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2021 (ISBN 978-987-30-2257-9).....	157
Apéndice. Pautas para la presentación de originales .....	163



## INDEX

### *REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES* **YEAR 48, NUMBER 106, 2023-II, BUENOS AIRES**

#### PRESENTATION

LA DIRECCIÓN DE LA REVISTA.....	3
---------------------------------	---

#### DOCTRINE

MARCELA I. BASTERRA: The democratic quality in Argentina and in the region. Populism and hyper-presidentialism: crisis of democracy?.....	7
JORGE O. BERCHOLC: 40 years of democracy in Argentina. Revisiting levels of legitimation and expansion of democracy .....	27
ALBERTO R. DALLA VIA: An outstanding constitutional mandate.....	53
ROBERTO GARGARELLA: The presidentialism in Argentina from 1853 to the present.....	69
MARÍA ANGÉLICA GELLI: Argentina's institutional framework, the impeachment of the Supreme Court and the limits of judicial review .....	79
PABLO L. MANILI: Forty years of democracy in Argentina.....	101
DANIEL A. SABSAY: 170 years since the National Constitution was enacted .....	121

#### BOOK REVIEWS

JUAN C. CASSAGNE: Manili, Pablo L. <i>Tratado de Derecho Constitucional argentino y comparado</i> . Buenos Aires, La Ley, 2021 (ISBN 978-987-03-4087-4).....	151
PAULA S. SUÁREZ: Dalla Via, Alberto R. <i>Derecho Electoral. Teoría y práctica</i> . Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2021 (ISBN 978-987-30-2257-9).....	157
Guidelines for the submission of articles.....	169



# PRESENTACIÓN



El año 2023 fue pródigo en evocaciones institucionales para nuestra República. Se cumplió nada menos que el aniversario de los 170 años de la sanción de la Constitución Nacional y 40 años de la recuperación de la democracia.

Ciento setenta años de constitucionalismo nos han dejado muchas experiencias y enseñanzas. Hasta la sanción de la Ley Sáenz Peña en 1912 la ley fundamental rigió sólo parcialmente, al igual que en el período 1932-1943. Y durante los períodos que van desde 1930 a 1932, 1943 a 1946, 1955 a 1958, 1966 a 1973 y 1976 a 1983 no rigió. Pese a ello, la constitución siempre fue el faro, la referencia de lo que debía ser y lo que debía regir.

Cuarenta años de democracia demostraron que la marcha que iniciamos los argentinos en 1983 es irreversible y que pese a las crisis como las que enfrentamos en 1989 y 2001, la constitución se mantuvo vigente, sólida y reguladora.

Para rememorar y celebrar estos dos aniversarios, hemos convocado a un grupo de prestigiosos profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que han aportado sus visiones y enseñanzas al respecto.

La Dirección de la Revista



## DOCTRINA



LA CALIDAD DEMOCRÁTICA EN ARGENTINA Y EN LA REGIÓN.  
EL POPULISMO Y EL HIPERPRESIDENCIALISMO:  
¿CRISIS DE LA DEMOCRACIA?

Por MARCELA I. BASTERRA\*

**Resumen**

*El complejo proceso de consolidación democrática que tuvo lugar luego de la Segunda Guerra Mundial permitió en algunos países establecer regímenes políticos con instituciones sólidas y robustas. Así, en el “siglo de las democratizaciones” se produjo en Europa una transición desde gobiernos autoritarios hacia la democratización de los sistemas políticos.*

*Dado este proceso de consolidación de las democracias en el mundo, es esperable también que los países de la región hayan adquirido cierto grado de madurez y desarrollo.*

*Sin embargo, América Latina pareciera ser un territorio endémicamente más complejo en donde la mayoría de las economías han atravesado grandes crisis y constantes cambios políticos que impiden instaurar democracias sólidas, salvo algunas excepciones.*

*El artículo aborda el proceso de consolidación democrático en el continente, y el funcionamiento de la Democracia Constitucional en los Estados de Derechos. Especialmente, analiza los distintos movimientos populistas que tuvieron lugar en América Latina y su vínculo con la calidad democrática. Por último, examina las reformas constitucionales en la región que tuvieron como objetivo exacerbar las funciones presidenciales, en el marco del fenómeno del hiperpresidencialismo.*

**Palabras clave**

*Democracia, populismo, hiperpresidencialismo, reformas constitucionales.*

\* Doctora en Derecho (UBA). Magister en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Ex presidenta del CMCABA. Profesora titular de Derecho Constitucional (UBA). Presidenta de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Personalidad destacada en el ámbito de las Ciencias Jurídicas de la CABA.

THE DEMOCRATIC QUALITY IN ARGENTINA AND IN THE REGION.  
POPULISM AND HYPER-PRESIDENTIALISM:  
CRISIS OF DEMOCRACY?

**Abstract**

*The complex process of democratic consolidation that took place after the Second World War allowed some countries to establish political regimes with strong and robust institutions.*

*Indeed, in the “century of democratization” there was a transition in Europe from authoritarian governments to the democratization of political systems.*

*Given this process of consolidation of democracies in the world, it is also expected that the countries of the inter-American region have acquired a certain degree of maturity and development.*

*However, Latin America seems to be an endemically more complex territory where most economies have gone through major crises and constant political changes that prevent the establishment of true democracies.*

*The article addresses the process of democratic consolidation in Latin America and the functioning of Constitutional Democracy in the States of Rights. In particular, it analyzes the different populist movements that took place in Latin America and their link with the democratic quality of each country. Finally, it examines constitutional reforms in the region that aimed to exacerbate presidential functions in the context of the phenomenon of hyper-presidentialism.*

**Keywords**

*Democracy, populism, hyper-presidentialism, constitutional reforms.*

INTRODUCCIÓN

A partir de la Segunda Guerra Mundial, una gran parte de los países en el mundo han atravesado un complejo proceso de *consolidación democrática*<sup>1</sup> que les permitió establecer y afianzar regímenes políticos con instituciones sólidas y robustas. De esta forma, en el *siglo de las democratizaciones*<sup>2</sup> comenzó

<sup>1</sup> El término ha sido acuñado por autores como DI PALMA, Giuseppe, “La consolidación democrática: una visión minimalista”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* Reis N.º 42, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1988, pp. 67-92. MORLINO, Leonardo “Consolidamento democratico: alcune ipotesi esplicative”, *Rivista Italiana Di Scienza Politica*. Italian Political Science Review, vol. 16, Cambridge University Press, Cambridge, 1986, pp. 439-459. LINZ, Juan J., “Transiciones a la democracia”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* Reis N.º 51, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1990, pp. 7-33.

<sup>2</sup> HUNTINGTON, Samuel, *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, Norman, 1991, p. 140.

principalmente en Europa una transición desde gobiernos autoritarios hacia la democratización de los sistemas políticos.

Teniendo en cuenta este proceso de consolidación de las democracias en el mundo, es esperable también que los países de la región interamericana hayan adquirido cierto grado de madurez y desarrollo, y que se hayan instaurado en nuestro continente verdaderas repúblicas en las que exista división de poderes, un adecuado sistema de frenos y contrapesos, pluralismo político y procesos electorarios que reflejen la soberanía popular.

Sin embargo, América Latina se presenta como un territorio endémicamente más complejo en donde la mayoría de las economías han atravesado grandes crisis y constantes cambios políticos. Este contexto de inestabilidad económica y social ha configurado un ámbito propicio para desvirtuar permanentemente las ventajas de la democracia.

Desafortunadamente, las instituciones democráticas de la región no se han instalado con la fuerza necesaria. El Índice Global de Democracia elaborado por la Revista *The Economist* en 2022, refleja un retroceso de la calidad democrática en América Latina por séptimo año consecutivo. El estudio, que pondera el funcionamiento del sistema democrático de 167 países, destaca al continente como una de las zonas más afectadas por la existencia de regímenes autoritarios y modelos híbridos<sup>3</sup>.

Si bien la situación en Latinoamérica se ve reforzada por contar con algunas de las democracias más fuertes del mundo, como Uruguay, Costa Rica y Chile, el 45% de la población latinoamericana vive en un país que cuenta con un régimen híbrido o autoritario<sup>4</sup>. Con algunas excepciones, los latinoamericanos tienen un bajo nivel de confianza en las instituciones estatales y presentan los índices más elevados de corrupción. La capacidad estatal también se ha visto debilitada por el crecimiento de las organizaciones criminales transnacionales, que está provocando altos niveles de delincuencia y corrupción incluso en las democracias más fuertes de la región.

En nuestro continente, la tendencia populista pareciera resistir y regresar continuamente gracias a las condiciones favorables que encuentra y aprovecha,

<sup>3</sup> La Unidad de Inteligencia de la revista *The Economist* califica del cero al diez el sistema democrático de 167 países ponderando cinco categorías –proceso electoral y pluralismo, funcionamiento del gobierno, participación política, cultura política democrática y libertades civiles–. Según el estudio, la democracia en Argentina posee 6,85 de puntaje, ubicándose en el puesto 50 del ranking global.

<sup>4</sup> Los regímenes híbridos son aquellos en los que hay irregularidades en las elecciones, que no son libres ni justas. La corrupción tiende a ser generalizada y el Estado de Derecho y la sociedad civil suelen ser débiles. Además, no existe la independencia del Poder Judicial y se evidencia acoso y presión sobre los periodistas y la oposición política.

En los regímenes autoritarios, el pluralismo político no existe o está limitado. Pueden existir algunas instituciones democráticas formales, pero tienen escasa sustancia. En general, no suelen celebrarse elecciones, pero sí existen, estas no son libres ni justas. También se producen violaciones de libertades civiles, represión ante las críticas al gobierno y censura generalizada. Por último, no existe independencia judicial ni libertad de expresión.

adaptándose a los cambios sociales y políticos que operan en la mayoría de los países de la región. Transcurren los años y ciertas prácticas que por momentos pensamos que estaban erradicadas, tales como el “golpismo”, el “populismo” o el “hiperpresidencialismo”, tienden a aparecer con más fuerzas que en décadas anteriores.

En este contexto, nuestro país es considerado como una democracia imperfecta. A diferencia de Estados Unidos, España y Francia en los que el régimen funciona plenamente, nuestro sistema democrático presenta algunas deficiencias. Si bien las elecciones son libres, y se respetan las libertades civiles básicas, existen fallas en otros ámbitos, como problemas de gobernanza, una cultura política subdesarrollada o bajos niveles de participación ciudadana. El gobierno no funciona de forma satisfactoria, la independencia judicial no es plena ni tampoco existe pluralismo mediático<sup>5</sup>.

A cuarenta años de la recuperación de la democracia en Argentina, proponemos una reflexión crítica del funcionamiento de las instituciones democráticas en nuestro país y en la región, considerando especialmente los fenómenos que afectan al continente y ponen en crisis la democracia latinoamericana.

## 1. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EN EL SIGLO XXI

En pleno siglo XXI nos genera cierta dificultad dar una definición de democracia, toda vez que este concepto ha recibido un uso multívoco por posiciones muy diversas, incluso opuestas. No obstante, podemos revisar algunos ejemplos.

Peña<sup>6</sup> entiende que no es el poder de todos, que en definitiva no es el poder de nadie, sino el poder que ejerce la colectividad, el pueblo o la población en su conjunto sobre cada uno de los individuos que la integran.

También se ha esbozado una conceptualización desde el punto de vista de la representatividad. Para esta posición es un arreglo institucional para arribar a decisiones políticas y en el que los individuos pueden participar por medio de una contienda competitiva por el voto de la gente<sup>7</sup>. Las decisiones políticas son el aspecto medular que siempre se encuentra presente en los procesos democráticos, es lo que da sentido y relevancia a la actividad de los

<sup>5</sup> Informe “*Democracy Index 2022. Frontline democracy and the battle for Ukraine*” elaborado por Economist Intelligence.

<sup>6</sup> PEÑA, Lorenzo, “*Dictadura, democracia, república: Un análisis conceptual*”, publicada en Memoria del Primer Encuentro Internacional sobre el poder en el pasado y en el presente de América Latina, Toluca, México, 2009, p. 35.

<sup>7</sup> SCHUMPETER, Joseph, *Capitalism, socialism and democracy*, Harper and Row, San Francisco, 1976, p. 250, citado por ORDÓÑEZ SEDEÑO, Joaquín, “Democracia y participación del ciudadano: Un sustento urgente del Estado Constitucional y de la Seguridad Pública en México”, *Revista de Antropología Experimental*, Universidad de Jaén, N.º 16, España, 2016, p. 11.

gobernantes que representan —o que deberían hacerlo— a la ciudadanía que los eligió<sup>8</sup>.

En este sentido, Ferrajoli<sup>9</sup> destaca que para la concepción predominante es un método de formación de las decisiones públicas; es el conjunto de “reglas del juego” que atribuyen al pueblo —o mejor— a la mayoría de sus miembros, el poder directo o a través de sus representantes para asumir esas decisiones.

Por otro lado, el constitucionalismo ha sido concebido como una forma de estructuración del Estado basada en la idea de limitación del poder, en virtud de la protección de los derechos fundamentales de los individuos contra eventuales abusos por parte de los gobernantes.

En esta línea, Ferreyra<sup>10</sup> ha definido al constitucionalismo como el ordenamiento jurídico de una comunidad política, que se concreta mediante una constitución escrita cuya supremacía significa la subordinación a sus enunciados, de todos los actos producidos por los poderes que integran el gobierno del Estado.

Vanossi<sup>11</sup> complementa lo señalado previamente, en tanto afirma que:

[...] la constitución es y opera como la máxima distribuidora o repartidora de las competencias de los órganos del Estado y como la demarcadora entre el poder de éste y la libertad de las personas [...]  
La Constitución consistirá, pues, en la normación máxima del poder y de sus relaciones con la libertad.

El modelo jurídico-político que conocemos como democracia constitucional, es la consecuencia de un largo y complejo proceso histórico en el que confluyeron la democracia como forma de gobierno y el constitucionalismo como forma de estructurar el Estado. Su fundamento ético, es el respeto al principio de igualdad y a los derechos fundamentales<sup>12</sup>.

Este modelo implica una organización política y jurídica difícil, ya que se conforma por la unión de dos tradiciones con objetivos distintos, incluso podríamos decir contrapuestos: limitar el poder, por influjo del constitucionalismo, y

<sup>8</sup> ORDOÑEZ SEDEÑO, Joaquín, “Democracia y participación del ciudadano: Un sustento urgente del Estado Constitucional y de la Seguridad Pública en México”, *op. cit.*, p. 11.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Democracia constitucional y derechos fundamentales. la rigidez de la constitución y sus garantías”, *Revista Pensamiento Penal*, 08/01/2012, p.1.

<sup>10</sup> FERREYRA, Raúl Gustavo, “El principio de subordinación como fundamento del Estado constitucional. Su regulación en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y México”, *Revista Pensar en Derecho*, N.º 7, Buenos Aires, 2015, pp. 203 y 204.

<sup>11</sup> VANOSI, Jorge Reinaldo, *Estado de Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 69 y 70.

<sup>12</sup> CABALLERO HERNÁNDEZ, Rafael, “La naturaleza ética de la democracia constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVI, N.º 265, México D. F., enero-junio 2016, p. 75.

al mismo tiempo distribuirlo entre los ciudadanos, por influencia del postulado democrático<sup>13</sup>.

Como señala Amaya<sup>14</sup> la amalgama de la Constitución con la democracia ha dado lugar a un sistema jurídico político que equilibra la aspiración del autogobierno popular y el control del proceso estructural del poder. La democracia constitucional no solo regula la forma de acceder al poder sino también de ejercerlo. En consecuencia, la democracia que concebimos como constitucional, es el gobierno de la mayoría, pero, limitada por los derechos individuales y la división del poder<sup>15</sup>.

## 2. EL ESTADO DE DERECHO COMO GARANTE DE LA CALIDAD DEMOCRÁTICA

El término Estado de derecho ha sido reconocido en el ámbito anglosajón como el *rule of law* y, como “Estado Constitucional” por parte de la doctrina continental europea. Por ende, Vanossi<sup>16</sup> se refiere al “Estado de Derecho” o al “Estado Constitucional”, como “[...] una organización del poder político que no es indistinta, ni indiferente; es una organización del poder a través del derecho”.

Ferreya<sup>17</sup> por su parte, se ha referido al Estado Constitucional como al ente fundado en una Constitución, instrumento que persigue la convivencia pacífica de los ciudadanos y el control responsable de la paz. Las reglas que lo fundamentan disponen su subordinación al ordenamiento, la autorización para la reforma del orden, la distinción de las funciones controladas de sus poderes gubernativos y la observancia de los derechos fundamentales.

En la actualidad existe cierto consenso acerca de que el ideal democrático no queda satisfecho con un modelo meramente formal, y que un elemento esencial para alcanzarlo es el respeto irrestricto y la eficiente aplicación del derecho.

Morlino<sup>18</sup> define a una buena democracia o a una democracia de calidad, como “aquella ordenación institucional estable que a través de instituciones y

<sup>13</sup> Ver SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional*. Una radiografía teórica, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 45.

<sup>14</sup> AMAYA, Jorge Alejandro, *Los derechos políticos*, Astrea, Buenos Aires, 2016, pp. IX-XV.

<sup>15</sup> Ampliar de BASTERRA, Marcela I. "Legitimidad Democrática y Estado Constitucional de Derecho en Latinoamérica", en MANILI, Pablo L (Dir.) *Derecho Constitucional del siglo XXI: estudios en homenaje a Jorge Reinaldo Vanossi*, Editorial Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020, p. 25.

<sup>16</sup> VANOSI, Jorge Reinaldo, *Estado de Derecho*, op. cit., p. 22.

<sup>17</sup> FERREYRA, Raúl Gustavo, *El principio de subordinación como fundamento del Estado constitucional. Su regulación en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y México*, op. cit., pp. 203 y 204.

<sup>18</sup> MORLINO, Leonardo, “Explicar la calidad democrática: ¿qué tan relevantes son las tradiciones autoritarias?”, *Revista de Ciencia Política*, Vol. 27, N.º 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2007, pp. 5 y 6.

mecanismos que funcionan correctamente, realiza la libertad y la igualdad de los ciudadanos”. Asimismo, agrega que los ciudadanos de una buena democracia deben poder controlar y evaluar, si y cómo estos dos valores se realizan a través del pleno respeto de las normas vigentes, es decir, del llamado *rule of law*.

Ferrajoli<sup>19</sup> sostiene que una concepción adecuada de democracia debe contener tanto una definición formal, como una sustancial. El primer referente a las reglas y procedimientos para tomar decisiones, y la segunda referida al “por qué” de esas decisiones, lo que supone un principio del Estado constitucional democrático de derecho, el respeto irrestricto y la expansión de los derechos fundamentales.

El Estado constitucional pretende proteger el consenso básico del pueblo sobre cuestiones jurídicas fundamentales, frente a la alternancia de mayorías ocasionales que pudieran sentirse tentadas a actuar soberanamente<sup>20</sup>. Esto se instrumenta a través de límites y vínculos que delimitan la “esfera de aquello que no es susceptible de decisión”, sustraída a la potestad de cualquier mayoría.

Para que un sistema de organización político sea realmente democrático es indispensable que se sustraiga constitucionalmente a la mayoría el poder de eliminar o de limitar la posibilidad de que las minorías se conviertan a su vez en mayoría<sup>21</sup>.

En este contexto, podemos afirmar que la minoría política constituye una garantía institucional dado que legitima las decisiones de la mayoría, tornando posible los principios de la alternancia, el pluralismo, la tolerancia y la protección de las minorías, que están implícitos en la propia definición de Democracia Constitucional.

En el año 2004, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo afirmó que; “[...] la democracia no se reduce al acto electoral, sino que requiere de eficiencia, transparencia y equidad en las instituciones públicas, así como de una cultura que acepte la legitimidad de la oposición política y reconozca, y abogue por, los derechos de todos”<sup>22</sup>. Es que esta, “[...] excede a un método para elegir a quienes gobiernan, dado que es también una manera de construir, garantizar y expandir la libertad, la justicia y el progreso, organizando las tensiones y los conflictos que generan las luchas de poder”<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Sobre la definición de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero”, en Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas, Conferencias Magistrales, N.º 13, Instituto Nacional Electoral, México, 2001, p. 15.

<sup>20</sup> RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “¿Soberanía popular en el estado constitucional? A partir de Rousseau, más allá de Rousseau”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, N.º 30, Madrid, 2014, p. 30.

<sup>21</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Democracia constitucional y derechos fundamentales. la rigidez de la constitución y sus garantías*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>22</sup> Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Alfaguara, Buenos Aires, 2004, p. 36.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 45.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la estrecha vinculación entre democracia, Estado de derecho y derechos fundamentales en el precedente “*Yatama vs. Nicaragua*”<sup>24</sup>, en los siguientes términos: “[...] en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de derecho constituyen una tríada, en la que cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.

En similar sentido, se expresaron oportunamente los ministros de Relaciones Exteriores de las Américas en la Carta Democrática Interamericana, en la cual se enfatiza:

[...] Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos<sup>25</sup>.

### 3. EL POPULISMO EN AMÉRICA LATINA

Más allá de las recomendaciones y los esfuerzos de alguna parte del sector público, las organizaciones civiles y la ciudadanía para lograr mayores niveles de calidad institucional y la observancia del Estado de derecho, podemos afirmar que no hemos logrado alcanzar democracias de calidad en varios países de la región.

Hace ya muchos años que asistimos al debilitamiento progresivo y constante de la democracia en América Latina, a tal punto que en algunos países no se alcanza a comprender la importancia y la urgencia de preservar el Estado de derecho. Varios gobiernos han caído en el engaño de creer que el logro de un amplio apoyo electoral es sinónimo de poder sin límites<sup>26</sup>. En algunos países, las constituciones han estado integradas por gramáticas autoritarias<sup>27</sup>.

Esa debilidad sistémica imposibilita el desarrollo de contrapesos institucionales al poder electoral, favoreciendo la concentración de poder en un líder

<sup>24</sup> Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia del 23/06/2005, párr. 191.

<sup>25</sup> Carta Democrática Interamericana, aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11/09/2001, artículo 3º.

<sup>26</sup> Ver MANTILLA, Sebastián, “Democracias débiles”, *El comercio*, 08/02/2012.

<sup>27</sup> CRUZ GUTIERREZ, David Fernando, “Fantasmas autoritarios y precisiones conceptuales: una reflexión en torno a los aportes de Roberto Gargarella al fortalecimiento del constitucionalismo democrático en América Latina” en *Dikaion* 30, 1, 2021, pp. 160 y 191.

y la consolidación de un modelo de gobierno autocrático con base electiva<sup>28</sup>. A estas prácticas las denominamos “populistas”.

El término populismo apareció por primera vez en el siglo XVIII en Rusia, pero no fue hasta los años 1960/70 que varios académicos lo retomaron, definiéndolo como aquellos regímenes que constituyen prácticas de liderazgo que son de tipo personalista antes que institucional, y emotivo antes que racional<sup>29</sup>.

El populismo es, como afirma Rosanvallon<sup>30</sup>, la corriente teórica que revoluciona la política del siglo pasado. El surgimiento de los fenómenos populistas se identifica en la primera mitad del siglo XX y se asocia principalmente con las democracias latinoamericanas. Especialmente, se refiere a los movimientos de Lázaro Cárdenas en México en 1930, Víctor Haya de la Torre fundador de la Alianza Popular Revolucionaria en Perú, Getulio Vargas quien lideró el Estado Novo en Brasil, las presidencias de Juan Domingo Perón en los años 40, 50 y 70 en Argentina, y Víctor Paz Estenssoro líder del movimiento populista boliviano.

En las últimas décadas del siglo XX emerge el término *neopopulismo* para referirse a las presidencias de Carlos Salinas de Gortari en México, Carlos Menem en Argentina, Alberto Fujimori en Perú, Fernando Collor de Melo en Brasil y, posteriormente, Hugo Chávez en Venezuela<sup>31</sup>.

América Latina se configuró como el terreno fértil en donde los movimientos populistas pudieron emerger en la primera mitad del siglo XX y retornar en las últimas décadas.

Múltiples autores han intentado explicar por qué este fenómeno se da con más fuerza en nuestra región. Principalmente, señalan que las consecuencias de la Primera Guerra Mundial alteraron drásticamente las condiciones demográficas, sociales, económicas y culturales del continente, generando las bases propicias para que el populismo se instalara<sup>32</sup>. Este esquema de poder ha encontrado en nuestro continente sociedades insertadas en sistemas políticos debilitados por crisis constantes de representatividad y gobernabilidad.

Existen ciertos rasgos característicos del populismo como, por ejemplo, la figura del liderazgo carismático, la vocación plebiscitaria y la intolerancia por todo vínculo institucional. El populismo evoca constantemente al pueblo y a la sociedad de masas que se constituyen como aspectos centrales de estos movimientos. El pueblo es una construcción intelectual, mítica, selectiva, identifi-

<sup>28</sup> PIZZOLO, Calogero, “Populismos y rupturas constitucionales. Los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador”, *Estudios Constitucionales*, Año 5, N.º 1, Universidad de Talca, 2007, p. 371.

<sup>29</sup> Ver ADAMOVSKY, Ezequiel, “De que hablamos cuando hablamos de populismo”, *Revista Anfibia de la Universidad Nacional de San Martín*, 2015.

<sup>30</sup> ROSANVALLON, Pierre, *El siglo del populismo. Historia, teoría, crítica*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2020, p. 13.

<sup>31</sup> ORTIZ MARMOL, Egda, “Populismo y democracia en América Latina”, Vol.16, N°1, *Frónesis*, Caracas, 2009, p. 45.

<sup>32</sup> ZANATTA, Loris, “El populismo, entre religión y política. Sobre las raíces históricas del antiliberalismo en América Latina”, *op. cit.*, p. 30.

cada con símbolos, palabras, valores que muchas personas y grupos comprenden y comparten porque, justamente, rememoran un imaginario social antiguo y familiar.

Estas corrientes comparten la aversión o rechazo a una amenaza externa que pone en peligro la integridad de la sociedad. En el continente este peligro externo se identifica con el imperialismo estadounidense, el comunismo, la globalización y el Fondo Monetario Internacional<sup>33</sup>.

Otro de los elementos característicos del movimiento populista, que puede variar según los distintos países, es la instauración de un orden basado en los cuerpos del organismo social tales como las Fuerzas Armadas, la Iglesia, las universidades, los sindicatos y los gremios<sup>34</sup>.

El líder que, muchas veces tiene origen militar como sucedió con Perón, Chávez y Vargas, es un protagonista central del movimiento; también hay otros tipos de líderes populistas con voluntad mesiánica y de acentuado carácter personalista y hasta narcisistas. El o la líder es quien expresa y encarna la voz del pueblo y se propone como medio para lograr su salvación ante la amenaza externa<sup>35</sup>.

#### 4. ¿EL POPULISMO ES UNA DEFORMACIÓN DEL IDEAL DEMOCRÁTICO?

Hacia fines del milenio, el vocablo populismo ha pasado por distintas definiciones y fue conceptualizado de diferentes formas, pero todas concuerdan en que este sistema constituye una amenaza para la democracia.

Coincido con quienes afirman que el populismo es portador de presagios en los que se anuncia la temida desestabilización del proyecto democrático<sup>36</sup>. Este fenómeno ha sido durante gran parte del siglo XX y continúa siendo una de las características endémicas de la vida democrática latinoamericana<sup>37</sup>. En idéntico sentido, Peruzzoti<sup>38</sup> señala que esta forma de representación política tiene efectos perniciosos para la calidad democrática de un país.

<sup>33</sup> Ibidem, pp. 32 y 34.

<sup>34</sup> ZANATTA, Loris "El populismo, entre religión y política. Sobre las raíces históricas del antiliberalismo en América Latina", *E.I.A.L.*, Vol. 19, N.º 2, 2008, p. 35.

<sup>35</sup> Ibidem, pp. 32 y 34.

<sup>36</sup> ROSANVALLON, Pierre, "El siglo del populismo. Historia, teoría, crítica", *op. cit.*, 2020, p. 14.

<sup>37</sup> ZANATTA, Loris, "El populismo, entre religión y política. Sobre las raíces históricas del antiliberalismo en América Latina", *op. cit.*, p. 29.

<sup>38</sup> PERUZZOTI, Enrique, "*Populism in democratic times: populism, representative democracy, and the debate on democratic deepening*" Latin American Populism in the Twenty First Century, The Johns Hopkins University and the Woodrow Wilson Center Press, Baltimore y Washington, 2013, pp. 61-85.

En estos regímenes, uno de los pocos rasgos democráticos que sobreviven es la convocatoria periódica a elecciones. Enlazado con la crisis de las instituciones democráticas, las elecciones otorgan al populismo el poder absoluto, convirtiendo la democracia en una democracia plebiscitaria, potenciando así un escenario de fuertes divisiones sociales<sup>39</sup>.

El populismo, puede ser una corriente política de derecha o también de izquierda, ya que es una forma de gobernar y de concebir al Estado, rechaza la democracia representativa de tipo liberal y la concepción social que ella implica. Por el contrario, invoca explícita o implícitamente valores de la *democracia orgánica*<sup>40</sup>.

Rosanvallon<sup>41</sup> en su célebre obra *El Siglo del Populismo*, expresa que en este régimen político existe una *democracia límite* que puede derivar en versiones contra sí mismas. El populismo, constitutivo de una forma de democracia *polarizada*, está amenazado de derivar hacia una demócradura, es decir, hacia un poder autoritario.

Weyland<sup>42</sup> explica que el liderazgo personalista del populismo le otorga una base popular fuerte pero no demasiado organizada e institucionalizada, generando que el apoyo popular se pueda evaporar rápidamente porque la legitimidad democrática no es duradera ni sólida. Estas características ocasionan varias tendencias. Primero, al no tener vínculo institucional, los populistas ven a las instituciones como amenazas, como limitaciones a su poder y por ello, buscan disminuir la independencia de estas instituciones, tratando de hegemonizar el poder político. Segundo, tratan de aumentar su aceptación polarizando la sociedad a través de un relato en el cual los populistas son *los buenos* y la oposición es *el enemigo*. Finalmente, la polarización destruye al pluralismo político amenazando la calidad democrática<sup>43</sup>.

## 5. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES Y EL HIPERPRESIDENCIALISMO EN AMÉRICA LATINA

La pregunta central que se nos plantea en el constitucionalismo latinoamericano es; ¿Qué se buscó cuando se reformaron las constituciones en América Latina? ¿Cómo se hace para cortar con la debilidad estructural de nuestras democracias?

<sup>39</sup> BASTERRA, Marcela I. "*Legitimidad Democrática y Estado Constitucional de Derecho en Latinoamérica*", *op. cit.* p. 25 y siguientes.

<sup>40</sup> ZANATTA, Loris "El populismo, entre religión y política. Sobre las raíces históricas del antiliberalismo en América Latina", *op. cit.*, p. 30.

<sup>41</sup> ROSANVALLON, Pierre, *El siglo del populismo. Historia, teoría, crítica*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>42</sup> PONTÓN CEVALLOS, Jenny, "El populismo: ¿una amenaza a la democracia en América Latina? Un diálogo con Kurt Weyland", *Iconos, Revista de Ciencias Sociales*, núm. 55, 2016, p. 165.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 165.

Sin duda, muchas de las reformas constitucionales que se llevaron a cabo a partir de los años 80 —y que se dan después de una larga etapa de gobiernos autoritarios y dictatoriales en la región—, buscaron combatir o al menos moderar y/o limitar el hiperpresidencialismo, al que se identificaba como la causa más notoria de la inestabilidad política de las democracias regionales<sup>44</sup>. En este sentido, se señala que “un factor importante, aunque por cierto no el único, de la labilidad institucional argentina estuvo constituido por la formación de un presidencialismo hipertrofiado”<sup>45</sup>.

Este fenómeno promueve la concentración de poder y responsabilidades en cabeza del Ejecutivo ocasionando que, ante cualquier problema económico o político, como la caída de popularidad de la imagen presidencial, se genere una crisis sistémica ya que el diseño constitucional no cuenta con válvulas de escapes que puedan solucionar esta situación.

El principal remedio constitucional que se vislumbra entonces para combatir esa inestabilidad es la limitación del presidencialismo. De esta forma, a través de reformas constitucionales se buscó moderar o eliminar el sistema hiperpresidencialista para amortiguar las crisis y la inestabilidad recurrente que afectaban a los gobiernos<sup>46</sup>.

Sin embargo, las nefastas consecuencias de los *programas de ajuste* de los años 90 impulsaron nuevamente la instalación de un poder concentrado y una autoridad fuerte en los gobiernos, derribando así la reflexión crítica que la doctrina había realizado sobre los males generados por el hiperpresidencialismo<sup>47</sup>. De esta forma, se frenó la tendencia antirreeleccionista de los años 80 para fomentar reformas constitucionales que facilitaran la reelección presidencial.

En este contexto, es posible observar a partir de 1990, varios casos de reformas constitucionales que perseguían como fin principal asegurar la reelección presidencial<sup>48</sup>. Así, la modificación constitucional de Perú promovida por Fujimori buscaba concederle mayor protagonismo y facultades a la figura del jefe de estado y jefe de gobierno.

En nuestro país, la reforma constitucional del año 1994 responde también a esta lógica. Se desoyeron las recomendaciones del Consejo para la Consolida-

<sup>44</sup> NINO, Carlos, “*Transition to Democracy, Corporatism and Presidentialism with Special Reference to Latin America*”, en GREENBERG, Donald, KATZ, Staley OLIVEIRO, Melanie, WHEATLEY, Steven (Eds.) *Constitutionalism and Democracy, Transitions in the Contemporary World*. Oxford University Press, Oxford, 1993. LINZ, Juan y STEPAN, Alfred *The Breakdown of Democratic Regimes*. The John Hopkins University Press, Baltimore, 1978.

<sup>45</sup> NINO, Carlos. “¿Qué reforma constitucional?”, *Revista Propuesta y control*, Vol. 21, Estructura, Buenos Aires, 1992, p. 38.

<sup>46</sup> ACKERMAN, Bruce, “*The New Separation of Powers*”. *Harvard Law Review*, enero 113, 2000, pp. 633-729.

<sup>47</sup> GARGARELLA, Roberto, Sobre el “Nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, Vol.27, N.º 1, Montevideo, 2018, pp. 109-129.

<sup>48</sup> NEGRETTO, Gabriel, *Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 33.

ción de la Democracia para concentrarse, esencialmente, en asegurar la reelección del presidente entonces en ejercicio.

Por ello, cabe señalar que los cambios que introdujo la reforma del 94, contrariando el objetivo explícito de atenuar el sistema presidencialista, recuperar el rol del Poder Legislativo y afianzar la independencia judicial, aumentaron el centralismo del modelo político nacional, favoreciendo el personalismo y su inclinación a interferir en el Poder Judicial.

Una situación similar se reflejó en la reforma de la Constitución del Estado de Venezuela del año 1999, por la que se instaló un presidencialismo exacerbado acrecentando las facultades presidenciales y militares en forma notoria, en comparación con la Constitución anterior de 1961<sup>49</sup>.

Asimismo, varios de los nuevos textos constitucionales procuraron transferir las atribuciones legislativas a la rama ejecutiva, debilitando las funciones de contrapeso del Poder Legislativo<sup>50</sup>. El ejemplo más claro, es el número de Cartas políticas que otorgan al presidente la capacidad de emitir decretos con fuerza de ley en situaciones de urgencia<sup>51</sup>. Tal es el caso de la Constitución de Brasil de 1988, la de Colombia de 1991, la de Perú de 1993 y la Argentina de 1994<sup>52</sup>.

## 6. EL DEBATE EN TORNO A LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL INDEFINIDA

El tema de la reelección presidencial indefinida genera grandes tensiones entre el derecho de los ciudadanos de elegir libremente y el derecho de quienes se encuentran en el poder. En la región, es posible observar distintas tendencias sobre este punto; algunos países han eliminado o prohibido la reelección, mientras que otros ordenamientos consideran que es un derecho de las personas que se encuentran en el poder.

Recientemente, en la Opinión Consultiva OC 28-21<sup>53</sup>, la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó si la limitación o prohibición de la reelección restringe los derechos políticos del gobernante vulnerando el artículo 23 de

<sup>49</sup> Se puede ver un análisis más exhaustivo de la reforma constitucional venezolana de 1999 en BASTERRA, Marcela I., "Nuevas Reflexiones en torno a la Constitución Venezolana de 1999", *Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, Vol. IV, N.º 2, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, primavera 2000.

<sup>50</sup> CHALCO, José, "Hiperpresidencialismo: Hacia un blindaje presidencial". Cálamo, *Revista de Estudios Jurídicos*, 2016, pp. 80 y 81.

<sup>51</sup> BASTERRA, Marcela I. "Legitimidad Democrática y Estado Constitucional de Derecho en Latinoamérica", *op. cit.* p. 26 y siguientes.

<sup>52</sup> NEGRETTO, Gabriel, "La reforma política en América Latina. reglas electorales y distribución de poder entre presidente y congreso", *op. cit.*, pp. 213-214.

<sup>53</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-28/21 "La Figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", publicada el 07/06/2021.

la CADH, o bien es una restricción acorde con los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, y respetuosa de la jurisprudencia interamericana<sup>54</sup>.

El Tribunal destacó que en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros<sup>55</sup>.

La legitimación democrática de determinados hechos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales, de modo tal que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales<sup>56</sup>.

Entre los componentes esenciales de la democracia representativa podemos señalar la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa<sup>57</sup>. Según lo prescripto por la Carta Democrática Interamericana, el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho es también un elemento constitutivo de la democracia representativa<sup>58</sup>.

La Corte señaló que las reglas de acceso al poder no pueden ser modificadas sin ningún límite por los gobernantes que se encuentran ejerciendo temporalmente el poder político. La identificación de la soberanía popular con la mayoría expresada en las urnas no es suficiente para considerar un régimen como democrático, sino que se deberá ponderar si existe respeto a las minorías e institucionalización del ejercicio del poder político, el que deberá estar sujeto a límites jurídicos y a fuertes controles estatales<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> La mencionada disposición dispone “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades. a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior; exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

<sup>55</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva 0C 08-87 “*El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)”, aprobada el 30/01/1987, párr. 39.

<sup>56</sup> Corte IDH, “*Caso Gelman s. Uruguay*”, sentencia del 24/02/2011, párr. 239.

<sup>57</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva 0C-28/21 “*La Figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, *op. cit.*, párr. 68.

<sup>58</sup> Carta Democrática Interamericana, artículo 3°.

<sup>59</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva 0C-28/21 “*La Figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, *op. cit.*, párr. 71.

Lo que se busca al limitar los cargos políticos es que los gobernantes no se perpetúen en el ejercicio del poder. De lo contrario, sin alternancia política el sistema de gobierno se asemejaría más a una autocracia que a una democracia<sup>60</sup>. Asimismo, tal como reconoce la comunidad interamericana la limitación temporal estimula el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, que tienen un papel esencial en el desarrollo democrático<sup>61</sup>.

Además, se vuelve fundamental asegurar la separación e independencia de los poderes públicos junto con un efectivo sistema de control y fiscalizaciones entre estos, que comúnmente se denomina modelo de “frenos y contrapesos”.

La Corte, señaló que la reelección presidencial indefinida no es considerada un derecho humano en ninguno de los tratados internacionales de la región, ni tampoco en el sistema universal, europeo o africano. Tampoco se desprende del derecho consuetudinario regional una práctica estatal suficiente que permita afirmar que el instituto es un derecho autónomo<sup>62</sup>.

Por otro lado, consideró que la restricción que imponen la gran mayoría de los ordenamientos regionales satisface las exigencias de la jurisprudencia interamericana, esto es estar prevista en la ley, perseguir un fin legítimo, y cumplir los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad<sup>63</sup>.

Por las consideraciones expresadas, el Tribunal concluyó que la prohibición de la reelección indefinida es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Carta Democrática Interamericana. Asimismo, la habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en los mencionados instrumentos internacionales.

## CONCLUSIONES

El panorama político en la región exhibe avances y retrocesos en el proceso de consolidación de las democracias. No nos ha sido fácil desprendernos de los males que caracteriza al poder en América Latina principalmente a partir de dos fenómenos —hiperpresidencialismo y populismo—, que amenazan a los sistemas constitucionales de la región.

<sup>60</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva 0C-28/21 “*La Figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, *op. cit.* párrs. 71 y siguientes.

<sup>61</sup> IV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y Presidentes de Gobierno: Declaración de Viña del Mar, celebrada el 10 y 11 de noviembre de 1996, párr. 24.

<sup>62</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva 0C-28/21 “*La Figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, *op. cit.*, párrs. 94 y siguientes.

<sup>63</sup> *Ibidem*, párrs. 127 y siguientes.

Tanto el hiperpresidencialismo como el populismo se caracterizan por un Poder Ejecutivo desbordado que genera sistemas antidemocráticos que deben ser necesariamente controlados a través de la vigilancia de los otros poderes estatales<sup>64</sup>.

A pesar de lo señalado, también es fundamental reafirmar y defender el rol insustituible de la sociedad civil, en tanto agente indispensable de control y límite al poder político. A través del sufragio y de los distintos mecanismos de participación popular previstos en los textos constitucionales, la ciudadanía puede participar activamente en las decisiones políticas y constituirse así en una garantía que vela por la protección y defensa de los valores democráticos.

Las reformas constitucionales buscaron acertadamente morigerar el hiperpresidencialismo al incorporar herramientas de participación ciudadana, como sucedió en nuestro país con la última reforma constitucional.

La sociedad civil es, entonces, un elemento de suma importancia para la satisfacción de los presupuestos constitucionales ya sea para dar respuesta de las demandas sociales, como la vigilancia del sector gubernamental. En concreto, la democracia participativa supone, entre otras cosas, la consolidación de una democracia fortalecida y de calidad.

La deliberación pública le otorga legitimidad democrática a las decisiones cuando son adoptadas por la ciudadanía en un ejercicio político y social de discusión racional, imparcial y abierta. Por ello, se vuelve fundamental fortalecer las instancias y los mecanismos de deliberación popular, para así alcanzar verdaderas democracias constitucionales con una cultura política democrática donde se respeten plenamente las libertades civiles.

Finalmente, para consolidar democracias de calidad en toda América Latina y evitar que gobiernos populistas e hiperpresidencialistas se propaguen en nuestro continente es trascendental contar con alternancia en el poder, pluralismo político, procesos electorarios que reflejen la soberanía popular, un eficiente sistema de frenos y contrapesos y no un modelo desbalanceado hacia el Poder Ejecutivo que torne ilusorio el principio republicano de división de poderes.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, "The New Separation of Powers", *Harvard Law Review*, January 113, 2000.
- ADAMOVSKY, Ezequiel, "De que hablamos cuando hablamos de populismo", *Revista Anfibia*, Universidad Nacional de San Martín, 2015.
- AMAYA, Jorge A., *Los derechos políticos*, Astrea, Buenos Aires, 2016.

<sup>64</sup> OSPINA MOLINA, Pablo Sergio, "Del presidencialismo al hiperpresidencialismo: una realidad innegable en América Latina". *Criterio Libre Jurídico*, Vol. 17, N.º 2, julio-diciembre de 2020, p. 9.

- BASTERRA, Marcela I., "Nuevas Reflexiones en torno a la Constitución Venezolana de 1999", *Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, Vol. IV, N.º 2, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, primavera 2000.
- \_\_\_\_\_, "Legitimidad Democrática y Estado Constitucional de Derecho en Latinoamérica", en MANILI, Pablo L (Dir.) *Derecho Constitucional del siglo XXI: estudios en homenaje a Jorge Reinaldo Vanossi*, Editorial Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020.
- CABALLERO HERNÁNDEZ, Rafael, "La naturaleza ética de la democracia constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVI, N.º 265, México D. F., enero-junio 2016.
- CHALCO, José, "Hiperpresidencialismo: Hacia un blindaje presidencial", *Cálamo*, *Revista de Estudios Jurídicos*, Ecuador, 2016.
- CRUZ GUTIERREZ, David F., "Fantasmas autoritarios y precisiones conceptuales: una reflexión en torno a los aportes de Roberto Gargarella al fortalecimiento del constitucionalismo democrático en América Latina", *Dikaion. Revista de fundamentación jurídica*, vol. 30, N.º 1, Universidad de La Sabana, Colombia, 2021.
- DI PALMA, Giuseppe, "La consolidación democrática: una visión minimalista", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* Reis N.º 42, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1988.
- FERRAJOLI, Luigi, "Sobre la definición de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero", en *Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas*, Conferencias Magistrales, N.º 13, Instituto Nacional Electoral, México, 2001.
- \_\_\_\_\_, "Democracia constitucional y derechos fundamentales. la rigidez de la constitución y sus garantías", *Revista Pensamiento Penal*, 08/01/2012.
- FERREYRA, Raúl G., "El principio de subordinación como fundamento del Estado constitucional. Su regulación en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y México", *Revista Pensar en Derecho*, N.º 7, Buenos Aires, 2015.
- GARGARELLA, Roberto, *Sobre el "Nuevo constitucionalismo latinoamericano"*, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, Vol.27, N.º1, Montevideo, 2018.
- HUNTINGTON, Samuel, *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, Norman, 1991.
- LINZ, Juan J. y STEPAN, Alfred, *The Breakdown of Democratic Regimes*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1978.
- LINZ, Juan J., "Transiciones a la democracia", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, Reis N.º51, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1990.
- MANTILLA, Sebastián, *Democracias débiles*, *El comercio*, 08/02/2012.
- MORLINO, Leonardo, "Consolidamento democratico: alcune ipotesi esplicative", *Rivista Italiana Di Scienza Politica. Italian Political Science Review*, vol. 16, Cambridge University Press, Cambridge, 1986.

- \_\_\_\_\_, "Explicar la calidad democrática: ¿qué tan relevantes son las tradiciones autoritarias?", *Revista de Ciencia Política*, Vol. 27, N.º 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2007.
- NEGRETTO, Gabriel, *Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- NINO, Carlos, "¿Qué reforma constitucional?", *Revista Propuesta y control*, Vol. 21, Estructura, Buenos Aires, 1992.
- \_\_\_\_\_, "Transition to Democracy, Corporatism and Presidentialism with Special Reference to Latin America", en GREENBERG, Donald, KATZ, Stanley, OLIVEIRO, Melanie y WHEATLEY, Steven (Eds.) *Constitutionalism and Democracy, Transitions in the Contemporary World*. Oxford University Press, Oxford, 1993.
- ORDOÑEZ SEDEÑO, Joaquín, "Democracia y participación del ciudadano: Un sustento urgente del Estado Constitucional y de la Seguridad Pública en México", *Revista de Antropología Experimental*, Universidad de Jaén, N.º 16, España, 2016.
- ORTIZ MARMOL, Egda, "Populismo y democracia en América Latina", Vol.16, N.º 1, Frónesis, Caracas, 2009.
- OSPINA MOLINA, Pablo S., "Del presidencialismo al hiperpresidencialismo: una realidad innegable en América Latina", *Criterio Libre Jurídico*, Vol. 17, N.º 2, Julio-diciembre de 2020.
- PEÑA, Lorenzo, "Dictadura, democracia, república: Un análisis conceptual", publicada en Memoria del Primer Encuentro Internacional sobre el poder en el pasado y en el presente de América Latina, Toluca, México, 2009.
- PERUZZOTI, Enrique, "Populism in democratic times: populism, representative democracy, and the debate on democratic deepening", *Latin American Populism in the Twenty First Century*, The Johns Hopkins University and the Woodrow Wilson Center Press, Baltimore y Washington, 2013
- PIZZOLO, Calogero, "Populismos y rupturas constitucionales. Los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador", *Estudios Constitucionales*, Año 5, N.º 1, Universidad de Talca, Chile, 2007.
- PONTÓN CEVALLOS, Jenny, "El populismo: ¿una amenaza a la democracia en América Latina? Un diálogo con Kurt Weyland", *Iconos, Revista de Ciencias Sociales*, N.º 55, 2016.
- RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Á., "¿Soberanía popular en el estado constitucional? A partir de Rousseau, más allá de Rousseau", *Anuario de Filosofía del Derecho*, N.º 30, Madrid, 2014.
- ROSANVALLON, Pierre, *El siglo del populismo. Historia, teoría, crítica*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2020.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.
- SCHUMPETER, Joseph, *Capitalism, socialism and democracy*, Harper and Row, San Francisco, 1976.

VANOSI, Jorge Reinaldo, Estado de Derecho, Astrea, Buenos Aires, 2008.  
ZANATTA, Loris "El populismo, entre religión y política. Sobre las raíces históricas del antiliberalismo en América Latina", E.I.A.L., Vol. 19, N.º 2, 2008.



# 40 AÑOS DE CONTINUIDAD DEMOCRÁTICA EN LA ARGENTINA. REVISITANDO NIVELES DE LEGITIMACIÓN Y EXPANSIÓN DE LA DEMOCRACIA \*

Por JORGE O. BERCHOLC \*\*

## Resumen

*Circulan muchas definiciones y perspectivas de análisis sobre la democracia, las hay sustantivas, formales, políticas, plebiscitarias, genuinas, socialistas, populares, conservadoras, republicanas, y siguen las adjetivaciones.*

*Hoy se enumeran nuevas “democracias”. La democracia deliberativa, la anti-política, la radical, la feminista La democracia “iliberal”, o también de “autoritarismo competitivo”, o la democracia dominada por un “populismo de derecha”, o por “nuevas derechas” o democracia del “posfascismo”.*

*¿Qué debería hacerse con el concepto democracia? Se lo adjetiva y enuncia de diferentes modos tanto para defenderlo y exaltarlo como para criticarlo o degradarlo.*

*Los límites, alcances, posibilidades y condiciones de la democracia generaron no solo debate teórico y académico, también alimentaron praxis políticas y sociales conflictivas, contradictorias y excluyentes. Este enunciado, que parecía ya carente de actualidad resultó, dramática y paradójicamente revivido, de la mano de las denominadas “grietas” que han reaparecido de diversas formas.*

\* Esta es una última versión actualizada y adaptada del capítulo N.º 3 de mi libro Temas de Teoría del Estado, Buenos Aires, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2015, páginas 45 a 72, 2º edición, 1º reimpresión.

\*\* Doctor en Derecho, Orientación Derecho Político, Universidad de Buenos Aires. Doctor Internacional en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Castilla-La Mancha. Profesor Catedrático Titular Regular de Teoría del Estado. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, UBA. Director de proyectos de investigación UBACyT desde 2004 a la actualidad. Director Académico del Observatorio TIC, Estado y Gestión Pública, UBA. Profesor de Posgrado y Doctorado, UBA. Ganador de 20 premios y becas nacionales e internacionales e instituciones de Alemania, Argentina, Canadá y la Unión Europea. Profesor e investigador visitante en instituciones de Alemania, Brasil, Canadá, España y México. Autor y editor de 20 libros. Ha publicado más de 130 contribuciones en libros colectivos y revistas especializadas en sus áreas de trabajo.

*Ante semejante dispersión del debate académico y político sobre la democracia, se abre un amplio espectro contradictorio sobre la cuestión.*

*¿Qué es la democracia; cuáles son sus límites, alcances, objetivos mínimos? ¿Qué entenderá por democracia cada ciudadano corriente, no abstracto, sino situado ante sus condiciones objetivas de existencia y su situación económico-social?*

*Surge la necesidad, epistémica y metodológica, de encontrar cierta base de sustentación para delimitar el concepto democracia, medir las posibilidades de expansión y construcción/consolidación de la categoría, y del proceso de su construcción, y los grados de consenso que las variables arrojan.*

### **Palabras clave**

*Democracia, legitimación, expansión, Argentina, 40 años.*

## 40 YEARS OF DEMOCRACY IN ARGENTINA. REVISITING LEVELS OF LEGITIMATION AND EXPANSION OF DEMOCRACY

### **Abstract**

*Many definitions and perspectives of analysis about democracy circulate, there are substantive, formal, political, plebiscite, genuine, socialist, popular, conservative, republican, and adjectives follow.*

*Today new “democracies” are listed. Deliberative Democracy, anti-politics, radical, feminist... Democracy “illiberal”, or also of “competitive authoritarianism”, or democracy dominated by a “right-wing populism”, or by “new rights” or “post-fascism” democracy.*

*What should be done with the concept of democracy? It adjectives it and enunciates it in different ways both to defend and exalt it as to criticize or degrade it.*

*The limits, scope, possibilities and conditions of democracy generated not only theoretical and academic debate, but also fueled conflicting, contradictory and exclusive political and social praxis. This statement, which seemed to be lacking in actuality, was dramatically and paradoxically revived by the hand of the so-called “cracks” that have reappeared in various forms.*

*In the face of such a dispersion of the academic and political debate on democracy, a wide range of contradictions opens up on the issue.*

*What is democracy; what are its limits, its scope, its minimum objectives? What will every ordinary citizen understand by democracy, not abstract, but situated before his objective conditions of existence and his economic-social situation?*

*The epistemic and methodological need arises to find a certain basis for defining the concept of democracy, to measure the possibilities of expansion and construction/consolidation of the category, and the process of its construction, and the degrees of consensus that variables yield.*

### **Keywords**

*Democracy, legitimation, expansion, Argentina, 40 years.*

## INTRODUCCIÓN

Circulan muchas definiciones y perspectivas de análisis sobre la *democracia*, las hay sustantivas, formales, políticas, plebiscitarias, genuinas, socialistas, populares, conservadoras, republicanas, y siguen las adjetivaciones.

Hoy se enumeran nuevas “democracias”. La democracia deliberativa, la anti política, la radical, la feminista... La democracia “iliberal”, o también de “autoritarismo competitivo”, o la democracia dominada por un “populismo de derecha”, o por “nuevas derechas” o democracia del “posfascismo”.

¿Qué debería hacerse con el concepto democracia? Se lo adjetiva y enuncia de diferentes modos tanto para defenderlo y exaltarlo como para criticarlo o degradarlo.

En ocasión de la publicación del libro colectivo “Democracia, 15 años de Estado de Derecho”, en conmemoración de los 15 años de la recuperación democrática en 1998, en el capítulo de mi autoría titulado, *Niveles de legitimación y expansión de la Democracia en la Argentina*, (Bercholz, Gargarella, Molinelli y otros, p. 49-76, 1998), ya me preocupaba por superar ese estancamiento argumentativo y teórico de las definiciones subjetivas, sin posibilidad de medición y descripción rigurosa de variables, que permitan precisar y mensurar a la democracia de un modo práctico, operativo y desideologizado. Ello, a fin de lograr descripciones sólidas, desagregadas y microscópicas, para luego proponer diagnósticos y prospectivas más consistentes, comprendiendo las dificultades de los procesos de toma de decisiones que deben resultar eficaces para la estabilidad del sistema, brindando respuestas útiles a las necesidades de la ciudadanía y en el marco de un sistema institucional democrático y representativo. Más aún, en el escenario actual de demandas altamente fragmentadas, dificultad de heterogeneidad que hoy enfrentan los gobiernos de cualquier signo político en cualquier latitud.

Aquel trabajo, revisado, se volvió a publicar en el año 2003 por Editorial La Ley, como un capítulo de mi libro *Temas de Teoría del Estado*. En 2015, se publicó la segunda edición del libro en versión corregida y aumentada, incluyendo el capítulo, también actualizado, pero con el mismo título original.

En las versiones anteriores, –también en esta– pretendí analizar a la democracia como categoría dinámica, flexible y operativa, siempre en construcción o reconstrucción, entendiéndola como un concepto con matices e interseccionalidades diversas, que no tiene un sentido unívoco, y que, por ello, debe proponer y permitir la medición de su aceptación político-social y de su efectiva extensión, dicho de otro modo, de sus niveles de legitimidad y chances de expansión. Y también sugería una dificultad para la democracia en términos lingüísticos, en tanto la *relación semiótica tortuosa*<sup>□</sup> que tenía con la sociedad. Como concepto complejo, que pretende representar una idea, su relación con el objeto representado genera no pocos equívocos por las diferentes conceptualizaciones y teorizaciones ya mencionadas, surgidas desde el campo académico, y por los discursos contradictorios y excluyentes emitidos por los actores políticos.

Dicha *relación semiótica tortuosa* creó expectativas desmedidas, ingenuas, erróneas o equivocadas que complicaron su desarrollo, expansión y consolidación.

Los límites, alcances, posibilidades y condiciones de la democracia generaron no solo debate teórico y académico, también alimentaron praxis políticas y sociales conflictivas, contradictorias y excluyentes. Este enunciado, que parecía ya carente de actualidad resultó, dramática y paradójicamente revivido, de la mano de las denominadas “grietas” que han reaparecido de diversas formas.

La Argentina cuenta con su propia y dramática experiencia en los equívocos democráticos que se sucedieron desde 1930, hasta su recuperación en 1983.

Nuestro sistema político e institucional se enfrentó, durante ese período, a ejes de legitimidad contradictorios, varios de ellos en estrecha relación y articulación con la democracia, así nuestra sociedad se debatió entre diversas relaciones binarias, y por ello macroscópicas y excluyentes.

Algunos de esos ejes fueron: república-dictadura; elitismo-participacionismo; movimientismo-pluralismo; ciudadanía-corporativismo; Estado fuerte e intervencionista-Estado pequeño y liberal; principios filosóficos liberales-principios filosóficos igualitaristas; primer mundo o alineamiento-tercermundismo o no alineamiento (Strasser, p. 92, 1986)<sup>1</sup>.

Estos ejes de legitimidad contradictorios pueden coexistir en distintos grados e interpretaciones con la democracia. No necesariamente la opción por uno u otro implica desatender a la democracia *in totum*, más aún, la democracia fue esgrimida por los defensores o militantes enrolados tras uno u otro eje de legitimidad (léase partidos políticos, sectores sociales, grupos profesionales) como argumento para justificarse.

Así, el concepto democracia significaba para algunos, solo *democracia formal, política, republicana, gobernada/gobernable y elitista* (republicanistas, elitistas, conservadores, liberales preocupados por la gobernabilidad, alineados al primer mundo), y para otros, solo habría democracia, en tanto fuese *sustantiva, genuina, social, participativa, plebiscitaria y gobernante* (democratistas, socialistas, movimientistas, estatalistas, igualitaristas, tercer mundistas).

La primera versión, era para los militantes de la segunda versión: mera letra muerta, catálogo de ilusiones, maquillaje para el mantenimiento de desigualdades y privilegios, derechos de un ciudadano abstracto sin considerar su objetiva situación económico-social.

<sup>1</sup> Sobre los ejes de legitimidad contradictorios, he seguido un análisis de Carlos Strasser en su libro “El orden político y la Democracia”, Abeledo Perrot, 1986. Si bien Strasser pone el acento en lo institucional-jurídico-político como eje conformador de orden político, en este trabajo extiendo la preocupación a lo social y económico, como causas que pueden poner en crisis a la democracia, merced a la relación semiótica que con ella se tenga, de acuerdo al lugar económico-social que ocupe el interpretante, a la Peirce, del concepto. Dicho de otro modo, qué se espera o se cree que es o qué resolverá la democracia en la interpretación de cada individuo de acuerdo a su condición económico-social y a lo que el sistema le provea.

La segunda versión, era para los militantes de la primera: sinónimo de ingobernabilidad, corrupción, demagogia, populismo, desorden, falta de idoneidad, inmoralidad.

Alternativamente, y con matices, los actores políticos más relevantes proponían recetas distintas a los ejes de legitimidad en debate y todos, bajo el paraguas de la democracia. Hasta los golpes cívico-militares se alzaban contra el Estado de derecho con el argumento de restablecer el orden y la moral para restaurar una democracia moderna y occidental<sup>2</sup> (Strasser, p. 98, 1986).

Ante semejante dispersión del debate académico y político sobre la democracia, se abre un amplio espectro contradictorio sobre la cuestión.

¿Qué es la democracia; cuáles son sus límites, alcances, objetivos mínimos? ¿Qué entenderá por democracia cada ciudadano corriente, no abstracto, sino situado ante sus condiciones objetivas de existencia y su situación económico-social?

Los equívocos pueden ser interminables sino se delimita, de algún modo, el concepto en forma realística y dinámica, tratando de precisarlo, sin quedar estancado en términos excluyentes, románticos, abstractos o generalistas, que exijan a la democracia, contemporáneamente, y de una sola vez, que supla todos los requisitos para un eficaz funcionamiento y para una óptima respuesta a todos los requerimientos a los que puede ser sometida.

Surge la necesidad, epistémica y metodológica, de encontrar cierta base de sustentación para delimitar el concepto democracia, medir las posibilidades de expansión y construcción/consolidación de la categoría, y del proceso de su construcción, y los grados de consenso que las variables arrojan. Luego, fijadas ciertas bases de análisis en común, evitar la dispersión semiótica apuntada, las expectativas desmedidas, ingenuas, erróneas, que llevan a frustraciones, apatías, alienaciones y crisis de legitimidad variadas con consecuencias graves. Y más grave aún, en términos epistemológicos –de lo que debería hacerse cargo la doctrina, la academia, los juristas– las confusiones teóricas, temáticas con mezcla de variables diferentes, generando enormes confusiones solo atribuibles a la mala teoría.

Para aproximarnos a ello, he seguido un esquema desagregativo, por niveles conceptuales (*variables de investigación*), inspirado en Strasser, a efectos de examinar los grados de legitimidad y expansión de la democracia, considerando a la Argentina, y sin perder de vista el contexto regional, y los cambios acaecidos en las últimas décadas en materia tecnológica y comunicacional, que afectan al funcionamiento político e institucional. En cada uno de esos niveles podrá investigarse, no solo los diferentes grados de consenso y de expansión de la democracia, sino también los cruciales límites y problemas a los que se enfrenta,

<sup>2</sup> Al respecto, véase el interesante cuadro y análisis de Strasser en ob. citada, pág.98. Han cambiado o se han reconstruido algunos ejes, y otros han desaparecido, superados esos conflictos, o por anacronismo.

relacionando variables independientes que ameritan su desagregación. Dicho de otro modo, hablar de democracia involucra al *Estado* (estructura, gestión, agencias y personal), al *régimen de gobierno* y su dimensión normativa y procedimental en variados aspectos (administrativos, partidarios, electorales, entre muchos otros), al *gobierno* circunstancialmente electo y en ejercicio de la administración del Estado (ello implica todos los procesos de toma de decisiones que lo involucran, las características de sus miembros y sus comportamientos), el eje secuencial *participación y representación*, y sus modos de organización y comunicación a efectos de la visibilidad de las demandas, tanto en sus formas institucionalizadas o no institucionalizadas, como electoralmente competitivas o no (movimientos sociales, ONG, partidos políticos, sindicatos y corporaciones profesionales y en la actualidad las novedades tecnológicas digitales: redes sociales, plataformas digitales, ciudadanías globales).

Nos referimos al concepto de legitimidad en su sentido mentado de obtención por la autoridad política, de consenso, aceptación y obediencia por parte de los ciudadanos y la población en general, para un programa de gobierno, o para decisiones tomadas desde la administración del Estado, en grado tal que permita la implementación de las decisiones y que las mismas sean acatadas sin necesidad, o con la aplicación mínima necesaria a efectos del acatamiento, del poder de coerción que monopoliza, en condiciones normales, el Estado.

Un punto crucial resulta ser la extensión de la preocupación por la democracia, del plano político-institucional, al plano económico-social, lo que resulta condición de posibilidad nodal para su expansión.

En suma, para hablar de democracia, para saber sobre ella, se deberán examinar todas las variables enunciadas, así nos acercaremos a una perspectiva panorámica realística del sistema democrático y de todas las categorías conceptuales que involucra.

## 1. NIVELES DE LEGITIMIDAD Y EXPANSIÓN DEMOCRÁTICAS

### 1.1. Metodología

La idea de una categorización en niveles conceptuales tiende a examinar, en cada uno de ellos, el grado de legitimidad alcanzado en su estadio actual, y si el mismo genera condiciones de posibilidad de una expansión de la democracia<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> El análisis a través de niveles conceptuales para contrastar el grado de legitimidad y expansión alcanzado por la democracia está inspirado en Strasser, ob. citada, pág. 20, si bien con variaciones y con perspectivas distintas ya citadas en el texto, es que en este trabajo no solo analizo la vigencia de un orden político-institucional determinado, sino el grado de legitimidad del mismo y las posibilidades de su expansión. En la primera versión de este trabajo del año 1998 y en las versiones subsiguientes de 2003 y 2015, en Temas de Teoría del Estado, La Ley, fui percibiendo la necesidad de mayores desagregaciones, pues muchas categorías e interseccionalidades se diluían, sin apreciarse su relevancia para el análisis, en especial, luego de casi 40 años de continuidad institucional.

Las categorías desagregadas originalmente, en este texto revisitado, eran cinco: a) Estado, b) régimen político, c) gobierno, d) clase política y e) sociedad.

Se elaboró una definición conceptual de cada una, y se las implicaba entre sí en una suerte de juego de influencias que condicionaban y daban, a su vez, consistencia desagregativa al sistema, lo que permite la identificación de problemas en la variable que corresponda, sin que por ello deba desacreditarse todo el andamiaje institucional.

Sin embargo, las categorías conceptuales utilizadas requieren, tiempo después, de una recalificación y, en algunos casos, de una mayor subdivisión o desagregación.

### *1.2. Una advertencia crucial*

Una advertencia que considero crucial para comprender la línea general del análisis es que la posibilidad de extensión de la legitimidad democrática estará vinculada a la percepción por los individuos de su utilidad práctica; a la capacidad que la democracia demuestre que tiene para resolver los problemas cotidianos que deben afrontar los individuos comunes en sus trabajos, hogares, lugares de estudio. Esta percepción, respecto de la eficacia de la democracia en temas objetivos y cotidianos, como proveedora de respuestas a demandas sociales, permite un análisis más rico respecto de su posibilidad de expansión y consolidación. Y si el sistema democrático dependiera, como sugiero, de la corroboración de su eficacia, para sostener niveles de gobernabilidad y consenso razonables para la mantención del equilibrio del sistema político institucional, nos aproximaríamos a una reconstrucción del significado de la democracia en clave de teoría de la participación y representación, como fiel reflejo de las demandas sociales, canalizadas eficazmente por el modelo institucional vigente.

Ello implicaría la superación de las definiciones democráticas edulcoradas con alguna adjetivación “encantadora”, o axiológica. Sería lo contrario, en pos del “desencantamiento del mundo y las ideas”

El típico tránsito de la modernidad de una *legitimidad tradicional* a una *legitimidad racional, legal, burocrática*, según la conocida tipología weberiana, requiere la percepción por los ciudadanos de que la capacidad del sistema puede proveer respuestas prácticas a sus problemas cotidianos. Solo así se comenzó a consolidar la transición de una legitimidad tradicional a una legitimidad racional-legal. La ciencia en general se legitima, a partir de sus respuestas tecnológicas (Agulla, p. 137, 1987), de la aplicación de sus corroboraciones a la solución práctica de problemas variados. La democracia como modo de organización política y social que ordena la disputa por el poder de administración estatal, los procesos de toma de decisiones y de establecimiento de normas para regir el comportamiento social, sustentado en una legitimidad racional-legal, no puede escapar a esa matriz. Dicho de otro modo, la consolidación y expansión de la

democracia, la superación de sus desajustes semióticos<sup>4</sup>, se correlacionará dramáticamente con su capacidad para resolver los problemas de los ciudadanos.

El grado de eficacia en el sentido observado puede disimular o superar los enfoques contradictorios y las relaciones semióticas tortuosas, pues se podrán entender cosas diversas sobre la democracia o esperar de ella consensos y expansiones varias, pero en algún momento deberá demostrar su utilidad.

### 1.3. *Análisis por niveles conceptuales*

a) *Estado*: Un intento de breve definición del Estado, como categoría analítica, indica que resulta ser la organización institucional-jurídico-política que monopoliza el uso de la fuerza y que estructura a la sociedad, obteniendo acatamiento/orden, por el doble juego de la aceptación a su autoridad, y el monopolio de la mencionada amenaza de coerción. Además, el Estado estructurará a la sociedad de acuerdo a una forma de dominación típica, manifestada en las características de las instituciones que ejercerán el poder y en relación a la estratificación social impuesta por condiciones objetivas de trabajo, económicas y culturales.

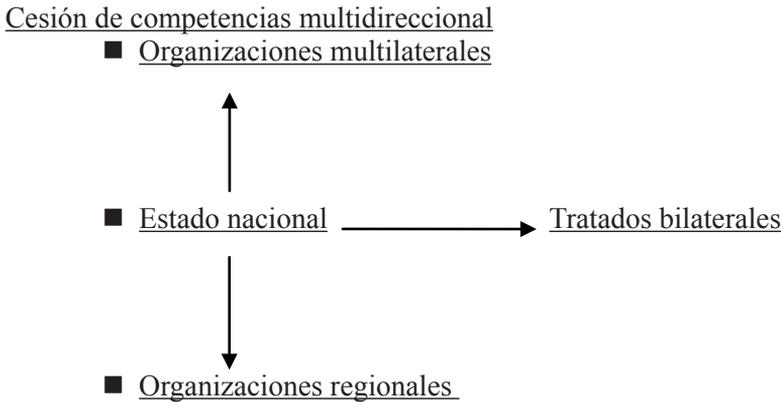
Dada la definición genérica de Estado, este tendrá características diversas que responderán a la estratificación social y a las instituciones que ella origine.

El Estado ha perdido potestades ante el fenómeno de: i) altísima concentración económica relacionada a los circuitos financieros altamente tecnificados, y el auge de la fusión entre corporaciones multinacionales que generan verdaderos emporios económicos que superan los límites político-jurídicos de los Estados-Nación), ii) desplazamiento de la esfera política a la económica como lugar desde el que se deciden y se influyen acciones de gobierno y que genera un nuevo sustento ideológico (Bercholz I, 2012, pp. 208 a 221 y pp. 518 a 521) y iii) pérdida de autonomía y soberanía política nacional merced al surgimiento de los espacios estatales regionales y supranacionales (Unión Europea, Mercosur, USMCA –*United States-Mexico-Canada Agreement*–, ASEAN –*Association of Southeast Asian Nations*– y otros procesos similares) que dan respuesta a las necesidades del mundo postindustrial y de los mercados ampliados, en un marco de globalización, que presenta como características salientes, ser un proceso histórico de centralización política, concentración económica y homogeneización cultural (Bercholz II, 2012, pp. 4 a 8).

<sup>4</sup> A modo de ilustración sobre qué refiero con la idea de “relación semiótica tortuosa” se puede citar la campaña electoral de Alfonsín en 1983 y su famosa frase: “...con la democracia se come, se educa...”; o el llamado a defender la democracia ante un supuesto complot golpista, para terminar anunciando en la Plaza de Mayo una economía de guerra (plan Austral), lo que resultó el estreno de los ajustes económicos en democracia (1 de mayo de 1985); el salarizado y la revolución productiva de la campaña menemista; la pulverización de la desocupación de Duhalde; y los ejemplos abundan también en las presidencias que siguieron. No se duda de las buenas intenciones, el problema es la irresponsabilidad de la comunicación política que genera, con ligereza, representaciones simbólicas inadecuadas, expectativas desmedidas e ingenuas que, tarde o temprano, serán pagadas con pérdida de legitimidad y con desequilibrio del sistema político.

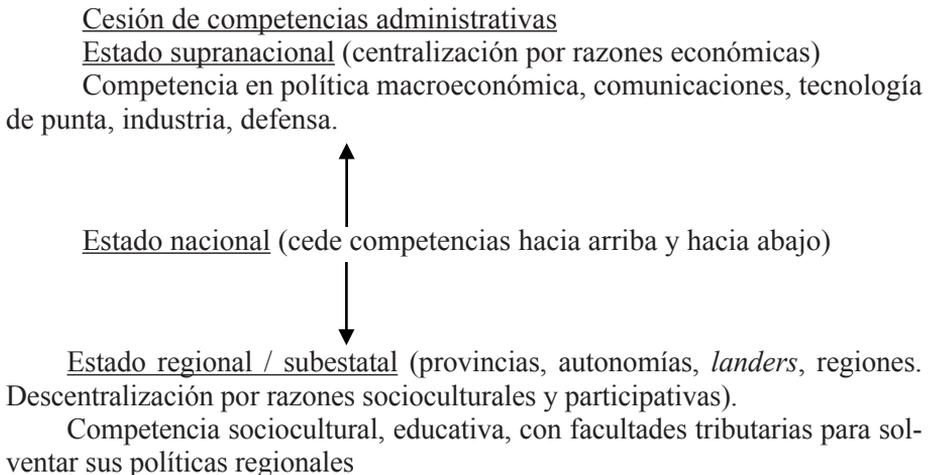
Así, el formato actual del Estado nación, limitado en su capacidad de toma de decisiones soberanas (*soberanía limitada o compartida*) y sujeto a las membresías diversas a las que está comprometido, tiene dificultades de consenso por su intrínseca limitación para dar respuestas satisfactorias directas a los requerimientos de sus ciudadanos.

### ***Cuadro 1***



Las debilidades marcadas de los Estados nacionales para la toma de decisiones estratégicas y, por ello, la escasa capacidad de respuesta a las demandas sociales, requieren la limitación de la participación soberana en el proceso “fino” de toma de decisiones, lo que se denomina “déficit democrático de la globalización”.

### ***Cuadro 2***



El complejo proceso de disputas y cesiones de competencias denota una lógica y permanente tensión en los procesos de centralización política, que resulta una de las características salientes, permanente y objetiva, de la globalización estatal. Se trataría de una resolución compleja de conflictos producto de la superposición de estructuras burocrático-jurídico-políticas en distintos niveles estatales (Bercholc, 2012, p. 77; Cassese, 2002, pp. 36/37).

Las limitaciones del Estado y de la política nacional para resolver problemas nos llevan a la advertencia crucial ya referida, si no se dan respuestas eficaces, el costo es la pérdida de consenso.

El Estado deberá, obviamente, i) contar con un régimen político democrático y, además, deberá favorecer la existencia y desarrollo del mismo (plano político-institucional), y también lo ya dicho, ii) generar políticas de Estado y decisiones en pos del bienestar, de la solución de los problemas más urgentes y cotidianos de la mayoría de la gente (plano económico-social), no ya del interés general y el bien común como valoración abstracta y sobre cuyas dificultades de delimitación tanto ha ilustrado Schumpeter en su *Capitalismo, Socialismo y Democracia*. Se trata de planificación y gerenciamiento de políticas públicas (Bercholc I, p.249/250, p. 515/516, 2012), en un mundo complejo e interrelacionado por una sofisticada trama de membresías generadoras de variados compromisos institucionales, que derivan en los nuevos criterios de soberanías limitadas o compartidas. En tren de indulgencias tampoco es oportuno exigir un Estado de Bienestar y Keynesiano<sup>5</sup> en sentido clásico, pero sí, al menos, iii) un Estado que desarrolle políticas a favor de una “tendencia social inclusiva” y que permita, a su vez, *la extensión de la ciudadanía*, y no su contracción o exclusión. No solo en lo formal, una vez más, puesto que hoy las constituciones, en general, tienen consagrados derechos de hasta cuarta generación, ya sean constituciones de *principios* –textos no muy extensos, con articulado breve y conciso que requiere una más intensa tarea de interpretación y legislación infra constitucional–, como las constituciones de *detalle* –textos extensos, con articulado variado y detallado que requiere la operatividad y aplicación constante de la norma fundamental–. Y ello cuando ya el constitucionalismo del siglo XXI debate la consagración de derechos de hasta sexta generación.

De lo expuesto, se puede inferir, que el Estado actual presenta condicionamientos y dificultades para generar consenso, por sus limitaciones para tomar decisiones de políticas públicas estratégicas o de Estado. Tanto por la compleja armonización de los principios de la mayoría democrática, con los principios republicanos de control de poder y defensa de las minorías, para favorecer y desarrollar el plano institucional-jurídico de la democracia (el régimen político), con el que debe contar como mínimo nivel de exigencia; como para dotarse

<sup>5</sup> Ello en tanto lo entendamos como formación política-institucional típica e histórica de poder, que respondió a una estratificación social determinada por el clasismo y por circunstancias económico-sociales-políticas e ideológicas específicas que parecen haber cambiado indefectiblemente.

de la capacidad de generar políticas sociales inclusivas y que satisfagan los requerimientos y demandas de los nuevos y variados colectivos sociales y sus interseccionalidades, todos ellos operativos y reconocidos constitucionalmente por el nuevo constitucionalismo y la consagración de nuevas generaciones de derechos (Bercholz, p. 313, 2014).

b) *Régimen político*: Se trata del modo, el método, la forma, el mecanismo para la legalidad, para el dictado de las normas jurídicas y de su modificación; y para el reclutamiento, selección y remoción del personal político que ocupa los roles en la administración estatal, para tomar decisiones políticas y para el control de legalidad de dichas decisiones.

Esta categoría se haya comprendida en la de Estado, por lo que siempre el *Régimen Político será de Estado*, y en tanto modo de reclutamiento y selección del personal político en el desempeño de los roles de administración estatal, también de selección del gobierno y, por ello, un *Régimen Político de Gobierno del Estado* (Strasser, p. 17, 1986).

El régimen abarcará a las instituciones que regulan la lucha por el poder y a la actividad de estas, en tanto ellas estructuran al poder político y, además, conforman a las normas y procedimientos regulares y constantes que ordenan la lucha por el poder y el ejercicio del mismo a través de la selección y asignación de roles para los sujetos que participan en la competencia política electoral (Levy en Bobbio y Matteucci, Tº II p. 1409, 1986).

El desarrollo precedente percibe a la democracia como un procedimiento para incentivar, organizar y canalizar, el ejercicio de la participación política y su correlato, eficaz, de representación política institucionalizada. La eficacia entendida, como ya se refirió antes, a su utilidad operativa para resolver la mayor cantidad posible de conflictos que reclamen, a su vez, la mayor cantidad posible de ciudadanos. Allí reside la mensura de su legitimación y, a partir de ahí, las posibilidades objetivas de expansión o profundización democrática, o dicho más modernamente, de superación del déficit democrático, o de respuesta suficiente a los requerimientos actuales de calidad institucional.

La existencia de democracia en este nivel de análisis responde a su exigencia mínima, a su umbral mínimo, en el cual coincidirán todos los enfoques y teorías sobre la democracia. Para algunos ese mínimo será suficiente a efectos de la gobernabilidad, de la eficacia, de la idoneidad de las decisiones, y aún plausible desde una comprobación empírica de los comportamientos sociales y político-electorales de la ciudadanía en general.

Para otros, en la veta de exigir la extensión de la democracia a otras categorías,<sup>6</sup> no será suficiente el método democrático, pero por lógica consecuencia no pueden negar su necesidad perentoria a fin de la construcción de esas extensiones.

<sup>6</sup> Otra vez lo ya dicho más modernamente, superación del déficit democrático, o respuesta suficiente a los requerimientos actuales de calidad institucional.

En este nivel es donde el avance y el desarrollo de la democracia y su grado de legitimación se vuelven tangibles. Durante más de cincuenta años, en la Argentina y también en la región del Mercosur y gran parte de Sudamérica, por problemas que no parecen más complejos que los actuales, el régimen democrático era desarticulado y dejado de lado sin que nadie mostrara remordimiento. Más aún, la ruptura de la legalidad del Régimen Político Democrático supo gozar de altos grados de consenso, aunque pasivo, por desinterés, apatía y omisión. Sabido es, que, a efectos de la obtención de obediencia para la implementación de un orden político, da lo mismo, al menos al inicio, un consenso activo que uno pasivo.

Con lo enunciado pretendo describir que, por mucho menos de lo que hoy soporta estoicamente la sociedad, o vastos sectores de ella, la democracia, en tanto *Régimen Político de Gobierno del Estado*, o, dicho de otro modo, el método de selección del personal político para el desempeño en la administración estatal, y las normas que lo regirán en relación a las decisiones que se tomen, era derrumbado sin miramientos ni arrepentimientos.

Ello consecuencia de falta de consenso a nivel Régimen Político y falta de legitimidad de un tipo de legitimidad, el racional-legal y, además, falta de legitimidad de la legalidad positiva y vigente en ese momento específico.

A pesar de las dificultades y novedades que hoy debe afrontar el Estado nacional, 40 años después la legitimidad alcanzada por la categoría Régimen Político resulta evidente e indiscutible.

Ello, sin perjuicio y aún a pesar, que en este nivel es inconmensurable lo que puede hacerse para democratizar, favorecer y desarrollar aún más, al Régimen Político democrático reduciendo al llamado déficit democrático.

Pensemos en un breve y limitado inventario: instauración y utilización efectiva de referéndum y plebiscitos; asambleas populares a nivel barrial o vecinal; mandatos revocables; eliminación o transparencia de las llamadas listas sábanas; establecimiento de correlatividades sociales (género, raza, religión, nivel socio-económico) en la representación parlamentaria; visibilidad y transparencia sobre el financiamiento de las organizaciones políticas; funcionamiento eficiente del órgano de contralor de los decretos de necesidad y urgencia; dotación de recursos tecnológicos, humanos, logísticos y financieros suficientes para que la competencia electoral refleje fielmente las tensiones sociales y económicas.

La cuestión, compleja, resulta ser la articulación de instituciones que generan mayor participación, de las que cabe, por ende, esperar mayor cantidad de demandas, con la limitada capacidad decisional estructural, observada en el nivel Estado. Ello nos lleva a la “fatalidad” –entiéndase como inevitabilidad– del agrandamiento del Estado.

Puesto que, a mayor cantidad de derechos, mayores identidades y sujetos colectivos sociales demandando por la provisión de estos. Ello conlleva, mayor cantidad de agencias y agentes estatales atendiendo esas demandas.

Por eso, en un proceso de expansión de la ciudadanía y de inclusión social, el agrandamiento del Estado es inevitable.

c) *Gobierno*: Se trata del personal político que ocupa y desempeña los roles en la administración del Estado, y que toma y ejecuta las decisiones políticas, de acuerdo a la posición que ocupen en la administración y en el marco normativo y competencial de las instituciones en que se desempeñen.

Esta categoría parece a priori la que menos dificultades presenta a efectos de la legitimidad, siempre y cuando la categoría *Régimen Político* goce de ella en grado tal, que mantenga en equilibrio al sistema político.

Y ello así, aun considerando que el nivel Gobierno es el que observa la mayor volatilidad y dinámica en términos de variación de los grados de consenso que ostenta. Es que, con cada decisión política, aún de las cotidianas de cualquiera de los funcionarios ocupados en los roles de administración del Estado, podrán generarse caídas o aumentos en los niveles de legitimidad. Y aún más, el éxito o fracaso de operaciones de marketing político, apariciones públicas en los medios de comunicación y/o apariciones sociales o espectaculares, podrán incidir en la cuestión. A ese panorama de desafíos tradicionales, en términos de comunicación política, se le deben sumar las novedades tecnológicas que inciden en el proceso, léase, redes sociales, plataformas digitales, ciudadanía global.

La legitimidad, en el nivel Gobierno, estará directamente vinculada a su capacidad de respuesta eficiente a las demandas y requerimientos de la ciudadanía.

Considero vital tener en cuenta que la ciudadanía tiende a identificar éxitos o fracasos en la toma de decisiones y en la eficacia o ineficacia de las acciones de Gobierno para dar respuestas a sus demandas, con este nivel de análisis, no articulando la eficacia o ineficacia de las decisiones gubernamentales con cuestiones estructurales limitantes de las mismas más vinculadas a otros niveles de análisis, por ejemplo, Estado o Régimen Político. Esto, si bien comprensible por el nivel de conceptualización y articulación más complejo que requiere un análisis de ese tipo, resulta generalmente en confusiones e incompreensión respecto a las posibilidades objetivas de un elenco gubernamental, para el desarrollo de una política determinada.

Tampoco suelen ayudar los gobernantes con sus promesas y verbalizaciones desmedidas y voluntaristas. Ya nos referimos a esta dificultad al tratar aquello de las *relaciones semióticas tortuosas*.

Un Gobierno con escaso apoyo o popularidad, podrá ser reemplazado en las elecciones siguientes. Además, se le podrá llamar la atención en elecciones municipales, provinciales o legislativas en períodos electorales inter presidenciales. Asimismo, va de suyo que gozará de legitimidad de origen o genética.

Para ello, la ciudadanía debe prestar consenso a la categoría Régimen Político, la que garantiza la posibilidad de relevo del elenco gubernamental con escaso apoyo y consenso.

Aun con dificultades, el consenso del régimen político democrático de gobierno del Estado está funcionando, en niveles muy apreciables en nuestro país, desde 1983.

Episodios de años recientes, sirvieron de *test* duro para evaluar la solidez del régimen democrático. Estos episodios de crisis, que, en otra época previa a la restauración de 1983, hubieran devenido en golpes de estado y ruptura del sistema democrático, fueron resueltos sin que el sistema corriera riesgos.

En 2008, la crisis con parte del sector agrario, a partir de la famosa resolución 125, produjo una situación de alta conflictividad en el país. Estaban en juego importantísimas partidas de dinero que, vía las famosas “retenciones”, serían redistribuidas por el Gobierno desde la administración estatal.

Entre los años 2009 y 2013, se produjo una seria confrontación política-económica-legal entre el gobierno de Cristina Kirchner y el Grupo Clarín, como producto de la sanción de la ley de servicios audiovisuales, más conocida como la “ley de medios”. Sin embargo, estos dos episodios, que otrora hubieran, sin dudas, generado una ruptura del orden constitucional, fueron resueltos dentro del marco institucional.

Incluso, los resultados pendulares de las más recientes elecciones presidenciales –derrota del peronismo a manos del macrismo en 2015 y derrota del macrismo, que no pudo ser reelecto, a manos del peronismo en 2019–, también deben ser leídos como signos de solidez del régimen político democrático.

Crisis de los gobiernos en funciones, pero grados de legitimidad sólidos en el nivel régimen, que permitieron escribir historias diferentes a las ocurridas entre 1930 y 1983.

Una crisis de legitimidad en el nivel Gobierno puede ser superada, si subsisten niveles aceptables de consenso en el nivel Régimen, y ello indica un cierto umbral de avance democrático y de calidad institucional para nada desdeñable.

Más aún, es posible que las prácticas en los procesos de toma de decisiones de un Gobierno elegido democráticamente no sean, paradójicamente, muy democráticas; siempre y cuando esas prácticas menos que democráticas o poco democráticas no arrasen con el nivel Régimen, este garantizará el recambio del personal político y el resguardo del sistema.

Ello permite ver con cierto optimismo, al menos en el plano político-institucional, la legitimidad de la democracia en los niveles Régimen y Gobierno; pero en cuanto se observan las posibilidades de expansión democráticas, queda mucho por hacer, y con limitaciones objetivas que ensombrecen el panorama.

d) *Clase política*: Este concepto, o el de comunidad política, refiere a los individuos y sus organizaciones dedicados a la política, opinando, militando, participando en campañas electorales, asesorando y demás actividades que desarrollen dentro de una organización que puja por obtener el poder. Remite a la política como actividad en sí misma y en relación a acciones y conductas propias del ámbito. Se trata de la acepción anglosajona *Politics*, que refiere a los procesos activos de formación y solución de conflictos, a los intercambios y negociaciones, y a las organizaciones y los individuos que las integran, que participen de ese espacio activo de la política. (Schubert, pp. 1052 y 1053, 2006.)

El análisis también alcanza a los individuos que ocupan las posiciones dirigenciales más jerárquicas en las organizaciones políticas e incluye a los parlamentarios en funciones. Los integrantes del gobierno por razones de lógico desarrollo de este trabajo quedan incluidos en la categoría Gobierno, aunque pueden darse ciertas superposiciones.

En el plano de la representación política es donde encontrará su razón de ser la clase política con las características que le conocemos en el Estado moderno, en tanto individuos que integran organizaciones a efectos de articular, canalizar y transmitir, demandas e ideas de la sociedad al centro decisonal, al poder político en funciones de administración estatal.

Los partidos políticos son el ejemplo típico de organización alrededor de la cual se nuclea la clase política. Son las únicas organizaciones participativas, representativas, institucionalizadas y competitivas electoralmente habilitadas por nuestro sistema jurídico y político.

Se observa en este nivel, las mayores contradicciones y dificultades a resolver, dado el creciente desprestigio y falta de credibilidad de los políticos (clase política) y de los partidos políticos.

Al problema se lo conoce como *crisis de la representación* y se conforma con ingredientes variados, i) escasa correlatividad entre los representantes y los representados en lo respecta a su composición por nivel socioeconómico, educativo, sexual; ii) escasa visibilidad y transparencia respecto de actitudes y decisiones políticas que se lleven a cabo; iii) escaso compromiso entre el mandato obtenido a través de ciertas promesas y compromisos de campaña y las decisiones efectivas que se asumen (Molinelli, 1991); estos tópicos político-institucionales, más la desigual y no correlativa composición social, generan lo que se denominó en los '90, proceso de "privatización de los individuos", que reflejaba el sentimiento dominante de enajenación, alienación, y ajenidad de la ciudadanía respecto de lo "público", con la consecuencia de la apatía política y el desinterés por la cosa pública.

También confluyen otras cuestiones más complejas, vinculadas a lo cultural-tecnológico-comunicacional; a) las nuevas características de los partidos políticos que adquieren su formato "atrapatodo" (Kirchheimer, 1989); b) dado lo anterior, el desplazamiento de los "lugares" tradicionales de la política a los nuevos espacios mediáticos, donde los medios de comunicación, en especial los audiovisuales, son percibidos como los que otorgan visibilidad y transparencia a lo político y que sirven como patea de transmisión de demandas de la sociedad al poder político en reemplazo de los desacreditados partidos políticos (Mata, 1996, p. 41); c) la profesionalización de los partidos, que los burocratiza-tecnocratiza alejándolos más de la ciudadanía y dando una nueva vuelta de tuerca a la llamada "ley férrea de las oligarquías" enunciada por Michels (Bercholz, 2015, cap. 4); d) la representación de la realidad simplificada y debilitada que generan los medios de comunicación audiovisuales que impide la "comprensión" de los complejos problemas actuales; e) el vacío de representatividad que generan los

partidos con su estilo meramente electoralista en los períodos inter electorales, vacío que es ocupado por los medios de comunicación en manos de grandes corporaciones multimediáticas f) finalmente, lo naturalmente problemático de la representación política como *simulación* del ejercicio de la soberanía popular delegada en los representantes, como representación simbólica que devengará una relación semiológica sujeta a posibles equívocos y manipulaciones (Bettini, 1992, p. 51).

Cada una de las variables enumeradas como coadyuvantes para la escasa legitimidad de la que gozan la clase política y las organizaciones políticas, merecen un análisis detenido que excede el propósito de este trabajo, por lo que solo las enuncio a efectos descriptivos.

El cóctel descripto, trae la consecuencia insoslayable, de una *clase política* con escasa legitimidad y que además muestra en ocasiones comportamientos poco democráticos, en especial en lo que hace a su vida interna.

¿Cómo funcionará entonces un régimen político democrático, en el cual la *clase política* y sus organizaciones naturales, los *partidos políticos*, se hallan en el piso de legitimidad y con conductas internas poco democráticas? y ello, grave, en tanto resultan actores principalísimos en una democracia representativa.

Resulta paradójico que, reconocido cierto grado importante de legitimidad en el nivel régimen, en el cual los partidos y la *clase política* cumplen un rol fundamental, el nivel clase política muestre un escaso grado de legitimación; este punto de inflexión me parece crucial y genera gruesas preocupaciones respecto del futuro de la democracia en los dos aspectos que vengo analizando, i) su grado de legitimidad y ii) su posibilidad de expansión.

Ciertas cuestiones en este nivel pueden superponerse con el nivel *gobierno*, con la salvedad que una crisis gubernamental, fue dicho, se resuelve a través del Régimen y por el recambio de elenco, pero una crisis global y extendida de la legitimidad de la clase política, deja al Régimen sin actores para desarrollar el papel fundamental de representantes legítimos que la democracia representativa requiere perentoriamente<sup>7</sup>.

e) *Sociedad*: Este nivel refiere a las relaciones entre individuos y los grupos de los que formen parte y las clases sociales de las que a su vez también formen parte, todo ello relacionado a sus labores y quehaceres habituales en el ámbito no público, por ello privado, y sus actividades laborales, de educación, de en-

<sup>7</sup> La crisis política, económica y social de 2001-2002 y su recordado “que se vayan todos...” es ejemplo dramático y cercano de esta tensión. En la época escribí un artículo titulado “¿Que se vayan todos! [...] y que vengan [...] ¿quiénes?”, que reflejaba lo complejo y desesperado del reclamo, que implicaba desconocer y barrer a la totalidad de la clase política y de los partidos políticos del escenario, y también de otras organizaciones institucionales, en el caso, se trataba de la Corte Suprema de Justicia. Los ecos de esa crisis aún no han sido debidamente superados o reencauzados por nuestro sistema político. El artículo fue publicado en el III Congreso Nacional de Sociología Jurídica de 2002 y, en una versión revisada, por la Revista Lecciones y Ensayos, Facultad de Derecho -UBA- edición 2º semestre 2003.

tretenimiento y ocupación del tiempo libre, de labores comunitarias y todos los conflictos económico-laborales, sociales y axiológicos que pudieran suscitarse.

La exclusión social, vinculada a la pérdida de fuentes de trabajo generada por el debilitamiento del Estado de Bienestar y sus recetas keynesianas, y por la revolución tecnológica-informática que reemplaza fatalmente a la mano de obra humana, deja a gran cantidad de individuos fuera del circuito productivo, reducidos en todo caso, a una economía cuentapropista y de subsistencia, que no impide su clasificación como excluidos socialmente, fuera del sistema de cohesión y de establecimiento de vínculos solidarios que le permita algún sentido de pertenencia grupal, que luego debería derivar en una óptima representación y participación a nivel político y de goce, al menos en cierto grado, de los derechos y obligaciones que el concepto de ciudadanía impone.

El individuo sin estabilidad laboral, ni red social de contención y por ello, excluido laboralmente y luego socialmente, sufre un “proceso de descuidadización”. Su marginalidad lo deja fuera de los cánones inclusivos de la ciudadanía. Paradójicamente el debilitamiento de la versión económica del Estado de Bienestar a través de las recetas keynesianas, le impide el goce de los logros jurídico-político-institucionales del Estado de Bienestar acontecidos desde fines del siglo XIX.

Como fue dicho, el consenso político y la legitimidad y expansión a nivel Régimen no garantiza la respuesta social, y el proceso de exclusión puede traer trastornos serios a los grados de legitimidad y expansión democráticos alcanzados en otros niveles de análisis.

En relación a las posibilidades de expansión democrática en el nivel Sociedad, la legitimidad relativamente consolidada de la que hoy goza el nivel Régimen Político, permite aseverar que la expansión ha sido significativa, fue dicho, por mucho menos la democracia como método fue despreciada durante más de cincuenta años.

Así, la valoración y consenso respecto del nivel *régimen político*, permite sentar las bases para un proceso de construcción y profundización de la democracia.

Pero habrá que focalizar en el consenso social y, además, observar procesos que tienen que ver con la cultura, más específicamente con la cultura política, que devengarán en un reclamo de mayor participación e interés por la cosa pública o de menor participación y mayor apatía política.

## 2. CRISIS EN EL MODELO DE ESTRATIFICACIÓN SOCIAL, PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN POLÍTICA. NUEVAS GENERACIONES DE DERECHOS. FRAGMENTACIÓN DE LAS DEMANDAS

Un modelo de análisis, o mapa teórico-conceptual útil, para desentrañar los efectos de novedades tecnológicas dilemáticas y paradójicas, más los problemas

y disfuncionalidades observables que se han acumulado sin respuestas eficaces, requiere deconstruir, describir y redefinir, el estadio de categorías y conceptos interrelacionados secuencialmente: *estratificación social-participación-representación política*.

Las novedades en el modelo de estratificación social actual producen sustanciales modificaciones en los modos participativos. La relación dual *incluidos-excluidos*, cualitativamente muy diferente a la estratificación social clasista propia de la modernidad, genera una nueva modalidad de diferenciación social. Ya no se trata de diferencias de clases que, aun así, promovían la inclusión social por las propias necesidades del sistema de producción industrial y sus requerimientos de mano de obra asalariada y de mayor consumo. El dualismo *incluidos/excluidos* impone una *estratificación exclusiva (expulsiva)* del sistema para aquellos individuos con escasa calificación laboral y pobre evolución educacional. Quien no acredite capacidades y saberes adquiridos cada vez más complejos y sofisticados, –profesiones con especializaciones, postgrados y postdoctorados, empleos en el sector servicios, alfabetización informática, dominio de idiomas– verá sumamente comprometida su inserción en el mercado laboral, dados los requerimientos cada vez más exigentes, en relación a las capacitaciones de los trabajadores (Bercholc 2015, pp. 81-82).

Los excluidos quedan fuera del sistema y del circuito productivo, carecen de representación corporativa y los partidos políticos solo atinan a ofrecerles y brindarles, en caso de llegar al poder, pobres coberturas asistencialistas de corto plazo y meramente de subsistencia, sin mejorar, sustancialmente, los presupuestos y la calidad del sistema educativo, condenando a generaciones futuras a sufrir el mismo proceso de exclusión y de precarización laboral.

Es un conflicto que ha mutado de la confrontación clásica de la modernidad entre proletarios y propietarios, entre clase trabajadora y burguesía; al conflicto que diferencia a los socialmente incluidos de los excluidos, una estratificación que distingue a ciudadanos que se *des ciudadanizan*, paradójica y contemporáneamente, de los que gozan de un proceso de *ciudadanización* extendido, mediante la consagración de nuevas generaciones de derechos, muchos de ellos ya vigentes, en la mayoría de las constituciones, en el marco del Estado de derecho. Generación de nuevos derechos que conviven y se suman, al menos formalmente, a los de 1° generación, los derechos civiles y políticos; y los de 2° generación, los derechos sociales y económicos.

La consagración de nuevas generaciones de derechos crea los bienes jurídicos denominados de 3° y 4° generación. Aquellos que se preocupan por garantizar en su fase de 3° generación: i) diversidad cultural, ii) protección del medio ambiente y derecho a un desarrollo sustentable, iii) conservación del patrimonio cultural de la humanidad, iv) calidad de vida.

Y en su fase de 4° generación: i) derecho a la información y a su libre circulación, ii) derecho a la paz y a la intervención de poder legítimo supranacional en los conflictos armados, iii) derecho a crear un Tribunal Internacional

en casos de genocidio y crímenes contra la humanidad, iv) derecho a un mundo multicultural que respete minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, v) derecho a la libre circulación de las personas, vi) igualdad en las condiciones de acceso a las nuevas tecnologías, vii) derecho a las telecomunicaciones para el ejercicio de la libertad de expresión e información.

A su vez, ya se debate en universidades, institutos de investigación y foros académicos sobre los derechos de 5° y 6° generación: i) consagración de derechos de las personas no humanas (animales), ii) derecho a la libertad informática y al control sobre Internet y redes sociales, iii) derecho de acceso a la inteligencia artificial, iv) derecho a la protección contra la inteligencia artificial.

Este catálogo amplio y creciente de derechos en expansión, incluidos en las constituciones y, por ello, operativos y exigibles jurídicamente para todos los ciudadanos, se produce contemporáneamente a la pauperización de amplios sectores y colectivos sociales que aún no gozan, con estabilidad y consistencia, de los derechos de 1° y 2° generación. Y esa disfunción ocurre dentro de los mismos Estados, regidos por los mismos sistemas jurídicos e institucionales que abarcan a sujetos colectivos sociales que conviven en disparidad de ejercicio material de esas generaciones de derechos.

La situación de exclusión se profundiza, ante la falta de recursos cognitivos de los colectivos sociales excluidos para reinsertarse eficazmente, en un mercado laboral cada vez más exigente y competitivo en materia de demanda de mano obra, sofisticada y preparada, para las tareas complejas de los sectores postindustriales, de servicios informáticos, financieros y otros emergentes.

Los cambios tecnológicos resultan de una magnitud tal, por su complejidad cualitativa y dinamismo, que rompen con las estructuras de codificación modernas, generando nuevas sintaxis y modelos comunicacionales de representación y construcción simbólica de la realidad, profundizando las dificultades de comprensión de esos procesos de cambio, y potenciando así la exclusión, también del sistema educativo y comunicacional.

La exclusión deja fuera de juego, fuera del sistema participativo-representativo institucional, a los que carecen de recursos cognitivos aplicables para su inserción en el mercado laboral actual, que requiere cada vez más de altas cualificaciones de competitividad.

Quien no está conceptualizado por tareas laborales demandadas por el mercado, carece de estructuras institucionales representativas que reflejen sus intereses, está fuera del sistema, no posee sindicato de pertenencia corporativa que lo represente, ni partido político que recoja sus demandas. Y, a pesar de las garantías de igualdad ante la ley, no accede operacionalmente a los derechos y garantías fundamentales de las constituciones de los Estados de derecho, que se transforman entonces, para muchos, en catálogo de ilusiones.

La fatal desaparición de modos productivos y sus oficios y empleos relacionados, genera un modelo de estratificación social por *status ocupacionales*. Reflejan la exclusión por falta de capacidades de sofisticación suficiente para

responder a las demandas actuales del mercado laboral. Un ejército de desocupados y desempleados con escasas chances de reinserción.

Tampoco los profesionales están exentos de este proceso de exclusión. Un estudio del año 2013 de los investigadores Carl B. Frey y Michael A. Osborne, de Oxford University, constató que 47% de las profesiones de los Estados Unidos poseen alto riesgo de ser automatizadas por máquinas en el futuro. Respecto de los “profesionales del derecho” se presenta un riesgo promedio de 40% de probabilidades de sustitución de actividades (Fonseca Alves y Brandao de Almeida 2020, p. 61).

Estos datos explican la explosión de la oferta y demanda, en el ámbito educativo universitario, de cursos de especialización, posgrado, doctorado y postdoctorado. La perentoriedad y necesidad de capacitación y especialización cada vez más profunda es evidente y fatal.

He aquí un primer perfil de fragmentación o especificidad de demandas, que confronta el sistema político e institucional. Deviene de los sectores marginados y excluidos del sistema, que no encuentran canales representativos e institucionales de sus intereses para que se gestionen procesos de toma de decisiones inclusivas. Tampoco encuentran canales de representación electoral competitiva. Son *sectores invisibilizados*, carecen de estructuras representativas, organicidad y programas de demandas. Sus consignas son premodernas, piden ser incluidos a través de consignas no confrontativas: “paz, pan y trabajo...”.

Representan nuevos fenómenos de participación política “no institucionalizada”. Para obtener la visibilidad que el sistema no provee y traccionar demandas hacia el sistema político-representativo-institucional, confluyen en “movimientos sociales” de organización propia y horizontal que ganan la calle y, con políticas de acción directa (*direct action*), obtienen planes de asistencialismo de los gobiernos centrales.

Este nuevo esquema de estratificación social por *status ocupacionales*, solo puede paliarse en forma temporaria y precaria, cíclicamente, por políticas de intervencionismo y asistencialismo estatal. Si no se generan políticas consistentes y duraderas de educación y capacitación, el proceso recomenzará cíclicamente.

Por la vía de estratificación social por *status ocupacionales*, sobreviene un cúmulo creciente de demandas con particularidades muy específicas, a las que el sistema participativo-electoral-representativo institucionalizado, no responde eficazmente.

El revés de la trama de la exclusión social, desde la perspectiva de la ya referida consagración de nuevas generaciones de derechos, es la expansión de demandas y requerimientos de los sectores “incluidos” de la sociedad –aunque con matices de mayor o menor organización y representación, lo que da en llamarse procesos de “subrepresentación” y “sobre representación”–, que reclaman la operatividad de todos los derechos consagrados en las constituciones.

Las instituciones y los partidos políticos, desde ese revés de la trama, están sometidos a tensiones y conflictos provenientes de una avalancha de demandas de sectores que gozan de la expansión de la ciudadanía y que cuentan con niveles relativos consistentes de organización representativa, profesional, e institucionalizada –sindicatos de trabajadores de todos los ramos industriales y de servicios, centrales empresarias y organizaciones de profesionales–, que también demandan, en caso de que los mecanismos institucionales no traccionen con eficacia, a través de nuevos modos participativos. Aparecen organizaciones no gubernamentales –ONG– de las más variadas especies: ambientalistas, “sin tierra”, reivindicativos de género, indigenistas, minorías culturales, colectivo LGTBIQ+, feministas –y dentro del feminismo sus variadas interseccionalidades–, reivindicativas de cuestiones, sociales, antidiscriminatorias, en defensa del multiculturalismo, de derechos del consumidor, etc.

Se trata de un escenario de participación cuantitativamente enorme e intenso y, cualitativamente, variado y fragmentado, que presenta evidentes dificultades para encontrar canales institucionalizados de transmisión, recepción y contención de las demandas que se generan.

En un Estado democrático, el primer eslabón de la participación política de los ciudadanos requiere ser canalizada a través de partidos políticos que contengan y transmitan las demandas de la ciudadanía hacia las instituciones estatales. Sin embargo, otros modos de participación han sido, hace ya bastante tiempo, reivindicados por la doctrina como prodemocráticos, a despecho de algunos lastres históricos que los suponían a contrapelo de las prácticas democráticas.

El caso de la representación corporativa de intereses profesionales, de trabajadores organizados en torno a sindicatos, o de profesionales en torno a colegios de cada profesión y empresarios organizados en cámaras empresariales, ha sido útil para la participación democrática. En particular ante el proceso de cambio en las características de los partidos políticos, en su metamorfosis desde los partidos de masas, al modelo “atrapa todo” (*catch all party*) y al “partido mediático”, que predominó en la era de los cambios tecnológicos y comunicacionales y su influencia profunda en la modificación de las conductas y las pautas culturales, sociales, económicas y políticas de la población. La versión mediática del quehacer político partidario tuvo su auge a partir de mediados de la década del '90.

Ya en el siglo XXI, los cambios enunciados en los partidos se articulan y entremezclan con los nuevos formatos de gestión política representativa, influenciados por las TIC (*Tecnologías de la información y comunicación*) caracterizadas por los procesos de digitalización, algoritmos y redes sociales. Ya se habla del denominado partido a medida de cada uno —*catch each party*— (Bercholz, 2021, pp. 24/32 y p. 59).

Esta compleja descripción de novedades en el cuerpo social, muestra un cuadro de alta fragmentación, que implica serias dificultades para canalizar esas demandas, –las que resultan a veces contradictorias, a veces excluyentes entre

sí— a través de partidos políticos mediatizados que, como tales, asumen la comunicación política vía medios masivos de transmisión de mensajes, como una de sus tareas esenciales y que, por ello, deben adquirir las formas comunicacionales que los *mass media* imponen, entre ellas la simplificación y reduccionismo de una realidad compleja y contradictoria y los mensajes ambiguos que, emitidos a un receptor masivo, sumamente heterogéneo y de intereses altamente fragmentados, impide a fines estratégicos, la asunción de compromisos explícitos y profundos en sus enunciados discursivos.

Corolario de ello resulta que, la activa y dinámica participación popular que presenta una avalancha de demandas diversas y altamente fragmentadas, no encuentra, en el marco de los partidos políticos, un canal institucionalizado eficaz para la transmisión de esas demandas hacia el poder institucional.

No hay carencia de participación o apatía, hay un problema de falta de representación eficaz de las variadas, fragmentadas y desagregadas demandas sociales, que las instituciones representativas —en particular los parlamentos, tanto locales como federales o centrales y el sistema de partidos— no pueden resolver y que tienden a profundizarse, al no reflejar en sus conformaciones y estructuras, un fiel correlato sociológico de las distintas dimensiones representacionales de la sociedad (Bercholc 2015, p. 83).

### 3. LA DEMOCRACIA, ¿SE PUEDE DEMOCRATIZAR?

El concepto de democracia encierra, entre sus variadas facetas, una vertiente sociológica, política y jurídica relacionada a los mecanismos de participación que ofrece. Y a su correlato de representación institucional. Esa perspectiva vital, desde siempre presente en las discusiones sobre la democracia, se muestra crucial para desentrañar la utilidad del sistema en brindar respuestas eficaces e inclusivas, en un escenario creciente de alta fragmentación, y con una notable expansión de demandas y consagración de nuevos derechos.

En esta vital relación secuencial participación-representación se juega gran parte del destino democrático y, para la academia, el desafío de comprender las características salientes del funcionamiento de los sistemas políticos e institucionales, a fin de descripciones fieles y prospectivas útiles para diagnósticos realistas y políticas públicas viables y operativas.

La necesidad de la deconstrucción y reconstrucción de los análisis sobre la democracia requieren nuevas miradas, nuevos paradigmas de análisis y el abandono de lugares comunes y frases hechas reduccionistas, simplificadoras y abstractas de una realidad política, social y jurídica cambiante, compleja y fragmentada, que requiere miradas sofisticadas, microscópicas y desagregadas.

Pues hablar de la democracia sin más se ha mostrado irreal, inconsistente y precario. Y esa inconsistencia, esa abstracción, hace caer a los debates sobre la misma en ideologismos e idealizaciones no sustentables.

En mi trabajo sobre Los discursos presidenciales (Bercholz, 2012) se analizó el tratamiento que, del concepto de democracia, hacen los presidentes en sus discursos de apertura anual de la asamblea legislativa. En torno a la palabra democracia, como categoría teórica, existe un vivo y nunca zanjado debate respecto a sus alcances y delimitaciones teóricas y operativas.

La palabra democracia fue muy utilizada por Alfonsín durante su presidencia y, progresivamente, sus repeticiones e incidencia en los discursos fue menguando, siendo menos enunciada desde el segundo mandato de Menem.

Debe entenderse que ha sido menos enunciada en términos comparados diacrónicos, en una tendencia decreciente, lo que no significa que haya desaparecido, ni mucho menos, del contenido de los discursos. Es fácil deducir que el discurso alfonsinista tenía como objetivo principal establecer un proceso de internalización y concientización ciudadana respecto de la democracia luego de los años de dictadura y gobierno militar. Se hicieron grandes esfuerzos dialécticos y discursivos machacando con la idea de la democracia, su fijación de sentido y legitimación. Se trató de uno de los ejes de legitimidad centrales en los discursos de Alfonsín.

Pueden hacerse, al menos, dos lecturas interesantes de la contundente tendencia decreciente de la palabra democracia, en los discursos luego de Alfonsín. La primera es que, paralelamente a la consolidación del sistema democrático, su invocación no fue perentoria ni necesaria. La democracia ha dado sobradas muestras de solidez, desde su restauración, aún en contextos de crisis, a los que ha superado sin perjuicio de haber enfrentado muy serias dificultades, mucho más complejas que las que otrora provocaban el quiebre del sistema. Ya nos hemos referido a esta cuestión. Así, la solidez de la democracia ha hecho que sea menos enunciada en los discursos desde principios de la década del '90.

Otra lectura, relacionada con la anterior, remite a la expansión de una activa y dinámica participación popular que ha presentado una avalancha de demandas diversas y altamente fragmentadas, desbordando el marco de los partidos políticos como canal institucionalizado eficaz y generando una participación y demanda "no institucionalizada", con utilización de mecanismos de manifestación a través de acciones directas (cortes de ruta, toma de edificios, piquetes de variada modalidad, "escraches") que han dificultado el proceso de toma de decisiones y el mantenimiento del orden social en un marco de carencias, especialmente luego de la crisis de 2001/02.

Ello, la prudencia en no avivar, a través de los discursos, aún más el fuego de prácticas democratistas en un contexto de limitaciones y crisis, puede explicar también la tendencia decreciente en la enunciación de la palabra democracia.

En las presidencias sucesivas el uso de la palabra decreció notablemente. Más allá de los debates teóricos sobre los modelos y tipos de democracia, lo cierto es que la continuidad y consolidación del sistema ha quitado de la agenda la preocupación por la democracia, al menos en forma de debate masivo.

La democracia, entendida como modo de reclutamiento, selección y renovación de los funcionarios políticos que ocupan la administración del Estado, parece suficientemente consolidada. Sin embargo, su continua construcción –o profundización– y expansión, siempre está sujeta a reformulaciones y a la propia y natural puja política en sociedades con desigualdades y desequilibrios manifiestos.

Como corolario, afirmamos, con la evidencia empírica recogida en el trabajo citado (Bercholc, 2012, p.513) que, consolidados los procedimientos formales democráticos, los discursos presidenciales proponen “democratizar” espacios de la sociedad aún poco “democratizados”.

Existe una continuidad en torno al discurso de la democratización, en el sentido de su profundización, más allá del funcionamiento de los aspectos formales del sistema. Se trata de una progresiva enunciación de discursos proclives a la democratización de espacios políticos, sociales y económicos que exigen más que los aspectos procedimentales del régimen político democrático.

Se utilizan dos palabras derivadas: democratizar y democratización. Se ha propuesto discursivamente, una vez consolidada la democracia política, “democratizar” espacios de la sociedad que aun funcionan con lógicas poco democráticas, o, en otros términos, poco transparentes o poco igualitarias.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGULLA, Juan Carlos, *Teoría Sociológica*; Buenos Aires, Ed. Depalma, 1987.
- BERCHOLC, Jorge O., *Los discursos presidenciales en la Argentina democrática*, 1983-2011, Buenos Aires, Editorial Lajouane, 2012.
- \_\_\_\_\_, *La dinámica política y económica de la globalización*; Saarbrücken, Alemania, Editorial Académica Española –EAE–; versión e-book, 2012.
- \_\_\_\_\_, *Temas de Teoría del Estado*, Buenos Aires Editorial La Ley, 2015.
- \_\_\_\_\_, *Nuevas tecnologías de la información y comunicación. Partidos políticos y sistemas electorales*, serie “Justicia Electoral Abierta”, Dirección General de Documentación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), Ciudad de México, 2021.
- BETTETINI, Gianfranco, *Por un establecimiento semio-pragmático del concepto de simulación. El medio es la T.V.* Buenos Aires, Ed. La Marca, 1992.
- ECO, Umberto, *Tratado de semiótica general*. Ed. Lumen, 1997.
- FONSECA ALVES, Isabella y Brandao de Almeida, Priscilla, *Direito 4.0: Uma análise sobre inteligência artificial, processo e tendências de mercado. En Inteligência artificial e processo*. Fonseca Alves, Isabella, 2020, Org. 47-71. Belo Horizonte, Brasil: Editora D’Placido.
- KIRCHHEIMER, Otto, *El camino hacia el partido de todo el mundo*. Anagrama, 1989.

- MATA, María Cristina, “Política y comunicación: entre la plaza y la platea”. *Voces y Cultura* N.º 6, 1994.
- MOLINELLI, Guillermo. *Clase política y reforma electoral*. Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1991.
- SCHUBERT, Klaus, “Política-Politics”, en Diccionario de Política, Dieter Nohlen, Tº 2, México; Ed. Porrúa, 2006.
- STRASSER, Carlos, *El orden político y la democracia*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986.
- \_\_\_\_\_, *Para una Teoría de la democracia posible*. Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1990.
- \_\_\_\_\_, *La Democracia y lo democrático*. Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1991.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1979.



## UN MANDATO CONSTITUCIONAL PENDIENTE

Por ALBERTO RICARDO DALLA VIA \*

### **Resumen**

*Entre los mandatos constitucionales que se encuentran actualmente incumplidos, situamos la importante cuestión de la base de representación parlamentaria que debe fijar el Congreso según el imperativo constitucional del actual artículo 45, que aún hoy tiene como base los datos del censo nacional de habitantes llevado a cabo en el año 1980. Retomamos los interesantes debates doctrinarios que se han suscitado sobre el punto, como destacados pronunciamientos judiciales que exhortan al Congreso Nacional a resolver la representación parlamentaria según las disposiciones de nuestra Constitución Nacional de modo de fortalecer el sistema representativo, republicano y federal.*

### **Palabras clave**

*Mandato constitucional, sistema representativo, federalismo electoral, democracia, base de representación parlamentaria.*

## AN OUTSTANDING CONSTITUTIONAL MANDATE

### **Abstract**

*Among the constitutional mandates that are currently unfulfilled, there is the important question of the base of parliamentary representation that Congress must establish according to the constitutional imperative of the current article 45, which even today is based on the data of the national census of inhabitants carried out in the year 1980. We resume the interesting doctrinal debates that have arisen on the point, such as prominent judicial pronouncements that urge the National Congress to resolve parliamentary representation according to the provisions of our National Constitution in order to strengthen the representative system, Republican and Federal.*

\* Presidente de la Cámara Nacional Electoral. Profesor titular de Derecho Constitucional (UBA). Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Académico de Número de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

## Keywords

*Constitutional Mandate, representative system, electoral federalism, democracy, parliamentary representation base.*

## INTRODUCCIÓN

Dos importantes efemérides de la historia constitucional argentina celebramos este año 2023, por un lado el aniversario N.º 170 de la sanción de nuestra Ley Fundamental de 1853, en los albores de la construcción del Estado argentino y tras el proceso histórico abierto con posterioridad a la batalla de Caseros, sancionada el 1º de mayo de 1853, promulgada por el presidente Justo José de Urquiza el 25 de mayo y jurada por los pueblos de todas las provincias el 9 de julio del mismo año, con excepción de Buenos Aires que se encontraba separada de la Confederación y que se uniría después del Pacto de San José Flores del 11 de noviembre de 1859, a resultas de la batalla de Cepeday cuyo ingreso daría lugar a la primera reforma de la Constitución acaecida en 1860.

Por otra parte, conmemoramos también este año, el cuadragésimo aniversario de la recuperación de la democracia en 1983, sostenida ininterrumpidamente por el período más prolongado de nuestra historia. Si hay un hito jurídico y político en estos 40 años desde la restauración y consolidación del orden democrático, ese es la reforma constitucional de 1994, que ha sido muy rica en la incorporación de principios ideológicos al ideario originario de los constituyentes del siglo XIX.

Tales incorporaciones y modificaciones introducidas en aquel año, deben necesariamente ser leídas en el marco teórico dado precisamente por el espíritu de aquella Constitución histórica, de modo de hacer complementarios los principios allí delineados, inspirados en las Bases de Alberdi, y las nuevas disposiciones e instrumentos internacionales incorporados por la Convención Constituyente de fines del siglo XX. Así, el intento reflejado en los nuevos derechos y garantías, en cuanto a profundizar los mecanismos de una democracia más participativa, no implican una negación de los principios republicanos de gobierno en la democracia representativa instituida en el texto histórico de nuestra Ley fundamental.

Pareciera difícil encontrar entonces una mejor oportunidad para retomar aquí los debates y problemas pendientes que tenemos como ciudadanía, conforme el mandato de los constituyentes originarios, así como de quienes han reformado en sucesivas oportunidades el texto de nuestra Constitución Nacional.

En efecto, existen aún hoy, mandatos constitucionales incumplidos desde la reforma constitucional de 1994, entre los que se destacan algunos muy importantes como el dictado de una ley convenio de coparticipación federal de impuestos, o la imperiosa necesidad de reglamentar el inciso 17 del artículo 75 cuando reconoce “la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tra-

dicionalmente ocupan” los pueblos originarios argentinos “y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos”, resultando muy lamentable que la sanción por el Congreso de un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación haya obviado esta grave cuestión.

Pero existen aún otros mandatos constitucionales que vienen incluso de más larga data y que también se encuentran incumplidos, como es el caso de la reglamentación de muchos de los derechos consagrados en el artículo 14 bis por la reforma constitucional de 1957, a los que la doctrina durante mucho tiempo calificó como “normas programáticas”, calificación que devino obsoleta a la luz del principio de unidad de los derechos humanos.

## 1. LA BASE DE REPRESENTACIÓN DE DIPUTADOS Y SU MANDATO CONSTITUCIONAL

En este artículo quiero referirme a otra norma, que proviene de una reforma aún más lejana en nuestra historia constitucional, la de 1898 y que es el actual artículo 45, antiguamente el número 37 en la redacción anterior a 1994. Este precepto constitucional, dispone:

La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente *por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado*, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios. El número de representantes será uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos. *Después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado* (el resaltado nos pertenece).

La última reforma constitucional sólo modificó la redacción para incluir a la Ciudad de Buenos Aires y a la Capital en caso de traslado, pero mantuvo el resto de la redacción originaria, aunque cabe aclarar que la actual base para la elección de diputados no es la de 1898: un diputado cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos, sino la de *un diputado por cada ciento sesenta y un mil (161.000) habitantes o fracción superior a ochenta mil quinientos (80.500)* establecido por la ley 22.847 en base al Censo de 1980.

Si bien el artículo 45 de la Constitución Nacional ordena al Congreso fijar la representación después de cada censo y con arreglo a los resultados que arroje, la referida ley 22.847 conocida como “Ley Bignone”, no fue sancionada por el poder legislativo, sino que se trata de una ley de facto dictada para la convocatoria a las elecciones generales del 30 de octubre de 1983 que han quedado en

la historia como los célebres comicios de la recuperación de la democracia, de hecho aquí también conmemoramos los 40 años ininterrumpidos de consolidación institucional democrática. Por aplicación entonces de aquella norma, resultó el actual número de doscientos cincuenta y siete (257) diputados al elevar el número mínimo a cinco (5) diputados para las provincias más chicas.

En su “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”, María Angélica Gelli afirma de manera contundente que lo dispuesto por la Ley 22.847 resulta inconstitucional, toda vez que el criterio normativo distorsionó la relación entre el número de representantes y el número de habitantes por jurisdicción y, con ello, varios distritos quedaron exageradamente sobrerrepresentados. Se trata de una opinión muy respetable y coincidente con la de muchos otros autores; sin embargo, la inconstitucionalidad de una ley no se declara por la doctrina sino por una sentencia de un juez o tribunal en el marco de un caso, causa o controversia conforme lo establece el artículo 2º de la ley 27, cosa que no ha ocurrido hasta la fecha.

A partir del censo ‘80 —lo recuerdo muy bien porque me tocó ser censista como docente de Educación Física en una Escuela Primaria de la Ciudad de Buenos Aires— se sucedieron los censos de los años 1991, 2001, 2010 y 2022 sin que se haya cumplido con el artículo 45. En relación a los datos relevados, según las publicaciones del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), señalemos que aquel censo de 1980 obtuvo como resultado una población del poder 27.949.480 habitantes, cifra que tomó el decreto-ley 22.847 de 1983 para fijar el mismo número de 257 diputados que subsiste en la actualidad.

Sin embargo, en los censos posteriores esa cifra se fue incrementando, en el de 1991 la población nacional fue de 32.615.528, en 2001 de 36.260.130 y en 2010 de 40.117.096. Recientemente, el 18 de mayo de 2022 tuvo lugar el 11º Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas que fuera postergado por la pandemia del COVID-19 y que arrojó una población de 46.044.703 de habitantes, según los resultados provisionales presentados en enero pasado por el mencionado Instituto Nacional. Llegamos así a la cifra actual de población argentina en más de cuarenta y seis millones, sin que el número de bancas se hubiera modificado.

Cabe aquí hacer un alto en nuestro razonamiento, para formularnos una importante pregunta que puede modificar el curso argumentativo, en relación a si el Congreso se encuentra obligado a adecuar la representación o bien, si se trata de una facultad privativa del Parlamento resolverlo por razones de oportunidad, mérito y conveniencia. En este punto, vale señalar que el artículo 45 parece no admitir dudas cuando dice que “después de cada censo el Congreso *fijará* la representación” (el subrayado nos pertenece). Siguiendo también esta misma lógica, cabe preguntarse entonces, si se trata de una cuestión justiciable o si, por el contrario, integra la nómina de las llamadas “cuestiones políticas”.

La redacción del artículo es de meridiana claridad y pocas dudas caben cuando se pone en juego el artículo 116 de la Constitución Nacional, en cuanto

dispone —en lo que aquí interesa— que “[c]orresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución”. Más adelante nos referiremos a dos sentencias en que el tema fue abordado, en el año 2018 por la Cámara Nacional Electoral y en 2021 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. No obstante, como también habrá de notarse, el tema no ha quedado agotado ni resuelto en atención a que aún no ha tenido tratamiento legislativo.

La complejidad del asunto estriba en que incrementar el número de representantes conforme aumenta la población, conduciría a un crecimiento indefinido del Congreso y, por su parte, encontrar una “fórmula” para la base poblacional puede llevar a discusiones muy encendidas y complicadas en orden al número de diputados por provincia, como ha ocurrido en varios debates de nuestra historia a los que seguidamente nos referiremos de manera sumaria.

Con razón ha señalado el académico Vanossi, como diputado nacional, en oportunidad de presentar un proyecto de resolución:

El mandato contenido en la última parte del artículo 37 (hoy 45) de la Constitución Nacional, tiene el elevado sentido republicano de asegurar que el postulado que le concierne, dirigido a que no se vea desvirtuada la representatividad del pueblo, al mismo tiempo asegure la funcionalidad de la Cámara de Diputados, impidiendo que el natural incremento vegetativo de la población se convierta en un agente automático del incremento de los representantes. Si no se hubiera tomado esta razonable previsión, la Cámara de Diputados estaría formada hoy por una cantidad de miembros cinco veces mayor que su actual intervención.

La Constitución de 1853 fijó en el artículo 33 la relación de proporcionalidad de un diputado por cada veinte mil habitantes o fracción que no baje del número de diez mil, artículo que pasaría a ser el número 37 en la reforma de 1860, fijándose un criterio que establecía una tasa fija de representatividad, a menos que se reformara la Constitución. El número originario fue de 38 diputados.

El primer censo nacional fue en 1869 y arrojó un total de 1.877.490 millones de habitantes. El número de diputados se elevó, a consecuencia de lo dicho, de 50 que había en 1860 a 86 en 1872 (conforme a la ley 260 que anticipó su necesidad, las leyes 302, 308 y 504 que lo convocaron y las leyes 565 y 580 que aprobaron los resultados del primer censo nacional y su proyección a la Cámara de Diputados).

Se sabe que ante el resultado que arrojaba un 75% de pobreza y analfabetismo, el Presidente de la Nación, que era el gran Domingo Faustino Sarmiento, reunió a su gabinete para decirles: Señores, desde ahora hay una sola política: “Educar, educar y educar”.

Mientras la representación del pueblo de las provincias del litoral escalaba en más de un 100 %, la representación del pueblo del resto de las provincias

sólo creció en un 50 %, circunstancia que pudo haber influido en la demora que tomaría la realización del segundo censo nacional, casi tres décadas más tarde.

En 1878, Avellaneda impulsó el segundo censo nacional pero el Senado archivó el proyecto de ley que, con media sanción de Diputados, ordenaba su realización. Recién en 1894, la ley 3073 convocaría al segundo censo realizado en 1895 y aprobado en 1897 por la ley 3498.

La población se había elevado exponencialmente a la cifra de 4.044.911, impulsada por la inmigración europea que el programa constitucional, de inspiración *alberdiana* consagraba en los artículos 20 y 25 y en los párrafos del Preámbulo dirigido a “...todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino...”.

Apenas aprobados los resultados del segundo censo nacional, los datos demográficos reflejaban una duplicación de la población nacional, proyectándose una ampliación semejante de los miembros de la Cámara de Diputados, de 86 a 193 miembros, lo cual significaba también una elevación insoportable de las erogaciones del tesoro.

Por tal motivo, el Congreso convocó a una Asamblea Constituyente que llevaría adelante la reforma constitucional de 1898, que también aumentaría de cinco (5) a ocho (8) los ministros del Poder Ejecutivo.

Según surge de los debates de esa Convención de 1898, compilados por Ravnani en las “Asambleas Constituyentes Argentinas”, la reforma procuraba prevenir congresos excesivamente numerosos por resultar ajenos a la *tradición hamiltoniana* planteando el convencional Ayarragaray: “¿Qué nos haríamos con semejante monstruo parlamentario?”

En palabras del convencional Carrasco: “...es sabido, en derecho administrativo que cuanto más numeroso es un cuerpo colegiado, es menor el número de personas que lo dirigen; y si se llega a cifras enormes, resulta que no son más que multitudes dirigidas por tres o cuatro cabezas...”. Con esa precaución en miras, se convocó a fijar una base mínima de representación: no es posible disminuirla, pero sí es posible aumentarla después de practicado cada censo.

Tanto en la ley del censo de 1895 como en la Convención Constituyente de 1898, se puso el foco en determinar si los extranjeros tenían los mismos derechos políticos que los ciudadanos —como ocurría en los Estados Unidos— incorporándolos al cuerpo electoral, o si solamente se los consideraba habitantes sin titularidad ni ejercicio de los derechos políticos, excepto si adquiriesen la ciudadanía.

De ese modo, en el debate se mezclaron distintas consideraciones, como la existencia de esclavos que no votaban en Norteamérica o de las mujeres que eran ciudadanas al alcanzar la edad correspondiente pero que no podían votar.

Si bien se invocó a Alberdi para recordar que la Cámara de Diputados representa al pueblo “sin consideración de la localidad”, el debate sobre el preciso tamaño que debía tener la Cámara se vio prontamente teñido por la preocupa-

ción de las provincias más deshabitadas de asegurarse alguna participación para contrarrestar la influencia de otras más populosas, como acusaría durante el debate el convencional Sibillat Fernández a las provincias que ganaban “enormemente en su representación”, interrumpiéndolo el convencional Ortiz de Rozas para decirle “¡Gana el pueblo argentino, señor convencional!”

La respuesta se encontró en la adopción de la nueva fórmula, de manera que el convencional Álvarez afirmó: “si los señores convencionales comparan la representación actual con la que se tendría adoptando la proporción de un diputado por cada treinta y tres mil habitantes, verán que casi todas las provincias mantienen su representación de ahora”.

Los defensores de las provincias menos pobladas no lograron convencer a la Asamblea Constituyente de 1898 para introducir un umbral mínimo de representación en la Cámara de Diputados, corrieron así la misma suerte en las discusiones legislativas vinculadas al tercer censo nacional convocado por la Ley 9108 y que volvería a duplicar la población de 4.044.911 (censo de 1895) a 7.885.237 en 1914.

Durante los debates, el Senador Nacional por La Rioja, Joaquín V. González sostendría que “no habría de llegar a un extremo tal de privar a una provincia del mínimo de representación que actualmente ejerce...” y agrega: “las provincias argentinas que han constituido la unión nacional, no son simples creaciones de la Constitución ni de la ley, sino entidades preexistentes que han tenido una personalidad política y social muy anteriores al hecho de la Constitución”, consideraciones que han sido recogidas en su libro “El Censo Nacional y la Constitución” publicado por el Instituto Cultural Joaquín V. González.

La propuesta de fijar un piso mínimo para las provincias más chicas fue tachada de inconstitucional por el senador Melo por oponerse a la reforma constitucional de 1898, en línea similar a lo sostenido por los senadores Roca y del Valle Ibarlucea. En la otra Cámara, el diputado Vergara afirmaría con énfasis su rechazo:

[S]abemos que la Cámara de Diputados no representa propiamente a las provincias como entidades políticas, sino que ella constituye, puede decirse el mapa político en conjunto de toda la república, representa al pueblo de la nación, y las provincias no son sino simples distritos electorales.

Catamarca y Salta perdieron bancas, pero la Ley 10.834 que aprobó el tercer censo nacional fijó una nueva base de representación que, conforme a los datos demográficos de esa época, resultó, en la práctica en que ninguna provincia tuviera menos de dos escaños. De manera que el umbral de dos diputados para cada distrito surgía de la práctica constitucional.

En efecto, ya la ley 2089 de cesión de los territorios provinciales de Belgrano y Flores a la Capital Federal estableció que tal cesión no iba a alterar la representación de la provincia en la composición del Congreso. Por otra parte,

permitir que la representación de una provincia quedara reducida a un escaño generaría problemas cuando el único diputado debiera ausentarse por licencias o desplazamientos dentro del territorio.

Pero el argumento de mayor fuerza parte del propio texto de la Constitución cuando dice que la Cámara de Diputados representa al “pueblo de las provincias”, aun cuando la lógica estricta de la teoría constitucional es que la organización de la cámara baja debe hacerse de acuerdo a la base de la población.

El umbral de dos diputados por distrito, surgido de la práctica constitucional se perforó temporariamente con el Decreto Ley 15.100 del 20 de noviembre de 1957 que estableció la base de la representación en 85.000 habitantes, convocando a elecciones para un único diputado en varias provincias, tanto fundadoras como recientemente creadas.

Pero apenas reinstalada la democracia, en 1959, el Congreso de la Nación sancionó la Ley 15.264 que impuso el mínimo de dos bancas por distrito, reinstalando la práctica constitucional. La Provincia de La Rioja había visto reducida su participación de dos diputados a uno, argumentándose que ello violentaba la constitución histórica.

El número de bancas garantizadas a cada distrito subió de dos a tres en 1972 con la sanción del Decreto Ley 19.862, al convocar a elecciones después de una década, tomado la representación proporcional según el censo de 1970, con la excepción del Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur que mantenía un mínimo de dos escaños. Aclaremos que el censo de 1970 había mostrado una población total de 23.880.564 habitantes fijándose una base de un diputado por cada 135.000 habitantes, lo que daba un total de 243 diputados.

Como ya dijimos *ut supra* el Decreto-Ley Bignone 22.847 aumentó la representación de las provincias a cinco (5) diputados, y estableciendo la base de un diputado por cada 161.000 habitantes, conforme al censo nacional del año 1980 que registró 27.949.480 habitantes, mientras que —como dijimos— el último censo mantiene los mismos registros de participación con una población total de 46.044.703 de habitantes.

## 2. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA MATERIA

El incumplimiento de la Constitución por parte del Congreso resulta evidente. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Bazán” (Fallos 342:509) ya advirtió “sobre los graves desajustes institucionales que emergen de la demora excesiva e injustificada por parte de los poderes constituidos federales o provinciales en cumplir con mandatos de hacer establecidos en la Constitución Nacional”, criterio que fuera reiterado en “Intendente Municipal s/amparo” (Fallos 337:1263) y en “Municipalidad de la Ciudad de La Banda” (Fallos 341:939).

En el caso “Encuentro Vecinal Córdoba c/ Cámara de Diputados y otros s/ amparo”, interpuesto por Álvaro Zamora y Aurelio Francisco García Elorrio ante la Cámara Nacional Electoral y resuelto el 5 de julio de 2018, el Tribunal resolvió poner en conocimiento de la sentencia recaída en esas actuaciones, “al Congreso de la Nación, a fin de que, en ejercicio de sus atribuciones, exteme los recaudos para ejecutar el mandato que establece el artículo 45 de la Constitución Nacional”.

Con carácter previo fue revocada la sentencia de primera instancia que rechazaba la legitimación activa de los accionantes y consideraba que la materia era privativa del Congreso. La Cámara Nacional Electoral, en los 28 folios que tiene la decisión, fundamenta la obligatoriedad de cumplir con el mandato imperativo del artículo 45 de la Constitución, teniendo en consideración que el mismo, al utilizar el término “fijará”, está indicando una concreta obligación de actuar del Congreso Nacional.

Esta posición es, por otra parte, la que sostiene la doctrina mayoritaria, entre quienes cabe destacar a Joaquín V. González, Segundo V. Linares Quintana, Germán J. Bidart Campos y Juan A. González Calderón, entre muchos otros. La sentencia trae a colación un trabajo titulado “El censo y los diputados”, publicado en La Ley en el año 1992, por el actual Diputado Nacional Pablo Gabriel Tonelli en el que afirma: “La Constitución ha utilizado el modo imperativo (“fijará”), por lo que no es posible soslayar la obligación, ya que hacerlo implicaría violar los deberes que los legisladores han asumido”

En el considerando 14) de la referida sentencia, se señaló que:

[L]a base poblacional que determina el modo de integración de la Cámara de Diputados —según el censo de 1980— desconoce las variaciones demográficas acaecidas en el país durante casi 40 años, que resultan verificables objetivamente a través de los tres censos nacionales (actualmente cuatro) de población realizados con posterioridad al mencionado [...] En tales condiciones, la circunstancia de que la base de representación por la cual se rige la actual composición de la Cámara de Diputados de la Nación continúe siendo aquella que se determinó hace 38 años (ahora 43), resulta claramente anacrónica.

En el considerando final (número 17) se destacó que, en el caso de actualizarse la base de la representación, conforme a los considerandos del fallo, el número de integrantes de la Cámara de Diputados no necesariamente habría de variar en mucho. También el Tribunal dejó en claro que no es ajeno a las dificultades económicas que circundan la realidad de nuestro país, remarcando que, aun cuando el fallo se sustenta en el acatamiento de una manda constitucional, su observancia no debería redundar en una mayor erogación para el Estado Nacional.

Y aquí dejamos el fallo de la Cámara Nacional Electoral para detenernos en un punto que dificulta este debate cual es el del costo de la política desde un

punto de vista ortodoxo de la Economía; como asimismo la repercusión que este tipo de medidas tienen en la opinión pública y que muchas veces son también incentivadas desde ideologías interesadas que incluyen a los populismos de izquierda y de derecha.

En lo personal, soy de la opinión que el gasto desmesurado del Congreso de la Nación no se encuentra tanto en las dietas de los legisladores como en la gran cantidad de empleados y de asesores que se registran por cada diputado y senador, que en el caso de estos últimos suman un promedio de treinta colaboradores, como la cantidad de empleados supernumerarios que existen en algunas dependencias como, por ejemplo, la Biblioteca del Congreso.

Uno de los ejemplos más claros de lo que ocurre con esa deformación de miras fue el Congreso del Perú que la última Reforma Constitucional de 1993 tornó en unicameral pero que eso no disminuyó su presupuesto, sino que lo aumentó con respecto a los tiempos anteriores en que había dos cámaras, con la desventaja de haber perdido el sistema de revisión de las leyes por ambas cámaras.

Estas cuestiones deben despejarse adecuadamente para no mezclar los temas de fondo con los temas de coyuntura. Después de la sentencia de la Cámara Electoral en 2018, las autoridades de la Cámara de Diputados comenzaron a analizar el acatamiento del fallo, hasta que un aumento de dietas generó tal rechazo en la opinión pública que la cuestión volvió nuevamente a silencio.

La sentencia fue recurrida ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que todavía no se ha pronunciado en este expediente, aunque sí lo ha hecho en otra causa en donde se planteara la misma cuestión, aunque por vías procesales diferentes. Se trata del caso “Sisti, Pedro Luis y otro c/ Estado Nacional y otros s/ amparo”, resuelto el 15 de abril de 2021. El proceso tramitó por la secretaría de asuntos originarios de la Corte, después de que la subprocuradora Laura Monti dictaminase en tal sentido.

Sintéticamente, el señor Pedro Luis Sisti, por derecho propio, y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), promovieron acción de amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional y de la Ley 16.986 contra el Estado Nacional, a fin de que se declarase la inconstitucionalidad de los arts. 3° y 4° del decreto-ley 22.847, y que se ordenase al Congreso Nacional que, para las próximas elecciones de diputados nacionales, actualice la representación al último censo poblacional realizado por el país, evitando incurrir en las inconstitucionalidades que se plantean en la acción.

Solicitaron también la citación como terceros al pleito a las 23 provincias argentinas y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, toda vez que —en su opinión— sus intereses se verían directamente afectados al discutirse en la causa la modificación de la atribución de bancas que a cada una le corresponde en la Cámara de Diputados de la Nación y requirieron también la intervención del Defensor del Pueblo de la Nación y de los defensores del pueblo provinciales, con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Nacional.

La mayoría se integró con el voto de los jueces Elena Highton, Ricardo Lorenzetti y Horacio Rosatti, aunque este último lo hizo por voto separado, coincidiendo en la parte dispositiva de la decisión, aunque desarrolló argumentos diferenciados. El juez Juan Carlos Maqueda redactó un largo voto en disidencia en el trató de manera detallada y profunda la cuestión.

La mayoría recordó que el Alto Tribunal ha reconocido la posibilidad de que la acción amparo, de manera general, tramite en esta instancia, siempre que se verifiquen las hipótesis que surtan la competencia originaria prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional (reglamentados por el art. 24 inciso 1° del decreto-ley 1285/58) porque, de otro modo, en tales controversias, quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el art. 43 de la Constitución Nacional y por la Ley 16.986 (considerando 2°).

Para que proceda la referida competencia, es necesario que una provincia revista el carácter de parte en el pleito, no solo en sentido nominal —ya sea como actora, demandada o tercero— sino también sustancialmente, esto es, que tenga en litigio un interés directo de tal manera que la sentencia que se dicte resulte obligatoria (considerando 2°).

El alcance de la pretensión, dijo la Corte en su considerando cuarto, no permite atribuirles a las provincias argentinas —ni a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, el carácter de partes sustanciales, pues el objeto del litigio demuestra que es el Estado Nacional, a través del Poder Legislativo, el único que resultaría obligado y con posibilidades de cumplir con el mandato restitutorio de los derechos que se denuncian como violados, en el supuesto de admitirse la demanda, máxime cuando los integrantes de la Cámara de Diputados, cuya composición actual se cuestiona, no representan a las provincias o distritos electorales por los que son elegidos, sino al pueblo que los elige directamente (art. 45 Constitución Nacional).

Concluye señalando que no es posible mediante el instituto procesal de la intervención de terceros, transformar al Tribunal en un nuevo foro en el que se debatan cuestiones que deben ser tratadas en otros cauces deliberativos, distintos a esta jurisdicción restrictiva y excepcional, declarado que la causa es ajena a la competencia originaria.

La disidencia del ministro Maqueda hace pie en que los diputados representan “al pueblo de las provincias” y en que la llamada “ley Bignone” al provenir de un gobierno de facto, agravia las bases democráticas de la representación política.

Como ya destacamos, desarrolló un largo y muy sustantivo voto en disidencia con sólidos argumentos históricos y jurídicos sobre la cuestión que no vamos a repetir ahora porque refieren a cuestiones ya tratadas en esta comunicación, para concluir, *contrario sensu*, que corresponde admitir la competencia originaria de la Corte, dando intervención al procurador del tesoro y correr traslado a las 23 provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El voto del Dr. Maqueda es coherente con el proyecto de ley que presentara siendo legislador, para adecuar la representación conforme al Censo de Población, Hogares y Viviendas de 2001 proponiendo determinar la base de la población en un diputado cada 210.000 habitantes o fracción no menor de 105.000, volviendo a su vez al mínimo de dos diputados por cada distrito electoral.

De esa manera, en el proyecto Maqueda, la Cámara de Diputados quedaba reducida a un total de 177 diputados, distribuidos en 66 para Buenos Aires, 15 para Córdoba, 14 para Santa Fe, 13 para la Ciudad de Buenos Aires, 8 para Mendoza, 6 para Tucumán, 5 para Entre Ríos, Salta y Misiones, 4 para Corrientes y Santiago del Estero, 3 para Jujuy, Rio Negro y San Juan y para Catamarca, Chubut, Formosa, La Pampa, La Rioja, Neuquén, San Luis, Santa Cruz y Tierra del Fuego.

Entre los fundamentos se sostiene que los diputados nacionales son representantes del pueblo de cada provincia, pero como parte integrante del cuerpo total de la Nación; los Estados provinciales como tales tienen su representación igualitaria en el Senado de la Nación. Por ello, en el sistema de nuestra Constitución, el número de integrantes de la Cámara de Diputados, en representación del pueblo de cada provincia, debe ser directamente proporcional a la cantidad de habitantes de cada distrito.

### 3. PROYECTOS DE REFORMAS LEGISLATIVAS

Distintos proyectos han sido presentados con diferentes fórmulas o criterios. El proyecto del Diputado Del Caño tomó el censo de 2010 manteniendo la base de 1 diputado por cada 161.000 habitantes, elevándose la representación de los distritos grandes por el crecimiento poblacional: Buenos Aires 100, CABA 25, Córdoba 24 Santa Fe 23, Mendoza 14, Tucumán 12, Salta y Entre Ríos 11, Misiones y Chaco 10, Corrientes y Santiago del Estero 9, San Juan, Jujuy y Rio Negro 7, Neuquén, Formosa, Chubut, San Luis 6 y manteniendo el mínimo de 5 para Catamarca, La Rioja, San Luis y Tierra del Fuego, pasando la Cámara a tener 328 Diputados.

En cambio, el proyecto de Ley de la diputada Margarita Stolbizer de 2016 reduce el mínimo de las provincias chicas a cuatro diputados, pero al tomar la base poblacional de un diputado por cada 140.000 o fracción que no baje de 70.000 lleva a la Cámara aun total de 297 diputados, siendo que Buenos Aires crece a 112, CABA a 20, Córdoba a 24 y Mendoza a 13.

La misma base de un diputado por cada 160.000 habitantes o fracción no inferior a 80.500 es la que mantiene el proyecto de la diputada Ana Carla Carrizo pero que, al elevar el mínimo de las provincias chicas a 6 diputados, eleva el número de la Cámara a 290 diputados.

Otro proyecto del año 2007 propuso fijar la base en un diputado cada 135.000 habitantes o fracción no inferior de 67.500, arrojando un total de 267 diputados nacionales, 102 por Buenos Aires, 20 por la CABA, 23 por Córdoba,

respetando estrictamente la base proporcional, de manera que Santa Cruz y Tierra del Fuego tendrían solamente uno cada una.

Resulta también interesante destacar el proyecto de la Senadora Cristina Fernández de Kirchner del año 2001, toda vez que si se tomaban los resultados del censo del mismo año que, aplicados de manera proporcional llevaban a elevar la Cámara a 294 miembros, introdujo un concepto de *unidades políticas territoriales* que disminuía el número total de la cámara baja a 156 diputados potenciando la representación de las provincias patagónicas que, en ningún caso tendrían menos de 3 representantes mientras Buenos Aires bajaba a 47, Córdoba y Santa Fe a 11 y la Capital Federal a 10.

## CONCLUSIONES

Finalmente, en esta rápida revisión, y aunque ya lo referimos al comienzo, cabe recordar el proyecto de resolución del diputado Jorge Reinaldo Vanossi quien propuso el siguiente texto:

La Cámara de Diputados de la Nación RESUELVE: Que el Poder Ejecutivo nacional, a través de los organismos que correspondan, disponga la remisión de toda la información existente como consecuencia de la realización del Censo Nacional de Población de 1991, debidamente tabulada, con especial referencia al incremento de la población producido en todo el país y en cada uno de los distritos electorales, durante los últimos diez años, a los efectos de dar cumplimiento a la última parte del artículo 37 de la Constitución Nacional; y con el objeto de:

- a) Fijar la representación del pueblo en la Cámara de Diputados de la Nación; y
- b) Disponer la redistribución de dicha representación a fin de evitar que existan distritos electorales sobredimensionados, para volver así al régimen previsto en la Constitución Nacional.

Los proyectos que hemos mencionado no solamente buscan cumplir al mandato de los artículos 45 y 47 de la Constitución Nacional, actualizando la representación conforme al censo sino también resolver el problema de subrepresentación y de sobrerrepresentación de muchas provincias, resultante de los cambios demográficos y de las migraciones internas intercensales.

Como señala Carlos Gervasoni, las provincias demográficamente pequeñas están fuertemente sobrerrepresentadas en el Senado y también en la Cámara de Diputados. La unidad nacional de países como Argentina o Estados Unidos fue posible gracias al diseño de un poder legislativo con una cámara baja proporcional y una cámara alta con igual cantidad de representantes de cada provincia.

Hay un contrapunto entre los principios del federalismo y la democracia. Nuestro país ya tiene el senado más desproporcional del mundo (Samuels y Snyder 2001). Según el censo de 2010, la provincia más poblada del país, Buenos Aires, tenía 123 veces más habitantes que la más pequeña, Tierra del Fuego (ambas representadas por tres senadores) mientras que en Canadá y Brasil esa relación es de 92 a 1, en EE. UU. de 66 a 1 y en México de 24 a 1. Esta enorme distorsión tiene, sin embargo, origen constitucional.

Mucho menos excusable es la desproporcionalidad de la Cámara de Diputados, que también favorece a las provincias pequeñas y rige en Argentina desde hace décadas. Un ejemplo de la distorsión resultante es que un 18% de la población total, la que reside en las 14 provincias más pequeñas, elige 77 diputados, mientras que un 39% de los argentinos, los que votan en la provincia de Buenos Aires, elige sólo 70 diputados.

Aparece así lo que Gibson y Calvo han denominado el síndrome de los distritos de “bajo mantenimiento” consistente en que la combinación de provincias demográficamente pequeñas, pero legislativamente muy sobrerrepresentadas genera fuertes incentivos para que los recursos fiscales federales sean orientados hacia las provincias políticamente “baratas”. El apoyo de sus proporcionalmente muchos gobernadores y legisladores puede ser obtenido a cambio de modestos recursos fiscales nacionales a través de transferencias.

En tiempos en que los debates en la Ciencia Política se empeñan en criticar a la “democracia representativa” por las insatisfacciones que genera la llamada “pérdida de la calidad de la democracia”, incentivando en el debates la llamada “democracia radical” con sus improbables pretensiones de democracia directa y reivindicación de un *demos* más activo que se expresa en fórmulas de inaplicable concreción como la democracia participativa, la *e-democracy*, la democracia deliberativa, la democracia inclusiva, cobra aún más fuerza la advertencia del recordado politólogo Giovanni Sartori:

El resultado neto del simplismo —la combinación de la democracia infantil y el negativismo simplista— es que la vieja maquinaria de la política recibe muchos garrotazos, sin que nada se diga de la forma en que se la puede componer o mejorar. De hecho, cuanto más la atacamos, menos seremos capaces de repararla. Por esa misma razón, hemos dedicado todo nuestro ingenio a la ampliación de la democracia horizontal y en el proceso no sólo hemos descuidado, sino asimismo ridiculizado a la democracia vertical, lo que equivale a decir que durante varias décadas aparentemente hemos olvidado, y ciertamente ignorado, que al final de cuentas la democracia es, y no puede evitar ser, un sistema de gobierno. Y cuando se descuida la función de gobierno, lo empeoramos e incluso ponemos en peligro su funcionamiento.

Mientras se discuten formas sofisticadas, es menester asegurar y cumplir primero con la forma de gobierno representativa, republicana y federal que

marca el primer artículo de nuestra Constitución Nacional, teniendo también presente la advertencia de años atrás de Berliá en cuanto a que los representantes del pueblo soberano no se conviertan en los soberanos representantes del pueblo.

## BIBLIOGRAFÍA

- Asambleas Constituyentes Argentinas: seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación, fuentes seleccionadas, coordinadas y anotadas en cumplimiento de la ley 11.857 por Emilio Ravignani, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas, Universidad de Buenos Aires, 1937-39.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1967.
- \_\_\_\_\_, *El mito del pueblo como sujeto de gobierno, de soberanía y representación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.
- \_\_\_\_\_, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 2013.
- GERVASONI, Carlos, “Una teoría rentística de los regímenes subnacionales: federalismo fiscal, democracia y autoritarismo en las provincias argentinas”, *Revista Desarrollo Económico*, Vol. 50, N.º 200 (enero-marzo 2011), pp. 579-610.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- GIBSON, Edward y CALVO, Ernesto, “Federalismo y sobrerrepresentación: La dimensión territorial de la reforma económica en la Argentina”, en *El federalismo electoral argentino: sobrerrepresentación, reforma política y gobierno dividido en la Argentina*, Calvo y Abal Medina (h) editores, EUDEBA, Buenos Aires, 2007.
- GONZÁLEZ, Joaquín V., *El censo nacional y la constitución*, Instituto cultural Joaquín V. González, Buenos Aires, 1931.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho Constitucional Argentino. Historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución*, Lajouane, Buenos Aires, 1930/1931, t. II.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS (INDEC), REPÚBLICA ARGENTINA, Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2022. Resultados provisionales, 1ª ed., Buenos Aires, enero de 2023. Disponible en [https://censo.gob.ar/wp-content/uploads/2023/02/cnphv2022\\_resultados\\_provisionales.pdf](https://censo.gob.ar/wp-content/uploads/2023/02/cnphv2022_resultados_provisionales.pdf), consultado el 20/06/2023.
- \_\_\_\_\_, Censos históricos resultados. Disponible en <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel3-Tema-2-41>, consultado el 20/06/2023.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 2da ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1987.
- SARTORI, Giovanni, *Teoría de la Democracia*, Alianza, Madrid, 1988.

- \_\_\_\_\_, *Ingeniería Constitucional Comparada, Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, Fondo De Cultura Económica, México, 1994.
- TONELLI, Pablo G., “El censo y los diputados”, *Revista Jurídica Argentina. La Ley*, Buenos Aires, 1992-C.
- VANOSSI, Jorge R., *Teoría Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1976.

## EL PRESIDENCIALISMO ARGENTINO DESDE 1853 HASTA HOY

Por ROBERTO GARGARELLA \*

### **Resumen**

*El trabajo presenta y discute, brevemente, el desarrollo del presidencialismo en la Argentina, desde sus orígenes hasta hoy. El texto examina críticamente los alcances y límites de esta forma de gobierno, a la que considera en parte responsable de los problemas institucionales que hoy todavía se padecen en el país.*

### **Palabras clave**

*Hiperpresidencialismo, derechos sociales, organización del poder, sala de máquinas, liberalismo, conservadurismo.*

## THE PRESIDENCIALISM IN ARGENTINA, FROM 1853 TO THE PRESENT

### **Abstract**

*The paper briefly presents and discusses the development of presidentialism in Argentina, from its origins to the present. The text critically examines the scope and limits of this form of government, which is considered in part responsible for the institutional problems that the country still suffers today.*

### **Keywords**

*Hyper presidentialism, social rights, organization powers, engine room, liberalism, conservadurism.*

\* Abogado y sociólogo (UBA). Máster en Cs. Políticas (FLACSO). Doctor en Derecho (UBA). LL.M. y *Jurisprudence Doctor* por la Univ. de Chicago. Post-doctor en Oxford (Balliol College).

## INTRODUCCION

En lo que sigue, quisiera ofrecer algunas reflexiones críticas, en torno a la evolución del presidencialismo argentino, desde sus orígenes hasta hoy.

### 1. HIPERPRESIDENCIALISMO EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA. ORÍGENES

El sistema constitucional argentino fue en buena medida moldeado, como sabemos, a partir del ejemplo que ofreciera la Constitución de los Estados Unidos. La Constitución de dicho país representa una obvia influencia sobre la nuestra (y sobre la mayoría de los países latinoamericanos) en casi todas sus partes: tanto en la organización del poder –y el sistema de “frenos y contrapesos”– como en la organización de los derechos. De todos modos, Juan Bautista Alberdi reconoció la necesidad de introducir al menos un fuerte cambio respecto del modelo ejemplar, que –como era previsible– terminaría ejerciendo un impacto enorme sobre el resto de la armazón institucional escogida. El cambio que propuso Alberdi se relacionó con el sistema presidencialista que, para el país, viró hacia lo que hoy se tiende a llamar un sistema híper-presidencial. En palabras de Alberdi “éste (el Poder Ejecutivo) es uno de los rasgos en que nuestra Constitución hispano-argentina debe separarse del ejemplo de la Constitución federal de los Estados Unidos.” En consonancia con el reclamo alberdiano, la Constitución argentina decidió dotar al Ejecutivo local de algunos fundamentales poderes adicionales, que expandieron notablemente las capacidades de acción de éste. Entre tales poderes se encuentran, por caso, su injerencia en la declaración de estados de sitio (situación en la cual el presidente refuerza gravemente su poder para limitar derechos ciudadanos); el poder de intervención federal sobre las provincias; el modo en que nombra y remueve ministros, etc. Alberdi se basó, para incorporar estos cambios, en el modelo autoritario chileno, tal como había sido diseñado por Juan y Mariano Egaña para la Constitución de Chile de (1823 primero, pero luego, y, sobre todo) 1833. En el capítulo 25 de *Bases*, su más influyente trabajo constitucional, Alberdi admitió entonces, de modo explícito, este cambio de registro en lo relativo a la organización del poder presidencial (este separarse del ejemplo norteamericano, para abrazar el ejemplo chileno). En dicha oportunidad, justificó la opción escogida sosteniendo que el “presidente constitucional” debía tener la posibilidad de “asumir las facultades de un rey en el instante en que la anarquía le desobedece como presidente republicano<sup>1</sup>” (Alberdi 1981) Se trataba de reconocer, entonces, que “la solución de Chile es la única racional en repúblicas que poco antes fueron

<sup>1</sup> Una versión anterior de este texto fue publicada en Andrés Rosetti et al (coords.), *Un análisis crítico a 20 años de la reforma constitucional de 1994 en Argentina*, Eudeba, Bs. As. 2015, pp. 55- 64.

monarquías”. Esta opción, conforme iremos viendo, fue determinante, desde ahí y hasta nuestros días, del devenir de la vida política nacional (hablaremos enseguida de la conexión inestabilidad política-presidencialismo), pero por ahora menciono una consecuencia especialmente importante, derivada también de la elección del caso. Al reforzarse el presidencialismo, todo el sistema de equilibrios (el mentado sistema de “frenos y contrapesos”) que se había procurado montar desde la Constitución, tiende a descompensarse o desequilibrarse. Ello así, porque la lógica del sistema requiere, justamente, de poderes relativamente iguales, con capacidades de “amenaza” y resistencias también equivalentes (tal como lo describiera James Madison en *El Federalista*, N.º 51)<sup>2</sup>. Cuando una de las ramas del poder, en cambio (en nuestro caso, el presidente), se convierte en más poderosa que las restantes, luego, todo el resto del sistema queda afectado en su lógica esencial y, en buena medida, pierde sentido. El resultado previsible –muy propio de la práctica política latinoamericana– es un sistema de poderes ladeado hacia el Ejecutivo, que tiende a primar sobre las otras ramas del poder.

## 2. CONSTITUCIONALISMO LIBERAL-CONSERVADOR

El rediseño que se impuso sobre el Poder Ejecutivo representa uno de los rasgos más propios del tipo de Constituciones que emergieron en América Latina a mediados del siglo 19, a resultas de un generalizado pacto entre las fuerzas políticas principales del momento: el liberalismo y el conservadurismo. Ambas fuerzas habían disputado, de modo sangriento, la primacía política, pero, sin embargo, curiosamente o no, y luego de décadas de guerra a muerte, decidieron pactar una organización constitucional común, en la segunda mitad del siglo 19, urgidas tal vez por la amenaza de una ola de creciente disconformidad popular con la política, que había comenzado a agitarse en la región al calor de las “revoluciones democráticas” europeas, de 1848. El tipo de Constituciones alumbradas por dicho pacto tuvo rasgos como los siguientes: se trató, en general, de Constituciones poco abiertas a la participación popular; restrictivas en materia de derechos políticos; muy sensibles a las demandas de la Iglesia Católica; hostiles

<sup>2</sup> Sostuvo Madison, entonces “la mayor seguridad contra la concentración gradual de los diversos poderes en un solo departamento reside en dotar a los que administran cada departamento de los medios constitucionales y los móviles personales necesarios para resistir las invasiones de los demás. Las medidas de defensa, en este caso como en todos, deben ser proporcionadas al riesgo que se corre con el ataque. La ambición debe ponerse en juego para contrarrestar a la ambición. El interés humano debe entrelazarse con los derechos constitucionales del puesto. Quizás pueda reprochársele a la naturaleza del hombre el que sea necesario todo esto para reprimir los abusos del gobierno. ¿Pero qué es el gobierno sino el mayor de los reproches a la naturaleza humana? Si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que las internas del gobierno. Al organizar un gobierno que ha de ser administrado por hombres para los hombres, la gran dificultad estriba en esto: primeramente, hay que capacitar al gobierno para mandar sobre los gobernados; y luego obligarlo a que se regule a sí mismo”.

al tratamiento de la “cuestión social”; y muy inclinadas a favorecer, en cambio, el libre mercado, y a proteger la propiedad y los contratos (Gargarella 2011). La notable combinación de rasgos liberales y conservadores se aprecia, con toda luz, en textos como el adoptado en la Argentina en 1853: una Constitución que declara la libertad de cultos (art. 14), tal como lo pedían los liberales; a la vez que otorga un status especial a la religión católica (art. 2), tal como lo pedían los conservadores. Una Constitución que consagra un sistema de “frenos y contrapesos”, como lo pedían los liberales; pero que a la vez lo desequilibra consagrando un Poder Ejecutivo que pasa a ser *primus inter pares*, tal como lo pedían los conservadores.

### 3. ¿DEL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL-CONSERVADOR AL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL?

El primer gran intento de reforma constitucional argentina, producido durante los años del peronismo, en 1949, tendió a seguir el parámetro de reformas que se habían dado en América Latina en esos años, posteriores al movimiento revolucionario mexicano que culminara con la Constitución de 1917. La Constitución de 1917, sin lugar a dudas, cambió el eje del constitucionalismo regional, que se encontraba asociado, conforme viéramos, con el liberalismo-conservador propio de mediados del siglo 19. El constitucionalismo que nació al calor de la revolución mexicana, entonces, vino a favorecer otro tipo de enfoque sobre la Constitución, pero –según veremos– sólo hasta cierto punto. En efecto, la Constitución de 1917 de México (como las que le siguieron, hacia mediados del siglo 20) revolucionó la historia del constitucionalismo, sobre todo por el modo en que vino a darle prioridad a la “cuestión social” que había sido postergada por el pacto liberal-conservador y, por tanto, por el constitucionalismo hasta entonces vigente. Incorporó, entonces, una lista extraordinaria de nuevos derechos económicos y sociales pero ese mismo, notable movimiento, se convirtió en su límite. La Constitución social de México, como (no todas, pero sí) la gran mayoría de las Constituciones sociales que le siguieron, incluyendo a la Argentina de 1949, no acompañaron este fundamental cambio en el área de los derechos con cambios acordes y consonantes en materia de organización del poder (Reyes Heróles 1957). Esta organización del poder siguió obedeciendo a los parámetros propios del siglo 19, en la época de la política restringida a una elite. Este esquema se manifestó entonces, típicamente, en la presencia de un Poder Ejecutivo todo poderoso, y limitadas posibilidades para la movilización autónoma del poder popular. En términos más crudos: los avances sociales que se alentaban desde la sección de los derechos aparecían negados por el modo en que se mantenía organizada la estructura de poderes. El presidente de México Venustiano Carranza había admitido con orgullo este rasgo de la Constitución de 1917, que él impulsara entonces (él dejó en claro, entonces, que era inconcebible simplemente la limitación de los poderes presidenciales, o el fortalecimiento de los del Congreso). Mucho

después, el argentino Arturo Sampay, ideólogo principal de la reforma del 49 en la Argentina, reconocería dicha tensión, en cambio, como un problema serio y propio de la Constitución que él mismo redactara. En sus términos:

La reforma constitucional de 1949 no organizó adecuadamente el predominio y el ejercicio del poder político por los sectores populares, debido, primero, a la confianza que los sectores populares triunfantes tenían en la conducción carismática de Perón, y segundo, al celoso cuidado que el propio Perón ponía para que no se formara paralelamente al gobierno legal un coadyuvante poder real de esos sectores populares, por lo que el nuevo régimen iba a mantenerse hasta que la oligarquía cautivara a los oficiales de las fuerzas armadas. Tal era, entonces, el talón de Aquiles de la mentada reforma y la cual, precisamente como Aquiles, fue muerta por el enemigo en la flor de la juventud a causa de tener vulnerable nada menos que su soporte. (Sampay 1973, 122).

En definitiva, ni la Constitución mexicana de 1918, ni la reforma argentina del 49, ni la posterior introducción, en nuestro país, del 14 *bis* en la Constitución (el otro decisivo cambio constitucional, en esta etapa temprana del siglo 20) servirían para modificar sustantivamente el eje de la organización constitucional del poder en el país.

#### 4. ASCENSO Y CAÍDA DEL ANTI-PRESIDENCIALISMO

Desde finales de los años 70 comenzó a gestarse, en el ámbito de las ciencias sociales y jurídicas, un particular, inesperado consenso, en torno al carácter inatractivo del sistema presidencialista. Dicho consenso era producto de un conjunto de convicciones y comprobaciones interesantes. En primer lugar, existía un reconocimiento de que muchos países occidentales (particularmente en América Latina) enfrentaban un problema particularmente grave, relacionado con la inestabilidad democrática y los golpes de estado que se sucedían, unos tras otros, en países diversos. En segundo lugar, existía la certeza de que el sistema institucional (sin ser la única causa de tal desgracia) era en parte funcional a la producción de tales desgraciados golpes de estado. En tercer lugar, aparecía la convicción, empíricamente respaldada, de que el sistema presidencialista, en particular, era responsable de dichos nefastos resultados: el presidencialismo implicaba la concentración de poder y expectativas sobre una persona (la cabeza del Poder Ejecutivo), a quien se le asignaba un mandato fijo, dentro de un marco institucional que no preveía “válvulas de escape”. Típicamente, ocurría que al período inicial de popularidad de un Presidente, lo sucedían otros de decadencia y crisis, y en estos casos —cuando aparecían las crisis en sus fases más agudas— todas las tensiones se concentraban sobre el primer mandatario (quien tenía que cumplir un mandato extenso y fijo), a la vez que se cerraban todas las

puertas institucionales de “salida” frente a la crisis (no había la posibilidad de aliviar tensiones, por caso, como ocurre en los sistemas parlamentarios, con los cambios de Primer Ministro que estos sistemas tienen previstos frente a situaciones de tensión). En los sistemas presidencialistas, entonces, el “salto de fusible” solía afectar al mismo presidente, a través de un golpe de estado, que actores políticos y ciudadanos tendían a reconocer como única alternativa de cambio. Frente a este oscuro panorama, y tal como anticipara, cientistas sociales y políticos llegaron a un impensado acuerdo acerca de las fallas propias de los sistemas presidencialistas, a los que calificaron como conductores o facilitadores de los golpes de estado. Carlos Nino, Arturo Valenzuela, Juan Linz, Alfred Stepan, fueron algunos de los muchos autores que escribieron entonces artículos, compilaciones y largos volúmenes, en crítica al (híper)presidencialismo latinoamericano (i.e., Linz & Stepan 1978; Linz & Valenzuela 1994). De modo más relevante, tal tipo de acuerdos comenzaron a extenderse al ámbito de la política, y llegaron a formar parte, podría decirse, del sentido común regional. Pareció entonces, por algún tiempo al menos, que regiones como América Latina se preparaban para, finalmente, abandonar un sistema institucional que había tendido a perjudicarlo más que a favorecerlo. Sin embargo, ese acuerdo que parecía consolidado a mediados de los 80 comenzó a deshacerse unos años después, en parte por las crisis económicas que siguieron al período “neoliberal” en la región. Frente al “descontrol” (y las desregulaciones) que resultaron propias del período, y las angustias sociales que se generaron, el consenso anti-presidencialista comenzó a desvanecerse, casi de un día al otro, y pasó a ser reemplazado por renovadas (y desgraciadas) demandas por un poder, otra vez, concentrado, capaz de garantizar orden en naciones que parecían estar regidas, otra vez, por el caos.<sup>3</sup>

## 5. CRÍTICA Y RESISTENCIA DEL (HÍPER) PRESIDENCIALISMO EN LA ARGENTINA. LA CONSTITUCIÓN DE 1994

Durante algunos años (vinculados con lo que arriba denominé el “ascenso del antipresidencialismo”) pareció primar, en la política constitucional argentina, la idea de que debía ponerse fin, definitivamente, al hiperpresidencialismo. Dicha idea germinó en los primeros años del gobierno de Raúl Alfonsín, y quedó plasmada en dos volúmenes producidos y una larga serie de textos, producidos por el *Consejo para la Consolidación de la Democracia* que condujera,

<sup>3</sup> Estos cambios en el contexto político y social se acompañaron, también, con la aparición de rupturas en el consenso académico antes existente, y relacionado con el vínculo entre presidencialismo e inestabilidad. Algunos académicos comenzaron a señalar, entonces (polémicamente, en mi opinión), que la inestabilidad se encontraba correlacionada con otros factores, antes que con el presidencialismo (Cheibub et al 2011). Otros académicos duplicaron la apuesta, frente a esta reacción, replicando que el presidencialismo no sólo mostraba estar vinculado con las rupturas democráticas, sino también con la agudización de otros efectos nocivos, relacionados, por caso, con las posibilidades de la deliberación democrática (Alegre 2009).

en dichos años, Carlos Nino. El Consejo propuso entonces un cambio significativo en el sistema de gobierno, que pasaría a funcionar como un semipresidencialismo “a la francesa”, con un primer ministro a cargo de las funciones efectivas de gobierno, y un presidente básicamente concentrado en funciones protocolares y de representación del país. Por distintas razones, que incluyeron las diversas crisis (política, económica, militar) que afectaron a la presidencia de Alfonsín, el proyecto del Consejo terminó por abandonarse y el esfuerzo reformista/anti-presidencialista entonces impulsado no volvió a ganar fuerzas. Durante el gobierno de Carlos Menem, en cambio, el proyecto reformista cobró un nuevo impulso, pero desprovisto ya de los rasgos anti-presidencialistas que primaran años atrás. Esta nueva iniciativa reformista apareció, en este caso, atada a cuestiones mucho más coyunturales, mucho menos estructurales: Menem pretendía, básicamente, asegurar su reelección. Con tal objetivo en vista, forzó una reforma constitucional que nació limitada a partir de un pacto entre las dos principales fuerzas políticas del momento (el radicalismo y el justicialismo, que él representaba). Dicho pacto, claramente sesgado a favor de los intereses del presidente Menem, fue conocido como “Pacto de Olivos” y quedó resumido en un “Núcleo de coincidencias básicas”, que aparentan la introducción de cambios limitados pero relevantes, dentro de la estructura constitucional del país. Resumidamente, Menem obtuvo entonces la reelección que ansiaba, a cambio de una estrecha lista de concesiones que podían implicar, según alguna lectura generosa, mayores controles sobre el poder, y alguna mayor capacidad de acción para la oposición política (estas concesiones incluyeron, por caso, la elección de un 3er Senador, para el partido opositor; la elección directa del Jefe de Gobierno de la Ciudad –que también tendería a quedar en manos de la oposición; un Consejo de la Magistratura, que intervendría en la elección de los jueces; la reducción del mandato presidencial de 6 a 4 años; etc.). En materia de organización del poder, el “Núcleo de Coincidencias” definió la creación de un jefe de gabinete de ministros, nombrado y removido por el presidente de la Nación, y a cargo de “la administración general del país,” y de las funciones que el presidente expresamente le delegue. Aunque nada impediría que, en caso de crisis política grave o, a partir de la decisión conjunta de los principales partidos políticos, dicha institución se reactivara y cobrara vida propia, ése no ha sido el caso hasta el momento. El jefe de gabinete resulta, hasta hoy, una institución más bien decorativa, fagocitada por la práctica habitual del persistente hiperpresidencialismo local. Por otro lado, y en materia de derechos, conviene recordar que la Constitución del 94 expandió, por un lado, la ya generosa lista de derechos incorporada en su texto a partir de la adopción del artículo 14 bis. De algún modo, podría decirse que, si el 14 bis se preocupó, fundamentalmente, por asegurar constitucionalmente los derechos de la clase trabajadora, la del 94 procuró que ingresaran en su texto a “los excluidos de entre los excluidos”, esto es decir, a aquellos grupos desaventajados que no habían sido reconocidos apropiadamente en los movimientos reformistas anteriores (típicamente, los grupos

indígenas). Por lo demás, y a partir de la incorporación de numerosos tratados internacionales de derechos humanos, a partir del artículo 75 inc. 22. Como veremos, esta generosa actitud en materia de derechos resultaría, en verdad, bastante más limitada en la práctica, a partir de lo que se hiciera y, sobre todo, lo que se dejara de hacer, en materia de organización del poder.

## 6. EL HIPERPRESIDENCIALISMO ARGENTINO Y LA “SALA DE MÁQUINAS” DE LA CONSTITUCIÓN

El legado de la Constitución de 1994 resulta, por lo dicho, bastante preocupante, sobre todo si lo pensamos a la luz de lo dicho y examinado hasta aquí. En primer lugar, mantenemos aún un sistema institucional que, al menos, no ha ayudado a la consolidación democrática (en las últimas décadas, de agotamiento de los “golpes de estado militares”, más tradicionales, hemos vuelto a sufrir las crisis habituales del presidencialismo, con Presidentes que han tenido que apresurar su salida, como Alfonsín; han tenido que renunciar a poco luego de comenzado su mandato, como De la Rúa; han sido removidos, como Collor de Mello en Brasil o Mahuad en Ecuador; etc.). En segundo lugar, y a pesar de la retórica contraria, hemos mantenido un presidente con sus facultades intactas, sino más firmes que en años anteriores (los “decretos de necesidad y urgencia” gozan ahora, por caso, de *status* constitucional). En tercer lugar, hemos insistido en la expansión de la carta de derechos constitucionales, sin pensar siquiera en la necesidad de ajustar la organización del poder para tornarla acorde a la reforzada estructura de derechos. Para decirlo metafóricamente: hemos democratizado nuestra Constitución, en la sección de los derechos, para consagrar una lista de derechos del “estilo siglo 21”; mientras mantuvimos intocada una organización del poder autoritaria, verticalista, excluyente, propia de los siglos 18 y 19. Es decir, hemos mantenido cerrada la puerta de la “sala de máquinas” de la Constitución. En otros términos, nuestros reformadores se han contentado con “actualizar” la estructura de derechos, desentendiéndose de las implicaciones y exigencias que dicha iniciativa generaba, en términos de la organización del poder. Contamos ahora con una organización de derechos de avanzada, apriionada sin embargo en una estrecha y envejecida estructura de poderes. Agrego un par de comentarios al respecto, para aclarar un poco más lo afirmado hasta aquí. En primer lugar, resulta notable la manera en que terminamos por moldear nuestra Constitución, sobre todo si miramos a ésta desde una preocupación especial por la suerte de los más desfavorecidos. En efecto, la Constitución argentina ha optado por favorecer el ingreso en su texto de las necesidades y demandas de la clase trabajadora y demás grupos subalternos, pero sólo a través de su declaración de derechos. Para retomar la metáfora arriba expresada: la puerta de la “sala de máquinas” constitucional sigue estando cerrada para las clases desaventajadas. Estos grupos siguen sin contar con un acceso formal a “las palancas del poder”: sólo pueden acercarse al mismo votando por, acla-

mando o repudiando al elenco gobernante; pero parece claro que, para la Constitución, los que gobiernan deben ser otros. El segundo punto que quiero hacer resulta, en mi opinión, todavía más inquietante. La cuestión es la siguiente: para muchos, lo que hemos hecho en materia constitucional es muy importante, y debe ser leído bajo la idea general de “dar varios pasos en la dirección correcta.” Es cierto –alguien podría decir– que no hemos obtenido de la Constitución todo lo que deseábamos (sobre todo en materia de organización del poder), pero también lo es que obtuvimos mucho (sobre todo en materia de organización de los derechos). Se trata, entonces, simplemente, de “ir por lo que falta,” en una próxima vez. Este tipo de consuelos, sin embargo, resultan poco interesantes. La situación es, en verdad, mucho más preocupante que lo que este rito conformista sugiere, porque no es cierto que la esfera constitucional de los derechos puede “ganar vida” con independencia de lo que ocurra o deje de ocurrir en la esfera constitucional del poder. Lo cierto es, más bien, que lo que hacemos o dejamos de hacer en materia de organización del poder es determinante de lo que podremos hacer o no hacer en materia de derechos. Ello así, por múltiples razones, incluyendo que los derechos necesitan, para ganar efectividad, de procesos de activismo y movilización social que hoy la Constitución desalienta; o que el Poder Ejecutivo –cualquier Poder Ejecutivo, más allá de nombres y apellidos coyunturales- tiende a ver como un desafío a su autoridad, cualquier intento de parte de la ciudadanía de ganar o recuperar poder autónomo. Esto explica por qué ha sido tan común, en América Latina, que los intentos ciudadanos por activar las cláusulas participativas de la Constitución hayan encontrado como límite habitual al veto presidencial (Gargarella 2014). Se trata, en definitiva, de un hecho esperable y obvio que, sin embargo, no fue visto o no fue explicitado por nuestros constituyentes, que prefirieron actuar y hablarnos como si las distintas secciones de la Constitución tuvieran autonomía plena o casi, unas en relación con las otras. En definitiva, el inmodificado, autoritario, vertical, sistema de poder argentino, que tiene como pieza central a un hiperpresidencialismo propio del siglo 19, sigue dando identidad a nuestra Constitución. Los significativos intentos que se han hecho, tratando de modernizar o mejorar a la vista, han quedado y quedarán en buena medida frustrados, en la medida en que todos –reformadores, activistas, juristas– sigamos manteniéndonos en esta situación de miopía jurídica, y dejando de reconocer los obstáculos, también constitucionales, que nuestra vida política le sigue poniendo al poder popular.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBERDI, J. B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra: Buenos Aires, 1981.
- ALEGRE, M., “*Democracy without Presidents*”, 2009.  
[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Democracy\\_without\\_Presidents.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Democracy_without_Presidents.pdf)

CHEIBUB, J.C.; ELKINS, Z.; GINSBURG, T., “Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective”, *Texas Law Review*, vol. 89, N.º 7, 1701-1741, 2011.

GARGARELLA, R., *Los fundamentos legales de la desigualdad*, Madrid: Siglo XXI, 2011.

GARGARELLA, R., *La “sala de máquinas” de la Constitución. Constitucionalismo latinoamericano, 1810-2010*, Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

LINZ, J. & STEPAN, A., *The Breakdown of Democratic Regimes*, Baltimore: The John Hopkins University Press, 1978.

LINZ, J. & VALENZUELA, A., *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore: The John Hopkins University Press, 1994.

REYES HEROLES, J., *El liberalismo mexicano*, México: Universidad Nacional de México, 1957.

SAMPAY, A., *Constitución y pueblo*, Buenos Aires: Cuenca Ediciones, 1973.

# LA INSTITUCIONALIDAD ARGENTINA, EL ENJUICIAMIENTO A LA CORTE SUPREMA Y EL ALCANCE DE LA REVISIÓN JUDICIAL

Por MARÍA ANGÉLICA GELLI \*

## Sumario

*El juicio de responsabilidad política constituye un instrumento de control en la república democrática. Existen diferencias en la apreciación de la causal de mal desempeño, según se trate del enjuiciamiento a los funcionarios políticos o a los magistrados judiciales porque las garantías de los jueces lo son también de los ciudadanos a ser juzgados por magistrados independientes e imparciales.*

*La Corte Suprema sufre el asedio del poder político emergente de las elecciones populares. En ocasiones se utilizó el juicio político como un medio eficaz para conservar el poder controlando la magistratura. Ocurrió en 1946/47 con las destituciones de tres jueces de la Corte Suprema y del Procurador General y entre 2003 y 2005 con dos magistrados del Tribunal. Nuevos intentos de destituir a la Corte Suprema se iniciaron en 2023. Las impugnaciones que recibieron los primeros procedimientos afectaron la legitimidad posterior del Tribunal. Los segundos juicios fueron impugnados judicialmente, pero los controles sobre esos enjuiciamientos fueron laxos. La principal objeción a sendos procesos políticos fue que giraron en torno a la interpretación del derecho hecha por los jueces, empleando una especie de casación legislativa sobre los fallos judiciales. También las violaciones del debido proceso que deben garantizarse a los magistrados.*

*Lo que surge nítido es la disconformidad de los legisladores con las decisiones judiciales y el incumplimiento notorio de las seguridades de la defensa, en especial en el tratamiento de los testigos citados, vulnerándose garantías constitucionales y convencionales. Éstas pueden encontrar su quicio en las impugnaciones y controles judiciales disponibles.*

\* Miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, directora del instituto de Política constitucional de esa Academia. Ex profesora de derecho constitucional en la UBA.

### **Palabras clave**

*Juicio político, impugnaciones, controles, independencia judicial, casación legislativa.*

## ARGENTINA'S INSTITUTIONAL FRAMEWORK, THE IMPEACHMENT OF THE SUPREME COURT AND THE LIMITS OF JUDICIAL REVIEW

### **Abstract**

*Impeachment constitutes an instrument of control in a democratic republic. There are differences in the appraisal of the "bad performance" cause for such trials, depending on whether it is the prosecution of political officials or judicial magistrates. That is because the guarantees of judges are also guarantees of citizens to be judged by independent and impartial magistrates.*

*The Supreme Court is under siege from the emerging political power of popular elections. Impeachment was sometimes used as an effective means to retain power by controlling the judiciary. It occurred in 1946/47 with the dismissals of three judges of the Supreme Court and the Attorney General, and between 2003 and 2005 with two judges of the Court. New attempts to dismiss the Supreme Court began in 2023. The challenges that the first proceedings received affected the subsequent legitimacy of the Court. The second trials were judicially challenged, but controls over those prosecutions were lax. The main objection to both political processes was that they revolved around the interpretation of the law made by the judges, using a type of legislative cassation on judicial rulings. We also observed some violations of due process that must be guaranteed to the magistrates.*

*What emerges clearly is the disagreement of legislators with judicial decisions and the notorious non-compliance with defense assurances, especially in the treatment of summoned witnesses, violating constitutional and conventional guarantees. These can find their way in the challenges and judicial controls available.*

### **Keywords**

*Impeachment, challenges, controls, judicial independence, legislative unification.*

## 1. LAS CONMEMORACIONES INSTITUCIONALES DE 2023 EN LAS TRIBULACIONES DE LA REPÚBLICA

Entre agosto y noviembre de 2023, se programaron en la República Argentina, de acuerdo con el sistema constitucional y legal previsto, las elecciones nacionales legislativas y la elección de la fórmula presidencial. Para el mes de agosto de ese año se dispuso la celebración de las elecciones primarias abiertas simultáneas y obligatorias (PASO). Con el cumplimiento del cronograma

completo —si es que hay segunda vuelta conforme lo decidan los ciudadanos con su voto— se materializará la renovación de autoridades electivas durante la conmemoración de los cuarenta años de la restauración democrática en el país.

El hecho de que se haya preservado la trasmisión reglada del poder, aunque puedan señalarse las imperfecciones del sistema en provincias en las que la reelección de las autoridades de gobernador y vicegobernador están previstas y son indefinidas o se caracterizan por la excesiva influencia del clientelismo en los resultados que arroja el sufragio popular, no mengua el logro del país en mantener el sistema considerando los seis golpes de Estado, sus consecuentes gobiernos de *facto* militares o cívico militares que en el siglo XX quebraron el proceso constitucional y los hábitos *contra-institucionales* que se expandieron en la República Argentina.

En este año tan áspero para las relaciones políticas y para la efectiva vigencia de algunos de los derechos mínimos que debe de garantizar el estado liberal —educación, salud, seguridad— se cumplen en el país otros dos aniversarios institucionales relevantes: los ciento setenta años de la sanción de la Constitución histórica y los ciento sesenta de la creación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El logro institucional de sancionar, por fin, una Constitución —aunque con la ausencia de la Provincia de Buenos Aires que se apartó de sus hermanas de la Confederación en la convención constituyente— fue significativo en tanto completó la independencia externa declarada en 1816 con la independencia interna, el hito jurídico por antonomasia para un Estado soberano: la normativa constitucional.

El restante aniversario se relaciona, como un contraste con la cuestión que se analizará aquí, los ciento sesenta años de la creación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Una Corte que se integró y comenzó a funcionar por primera vez con adversarios políticos de quien los designó y propuso al Senado de la Nación, el presidente Bartolomé Mitre. Esta manera de concebir el poder del Judicial, la relevancia que debía de tener en la República y en el resguardo de los derechos, quedó plasmada en las expresiones del Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública de entonces, Eduardo Costa quien sostuvo que:

[D]e hoy en adelante la propiedad particular, la seguridad individual, *los derechos de todos* que la Constitución acuerda a los ciudadanos de la República sin distinción alguna *colocados al abrigo de un poder moderador*, estarán garantizados contra todas las invasiones a que la exaltación de las pasiones políticas tan fácilmente puede conducir a los poderes públicos, induciéndolos a ultrapasarse el límite de sus atribuciones respectivas<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> TANZI, Héctor José, “El nacimiento y los primeros pasos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1953-190)” en SANTIAGO, Alfonso (dir.), *Historia de la Corte Suprema Argentina*. Tomo I, “El período de la continuidad institucional”, Buenos Aires, Marcial Pons. 2014, pp. 41-42. (Bastardillas agregadas).

Tres conmemoraciones. ¿Tres celebraciones? Sin duda, esas fechas, 1853, 1863 y 1983 constituyen momentos fundacionales a pesar de que el actual oficialismo en el poder parece recordarlas poco. Entonces, más que celebrar, aunque esto sea oportuno, cabe interrogarse acerca del estado de la institucionalidad en el país, dando por cierto que las rutinas democráticas en las elecciones periódicas han logrado preservar un largo período sujetos a esas reglas. Pero alguna de las notas de la república democrática no solo permanece oscurecidas por la “exaltación de las pasiones políticas” como las denominaba Eduardo Costa, sino que la transición judicial no se ha logrado en su acabada dimensión. Porque el asedio contra los jueces, en especial contra los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no ha menguado en estos cuarenta años de feliz reinstalación de la democracia en la Argentina, debilitando la cualidad central de la república, la de la división y el control entre poderes.

## 2. LAS PERSPECTIVAS DE ANÁLISIS EN EL JUICIO POLÍTICO ¿INSTRUMENTO DE CONTROL O DE POLÍTICA AGONAL?

El juicio de responsabilidad política incluido en la Constitución Nacional constituye uno de los instrumentos de control interórganos por causa de mal desempeño, delito en el ejercicio de las funciones o crímenes comunes. En ese sentido los cargos que configuren alguna de las causales esgrimidas deben ser hechos graves, objetivos y probados con las garantías propias de un verdadero juicio. Garantías que, como se verá, son exigidas también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuya jurisdicción contenciosa aceptó la República Argentina.

Según lo interpreto, existen diferencias en la apreciación de las causales y los cargos, en especial los que configuran mal desempeño, según se trate del enjuiciamiento del presidente, del vicepresidente y de los demás funcionarios políticos mencionados por la Constitución, por un lado y, por el otro, los ministros de la Corte Suprema y de los magistrados de los demás tribunales, acerca de las eventuales y posteriores impugnaciones de las respectivas destituciones y de la revisión de ellas por la magistratura judicial. Ello porque las garantías de los jueces lo son también de los ciudadanos en el derecho que tiene a ser juzgados—o plantear y obtener resolución en los conflictos en los que están involucrados— por magistrados independientes e independientes.

No obstante, el Poder Judicial en la jurisdicción más alta, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sufrido el asedio del poder político emergente de las elecciones populares, aunque ello no ha afectado solo a este Tribunal. Aunque aquí se analizará la instrumentación del juicio público de responsabilidad impulsado por la causal de mal desempeño y, en especial, los cargos referidos a la interpretación del derecho y las decisiones emanadas de los fallos, debe decirse que también se utilizaron otros mecanismos de control y remoción de la magistratura judicial, empleados por causa y en consecuencia de los golpes de estado ocurridos en el país durante el siglo XX.

Claro que la desconfianza y las prevenciones contra la magistratura judicial en su instancia superior no son características que afectan solo al sistema de la república presidencialista. Un ejemplo notorio de esas desavenencias lo constituyó recientemente el conflicto desatado en Israel, una democracia parlamentaria, en la que su primer ministro propició una serie de reformas judiciales para limitar los controles de la Corte Suprema en calidad de Superior Tribunal de Justicia.<sup>2</sup>

Por cierto, el denominado juicio político es un instrumento constitucional y por ello legítimo de control interórganos. Si la causal de comisión de delito en el ejercicio del cargo es relevante porque la corrupción causa graves daños materiales y simbólicos a la democracia y a los principios de responsabilidad e igualdad, cuando los acusados y destituidos por esa causa son magistrados judiciales se demuelen las garantías personales y la fe pública en quienes deben asegurarlas. Claro que las destituciones por esta causal, como la de delitos comunes, debieran ser excepcionales si es que los sistemas de selección de jueces son rigurosos, objetivos y se eligen a los mejores antes que a los amigos del poder partidario.

En cambio, la causal de mal desempeño que es funcional —junto a la de mala conducta que es personal— puede emplearse —aunque no deba— como mecanismo de alineamiento sin fisuras al ideario circunstancial que exhiba el poder político partidario. Dicho de manera sencilla, como un medio eficaz de política agonal para conservar el poder controlando a los tribunales y, en particular, a la Corte Suprema.

Reparemos en estas expresiones presidenciales pronunciadas ante la Asamblea Legislativa en la apertura del Congreso en 1946, al inaugurar las sesiones de ese año:

En lo que a mi hace, pongo el espíritu de justicia por encima de las demás virtudes ciudadanas. Juzgo que la independencia del Poder Judicial es requisito indispensable para la prosperidad de las naciones, pero entiendo que la justicia además de ser independiente ha de ser eficaz, y no puede ser eficaz si sus ideas y sus conceptos no marchan al compás del sentimiento público.

El párrafo presagiaba lo que luego se concretó: el primer juicio político exitoso en la historia argentina a integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El primer juicio de responsabilidad política a magistrados de Tribunal se inició contra cuatro de los cinco jueces que entonces integraban la Corte Su-

<sup>2</sup> El conflicto desatado en Israel por las reformas judiciales y las resistencias de la ciudadanía a ellas mereció la atención del Instituto de Política Internacional y del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas que trataron la cuestión en la reunión conjunta celebrada en la sede de la Academia. Expusieron en la reunión pública el Dr. Daniel SABSAY y el Mgr. Kevin Ary LEVIN sobre *Reforma Judicial en Israel. Perspectivas Jurídicas e Internacionales*— Buenos Aires, 25 de abril de 2023.

prema de Justicia de la Nación –Roberto Repetto, Antonio Sagarna, Benito A. Nazar Anchorena y Francisco Ramos Mejía– y al Procurador General, Juan Álvarez. Se excluyó de ese enjuiciamiento a Tomás D. Casares. Salvo a Repetto, que renunció para jubilarse, el Senado de la Nación destituyó a tres jueces y al Procurador General en 1947.<sup>3</sup>

El procedimiento en ambas Cámaras del Congreso recibió múltiples impugnaciones por las irregularidades y la afectación de las garantías del debido proceso. Solo a título de ejemplo puede recordarse que mediante una reforma al Reglamento de la Cámara de Senadores se impidió formalizar las defensas de modo oral. Los respectivos escritos fueron leídos en el recinto de la sala por el secretario del Senado impidiendo, con esa mudanza, las expresiones personales y elocuentes del célebre orador Alfredo L. Palacios, defensor de Antonio Sagarna.<sup>4</sup>

Ese juicio político, que logró su cometido, se conoce como el “juicio a la Corte Suprema” porque, aunque se destituyeron a tres magistrados, un cuarto juez renunció para jubilarse ante la acusación que contra él inició la Cámara de Diputados, posibilitó que presidente de la Nación —quien en virtud de la alianza electoral ganadora controlaba la casi totalidad del Senado— designara a la mayoría del Tribunal con acuerdo holgado en esa Cámara. Esta consecuencia distorsionó el sistema institucional previsto en la Constitución Nacional en tanto establece que un presidente de la Nación puede transcurrir la totalidad de su mandato sin proponer al Senado ni designar a ningún miembro de la Corte Suprema menos, conformar la mayoría absoluta del Tribunal.

La anomalía institucional señalada, de concretarse, puede afectar decididamente la independencia judicial y entorpecer o quebrar el desarrollo de una jurisprudencia que respete los precedentes, incorpore paulatinamente las modificaciones necesarias en su doctrina y resguarde la seguridad jurídica.<sup>5</sup> A más de ello, como sucedió con posterioridad a 1947, la Corte entonces designada funcionó bajo la sospecha —con razón total o parcial— de resolver conforme a los criterios que imponía el Poder Ejecutivo Nacional. Dicho de otra manera, aquel juicio político afectó en su credulidad presente y futura a la Corte Su-

<sup>3</sup> Pueden leerse los cargos presentados, elaborados por la acusación de la Cámara de Diputados de la Nación y la introducción y crítica que formulé en MILLER, Jonathan; GELLI, María Angélica y CAYUSO, Susana, *Constitución y Poder Político*, Buenos Aires, Astrea. Tomo II, 2ª reimpression, 1992, pp. 872-898 y el examen de la acusación y destitución de los jueces en GELLI, María Angélica - *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, Tomo II. Sexta edición, ampliada y actualizada, 2022, pp. 54-58.

<sup>4</sup> Alfredo L. Palacios fue diputado y senador por el Partido Socialista. En 1947 publicó la defensa que había articulado, sin que fuera atendida por los legisladores jueces, bajo el título *La Corte Suprema ante el Tribunal del Senado*, Buenos Aires, JUS, 1947.

<sup>5</sup> Por supuesto que la fidelidad a los propios precedentes no depende solo de la estabilidad de la Corte Suprema en su integración. También deriva del compromiso de los ministros con esos fallos antecedentes, de la cantidad de recursos extraordinarios que deba de resolver y de la amplitud de la competencia originaria que asuma.

prema que se constituyó luego de las destituciones por juicio político. Según lo advirtió Julio Oyhanarte, durante mucho tiempo se ignoraron por el mismo Tribunal los precedentes de la Corte Suprema del período 1947-1955. Con ello no solamente entraron en el olvido veinticinco tomos de la colección de *Fallos*, sino que se desconoció “...la continuidad en la elaboración de las soluciones técnico-jurídicas, que son las que absorben la mayor parte del trabajo cotidiano del tribunal”.<sup>6</sup> Se diría que la política agonal por conservar el poder e imponer la impronta partidaria a todo en el país derivó, en primer lugar, en la debilidad del poder judicial.

El estrépito que produjo el enjuiciamiento a la mayoría de los jueces de la Corte Suprema, las consecuencias de las destituciones que se señalaron impidieron, quizás, tomar cabal dimensión del sentido de aquellas palabras presidenciales ante la Asamblea Legislativa en 1946. En esas expresiones, así lo interpreto, se adelantaban y se sintetizaban las desavenencias futuras entre el poder político emergente de las elecciones populares y el Poder Judicial. En suma, el papel institucional que corresponde a cada uno, los límites en el ejercicio de las respectivas atribuciones, el equilibrio en la división de poderes y en los controles propios de la república.

El espíritu de justicia por sobre las demás virtudes ciudadanas parece recoger el objetivo del Preámbulo de la Constitución Nacional de *afianzar la justicia*. Nada que objetar a esa primacía. La independencia judicial, va en línea con la *separación de poderes* que establece la Ley Suprema al adoptar en el art. 1º el sistema de la república democrática federal. Sin embargo, esa independencia está condicionada, al decir del titular del Poder Ejecutivo de entonces: debe de “ser eficaz y no puede ser eficaz si sus ideas y sus conceptos no marchan al compás del sentimiento público”. He ahí la cuestión. Las “ideas” y los “conceptos” de la magistratura judicial deben acomodarse no a las reglas de la Constitución Nacional que no se mencionan, sino al “sentimiento público”. ¿Se trata del que surge de las urnas en un momento histórico? ¿Del espíritu del pueblo que emerge del resultado de las elecciones? ¿Variará, entonces con la alternancia política? ¿O se supone que la eventual alternancia puede afectar el sentimiento público? Y, por otro lado ¿quién desentraña tal sentimiento?<sup>7</sup>

Por cierto, esos parámetros que de acuerdo al ideario del titular del Poder Ejecutivo debían guiar al Poder Judicial, fueron expresados luego de los enfrentamientos que el primero había experimentado con la Corte Suprema. Como lo

<sup>6</sup> OYHANARTE, Julio “Historia del Poder Judicial” en *Todo es Historia*, núm. 61, Buenos Aires, mayo de 1972, p. 108.

<sup>7</sup> Lo expresé en GELLI, María Angélica “El Poder Judicial bajo asedio” en *La Nación* — Suscriptores, del 24 de noviembre de 2022.

registra la historia, las principales autoridades electas, y en especial el presidente de la Nación, habían participado del gobierno de *facto* de 1943 y pese a que el Tribunal lo había reconocido por medio de una Acordada —idéntica, por otra parte, a la que dictó en 1930 ante el primer golpe de Estado del siglo XX en el país— la Corte había ejercido control de constitucionalidad sobre decisiones que el gobierno militar consideraba esenciales, sobre todo en materia social. De todas maneras, la reacción que mantuvo el poder político de debilitar los controles judiciales no diluyó la responsabilidad de la Corte Suprema por el dictado de las Acordadas de reconocimiento de los primeros dos gobiernos de *facto*, el de 1930 y el de 1943.<sup>8</sup>

Como se advierte, emanaba de las manifestaciones presidenciales una regla en virtud de la cual los tribunales de justicia deben de acompañar —¿hacer propias? — las políticas públicas del poder político, diluyendo el examen de constitucionalidad en las eventuales controversias que las cuestionaran por violar derechos o *garantías* de los habitantes del país. Fue una forma temprana de limitar el control de constitucionalidad, de propiciar una deferencia extrema por parte de la judicatura a las normas legislativas y ejecutivas.

Y esa pulsión por controlar y sacudirse los controles, diseñando la integración de la Corte Suprema después de las remociones mediante el juicio público de responsabilidad, quedó en evidencia, pasadas las décadas, cuando entre 2003 y 2005 se destituyeron a los dos ministros de la Corte Suprema que no renunciaron a pesar de esos procedimientos que se instrumentaron por segunda vez en la República Argentina. En efecto, en esta oportunidad las remociones prosperaron por la causal de mal desempeño configurada por cargos referidos al modo de votar en el caso “Meller”. Uno de estos cargos fue el de *haber abdicado arbitrariamente de ejercer el control de constitucionalidad en los términos del art. 14 de la ley 48*.<sup>9</sup> Repárese, entonces, que si el poder político partidario ha decidido “renovar” a los integrantes de la Corte Suprema pueden imputarse a los ministros del Tribunal tanto el exceso en la aplicación del control de constitucionalidad como reprochárseles la omisión de hacerlo.

Debe señalarse que el examen por parte del Congreso de la Nación de los límites y los alcances que debe de tener el control de constitucionalidad y la admisibilidad y procedencia del recurso extraordinario federal —o del recurso de

<sup>8</sup> A partir del golpe de Estado de 1930 y la Acordada que en su consecuencia dictó la Corte Suprema, se inició en el país lo que denominamos el proceso de *desconstitucionalización*. Cf. CAYUSO, Susana y GELLI, María Angélica Ruptura de la Legitimidad Constitucional -La Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930” en *Cuadernos de Investigaciones* núm. 1, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. Edición de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988.

<sup>9</sup> Cf. los cargos contra los jueces MOLINÉ O’CONNOR y BOGGIANO y la crítica que efectuó en GELLI, *Constitución de la Nación Argentina...* op. cit. Tomo II, pp. 63-69. Pueden examinarse, si interesa, las cuestiones involucradas en el enjuiciamiento del segundo en GELLI, María Angélica y SANCINETTI, Marcelo A., *Juicio Político. Garantías del acusado y garantías del Poder Judicial frente al poder político. La defensa del juez Antonio Boggiano*, Buenos Aires, Hamurabi, 2005.

queja— en los casos concretos implica revisar la interpretación que los jueces hacen del derecho en las controversias específicas, actividad velada al Poder Legislativo salvo comisión de delito o patrón de conducta de reiterado desconocimiento de la normativa jurídica por parte de los jueces. Lo contrario sería tanto como admitir una especie de *casación legislativa* sobre los fallos judiciales por parte del Congreso de la Nación.

Si a la Corte Suprema y a los demás tribunales del país les está vedado asumir atribuciones de los restantes poderes —o reemplazar los criterios del Congreso al sancionar las leyes, salvo arbitrariedad— al Poder Legislativo no le corresponde suplantar la interpretación de las normas que efectúan los jueces en los casos concretos.

### 3. EL JUICIO DE RESPONSABILIDAD POLÍTICA A LOS MAGISTRADOS JUDICIALES EN LAS REPÚBLICAS DEMOCRÁTICAS

La responsabilidad de los funcionarios públicos es una nota sustantiva y distintiva de toda república democrática.

Constituye casi un tópico predicar que, en la república, el poder está limitado, debe de estarlo; que existen controles recíprocos y que los funcionarios deben de dar cuentas de las políticas agonales que implementan —para obtener y conservar el poder— y de las políticas arquitectónicas que despliegan a fin de construir el bienestar general y obtener el apoyo de los electores. Esto, más allá de la colaboración entre poderes que deben practicar los funcionarios en el ejercicio de atribuciones que son concurrentes.

Debe señalarse, además, que para examinar la responsabilidad de los funcionarios del Estado a través del juicio público de responsabilidad resulta necesario delimitar tres aspectos que la configuran.

En primer lugar, la finalidad perseguida y los fundamentos que sostienen tal responsabilidad, en el Estado de Derecho en tránsito hacia el Estado Constitucional de Derecho.

En segundo término, el alcance de esa responsabilidad, es decir, hasta donde alcanza, quiénes son los sujetos pasivos de ella, quiénes y cómo se debe de instrumentar esa especial rendición de cuentas. Si es que hay una diferencia, como se anticipó párrafos arriba, entre la eventual responsabilidad pedida a funcionarios políticos, en especial al presidente de la Nación y a los integrantes del Poder Judicial, de los tribunales interiores y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por fin, en tercer lugar y lo que considero más trascendente, los límites y controles eventuales que pueden aplicarse a los enjuiciamientos de responsabilidad pública de los funcionarios y, si acaso, corresponden algunos controles diferenciados según se trate de los sujetos enjuiciados. Es decir, la eventual impugnación judicial y revisión de las sentencias de remoción tanto referida al

procedimiento —debido proceso adjetivo— como a la causal de destitución, el debido proceso sustantivo en el orden interno del país y en el orden regional ante la Comisión Americana de Derechos Humanos y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos si esa Comisión decide someter el caso ante la Corte.

En la República Argentina ningún presidente ni vicepresidente de la Nación fue destituido por ese procedimiento, ni siquiera juzgado por tal mecanismo, aunque si se han presentado peticiones de juicio político ante la Cámara de Diputados de la Nación.

En cambio, países de América, que cuentan con procedimientos similares a los de Argentina han destituido presidentes mediante juicio político. Algunas de esas destituciones han exhibido visos extravagantes, tal como se observó en los motivos y fundamentos usados por los legisladores al emitir su voto favorable al enjuiciamiento, en el proceso seguido contra la ex presidenta de Brasil Dilma Rousseff.<sup>10</sup>

El caso de la primera presidenta de la República Argentina —María Estela Martínez de Perón— constituye un ejemplo a partir del cual puede diferenciarse la aplicación de la causal de mal desempeño entre funcionarios políticos y magistrados judiciales. En el caso de los primeros, el mal desempeño implica un examen y una apreciación político-institucional no partidaria de los actos, omisiones y conductas de los funcionarios, las consecuencias de todo ello para las instituciones y la confianza pública de los habitantes del país en sus gobernantes. Desde luego, al igual que para juzgar a los magistrados judiciales, los cargos respectivos deben de sostenerse en hechos graves, probados con todas las garantías del debido proceso. Las inhabilidades o incapacidades sobrevinientes —aunque no engendren responsabilidades subjetivas— pueden originar un vacío de poder, muy grave si se trata de la primera magistratura del país.

Pues bien, aquella presidenta se declaró enferma, se internó en una clínica, delegó el mando y abandonó esa institución sin recibir tratamiento alguno. Sin embargo, luego de estos episodios y sin poder dominar la escalada de violencia que azotaba al país, en febrero de 1976, fue rechazado en la Cámara de Diputados de la Nación el pedido de juicio político presentado por la Fuerza Federalista Popular y respaldado por la Unión Cívica Radical contra la titular del Poder Ejecutivo.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> El también presidente de Brasil, Fernando COLLOR de MELLO fue acusado por la Cámara de Diputados de su país ante el Senado. Renunció para evitar ser destituido, pero, pese a ello, la Cámara siguió el proceso y lo inhabilitó para ejercer cargos políticos por ocho años. El presidente consideró y manifestó que había sufrido un golpe de Estado. Para los pormenores del proceso de elección del presidente y su posterior enjuiciamiento Cf. SERRAFERO, Mario D., “El «impeachment» en Latinoamérica: Argentina, Brasil, Venezuela” en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) núm. 92 abril — Junio, 1996.

<sup>11</sup> Cf. FLORIA, Carlos *Los años setenta*, Documento de Trabajo N.º 22 del Departamento de Humanidades de la Universidad de San Andrés. Marzo de 2001, p. 25.

El caso es curioso porque pese a que el partido en el gobierno no avaló el análisis de la situación y las circunstancias de salud de la presidenta, mediante el procedimiento de juicio político —ni menos su eventual destitución— pasado el tiempo puso en evidencia una peripecia “de negación colectiva *inducida* por su propio partido político”. En efecto, aunque la Señora de Perón

Por esas circunstancias —el juicio político no ha afectado a titulares del Poder Ejecutivo— la referencia al procedimiento en la República Argentina hace foco en el enjuiciamiento a magistrados judiciales. Uno de los motivos de ese reflejo es evidente y se acaba de señalar, solo se han juzgado en juicio público de responsabilidad a magistrados judiciales, cinco de ellos integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en dos etapas diferentes. La segunda causa tiene, a mi modo de ver, explicaciones político-institucionales.

Y es que, según lo interpreto, los enjuiciamientos “a la Corte” como se denominó al juicio político celebrado contra tres miembros del Tribunal en el siglo pasado y a dos ministros de la Corte en este siglo, fueron precedidos por el intento de «dominar la Corte Suprema» o, al menos, su mayoría, conformándola con los nombramientos posteriores.

Claro que —conviene reiterarlo— el propósito de controlar la Corte Suprema en especial —¿someterla a la orientación político-partidaria de los restantes poderes del Estado?— fue recurrente en el país más allá de los casos mencionados. A partir de 1946, también por otros medios como el de ampliar el número de los integrantes del Tribunal se buscó, a lo menos, condicionar la magistratura judicial. Este mecanismo, por otra parte, salvo violación del proceso de sanción de leyes, es una cuestión no justiciable lo que lo hace inmune al control.

¿Por qué esa pretensión reiterada en controlar al Poder Judicial y, en especial, a la Corte Suprema de Justicia? ¿Por qué cuesta tanto aceptar el arbitraje institucional que en los casos concreto debe de ejercer la Corte, conforme lo dispone la Constitución Nacional? Según lo interpreto, algunas de las causas más significativas se originan en las disputas no resueltas acerca de las calidades que debe de tener el sistema institucional argentino —cuán republicana o populista es la democracia a la que se aspira— de qué modo se procura conquistar hegemónías partidarias, hasta dónde se acepta la alternancia en el poder.

Por otro lado, y pese a la claridad que al respecto aportó la reforma constitucional de 1994, permanece como debate abierto el diseño económico y social del país. Estas discrepancias incluyen el papel que corresponde al Estado y la vigencia de las libertades en esa materia; la existencia misma del mercado a pesar de que el art. 42 de la Ley Suprema establece el deber de las autoridades de *defender la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados*; las creencias sociales acrílicas que rechazan examinar siquiera —ya no suprimir— las consecuencias nocivas del corporativismo, los privilegios cada vez más crecientes, el conflicto redistributivo inalterable.

Esas contiendas agónicas —en las que no se distinguían de manera nítida los idearios de los crudos intereses— intentaron remediarse en la reforma constitucional de 1994 mediante la creación del Consejo de la Magistratura y el

soportó con dignidad la prisión que padeció a manos de quienes la derrocaron, en la recordación del 24 de marzo de cada año, ella es la gran ausente en esa memoria. Cf. los acontecimientos examinados con mayor extensión en GELLI, Angélica, *Constitución de la Nación Argentina...* op. cit, Tomo I., pp. 774-75 y, Tomo II, p. 439 y notas 1046 y 1048.

Jurado de Enjuiciamiento a fin de limitar en los procesos de selección y remoción de magistrados la excesiva influencia política partidaria. A más, se incluyó una enmienda largamente reclamada: en el art. 99 inc. 4 que el acuerdo que debe prestar el Senado a los jueces de la Corte Suprema y a los demás jueces federales debe brindarse en sesión pública. Pero no bastó.

#### 4. IMPUGNACIONES Y REVISIÓN JUDICIAL EN EL JUICIO POLÍTICO A LOS JUECES

Según la jurisprudencia anterior a la reforma constitucional de 1994, dado que la Constitución Nacional nada disponía al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había sostenido en una primera etapa, respecto de los jueces de los tribunales inferiores, que la revisión judicial de las destituciones en juicio político constituía una cuestión no justiciable.<sup>12</sup>

No obstante, a partir del caso “Nicosia” (1993) el Tribunal, siguiendo su propia doctrina aplicada a las destituciones en el orden provincial, consideró revisables las facultades regladas del Senado en tanto la Cámara debe de respetar las garantías del debido proceso —la equiparó, en ese aspecto, a un tribunal de justicia— y mantuvo como cuestión no revisable el juicio discrecional acerca de la existencia o no de las causales de destitución aunque desestimó la queja porque no consideró violadas esas garantías. En este sentido entendió que para que prospere el control debe de demostrarse en forma nítida, inequívoca y concluyente la violación de la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional y que esas vulneraciones exhiban relevancia suficiente como para que varíe el resultado de la causa.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Acerca de las destituciones mediante juicio público de responsabilidad en sede local podían invocarse razones adicionales para sostener que la cuestión no era revisable por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En efecto, el Art. 97 de la Constitución de 1853 incluía entre las atribuciones de la Corte Suprema y los tribunales inferiores “de la *Confederación*” a los “conflictos entre diferentes poderes políticos de una misma provincia”, competencia que fue excluida por la reforma constitucional de 1860.

<sup>13</sup> Cf. el voto de la mayoría de fundamentos integrada por los jueces BOGGIANO, BARRA, CAVAGNA MARTÍNEZ, FAYT, PETRACCHI y NAZARENO en “*Nicosia, Alberto Oscar*”, voto de la mayoría de fundamentos integrada por los jueces. *Fallos* 316:2940 (1993). En este voto se hizo expresa mención, entre otros, del precedente en “*Graffigna Latino y otros s/ acción de amparo*”, *Fallos* 308: 961 (1986) en el que se alegó la violación del derecho de defensa y del debido proceso legal en un enjuiciamiento político tramitado en la Provincia de San Juan. La Corte Suprema rechazó la petición por falta de “jurisdicción originaria”, señalando en el consid. 6º, voto unánime de los jueces CABALLERO, BELLUSCIO, FAYT, PETRACCHI y BACQUÉ, la dilucidación de la compatibilidad de las instituciones provinciales con el Art. 5º de la Constitución Nacional “envuelve, en principio, una cuestión de naturaleza política”, principio que puede encontrar una excepción fundada “en la posibilidad de distinguir entre los conflictos locales de poderes en sentido estricto y los supuestos en los que se trata de hacer valer a favor de personas individuales la garantía constitucional de la defensa en juicio” que podrá tener remedio no en el campo de la competencia originaria sino de la apelada. (Bastardillas agregadas).

Esta jurisprudencia debió ponerse a prueba luego de la sanción del art. 115 de la Constitución Nacional reformada en 1994. La norma dispuso, expresamente, que en la destitución de los magistrados de los tribunales inferiores de la Nación el fallo emitido por el Jurado de Enjuiciamiento será irrecurrible. Según se sostuvo por el miembro informante de la comisión respectiva de la Convención Reformadora ya no sería procedente distinguir entre cuestiones procesales revisables y cuestiones sustantivas no revisables.<sup>14</sup>

Sin embargo, la jurisprudencia posterior de la Corte Suprema —en base también la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos establecida para algunos tratados, convenciones y hasta protocolos facultativos en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, en especial en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos— conservó la regla de “Nicosia”. A más, el Tribunal integrado por conjueces hizo mérito de esa pauta en las remociones por juicio político de los dos miembros del Tribunal —“Moliné O’Connor” (2004) y “Boggiano” (2006)— aunque por mayoría consideró, en ambos casos, que no se *habían* violado las garantías del debido proceso legal, reiterado lo sostenido en otros precedentes: que si bien el Senado cumple una función judicial no se debe asimilarlo de manera completa a un tribunal de justicia.<sup>15</sup>

Por otra parte, la revisión de las sentencias de destitución emitidas por el Senado o los Jurados de Enjuiciamiento no alcanzaron al control de los cargos específicos ni, menos, al examen de eventuales presiones externas para obtener las remociones y, con ello, contar con las vacantes necesarias para diseñar a la Corte Suprema o a los tribunales inferiores circunstancia que, como se verá, consideró la Corte Interamericana de Derechos Humanos para evaluar cuán independiente fue el respectivo tribunal de enjuiciamiento.

A propósito de ello debe decirse que en las dos destituciones de los jueces de la Corte Suprema mencionados en párrafo anterior, la desdenosa referencia a la “*mayoría automática*” —con la que comunicadores, políticos al uso y hasta el Presidente de la Nación Néstor Kirchner descalificaban a los jueces que se pretendía remover en 2003— no constituyó causal de remoción, no se indicó ni se intentó probar “la actuación que estos magistrados tuvieron al fallar, dictar acordadas o tomar decisiones que fueron, en su momento, criticadas por favorecer al gobierno de Menem”.<sup>16</sup>

Por otra parte, la Corte Suprema se expidió acerca de la constitucionalidad del art. 115 de la CN, en el caso “Brusa” (2003). Según el Tribunal —que rechazó la queja del magistrado removido porque, en el caso, no se habían violado las garantías del debido proceso— una interpretación rígidamente literal del art. 115 de la Constitución Nacional resultaría incompatible con las normas in-

<sup>14</sup> Cf. ARMAGNAGUE, Juan F. “*Juicio político y Jurado de enjuiciamiento. En la nueva Constitución Nacional*”, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 305.

<sup>15</sup> Cf. “*Moliné O’Connor*”. *Fallos* 327: 1914 (2006). Examiné la decisión de la mayoría y con más extensión la disidencia en “*Boggiano*”. *Fallos* 329: 3235, en GELLI, Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, op. cit., Tomo II, pp. 100-102.

<sup>16</sup> Cf. GENTILE, Jorge Horacio, *Juicio Político*, en [www.profesorgentile.com](http://www.profesorgentile.com)

ternacionales de igual jerarquía, como el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>17</sup>

De todos modos, en la doctrina de la Corte Suprema predomina un criterio restrictivo acerca de los actos y procedimientos que indican una violación de las garantías de la defensa y del debido proceso.

En “Leiva” (2009) examinó los agravios del magistrado destituido, pero rechazó el recurso extraordinario federal fundado en que el juez fue imputado por cargos definidos, tuvo las oportunidades procesales apropiadas para su defensa consistente en el descargo, ofrecimiento de prueba, producción de ella, control de la ofrecida por la acusación y contó con un tribunal imparcial pues se admitieron las recusaciones.<sup>18</sup>

Un caso de particular importancia y de avance en el control de la parcialidad objetiva se dio en “Freytes” (2008). La mayoría la Corte Suprema consideró que no se había examinado por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, la afectación del derecho a contar con un tribunal imparcial. Por ello hizo lugar al recurso y mandó dictar nueva sentencia. El sistema local permitía que uno de los miembros del Superior Tribunal cumpliera sucesivamente funciones constitucionalmente incompatibles: podía mandar a instruir el sumario previo y en caso de haber asidero suficiente, encomendar al Procurador General que promoviera la acusación y, luego, que ese mismo juez participara en calidad de miembro del tribunal de enjuiciamiento.<sup>19</sup>

## 5. LA REVISIÓN, GARANTÍA DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

El paso adelante que significó “Freytes” fue en la dirección de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de las garantías de imparcialidad e independencia judicial, cuyas vulneraciones originaría la revisión de juicios políticos a magistrados, en especial a los de los tribunales superiores. El criterio del tribunal regional considera necesaria una revisión estricta en la materia.

En “Apitz Barbera y otros vs. Venezuela” (2008) la Corte Interamericana señaló:

[...]que la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse imparcialmente en el procedimiento establecido y

<sup>17</sup> Cf. consid. 9º del primer voto de los jueces PRTRACCHI y ZAFFARONI (que en el sitio de la Corte Suprema se menciona como “mayoría” en “Brusa, Víctor H.”. Fallos 326: 4816 (2003).

<sup>18</sup> Cf. consid. 8º del voto de los jueces ZAFFARONI, ARGIBAY, MITCHELL, LEAL de IBARRA y ANTELO en “Leiva, Luis Alberto s/pedido de enjuiciamiento”. Fallos 332: 1124 (2009).

<sup>19</sup> Cf. consid. 4º y 6º de la mayoría de fundamentos integrada por los jueces FAYT, PETRACCHI y ZAFFARONI en “Freytes, Daniel Enrique s/acusación del procurador general” Fallos 331: 1784 (2008) Concurrió la jueza ARGIBAY. El Jurado de Enjuiciamiento provincial acabó por rechazar la remoción en razón del tiempo transcurrido sin que se dictara sentencia.

permitir el ejercicio de defensa. Ello es así toda vez que la libre remoción de jueces fomenta la duda objetiva del observador sobre la posibilidad efectiva de aquellos de decidir controversias concretas sin temor a represalias<sup>20</sup>.

La doctrina implica que los procedimientos de remoción de magistrados judiciales deben ser razonables y objetivos y deben estar precedidas de un proceso con todas las garantías del art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ya antes, la Corte Interamericana en el “Caso del Tribunal Constitucional del Perú” (2001) había sostenido que los integrantes del tribunal superior enjuiciado debían de tener las mismas garantías de independencia e imparcialidad que debe asegurar el Poder Judicial. Así el tribunal regional consideró necesario que se garantizara la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, “*en especial*, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento”; que:

[E]n cuanto al ejercicio de las atribuciones del Congreso para llevar a cabo un juicio político, del que derivará la responsabilidad del funcionario público, la Corte estima necesario recordar que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete<sup>21</sup>.

Es, como se advierte, la aplicación del art. 8º Convención Americana de Derechos Humanos.

Tales garantías fueron extendidas por la Corte Interamericana —con las particularidades de esas condiciones— a los jueces provisionales. De ese modo y poniendo de relieve que las garantías de estabilidad e independencia judicial son, además, garantías de los justiciables, en el “Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela” (2009) sostuvo que la población tiene derecho a ser juzgada por jueces independientes e imparciales.<sup>22</sup> Garantías que emergen de los art. 8º y 25 de la Convención Americana.

De todas maneras, según dijo el tribunal regional, las garantías de los jueces provisorios son las mismas que la de los jueces permanentes, pero tienen diferente protección, pues los provisorios no son elegidos de la misma manera y la duración en el cargo está supeditada a: a) el plazo por el que

<sup>20</sup> Cf. párr. 44 de “Apitz Barbera y otros vs. Venezuela”. CIDH. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de agosto de 2008. Serie C. N.º 182.

<sup>21</sup> Cf. párr., 75 y 77 del “Caso del Tribunal Constitucional del Perú vs. Perú”. CIDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C. N.º 71. (Bastardillas agregadas).

<sup>22</sup> Cf. párr. 114 “Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela”. CIDH. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2009. Serie C. N.º 197.

fueron elegidos o b) la realización y conclusión de un concurso de oposición y antecedentes.<sup>23</sup>

En el mismo sentido e intensificando la revisión judicial necesaria, se expidió la Corte Interamericana en el “Caso Chocron Chocrón vs. Venezuela”. Según los hechos del caso, la señora Chocrón Chocrón había sido designada jueza provisoria, sin que mediara concurso, pero cumpliendo los requisitos para ese nombramiento. Tres meses después y sin haber asumido se la destituyó administrativamente, de modo discrecional, por unas observaciones que no se esclarecieron. El tribunal regional sostuvo que no se le había garantizado una mínima estabilidad, una decisión fundada, el derecho de defensa ni el acceso a un recurso efectivo.<sup>24</sup>

Debe decirse, no obstante, que la Corte Interamericana de Derecho Humanos flexibilizó, en el “Caso Rico vs. Argentina”, el requisito de motivación en las sentencias de destitución de magistrados judiciales mediante juicio político y, de ese modo, limitó la impugnación y revisión judicial por ese motivo.<sup>25</sup> En efecto, no obstante reconocer la trascendencia de la motivación en los fallos, un aseguramiento de jueces y justiciables contra la arbitrariedad y el derecho de criticar los fallos a fin de obtener la revisión de lo decidido, el tribunal regional sostuvo que “el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión [correspondiendo] analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha”. Para la Corte Interamericana “siempre que, del conjunto de actuaciones realizadas en el procedimiento, la persona interesada pueda entender las razones de la decisión”, esta no será arbitraria.<sup>26</sup>

Por fin, en el caso “Ríos Ávalos y otro vs. Paraguay” declaró que Paraguay había violado, en lo que aquí interesa: a) la independencia y a la imparcialidad judicial en el proceso ante el Senado) y, b) el derecho a la protección judicial; que los recursos judiciales promovidos en el orden interno del Estado demandado resultaron ineficaces, en el marco de la inobservancia de las garantías contra presiones externas, las advertencias del Congreso acerca de que sometería juicio político a los magistrados que ampararan a los destituidos.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Cf. párr. 115 de “Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela”.

<sup>24</sup> Cf. párr. 123 del “Caso Chocron Chocrón vs. Venezuela”. CIDH. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de julio de 2011. Serie C N.º 227.

<sup>25</sup> Cf. “Caso Rico vs. Argentina”. Excepciones Preliminares y Fondo. (CIDH). Sentencia del 2 de septiembre de 2019. Serie C. N.º 383.

<sup>26</sup> Tal como sucede en el juicio por jurados. Cf. párrs. 74, 75, 76, 77 y 80 del “Caso Rico”. Por el contrario, la Comisión Americana entendió “que la forma de motivación afectó las posibilidades de conocer con claridad y certeza los hechos que el jurado consideró acreditados y las razones por las que se encuadraban en las causales disciplinarias que se estimaron probadas”.

<sup>27</sup> Cf. “Ríos Ávalos y otro vs. Paraguay.” CIDH. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de agosto de 2021. Serie C. N.º 429.

A más, y esto resulta trascendente en vista del proceso contra la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se inició en 2023 en la República Argentina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que en “Ríos Ávalos” se había violado la independencia judicial por haber destituidos a los magistrados por el contenido de sus decisiones judiciales, como una vía para obtener vacante en el tribunal y, también que se violó la imparcialidad, dado que miembros del tribunal juzgador evidenciaron un interés directo, una posición tomada de antemano, una preferencia por una de las partes (párr. 118) evidenciada por las opiniones vertidas en la prensa sobre el interés de sectores políticos de efectuar cambios en el Poder Judicial.<sup>28</sup>

## 6. EL ENJUICIAMIENTO POLÍTICO A LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN INICIADO EN 2023

Un hilo conductor parece unir los procesos abiertos contra la Corte Suprema en 2002 y 2003 que concluyeron con renunciaciones de magistrados del Tribunal y sendas destituciones en 2004 y 2005, por un lado y, por el otro, el proceso abierto en 2023 ante la Cámara de Diputados de la Nación por dos similitudes notorias.<sup>29</sup> En primer lugar porque la causal de mal desempeño imputada en las tres ocasiones giró en torno a cargo referidos al contenido y la decisión en sentencias judiciales con las que discrepaban los legisladores y, en segundo término, porque fue el mismo partido político quien impulsó los juzgamientos<sup>30</sup>. Adicionalmente, cabe señalar que, en el impulso de las destituciones de 1947, 2004 y 2006 y en el enjuiciamiento de 2023 destacaron las acciones de los respectivos titulares del Poder Ejecutivo Nacional.

Ya fue referido el discurso del presidente de la Nación ante la Asamblea Legislativa en 1946. En el año de 2003 a poco de asumir la presidencia, por la cadena nacional de radio y televisión, el titular del Poder Ejecutivo instó al Congreso a promover el juicio político a los miembros de la Corte Suprema, formuló la crítica a la *triste y célebre mayoría automática* y le atribuyó el sentenciar conforme a los criterios del anterior gobierno, aunque centró su reproche en la persona del presidente de la Corte Suprema. Como ya se señaló, esa caracterización de *mayoría automática* que se describió al Tribunal no se

<sup>28</sup> Cf. párrs. 112 a 115, 118, 119, 129 y 130 de “*Ríos Ávalos y otro vs. Paraguay*”. Una opinión contraria al criterio aplicado en este caso por la Corte Interamericana fue expresada por Amaya para quien la causal de mal desempeño en los juicios de remoción de magistrados es discrecional. Cf. AMAYA, Jorge Alejandro —*Caso Ríos Ávalos vs. Paraguay*— Su exposición en el Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Reunión virtual del 7 de septiembre de 2022.

<sup>29</sup> En el proceso iniciado a comienzos de 2023 también se incluyó un cargo referido a la administración de la obra social del Poder Judicial de la Nación.

<sup>30</sup> Debe señalarse que en las destituciones de 2004 y 2005 participaron con sus votos afirmativos integrantes del principal partido político en la oposición.

materializó en cargos que indicaran sentencias o acordadas favorables al presidente de entonces<sup>31</sup>.

Por fin, el 4 de enero de 2023 el titular del Poder Ejecutivo Nacional convocó al presidente del Bloque de Diputados del Frente de Todos y a la presidenta de la Comisión de Juicio Político de esa Cámara —ambos oficialistas— para entregarles en mano el pedido de juicio político contra los cuatro integrantes de la CS que integran el Tribunal. Ese pedido fue impulsado junto con gobernadores de once provincias argentinas de su mismo signo partidario, instando a los legisladores al pronto tratamiento de la solicitud. Las provincias involucradas fueron las de Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Chubut, Formosa, La Pampa, La Rioja, Santa Cruz, Santiago del Estero, Tierra del Fuego y Tucumán.

El texto elaborado por el presidente de la Nación fue replicado en la petición de enjuiciamiento político presentada por diputados del partido en el gobierno ante la Cámara de Diputados de la Nación. Tal como se señaló, el involucramiento del presidente de la Nación, Alberto Fernández —todavía más que el que a su turno asumió el entonces presidente Kirchner con su discurso a la población referido más arriba— significó un incumplimiento constitucional pues entre los cargos enumerados se incluyó una medida cautelar emitida por la Corte Suprema, proceso que a la sazón no había concluido. En efecto, el art. 109 de la Constitución Nacional prohíbe al presidente de la Nación, de manera expresa “ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”.<sup>32</sup> Y ello más allá de las reiteras y desafortunadas declaraciones públicas que el presidente suele expresar sobre la cuestión.

Iniciado el procedimiento en la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados, se ha advertido, con razón.

[L]a falta de cumplimiento de garantías irrenunciables para la adecuada celebración de audiencias de prueba testifical: la falta de una notificación expresa, a cada uno de los jueces, en la que se les haga saber que tienen derecho a designar un abogado de confianza, o en su defecto, que el Estado está obligado a proporcionar un defensor oficial<sup>33</sup>.

En las audiencias testimoniales debe evitarse —lo que no siempre ha sucedido— el hostigamiento a algunos de los deponentes o la complacencia con

<sup>31</sup> Y ello, más allá de que al postularse la existencia de una *mayoría automática* decidiendo siempre a favor de los intereses del Ejecutivo se estaba sosteniendo, al mismo tiempo, la existencia de una *minoría automática* votando siempre contra esos intereses que, de existir, sería tan nociva como la primera para la institucionalidad republicana.

<sup>32</sup> GARCÍA LEMA, Alberto Manuel, “Una presentación que no tiene validez. Juicio político a los jueces de la Corte” en diario *La Nación*, Buenos Aires, del 11 de enero de 2023.

<sup>33</sup> CF. OYHANARTE, Martín “Juicio a la Corte: ¿hay derecho a un abogado defensor?” en diario *La Nación*, Buenos Aires, del 20 de marzo de 2023.

otros testigos. Por ejemplo, en todo sentido, son improcedentes los discursos políticos leídos como introducción a las preguntas, las interpretaciones partidarias ajenas al caso, permitir que se indique por alguno de los citados y en reiteradas oportunidades que concurrió a testificar “para ayudar”.<sup>34</sup>

Todavía más grave resulta someter a jueces de la Corte Suprema a juicio público de responsabilidad por mal desempeño basado en cargos referidos al contenido de sentencias judiciales, tanto por los argumentos que la sostienen como por la decisión en sí misma, en el caso por tres fallos, uno de ellos, cautelar.

Como ya se señaló, esa situación se materializó en la República Argentina en las destituciones de los entonces jueces de la Corte Suprema *Eduardo Moliné O'Connor* y *Antonio Boggiano*. Ambos fueron apartados de sus respectivos cargos por el Senado por el modo en que votaron en una sentencia, el caso “Meller”, a pesar de que los fundamentos que elaboraron esos dos magistrados fueron diferentes y, por ende, podían causar distintos efectos. Vale la pena transcribir las consideraciones de la disidencia del Tribunal que no acompañaron el rechazo de la queja de uno de aquellos destituidos. Dijeron los conjuces Prack y Müller acerca de que:

[...] el principio es el que veda el enjuiciamiento y eventual remoción de los magistrados por el contenido de sus pronunciamiento, pues de lo contrario, el Congreso de la Nación se erigiría en tribunal de última instancia y árbitro final de las controversias judiciales, lo que importaría una inadmisibles injerencia en la órbita del Poder Judicial de la Nación, que excede las facultades y competencias propias del órgano legislativo en detrimento del principio republicano de la división de poderes, a la par que representaría una afectación de la independencia de los jueces que para fundar sus decisiones deberían estar más atentos a satisfacer el paladar de los poderes políticos que a consagrar la supremacía de la Constitución Nacional<sup>35</sup>.

En consecuencia, y en vista de los antecedentes reseñados, el juicio político contra la CS en desarrollo no cumple, mínimamente, con los estándares constitucionales y convencionales: ni en cuanto a los cargos, ni acerca de las pruebas que se intentan hacer valer; por las presiones externas que arrecian, ignorando la garantía de imparcialidad objetiva que deben de preservar. Por ello

<sup>34</sup> Resultó particularmente ilustrativa, al respecto la reunión de la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados de la Nación del 25 de abril de 2023.

<sup>35</sup> Cf. consid. 21, del voto en disidencia de los conjuces Horacio E. PRACK y Carlos Antonio MÜLLER en *Boggiano, Antonio s/recurso de queja*. B. 2286. XLI. Recurso de Hecho. Fallos 329: 3235 (2006). En el considerando siguiente, los magistrados citaron un párrafo de Alfredo PALACIOS —*La Corte Suprema ante el Tribunal del Senado*— en la que el defensor de uno de los jueces destituidos en 1947 hizo pie en el principio de la separación de poderes.

y en el hipotético caso de que el Senado los destituyera quedarían abiertas las impugnaciones y la revisión judicial.

Ante estos infortunios cabe reflexionar acerca de afirmaciones que suelen circular con ligereza. Los problemas que nos abruman —que no emergen solo de la crisis económica, aunque la incluye— no son ajenos al grado de independencia judicial del que se disfrute, a las afrentas que recibe la Corte Suprema ni a la integración del Consejo de la Magistratura, porque un poder Judicial independiente constituye una de las mayores garantías de los justiciables, de todos nosotros. Por cierto, el Poder Judicial debe construir su propia independencia, con honestidad, mesura y eficacia en la tarea de juzgar y ejercer control constitucional. Porque tal como lo expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia en el caso “Ríos Ávalos” (2021) <sup>36</sup> “sin independencia judicial no existe Estado de derecho ni es posible la democracia”.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMAYA, Jorge Alejandro, “Caso Ríos Ávalos vs. Paraguay”, exposición en el Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Reunión virtual del 7 de septiembre de 2022.
- ARMAGNAGUE, Juan F. “*Juicio político y Jurado de enjuiciamiento. En la nueva Constitución Nacional*”, Buenos Aires, Depalma, 1995
- CAYUSO, Susana y GELLI, María Angélica “Ruptura de la Legitimidad Constitucional -La Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930” en *Cuadernos de Investigaciones*, núm. 1, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. Edición de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. 1988.
- FLORIA, Carlos *Los años setenta*, Documento de Trabajo N.º 22 del Departamento de Humanidades de la Universidad de San Andrés. Marzo de 2001, p. 25.
- GARCÍA LEMA, Alberto Manuel, “Una presentación que no tiene validez. Juicio político a los jueces de la Corte” en diario *La Nación*, Buenos Aires, del 11 de enero de 2023.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, Tomos I y II, sexta edición, ampliada y actualizada, 2022
- \_\_\_\_\_, *El Poder Judicial bajo asedio*. La Nación – Suscriptores. Buenos Aires, 24 de noviembre de 2022.

<sup>36</sup> *Caso Ríos Avalos y otro vs. Paraguay*. Corte IDH. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de agosto de 2021. Serie C N.º 429. párr. 129 y 130., y observar los Párr. 112 a 115, en especial, 114.

- GELLI, María Angélica y SANCINETTI, Marcelo A. *Juicio Político. Garantías del acusado y garantías del Poder Judicial frente al poder político. La defensa del juez Antonio Boggiano*, Buenos Aires, Hamurabi, 2005.
- GENTILE, Jorge Horacio, *Juicio Político*.
- MILLER, Jonathan, GELLI, María Angélica y CAYUSO, Susana –*Constitución y Poder Político*– Buenos Aires, Astrea. Tomo II 2ª reimpresión, 1992, pp. 872-898
- OYHANARTE, Martín, “Juicio a la Corte: ¿hay derecho a un abogado defensor?” en diario *La Nación*, Buenos Aires, del 20 de marzo de 2023.
- OYHANARTE, Julio, “Historia del Poder Judicial” en *Todo es Historia*, núm. 61, Buenos Aires, mayo de 1972, p. 108.
- PALACIOS, Alfredo L., *La Corte Suprema ante el Tribunal del Senado*, Buenos Aires, JUS, 1947.
- SERRAFERO, Mario D., “El «impeachment» en Latinoamérica: Argentina, Brasil, Venezuela” en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) núm. 92 abril – Junio, 1996.
- TANZI, Héctor José, “El nacimiento y los primeros pasos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1953-1990)” en SANTIAGO, Alfonso (dir.), *Historia de la Corte Suprema Argentina*. Tomo I, “El período de la continuidad institucional”, Buenos Aires, Marcial Pons. 2014, pp. 41.



## CUARENTA AÑOS DE DEMOCRACIA EN LA ARGENTINA

Por PABLO LUIS MANILI \*

### Sumario

*El autor analiza lo ocurrido a partir de la recuperación de la democracia en la Argentina en 1983: el juicio a las juntas militares que usurparon el poder en 1976, la comisión de la verdad creada por el presidente Alfonsín, la repercusión internacional de esas medidas, las leyes de obediencia debida y de "punto final" dictadas más tarde, la validez de esas leyes, las reparaciones a los damnificados por la dictadura, los indultos del presidente Menem en 1989 y 1990, que generaron el cierre de las causas contra los militares, y su posterior reapertura en la década de 2000.*

### Palabras clave

*Democracia, juicio a los militares, comisión de la verdad, indulto, amnistía.*

## FORTY YEARS OF DEMOCRACY IN ARGENTINA

### Abstract

*The author analyzes what happened after the recovery of democracy in Argentina in 1983: the trial of the military "juntas" that usurped power in 1976, the truth commission created by President Alfonsín, the international repercussions of these measures, the laws of due obedience and "full stop" enacted later; the validity of those laws, reparations for the victims of the dictatorship, the pardons of President Menem in 1989 and 1990, which led to the closure of the cases against the military, and its subsequent reopening in the 2000s.*

### Keywords

*Democracy, military trials, truth commission, reprieve, amnesty.*

\* Doctor y posdoctor en Derecho. Profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Subdirector de la carrera de especialización en Derecho Constitucional en esa casa de estudios.

## 1. LA REPARACIÓN ÉTICA

En las elecciones del 30 de octubre de 1983, fue elegido presidente constitucional el Dr. Raúl R. Alfonsín, con el cincuenta y dos por ciento de los votos. Uno de los factores que coadyuvaron al triunfo de la fórmula de la Unión Cívica Radical, fue la denuncia que el candidato formuló sobre la existencia de un pacto secreto de impunidad entre la cúpula militar que había usurpado el poder entre 1976 y 1983 y los dirigentes sindicales que manejaban por entonces el Partido Justicialista, a fin de indultar a aquéllos por los crímenes atroces que habían cometido. El candidato triunfante, además, prometió que, de resultar victorioso, el Poder Judicial juzgaría a los responsables del terrorismo (tanto el subversivo como el de Estado). El flamante gobierno asumió el 10 de diciembre, día en que se celebra el Día Internacional de los Derechos Humanos, en conmemoración de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Pocos de los autores (juristas, periodistas, historiadores o políticos) que se ocuparon del tema de los derechos humanos en Argentina y de la reparación de las violaciones masivas a ellos, planteó con claridad la pregunta fundamental atinente a cuál era la finalidad a perseguir por nuevo gobierno<sup>1</sup>. El italiano Antonio Casesse la formuló con magistral síntesis: *¿Hacer justicia o impedir el retorno a la barbarie?*<sup>2</sup>. En efecto, el debate en Argentina se daba entre los que buscaban el juicio y castigo a todos y cada uno de los responsables y los que pedían una amnistía amplia para los culpables. Pero para poner el tema en su justa medida, había que detenerse a pensar cuánto resistiría la naciente y frágil democracia argentina frente a fuerzas armadas que, si bien estaban totalmente desprestigiadas en el país y en exterior, eran quienes manejaban la fuerza y tenían aún bien aceitados sus mecanismos, que construyeron durante los siete años y medio que permanecieron en el gobierno. Además, disponían de cantidad de fondos, producto de la corrupción de su gobierno. El camino a transitar se abría entre dos abismos: el de la claudicación ética de sostener que “aquí no pasó nada” (como ocurrió en Chile, Uruguay y muchos otros países del mundo) y el de perseguir a todos y poner en peligro la democracia recobrada. Así lo advirtió el nuevo gobierno, cuyo presidente frecuentemente se refirió a proteger los derechos humanos “hacia atrás” (juzgando a los responsables) pero también “hacia adelante”

<sup>1</sup> Muchos autores se han referido a los derechos humanos en las democracias nacientes o en ciernes, como por ejemplo MALAMUD, Jaime, “Punishing Human Rights Abuses in Fledging Democracies. The case of Argentina” (“El Castigo a los Abusos contra los Derechos Humanos en las Democracias Nacientes: El caso de Argentina) en AAVV, *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, editada por ROTH-ARRIAZA, Naomi, New York, Oxford University Press, 1995, pp. 160 y ss.

<sup>2</sup> CASSESE, Antonio, *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991, p.185.

(tratando de evitar un nuevo golpe de Estado por parte de las fuerzas armadas). En definitiva ello implicaba una opción que Carlos Nino —por entonces asesor presidencial— describió claramente: o no se juzgaba a nadie (primer abismo) o se juzgaba a los miles de militares y paramilitares que formaron parte del terrorismo de estado (con el peligro de caer en el segundo abismo) o se optaba por un camino intermedio, entre ambos abismos, juzgando a los principales responsables con un fin ejemplificador y eximiendo de responsabilidad a quienes actuaron bajo coacción, pero persiguiendo una búsqueda irrestricta de la verdad<sup>3</sup>.

Las primeras medidas del gobierno constitucional, en cumplimiento de la plataforma electoral votada por el electorado, fueron dirigidas al problema de los derechos humanos<sup>4</sup>:

a) Con fecha 13 de diciembre de 1983 se dictaron los decretos N.º 157 y 158, ordenando el procesamiento de los cabecillas subversivos y de los integrantes de la Junta Militar *que usurpó el gobierno de la Nación el 24 de marzo de 1976* y de las subsiguientes juntas.

b) Por decreto presidencial del 15 de diciembre, se creó la *Comisión Nacional por la Desaparición Forzada de Personas* (CONADEP) presidida por el reconocido escritor Ernesto Sábato e integrada por prestigiosas personalidades de distintos ámbitos del quehacer nacional<sup>5</sup>. Dicha comisión recibió miles de denuncias de todo tipo de violaciones de los derechos humanos, no limitando su accionar al delito de desaparición forzada, sino que constató también torturas, robos, exacciones ilegales, campos de concentración clandestinos, etc. Los resultados de la ardua tarea llevada a cabo por esa comisión, en medio de presiones de todo tipo, pero con el firme apoyo del gobierno y del pueblo, se publicaron bajo el sugestivo título de “Nunca Más”<sup>6</sup>, libro que condensa la historia viva de esos años, con profusión de datos, estadísticas, testimonios de las víctimas y planos de los centros de detención clandestina. En su prólogo, el eminente Sábato escribió:

<sup>3</sup> NINO, Carlos S., *Juicio al Mal Absoluto*, Buenos Aires, Emecé, 1996, p. 114.

<sup>4</sup> Los proyectos enviados por el ejecutivo al Congreso sobre este tema fueron innumerables: la derogación de todas las leyes draconianas contra la subversión, un proyecto para sancionar la tortura con la misma pena que el homicidio, la abolición de la jurisdicción militar para los civiles, la prohibición de la discriminación, la aprobación de varios tratados internacionales de derechos humanos, entre otros.

<sup>5</sup> Integraban la Comisión: René Favaloro (médico), Gregorio Klimovsky (filósofo y matemático), Eduardo Rabossi (filósofo y abogado), Ricardo Colombres (ex ministro de la Corte Suprema), Hilario Fernández Long (ex Rector de la UBA), Carlos Gattinoni (pastor protestante), Marshall Meyer (rabino estadounidense), Jaime de Nevares (obispo católico), Santiago López, Hugo Piucill, Horacio Huarte (legisladores), y Magdalena Ruiz Guiñazú (periodista, que renunció al poco tiempo). Actuaron como secretarios Graciela Fernández Meijide y Daniel Salvador. Pese a la invitación cursada por el gobierno, el Partido Justicialista se abstuvo de enviar sus representantes legisladores a la CONADEP.

<sup>6</sup> *Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional por la Desaparición de Personas*, Buenos Aires, Eudeba, 1984.

[...] únicamente la democracia es capaz de preservar a un pueblo de semejante horror [...] sólo ella puede mantener y salvar los sagrados y esenciales derechos de la criatura humana. Únicamente así podremos estar seguros de que nunca más en nuestra patria se repetirán los hechos que nos han hecho trágicamente famosos en el mundo civilizado<sup>7</sup>.

Dicha comisión, creada por orden presidencial, carecía de facultades para juzgar, su papel se limitó a recolectar pruebas, que luego fueron puestas a disposición de la justicia, e informar a la opinión pública acerca de lo ocurrido durante los años del “Proceso”. Fue la primera comisión de la verdad del mundo entero.

a) El Congreso, por su parte, sancionó inmediatamente (el 22 de diciembre) la ley N.º 23.040 cuyo art. 1 establecía “Derógase por inconstitucional y declárase insanablemente nula la ley de facto 22.924”. Resulta necesario advertir que la simple derogación no bastaba, ya que por el principio constitucional de irretroactividad de la ley y el principio de ultraactividad de la ley penal más benigna, los responsables de las violaciones a los derechos humanos hubieran podido invocar el decreto-ley de amnistía; por ello se lo declaró nulo<sup>8</sup> (es decir, con efecto retroactivo). Pero el Congreso aún fue más allá y estableció que quienes hubieran recuperado la libertad en virtud de esa ley de facto debían presentarse ante el tribunal de radicación de la causa dentro del quinto día de vigencia de la nueva ley. En otro orden de cosas, el presupuesto para gastos y sueldos militares se redujo en un cincuenta por ciento.

b) En cumplimiento del decreto N.º 157, ya referido, se inició lo que la prensa mundial dio en llamar “el juicio del siglo”. El calificativo utilizado describe no sólo el aspecto cuantitativo por el volumen de la causa en sí, sino también el cualitativo, por lo excepcional del juzgamiento, ya que ningún país en la historia de la humanidad juzgó con sus propios tribunales y con jueces naturales e independientes de la justicia ordinaria, a los máximos responsables de violaciones en gran escala de los derechos humanos y que hasta un tiempo antes eran todopoderosos: los juicios de Nuremberg y Tokio celebrados después de la Segunda Guerra Mundial fueron llevados adelante por tribunales internacionales creados *ex post facto* por las potencias vencedoras y los tribunales

<sup>7</sup> Lamentablemente, en la década de 2000 se publicó una nueva edición de libro, sin ese prólogo, sino con otro, adaptado a las necesidades políticas del gobierno de turno.

<sup>8</sup> Esta ley podría ser analizada como un caso curioso de ejercicio por el Congreso del control de constitucionalidad de normas, en lugar de por el Poder Judicial. No obstante, tratándose de normas de facto, el Congreso posee facultades para ejercer tal control, dado que, según la doctrina de la CS, dichas normas no son válidas si no son ratificadas por el Congreso (fallo “*Aramayo*” LL 1984-B:183). Sobre el punto puede verse Nino, Carlos S., *La Validez del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, pág. 160 y ss. y “Hacia una Nueva Estrategia para el Tratamiento de las Normas de Facto” en *La Ley* 1983-D:935 y Bidart Campos, Germán J., “Actos Legislativos del Poder Ejecutivo de facto Después de Instalado el Gobierno de Iure: Su Derogación” en *El Derecho* 50:613.

de Yugoslavia y Ruanda de la década de 1990 fueron creados por la ONU. En Argentina, en cambio, no hizo falta la intervención de la comunidad internacional para el juzgamiento de los máximos responsables de las violaciones de los derechos humanos, ya que la plena vigencia de las instituciones democráticas alcanzó para juzgar con todas las garantías constitucionales del debido proceso a los jefes de la represión ilegal. En palabras del historiador Félix Luna, “nunca hubo en el mundo nada igual”<sup>9</sup>. Muy distinta fue la suerte de los demás países de Sudamérica en los que se llevaron a cabo violaciones en gran escala de los derechos humanos, donde los responsables no fueron sancionados, sino que convivieron con el gobierno democrático que los sucedió<sup>10</sup>.

El comienzo del juicio no fue sencillo, puesto que, según el Código de Justicia Militar vigente, todos los delitos, aún los comunes, cometidos en ocasión de actos de servicio o en lugares militares debían juzgarse por los tribunales militares, lo cual según las palabras del entonces Presidente de la Nación:

[...] era impugnabile por infringir el principio del art. 95 (hoy art. 109 CN) que impedía al Presidente de la Nación —de quien dependen los tribunales militares— imponer penas o entender en causas penales. Por otra parte, las garantías procesales del Código Militar vigente en la oportunidad eran considerablemente deficientes. Pero tampoco se podía, como muchos sostenían, pasar estos hechos directamente a la justicia civil sin arriesgar una inconstitucionalidad, debida a la violación de la garantía de no sustraer al procesado de los jueces designados por ley antes del hecho de la causa (art. 18 CN). La tensión entre estas exigencias constitucionales se resolvió adoptando una alternativa intermedia: el tribunal militar intervenía en primera instancia, pero su decisión debía ser apelada obligatoriamente ante Cámara Federal la que también podía abocarse, como de hecho ocurrió, en caso de denegación o de retardo de justicia<sup>11</sup>.

Ello se realizó con la sanción, por el Congreso, de la ley N.º 23.049 que introducía reformas en el Código de Justicia Militar, respetando el principio constitucional de juez natural, ya que les daba un plazo de 180 días a los tribunales militares para iniciar el juicio, tras lo cual, si no lo iniciaban, la causa pasaría a la justicia ordinaria, a través de la facultad de avocación creada en favor de ésta para el caso que la primera no cumpliera con su misión de juzgar los delitos llevados a su conocimiento (art. 10). Efectivamente: el tribunal militar, luego de vencido dicho plazo y dos prórrogas extraordinarias a él, se negó a

<sup>9</sup> LUNA, Félix, nota en *Clarín* del 28 de agosto de 2005, edición especial, p. 32.

<sup>10</sup> Valga como ejemplo paradigmático de ello, lo ocurrido en Chile con el General Pinochet, que hasta llegó a ser designado senador vitalicio por el gobierno que lo sucedió, cargo que ocupó hasta su detención en Inglaterra, donde fue acusado de los delitos de genocidio y torturas contra ciudadanos españoles por el Juez de esa nacionalidad, Baltasar Garzón.

<sup>11</sup> ALFONSÍN, Raúl, *Democracia y Consenso*, Buenos Aires, Corregidor, 1996 pp. 86 y ss.

llevar adelante el juicio mediante dictamen de fecha 25 de septiembre de 1984 y la causa pasó entonces a manos de la Cámara Federal en lo Criminal de la Capital Federal<sup>12</sup>. Dicho trámite procesal fue recurrido por los procesados bajo la pretensión de que violaba el principio de juez natural, pero cuando el caso fue analizado por la Corte Suprema en diciembre de 1984, ésta decidió que no se hallaba comprometida esa garantía<sup>13</sup>.

Luego de ello, el juicio ante la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal se inició el 22 de abril de 1985. Se trataron más de once mil denuncias sobre violaciones graves a los derechos humanos, se tomaron más de setenta y ocho audiencias, declararon cerca de dos mil testigos (algunos de ellos durante más de cinco horas seguidas) y el cuaderno de pruebas del Fiscal, Dr. Julio César Strassera, ocupó 7400 fojas<sup>14</sup>. La sentencia de la Cámara Federal, de 7.000 fojas, agrupó los hechos en siete clases de delitos entre los que se destacan: privaciones ilegales de la libertad, tormentos, homicidio y robo. El fallo contiene párrafos, como el siguiente, dignos de ser transcritos:

[...] los comandantes establecieron secretamente un modo criminal de lucha contra el terrorismo. Se otorgó a los cuadros inferiores de las Fuerzas Armadas una gran discrecionalidad para privar de su libertad a quienes aparecieran, según la información de inteligencia, como vinculados a la subversión; se dispuso que se los interrogara bajo tormentos y que se los sometiera a regímenes inhumanos de vida, mientras se los mantenía clandestinamente en cautiverio; se concedió por fin una gran libertad para apreciar el destino final de cada víctima [...] La posibilidad de que el personal a quien se mandaba a domicilios particulares a cometer delitos de la apuntada gravedad se apoderara sistemáticamente de bienes en su propio beneficio fue necesariamente prevista y asentida por quienes dispusieron tal modo de proceder<sup>15</sup>.

Los defensores de los imputados pretendieron prevalerse de todas las normas exculpatorias o causales de justificación que pudieron encontrar: unos argu-

<sup>12</sup> Integrada por entonces por los Dres. Ricardo Gil Lavedra, Andrés D'Alessio, Carlos Arslanian, Jorge Torlasco, Guillermo Ledesma y Jorge Valerga Araoz. Sobre el punto puede verse Malamud Jaime, *op. cit.* p.169.

<sup>13</sup> Fallo "Videla", *Fallos* 306:2101, en el cual la Corte se remitió a su antigua e invariable jurisprudencia según la cual "*la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía y no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento...*" Asimismo sostuvo "*La ley 23049... mantiene la competencia castrense para los delitos comunes cometidos en cato de servicio o en lugar militar; que suprime para el futuro... Pero, por otro lado, sigue el principio general en cuanto al recurso de revisión ante los tribunales federales superiores... lo mismo que en lo referente a la facultad de avocación prevista en el art. 10 de aquélla*". El fallo fue unánime en cuanto a la decisión definitiva.

<sup>14</sup> Conf. *Juicios a Los Militares*, Cuaderno N.º 4 de la Asociación Americana de Juristas, Rama Argentina, Buenos Aires, 1988.

<sup>15</sup> Sentencia de fecha 9-12-85.

veron el cumplimiento de la ley (los decretos de aniquilamiento mencionados más arriba) otros la legítima defensa, otros el estado de necesidad, otros el estado de guerra (en el cual, afirmaron, ni rige el derecho), etc. La Cámara, luego de analizar pormenorizadamente todos y cada uno de estos argumentos a la luz de normas de derecho interno y de derecho internacional llegó a la conclusión de que:

No se ha encontrado pues, que conserve vigencia ni una sola regla que justifique o, aunque más no sea exculpe a los autores [...] Ni el homicidio, ni la tortura, ni el robo, ni el daño indiscriminado ni la privación ilegal de la libertad encuentran en esas leyes escritas o consuetudinarias o en esos autores una nota de justificación o de inculpabilidad.

En esta sentencia se condenó, como máximo responsable, a Jorge R. Videla a reclusión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua, a Emilio E. Massera a prisión perpetua e igual inhabilitación, y a Roberto E. Viola a diecisiete años de prisión e idéntica inhabilitación, entre los más destacables. Apelado el fallo por los condenados y por la fiscalía, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 30 de diciembre de 1986, confirmó casi en su totalidad la sentencia de la Cámara<sup>16</sup>.

## 2. LA LEY “DE PUNTO FINAL”

A fines de ese mismo año, 1986, el Congreso sancionó la ley 23.492, llamada vulgarmente “Ley de Punto Final”, que establecía que quedaría extinguida la acción penal contra todo imputado de los delitos a que se refería la ley 23.049 que no fuere citado a prestar declaración indagatoria dentro de los sesenta días de sancionada esa ley. Es decir, transcurridos ya tres años desde la recuperación de la democracia, durante los cuales ingresaron a los tribunales argentinos miles de denuncias, se estableció un límite temporal para *apurar* la iniciación de juicios (no así para su continuación), con el objeto de “la consolidación de la paz social y la reconciliación nacional”<sup>17</sup>, puesto que la sociedad argentina seguía dividida entre pro-militares y anti-militares, entre quienes —desde un extremo— pedían la reivindicación de la lucha antisubversiva y quienes —desde el otro— pedían pena de muerte para los represores. Según Nino, las ONG “Manténían una visión kantiana del castigo; aun si la sociedad se acercara al límite de la disolución, tenía el deber de castigar hasta el último culpable”<sup>18</sup>. En opinión del mismo autor, lo que la mayoría de los integrantes de estas organizaciones nunca reconoció es que la justicia debía ser “simétrica respecto del terrorismo, tanto de izquierda como del gobierno militar”<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Fallos 309:1694.

<sup>17</sup> Mensaje de elevación al Congreso del proyecto de ley.

<sup>18</sup> NINO, Carlos S., *Juicio... op. cit.*, p. 179.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 180.

La ley fue, por lo tanto, un mero límite temporal a la recepción de denuncias por parte de los tribunales, a los efectos de no prolongar indefinidamente la *iniciación* de causas, pero no se lesionó ni recortó el derecho de ninguna víctima para accionar, ni se dispuso el fin de los procesos abiertos como su sobrenombre parecería indicar. Aún en la Edad Media, en tiempos de la Inquisición, se sostenía:

Es dable advertir que cuando un juicio por crímenes extraordinarios comienza, el mismo se prolonga por mucho tiempo y el número de personas condenadas crece hasta que poblaciones enteras quedan consumidas. Nada está terminado hasta que las listas de procesados son tan largas como la lista de los nombres de los sospechosos. Verdaderamente, si el crimen fuera perseguido con tozudez, no habría final para las hogueras hasta que todo quedara devastado. Nunca se ha visto un gobernante que no se haya visto forzado a interrumpir ese tipo de juicios... los gobernantes siempre han debido poner un punto final a ese tipo de juicios [...] <sup>20</sup>.

El efecto de la sanción de la ley no fue el buscado, ya que se produjo un alud de denuncias y la aceleración de procesamientos a los militares, para evitar que feneciera el plazo de sesenta días previsto en la ley. Con ello aumentó el malestar en las fuerzas armadas, y en Semana Santa de 1987, un grupo de militares amenazó con un levantamiento armado contra el orden institucional, encabezado por el entonces teniente Aldo Rico <sup>21</sup>. Afortunadamente todo el pueblo y todos los partidos políticos argentinos <sup>22</sup> respondieron inmediatamente rechazando la aventura militar, saliendo a las calles y llenando —una vez más en la historia argentina— la Plaza de Mayo en repudio al motín.

### 3. LA LEY “DE OBEDIENCIA DEBIDA”

En ese complejo marco político se sancionó la Ley N.º 23.521 de junio 5 de 1987, que establecía la presunción de que aquellos que actuaron como oficiales y suboficiales sin capacidad decisoria “obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o

<sup>20</sup> SPEE VON LANGENFELD, Friedrich, *Cautio Criminalis or a Book on Witch Trials*, año 1631, traducido al inglés por Marcus Hellyer, University of Virginia Press, 2003, pp. 23-24.

<sup>21</sup> El movimiento se llamó “carapintada” ya que sus integrantes se pintaron la cara en señal de que estaban listos para un combate. El nombrado líder de ese motín protagonizó otro alzamiento el 15 de enero de 1988 en Monte Caseros, mientras se hallaba sujeto a presión preventiva. Curiosamente, más tarde se convirtió a político, y (merced al sistema democrático contra el cual atentara dos veces) fundó un partido (el MODIN) y ocupó el cargo de diputado nacional y de convencional constituyente en 1994. Luego se afilió al Partido Justicialista y fue elegido intendente del municipio de San Miguel, en el conurbano bonaerense. A fines de 1999 incluso fue designado por el gobernador Carlos Ruckauf, como jefe de seguridad de la Provincia de Buenos Aires.

<sup>22</sup> Salvo alguna excepción, como la Ucedé, liderada por el Capitán del arma de ingenieros Alvaro Alsogaray.

posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas”. El gobierno aclaró en todo momento que dicha iniciativa legislativa respondía a un plan preconcebido, anunciado por el presidente Alfonsín en la campaña electoral. De hecho, el proyecto de ley había sido enviado al Congreso antes de los alzamientos de Semana Santa de 1987, por lo cual no puede afirmarse que hayan tenido como causa la presión que ellos significaron. En el mensaje de elevación del proyecto de ley al Congreso, el Poder Ejecutivo sostenía que el plan de acción diseñado por los comandantes “se basó en la imposibilidad de revisar las órdenes superiores, dentro del contexto de ciega obediencia cuya premisa era una interpretación del artículo 514 del Código de Justicia Militar... Basándose en este último concepto de la obediencia, es necesario reconocer una diferencia entre los que dieron las órdenes para la construcción del perverso plan de operaciones... y los que, en cambio, sólo tuvieron la responsabilidad de ejecutar dichas órdenes”.

Es preciso poner de relieve las siguientes circunstancias en relación con esta ley, para hacer un análisis desapasionado y estrictamente jurídico de ella, sin perjuicio de la repulsión que nos generan los personajes que fueron exculpados:

a) En realidad, la figura de obediencia debida ya existía en el derecho argentino desde principios de siglo, plasmada en el art. 34 inciso 5 del Código Penal, en estos términos: “No son punibles... el que obrare en virtud de obediencia debida”. A su vez, el art. 514 del Código de Justicia Militar vigente a esa época era más categórico: “Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será *el único responsable*; sólo será considerado cómplice el inferior cuando este se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden”. Es decir que bastaba con que los tribunales aplicaran esas normas para obtener el mismo resultado al que se arribó con la aplicación de la ley bajo análisis; pero los tribunales no lo hicieron así en virtud, principalmente, de la presión social y por eso esta ley estableció la presunción referida.

b) La norma fue sancionada por el Congreso de la Nación, con lo cual se cumplió con el principio de legalidad consagrado por el art. 19 CN. Incluso, en esos momentos, el partido gobernante carecía de mayoría propia en la Cámara de Senadores y la ley fue apoyada por varios partidos con representación en dicha Cámara. En el Senado, el proyecto contó no sólo con el voto de la banca radical, sino también con la ayuda del sector “renovador” del justicialismo, que se ausentó de la votación para facilitar la sanción de la ley, mientras que el sector “ortodoxo” votó en contra, pero no porque se opusieran al proyecto, sino porque querían la amnistía para todos los responsables (!), al igual que el Partido Bloquista (San Juan) y el Pacto Autonomista Liberal (Corrientes). En la Cámara de Diputados, la ley fue aprobada por los dos tercios de los presentes (126 diputados), con la colaboración, también del peronismo renovador, que se ausentó, y con apenas 16 votos en contra<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> DE RIZ, Liliana, *Radicales y Peronistas: El Congreso Nacional entre 1983 y 1989*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1994, pp. 79-80.

c) La ley en cuestión era, en definitiva, la consagración normativa de los tres niveles de responsabilidad que el presidente Alfonsín había propuesto en la campaña electoral<sup>24</sup>: (1º) Los que dieron órdenes; (2º) los que se excedieron en cumplimiento de esas órdenes y (3º) los que simplemente cumplieron órdenes, cuyo incumplimiento les hubiera significado, como mínimo, graves sanciones, sino la muerte. Sostenía el entonces candidato que se debía penalizar sólo a los dos primeros, y no a los terceros. Por lo tanto, la adopción de esta ley fue lo que el cincuenta y dos por ciento de los argentinos votó como programa de gobierno en 1983; por lo cual su legitimidad democrática era indiscutible.

d) Se ha argumentado que, desde el Tratado de Londres de 1945 (por el cual se creó el tribunal de Nuremberg para el juzgamiento de los jerarcas nazis por el genocidio cometido durante la segunda guerra mundial) existiría una norma de derecho internacional por la cual no cabe la aplicación de la obediencia debida para el caso de crímenes aberrantes<sup>25</sup>. No obstante, sin perjuicio de que creemos en la justicia intrínseca y en la necesidad de la existencia de dicha norma y que consideramos que los crímenes cometidos en Argentina fueron aberrantes, entendemos que ella no había adquirido, en 1976, el carácter de norma consuetudinaria del DIP<sup>26</sup> y, como tal, exigible en Argentina. Recién en las primeras décadas del siglo XXI, luego de haber sido incorporada a una serie de tratados internacionales<sup>27</sup>, se pudo empezar a sostener su carácter de norma consuetudinaria

e) El art. 67 inciso 17 CN (hoy 75 inciso 20) consagraba la facultad del Congreso de “conceder amnistías generales”. Por lo tanto, como quien puede lo más puede lo menos, si ese órgano estaba habilitado para amnistiar (es decir, para borrar la criminalidad del delito) también estaba habilitado para exculpar a algunos de los responsables (lo cual no desconoce, sino que presupone la existencia de un hecho intrínsecamente ilícito) y para modificar el plazo de prescripción de la acción penal, que es una cuestión meramente procesal. La llamada ley de “obediencia debida” hizo lo primero y la mal llamada ley de “punto final” hizo lo segundo.

<sup>24</sup> Ello se halla documentado por toda la prensa argentina durante 1983 e incluso por la doctrina extranjera, por ejemplo, CASSESE, Antonio, *op. cit.*, p. 198.

<sup>25</sup> El art. 8 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, creado por dicho tratado, establecía que la obediencia debida no eximía de responsabilidad. No obstante, la misma norma preveía que ello podía ser considerado a los efectos de la “mitigación de la pena”.

<sup>26</sup> Por ejemplo, en la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio no prevé tal norma, pese a las propuestas formuladas a tal efecto (conf. LERNER, Natán “La Convención contra el Genocidio: Vigencia y Actualización” en *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho*, Universidad de la República, Año IV, núm. 8, Montevideo, Uruguay, Setiembre de 1993, p. 9.

<sup>27</sup> Por ejemplo, la Convenciones Interamericanas contra la Tortura (adoptada el 9-12-85, art. 4; O.A.S.T.S. 67, OAS Doc. OEA/Ser.P/AG/Doc.2023/85/Rev.1, 1986) y sobre la Desaparición Forzada de Personas (OAS Doc. OEA/Ser.G/CP/CAJP-866/92/Rev.2; art. VIII), y los estatutos para los tribunales de Ruanda y de la ex Yugoslavia. Incluso este último prevé también la “mitigación de la pena” para quienes actuaron bajo obediencia debida (art. 7.4).

f) También es necesario tener en cuenta que, como se expresó más arriba, pretender juzgar a los miles de represores era una utopía en el marco de la recién nacida y débil democracia argentina y con militares jóvenes, bien armados y con dinero. Fue por eso que las mayorías parlamentarias (y no sólo el partido de gobierno) optaron por juzgar *solamente a los jefes* de la represión ilegal, para mantener la democracia, como única garantía posible para la defensa de los derechos humanos hacia el futuro, y no empeñarse tozudamente juzgar retroactivamente a “todos” los represores, poniendo en peligro el sistema democrático<sup>28</sup>.

g) Tampoco podemos olvidar que en 1986 y 1987 la mayoría de los militares citados a declarar por los jueces civiles se negaron a comparecer, y varios de ellos se acuartelaron y respondieron a la citación con amenazas de uso de armas o de atentados contra el sistema democrático (en Tucumán, Monte Caseros, Villa Martelli, etc.). La opción, en 1987, era: continuar con la pretensión de juzgar a todos los responsables o mantener la democracia; y tanto el Congreso como el presidente optaron por lo segundo. Según Vanossi<sup>29</sup>, eso fue acertado, pese a que muchos aún se empeñen en criticar lo actuado.

h) Aún después de la sanción de las llamadas leyes de “punto final” y “obediencia debida”, los principales responsables de las violaciones sistemáticas a los derechos humanos durante la dictadura militar de 1976 a 1983 continuaban detenidos, cumpliendo las condenas (algunas a prisión o reclusión perpetua) que les había impuesto la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal, confirmadas por la CS. No fue por obra de estas leyes, sino por los indultos dictados en 1990 que recuperaron su libertad.

i) En ese momento (y hasta 1992, en que la CS dictó el fallo “Ekmekdjian c/ Sofovich”<sup>30</sup>) se aplicaba en nuestro país el principio según el cual una ley posterior podía derogar un tratado internacional anterior<sup>31</sup>. Sin perjuicio de señalar que discrepábamos y discrepamos con esa interpretación, hay que reconocer que, aunque no estuviéramos de acuerdo, ése era el derecho vigente al momento de dictarse las leyes, y según esa interpretación, el Congreso podía sancionar leyes contrarias a los tratados internacionales.

j) Al momento de los hechos a los que se refieren esas leyes tampoco estaban vigentes para nuestro país la mayoría de los tratados de derechos humanos aplicables a esos hechos, los cuales fueron ratificados a partir de 1984. Ni siquiera se habían adoptado la CT ni la CIDFP.

k) Tampoco habían sido elevados aún a la jerarquía constitucional los once instrumentos internacionales de derechos humanos a que se refiere el art. 75 inciso 22 CN, lo cual fue establecido recién en 1994.

<sup>28</sup> NINO, Carlos S., *Juicio...op cit.*, p. 114.

<sup>29</sup> VANOSSI, Jorge, “Una ley necesaria para seguir adelante”, en *La Nación* del 2 de marzo de 2003, Sección 7, p. 5

<sup>30</sup> *Fallos* 315:1492.

<sup>31</sup> Según lo resuelto en “*Martín y Cía. Ltda.*”, de 1963 (*Fallos* 257:99) y en “*Esso S.A. Petrolera Argentina*”, de 1968, (*Fallos* 271:7).

La aplicación de la ley “de obediencia debida” generó la libertad de unos doscientos oficiales, entre procesados y condenados, pero unos cincuenta jefes, entre ellos los máximos responsables condenados por la Cámara Federal (principalmente Videla y Massera) permanecieron en prisión. Y cuando esa aplicación motivó la intervención en última instancia de la CS, ésta declaró su constitucionalidad en una veintena de fallos (por ejemplo: “Raffo”<sup>32</sup>, “Riveros”<sup>33</sup>, Menéndez<sup>34</sup>, “Mecca”<sup>35</sup>, “Sánchez”<sup>36</sup>). En ellos expresó los siguientes razonamientos<sup>37</sup>:

- La facultad de conceder amnistías generales, establecida en... la Constitución Nacional ha sido condicionada por el constituyente por el sólo límite de la generalidad, el que debe considerarse satisfecho en tanto las normas fundadas en ella se extiendan a todos los individuos que se hallan en idéntica situación. Ese requisito es cumplido por el art. 1° de la ley 23.521, pues ella alcanza a todos los que han poseído los grados que señala o cumplido las funciones que allí se describen” (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

- Para el funcionamiento de la estructura militar, resulta indispensable el mantenimiento de la disciplina y por tanto la estricta obediencia por parte del subordinado las órdenes impartidas con motivo de la ejecución de un acto de servicio. A este fin, se limita la posibilidad de inspección del mandato recibido y se sanciona la falta de obediencia (Voto del Dr. Carlos S. Fayt y disidencia de los Dres. Enrique S. Petracchi y Jorge A. Bacqué).

- El art. 667 del Código de Justicia Militar castiga al militar que hiciera resistencia ostensible o rehusare expresamente obediencia a una orden del servicio impartida por un superior, el art. 674 del Código citado también lo hace respecto a quien deja de cumplir sin causa justificada una orden de servicio. El art. 675 del cuerpo legal citado prescribe que ninguna reclamación dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden de servicio militar. Todas estas normas buscan asegurar el cumplimiento de las ordenes de servicio al margen de la cuestión de discernimiento de su carácter lícito o ilícito por el subordinado” (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

La doctrina internacional también aprobó la decisión del Congreso de sancionar la ley y se sostuvo: “Puedo comprender las consideraciones dictadas por

<sup>32</sup> Fallos 310:600.

<sup>33</sup> Fallos 311:709.

<sup>34</sup> Fallos 311:415.

<sup>35</sup> Fallos 311:742.

<sup>36</sup> Fallos 311:743.

<sup>37</sup> Fallos 310:1162 (causa “Camps” del 22 de junio de 1987).

necesidades políticas: entre el ‘perdón’ de 250 criminales y el peligro de una guerra civil con la consiguiente muerte de la democracia, el mal menor era claramente el primero”<sup>38</sup>. No obstante, en el sistema interamericano de derechos humanos y en la doctrina relacionada con ese sistema, la ley ha sido tratada como una de amnistía<sup>39</sup> y en 1992, la Comisión IDH declaró que las leyes de punto final y obediencia debida y los indultos (que analizaremos a continuación) eran incompatibles con el PSJCR<sup>40</sup>.

#### 4. LA CLAUDICACIÓN ÉTICA DE LOS 90

Tan solo dos años más tarde, todo se derrumbó. Los juicios que habían enorgullecido a la Argentina frente al mundo entero, que constituían un precedente único en la historia de la humanidad y que habían insumido el trabajo de centenares de hombre y mujeres durante varios años, quedaron atrás de un plumazo, ya que a fines de 1989 y de 1990 el entonces presidente Carlos Menem, firmó varios decretos de indultos en favor de los militares procesados y de los condenados que se hallaban cumpliendo sus penas:

a) Los Decretos N.º 1002, 1003, 1004 y 1005 de septiembre de 1989, beneficiaron a los integrantes de las juntas militares que usurparon el poder entre 1976 y 1983 y a más de doscientos jerarcas de ese régimen, entre ellos algunos personajes tales como<sup>41</sup>: Leopoldo F. Galtieri, Reynaldo Bignone, Cristino Nicolaides, Luciano B. Menéndez, Albano Harguindeguy, Santiago Riveros, Ramón Díaz Bessone, Llamil Reston, Aldo Rico, Enrique Venturino, Gustavo Breide Obeid, Mohamed Alí Seineldín y otros.

b) El Decreto N.º 2746/90 benefició al General Suárez Mason en una causa en la que se encontraba procesado por delitos cometidos durante el mismo período.

En virtud de esos decretos, recuperaron su libertad los más sangrientos represores de la historia argentina y nuestro país volvió a quedar en la mira del mundo entero por haberlos perdonado y liberado. Más allá de la crítica ética que puedan merecernos los indultos, debemos resaltar que, en su mayoría, fueron inconstitucionales. En efecto: ya en el siglo XIX Joaquín V. González definía el instituto como “el perdón absoluto de la pena *ya impuesta* por el juez competente... y procede de la tradicional prerrogativa que han tenido siempre los

<sup>38</sup> CASSESE, Antonio, *op. cit.* p. 202.

<sup>39</sup> Por ejemplo, BUERGENTHAL, Thomas, SHELTON, Dinayh y NORRIS, Robert E., *La Protección de los Derechos Humanos en las Américas*, Madrid, Civitas, 1990, se refieren a ella bajo el título “leyes de amnistía” y la asimila a una ley de El Salvador cuyo artículo primero reza “*Concédese amnistía absoluta y de pleno derecho a favor de todas las personas...*” lo cual es bien distinto de lo legislado en Argentina.

<sup>40</sup> Informe N.º 28/92 CIDH.

<sup>41</sup> Puede verse un análisis de estos decretos en IBARLUCÍA, Emilio A., “Inconstitucionalidad de los Decretos de ‘Indulto’ 1002/89, 1003/89 y 1004/89”, en *El Derecho* 135:895.

soberanos, de conceder gracia en nombre de la piedad cristiana y de la civilización” (el destacado nos pertenece)<sup>42</sup>. Los indultos, en la mayoría de los casos, beneficiaron a personas que estaban aún procesadas, es decir que no tenían una pena *ya impuesta*, con lo cual su inconstitucionalidad es palmaria por violación del principio de inocencia consagrado en el art. 18 CN. En otras palabras: no se puede perdonar a alguien que aún goza de la presunción de inocencia. Es interesante resaltar que ninguno de los beneficiarios tuvo la hidalguía ni la valentía de rechazar el indulto y solicitar la continuación de su juicio, para obtener una declaración de inocencia<sup>43</sup>. Evidentemente se sabían y se sentían culpables.

La atribución presidencial de indultar y conmutar penas es una norma retrógrada de nuestro texto constitucional y un resabio imperial y monárquico<sup>44</sup>. Actualmente, este instituto ha sido objeto de limitaciones a través de normas internacionales que prohíben el indulto y la amnistía de los crímenes de lesa humanidad, entre los cuales se hallan la tortura y la desaparición forzada de personas<sup>45</sup>.

## 5. LAS REPARACIONES A LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

En 1994 el Congreso Nacional sancionó las leyes 24.043<sup>46</sup>, 24.321 y 24.411 que establecieron indemnizaciones a favor de los familiares de los desaparecidos y regularon el trámite para obtener judicialmente la declaración de “ausencia por desaparición forzada”, introduciendo así una nueva categoría en el tradicional régimen del Código Civil que regulaba solamente la ausencia simple y la ausencia con presunción de fallecimiento<sup>47</sup>. En el art. 1 de la última de estas leyes “se entiende por desaparición forzada de personas, cuando se hubiera privado a alguien de su libertad personal y el hecho fuese seguido por la desaparición de la víctima, o si esta hubiera sido alojada en lugares clandestinos de detención o privada bajo cualquier otra forma del derecho a la jurisdicción”.

<sup>42</sup> Conf. GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Estrada, 1983, p. 540.

<sup>43</sup> Existe un antecedente en Argentina de tal conducta, asumida por el expresidente Hipólito Yrigoyen, quien rechazó el indulto dispuesto por el gobierno de facto que lo derrocó y pidió la continuación de su juicio.

<sup>44</sup> Basta recordar el indulto que Poncio Pilato, dictara a favor de Barrabás, minutos antes de crucificar a Jesucristo.

<sup>45</sup> Por ejemplo, la Convención Interamericana para la Desaparición Forzada de Personas, ya referida

<sup>46</sup> La aplicación de esta ley ha generado una interesante jurisprudencia, cuyo análisis escapa al objeto del presente. Puede verse el fallo “*Noro, Horacio*” de la CS, en Fallos 320:1469 y el comentario de Germán Bidart Campos en *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional del 29/11/99, p. 11.

<sup>47</sup> Puede verse el minucioso análisis de dichas normas en NAVARRO FLORIA, Juan, “La Condición Jurídica de Desaparecido y sus Consecuencias en el Derecho Argentino” en *El Derecho* 163:962-1.

Además de la reparación económica, a fines de 1998 se produjo una innovación en la jurisprudencia de la CS con relación a la época del terrorismo de estado y tendiente a garantizar el derecho a la verdad de los familiares de desaparecidos. En los fallos “Aguiar de Lapacó”<sup>48</sup> y “Urteaga”<sup>49</sup>, ambos de 1998, el máximo tribunal hizo lugar a una acción de “amparo de habeas data” (art. 43 párrafo tercero, CN) a fin de que el Estado nacional le brinde toda la información existente acerca del destino de sus familiares desaparecidos. Ello implicó la apertura de los archivos oficiales para esclarecer el pasado reciente de la argentina a favor de los familiares de las víctimas y de la sociedad toda.

## 6. LA DÉCADA DE 2000

En 2003 el Congreso sancionó la Ley N.º 25.779 por la cual se “anulan” las leyes de “obediencia debida” y de “punto final”. En nuestra opinión, el Congreso puede sancionar, modificar o derogar leyes, pero no anularlas. Ni siquiera los jueces pueden anular leyes en el marco de un sistema de control difuso de constitucionalidad como el argentino, sino que sólo pueden declarar su inconstitucionalidad para no aplicarlas a un caso concreto. A nadie se le escapa que, si el mismo órgano que crea una norma, luego la anula, la seguridad jurídica y la credibilidad en las instituciones de esa Nación queda reducida a cero. Se intentaron varias justificaciones de la norma:

- Algunos legisladores utilizaron el argumento de que era solamente una declaración política, pero si así fuera, han equivocado el vehículo, ya que el Congreso tampoco puede hacer manifestaciones políticas mediante leyes, a lo sumo podría hacerlo mediante resoluciones o declaraciones, pero no a través de una norma que pasa a integrar el sistema jurídico de la Nación.

- También se ha sostenido<sup>50</sup> que lo que en la década del ochenta era imposible por razones políticas, en 2003 ya era posible y que ello justificaba que el Congreso cambiara de opinión: si ello es así, en ese caso el Congreso debería haber derogado las leyes, pero no haberlas anulado.

- Por último, se ha esgrimido el argumento según el cual dichas leyes habían sido “declaradas nulas”<sup>51</sup> en el informe 28/92 de la Comisión IDH,

<sup>48</sup> Se trató de un incidente en la causa “Suárez Mason”, y en él se dijo: “Conceder la información solicitada por la madre de una desaparecida, lejos de ser improcedente, constituye la única manera de guardar respeto a los principios reconocidos por la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas y de expresar la más firme convicción moral de la Nación de asumir el papel de severísima guardiana de los derechos humanos fundamentales conforme al derecho internacional que hará valer en el territorio de toda la República” (Fallos 321:2031).

<sup>49</sup> Fallos 321:2767.

<sup>50</sup> GORDILLO, Agustín, “Decláranse Insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521”, en *La Ley* del 25 de agosto de 2003, p. 1.

<sup>51</sup> Lo correcto terminológicamente, es decir: “la Comisión Interamericana opina (o sostiene) que dichas leyes son nulas” y no que “las declaró nulas”.

pero también discrepamos de este argumento por dos razones. En primer lugar, porque la referida Comisión es un órgano político (no jurisdiccional), que emite informes<sup>52</sup> (no sentencias) y porque los órganos internacionales de promoción o protección de los derechos humanos no tienen facultades anulatorias sino solamente condenatorias para que el Estado repare las violaciones a esos derechos<sup>53</sup>. (a lo sumo puede sugerir a los estados que reformen su legislación, pero no anularla). Y en segundo término porque pretender justificar la declaración de nulidad en sede interna con base en una declaración de nulidad hecha en sede internacional implica una autocontradicción, ya que si esta última (la internacional) hubiera sido válida, la primera (interna) carece de sentido.

Evidentemente el Congreso utilizó la terminología de la nulidad para darle efectos retroactivos a esa declaración, de lo contrario se habría conformado con sancionar sólo su derogación. Y allí radica la inconstitucionalidad sustantiva de la norma bajo análisis, ya que toda situación jurídica que hubiere nacido durante la vigencia de esa norma debe ser respetada y no hay juez ni legislador que pueda trazar excepciones a ese principio, dado que ello se encuentra claramente vedado por el art. 17 CN, según la invariable jurisprudencia de la CS, que viene declarándolo así desde hace décadas<sup>54</sup>.

Distinto era el caso de la ley 23.040 (sancionada por el flamante gobierno democrático, el 22 de diciembre de 1983, ya referida) que estableció “derógase por inconstitucional y declárase insanablemente nula la ley de facto 22.924” por la cual los represores y torturadores de la dictadura militar se habían auto amnistiado. En ese caso, se trataba de un Congreso democrática y constitucionalmente electo que anulaba un decreto-ley sancionado por un gobierno *de facto*, es decir: un órgano de la constitución reaccionó frente a lo hecho por los usurpadores del poder en su propio beneficio; mientras que en el presente caso es el mismo órgano el que pretende desdecirse de lo legislado con anterioridad.

En 2005, la CS dictó el fallo “Simón”, en una causa en la que se juzgaban violaciones masivas a los derechos humanos cometidas por la dictadura de 1976 a 1983. En él abandonó la jurisprudencia sentada en unos veinte fallos dictados entre 1987 y 1993 (ya referidos), en los cuales había entendido que pretender juzgar a miles de represores era una utopía en el marco de la recién nacida y débil democracia argentina y había convalidado la ley “de obediencia debida”<sup>55</sup>.

a) La Corte declaró la inconstitucionalidad de esa ley aplicando tratados internacionales de derechos humanos que aún no habían sido ratificados al mo-

<sup>52</sup> Hemos tratado el tema con mayor detalle en nuestro libro *El Bloque de Constitucionalidad: La Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 274.

<sup>53</sup> COLAUTTI, Carlos, *Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional*, Buenos Aires, La Ley, 1998, p. 118.

<sup>54</sup> Fallos 137:47.

<sup>55</sup> Para un análisis más completo del fallo puede verse nuestro artículo “Una Disidencia Ajustada a Derecho”, en *La Ley*, 2005-F:15

mento de los hechos que se juzgaban en la causa. Y la elevación a jerarquía constitucional de los primeros once instrumentos internacionales de derechos humanos se realizó recién en 1994.

b) La Corte también erró al aplicar normas consuetudinarias internacionales que castigan los crímenes de lesa humanidad, dado que si bien el art. 15.2 del PIDCP establece: “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”, lamentablemente hay dos obstáculos a su aplicación: (i) esa norma fue ratificada por Argentina en 1986, o sea después de los hechos, y (ii) al momento hacerlo, nuestro país formuló la siguiente reserva “El Gobierno Argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del art. 15... deberá estar sujeta al principio establecido en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional”<sup>56</sup>. Esa reserva tiene la misma jerarquía que el pacto y que la propia constitución, ya que esa jerarquía se le reconoce al tratado “en las condiciones de su vigencia”. Por lo tanto, es necesario hacer una interpretación armonizante de las tres normas: el art. 15.2 del Pacto, la reserva mencionada y el art. 18 CN. Y la única conclusión posible de una interpretación armonizante de esas normas es que no puede soslayarse el principio de “ley anterior al hecho del proceso” que surge del art. 18 CN y de varias normas internacionales con jerarquía constitucional.

c) Lo que sí corresponde analizar es si la norma consuetudinaria internacional que prohíbe la tortura puede ser considerada “ley previa” a los efectos del art. 18 CN. Nos referimos sólo a la que prohíbe la tortura porque es la única anterior a los hechos, dado que el crimen de desaparición forzada de personas fue creado posteriormente, en 1995. El concepto de ley previa incluye el de *lex certa et scripta*, como tradicionalmente lo conceptuó la Corte<sup>57</sup>; y allí es justamente donde surgen los problemas, puesto que la norma consuetudinaria internacional no establece sanción para ese delito (ni siquiera la establece la convención ratificada después de los hechos, en 1986). Podríamos acudir entonces, al delito de tormentos, tipificado en el Código Penal, pero en ese caso, el delito estaría prescripto porque, como se vio, la norma que establece la imprescriptibilidad es posterior a los hechos.

d) En consecuencia, el razonamiento jurídico central del caso debió reducirse a si existía o no una costumbre internacional vinculante para Argentina, que, al momento de los hechos, obligara al Estado a castigar esa categoría de delitos. En caso de que se concluyera que sí existía tal norma consuetudinaria, el siguiente análisis sería el de cuál es la norma que se debe aplicar para punir crímenes que no están tipificados en la legislación interna. No debe olvidarse a tal fin que la sentencia dictada en el juicio a las juntas militares por la Cámara

<sup>56</sup> Ley 23.313, art. 2.

<sup>57</sup> Fallos 237:636.

Federal y confirmada por la Corte Suprema<sup>58</sup>, aplicó la figura del homicidio reiterado y lo hizo justamente porque no existía en el derecho interno argentino, al momento de los hechos, una norma que tipificara el crimen de desaparición forzada.

e) Debemos concluir entonces que, lamentablemente, al momento de los hechos y al momento de sanción de la ley “de obediencia debida”, no existían normas de jerarquía superior a ellas que prohibieran su promulgación o que las invalidaran constitucionalmente. ¿Implica ello que el derecho argentino y el internacional estaban “atrasados” para cubrir este tipo de contingencias? Si. Pero ese “atraso” no puede subsanarse con la aplicación retroactiva de normas posteriores a los hechos. Quienes sostienen la inconstitucionalidad de la “ley de obediencia debida” no reparan en que, sin esa ley, cae la base argumental que sustentó las condenas que se aplicaron a los jefes de las juntas militares, ya que en la causa en que se dictaron dichas condenas se aplicó el criterio de la autoría mediata por parte de Videla, Massera y compañía, según el cual, la orden dada por éstos invariablemente se cumplía, tal como ocurre cuando alguien oprime el gatillo y (luego del funcionamiento del aparato) sale el disparo.

f) La mayoría de la Corte hizo referencia al fallo “Barrios Altos” de la Corte IDH, como generador de una obligación internacional en cabeza del Estado argentino. Sin embargo, que ese fallo no es aplicable a las leyes que aquí se juzgaban porque el caso de referencia tenía como marco jurídico los alcances de una ley de autoamnistía dictada en Perú por el régimen del presidente Fujimori en los años 90, es decir, por el mismo régimen que había cometido las violaciones masivas a los derechos humanos. Pero no puede ser aplicado directamente al caso de la ley “de obediencia debida”, dado que son leyes sancionadas por el Congreso de la Nación, en plena vigencia de la democracia.

g) El voto en disidencia del Dr. Fayt echó luz sobre este tema y trazó las distinciones necesarias para no aplicar este precedente interamericano a un caso sustancialmente distinto, como es el argentino; sopesó adecuadamente los avances que se produjeron en el DIDH durante los últimos años, con el principio fundamental de irretroactividad de la ley (que a la vez es un derecho humano) y declaró la validez constitucional de la ley “de Obediencia Debida” y descalificó la ley que declaró (retroactivamente) la nulidad de esas leyes (número 25.779).

En 2007 la Corte dictó sentencia en el caso “Mazzeo”<sup>59</sup> en el cual declaró la inconstitucionalidad de los indultos dictados en 1989 y 1990. Lo hizo con argumentos muy similares a los utilizados en el caso “Simón”, con la disidencia de los Dres. Fayt y Argibay, quienes pusieron de relieve que la propia Corte había cerrado esa causa varios años antes y que ello implicaba cosa juzgada, que no podía ser retrotraída.

<sup>58</sup> Fallos 309:1694.

<sup>59</sup> Fallos 330:3248.

## CONCLUSIÓN

Sin los decretos 157 y 158 dictados por el presidente Alfonsín a los tres días de asumir, sin la creación de la CONADEP y sin el monumental juicio a las juntas militares llevado a cabo por el fiscal Strassera y la Cámara Federal, en la actualidad no tendríamos una democracia sólida como la que tenemos.

Si bien la democracia argentina tiene deudas pendientes, principalmente el combate de la corrupción y de la pobreza (dos caras de una misma moneda), es sólida y resistió todos los embates que hubo contra ella: los levantamientos militares de 1987, la toma del regimiento de La Tablada en 1989 y las crisis de 1989 y 2001, provocadas adrede por ambiciosos de poder que no se animaron a golpear las puertas de los cuarteles.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSÍN, Raúl, *Democracia y Consenso*, Buenos Aires, Corregidor, 1996.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “Actos Legislativos del Poder Ejecutivo de facto Después de Instalado el Gobierno de Iure: Su Derogación”, en *El Derecho* 50:613.
- BUERGENTHAL, Thomas, SHELTON, Dinayh y NORRIS, Robert E., *La Protección de los Derechos Humanos en las Américas*, Madrid, Civitas, 1990
- CASSESE, Antonio, *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991.
- COLAUTTI, Carlos, *Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional*, Buenos Aires, La Ley, 1998.
- DE RIZ, Liliana, *Radicales y Peronistas: El Congreso Nacional entre 1983 y 1989*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1994.
- GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Estrada, 1983, 540.
- GORDILLO, Agustín, “Decláranse Insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521”, en *La Ley* del 25 de agosto de 2003, p. 1.
- IBARLUCÍA, Emilio A., “Inconstitucionalidad de los Decretos de ‘Indulto’ 1002/89, 1003/89 y 1004/89”, en *El Derecho* 135:895.
- Juicios a Los Militares*, Cuaderno N.º 4 de la Asociación Americana de Juristas, Rama Argentina, Buenos Aires, 1988.
- LERNER, Natán “La Convención contra el Genocidio: Vigencia y Actualización” en *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho*, Universidad de la República, Año IV, núm. 8, Montevideo, Uruguay, setiembre de 1993, p. 9.
- LUNA, Félix, nota en *Clarín* del 28 de agosto de 2005, edición especial, p. 32.
- MALAMUD, Jaime, “Punishing Human Rights Abuses in Fledging Democracies. The case of Argentina” (“El Castigo a los Abusos contra los Derechos

- Humanos en las Democracias Nacientes: El caso de Argentina) en AAVV, *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, editada por Roth-Arriaza, Naomi, New York, Oxford University Press, 1995, p. 160 y ss.
- MANILI, Pablo L., *El Bloque de Constitucionalidad: La Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003.
- MANILI, Pablo L., “Una Disidencia Ajustada a Derecho”, en *La Ley*, 2005-F:15.
- NAVARRO FLORIA, Juan, “La Condición Jurídica de Desaparecido y sus Consecuencias en el Derecho Argentino”, en *El Derecho* 163:962-1.
- NINO, Carlos S., “Hacia una Nueva Estrategia para el Tratamiento de las Normas de Facto” en *La Ley* 1983-D:935.
- \_\_\_\_\_, *Juicio al Mal Absoluto*, Buenos Aires, Emecé, 1996.
- \_\_\_\_\_, *La Validez del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.
- Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional por la Desaparición de Personas*, Buenos Aires, Eudeba, 1984.
- SPEE VON LANGENFELD, Friedrich, *Cautio Criminalis or a Book on Witch Trials*, año 1631, traducido al inglés por Marcus Hellyer, University of Virginia Press, 2003.
- VANOSSI, Jorge, “Una ley necesaria para seguir adelante”, en *La Nación* del 2 de marzo de 2003, Sección 7, p. 5.

## A 170 AÑOS DE LA SANCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Por DANIEL A. SABSAY \*

### Sumario

*A ciento setenta años de la sanción de nuestra Constitución, nuestra mirada se concentra en la reforma de 1994, la más importante desde 1853. Ello a partir de una observación de la constitución histórica que es la base de la labor reformadora. Destacamos la evolución que ha importado el aggiornamento que se produjo como resultado de las numerosas modificaciones que analizamos. La Argentina es un país que, como Nino lo ha expresado, ha tenido una tradición de vivir al margen de la ley. La aspiración de Juan María Gutiérrez se hace esperar. Claro que cuando observamos lo ocurrido en gran parte de las democracias consolidadas, aparece una luz de esperanza en el sentido de que la continuación del proceso que iniciamos en 1983 pueda llegar a buen puerto. Ahora bien, no podemos dejar de expresar que numerosos episodios nos generan dudas sobre el logro de tan ansiado objetivo. Quedamos perplejos con el*

\* Abogado (UBA). Posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de París II, Francia. Profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor invitado de las Universidades de Estrasburgo (Francia), de Texas, Austin (EE. UU.) e Internacional de Andalucía (España). Profesor de posgrado del Programa de Economía Urbana de la Universidad Torcuato Di Tella. Director de la Carrera de Posgrado de Derecho Constitucional (UBA). Presidente de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN). Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional e integra su Consejo Consultivo (AADC). Miembro de número de la Academia de Ciencias del Ambiente.

Ha escrito libros y numerosos trabajos sobre temas de su especialidad que se han publicado en el país y en el extranjero. Entre los que se destacan: “La Constitución de los Argentinos - Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994”, “La Constitución de los Porteños” y “Manual de Derecho Constitucional” Editorial La Ley.

Es el director de la Obras “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario La Ley – Derecho Constitucional” (4 tomos) y “Constitución de la Nación Argentina y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial” (4 tomos), Editorial Hammurabi.

Ha sido condecorado por el Gobierno de Francia en dos oportunidades con las insignias de “Caballero y de Oficial de la Orden Nacional del Mérito” y con la Medalla al Mérito Académico “por sus aportaciones trascendentales al desarrollo del Derecho Ambiental”, otorgada por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Premios Buenos Aires – Pen Club, Justicia 2010 Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) y Security 2012 por su contribución al desarrollo de las ciencias jurídicas en Argentina. Personalidad Destacada de las Ciencias Jurídicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ley 4743, 2013. “Visitante Ilustre” de la ciudad de Mar del Plata AÑO 2008. Municipalidad del Partido de General Pueyrredón Departamento Deliberativo.

*dictado de decretos que invaden áreas legislativas más allá del marco constitucional, con la dificultad de contar con un Poder Judicial independiente, con la escasísima por no decir nula calidad institucional imperante en varias provincias, y, sobre todo con la actitud presidencial de ignorar todos los controles contemplados en nuestro orden jurídico.*

### **Palabras clave**

*Reforma constitucional, parte dogmática, derechos fundamentales, tratados internacionales, parte orgánica, órganos de control.*

## 170 YEARS SINCE THE NATIONAL CONSTITUTION WAS ENACTED

### **Abstract**

*After 170 years of the enactment of our constitution, our analysis focuses on the amendment of 1994, the most important since 1853. We start with the study of the historical constitution and the evolution (aggiornamento) that we can observe due to the numerous modifications that we study in this article. As Carlos Nino said, Argentina has the tradition to live out of the law, and the expectations of Juan M. Gutiérrez did not come true yet. When we observe most of the consolidated democracies around the world and the time spent in achieving them, there appears a light of hope that the process initiated in 1983 can arrive to a good end. But we cannot omit that there are some doubts about the achievement of such goal. We are astonished about some decrees that invade the legislative areas beyond the constitutional frame; about the lack of an independent judicial branch; about the poor institutional quality in some provinces and, above all, the intention of the executive, of ignoring the control stages of our law.*

### **Keywords**

*Constitutional amendment, dogmatic section, fundamental rights, international treaties, institutional section, control bodies.*

## INTRODUCCIÓN

Nuestro desarrollo comenzará poniendo de relieve la trascendencia para nuestro país de un período tan extenso, casi cuarenta años, de vigencia de la democracia, pese a su endeblez.

La denominada “transición democrática” en tanto proceso distintivo en el campo de la modificación de los sistemas de gobierno, es un término que se acuñó en los 70 del siglo pasado, con el acceso a la democracia de los últimos tres países con regímenes autoritarios de Europa Occidental: Grecia. Portugal y España. Como producto de esos cambios se consideró que la consolidación del sistema democrático no podía lograrse en un breve lapso. Es decir, con la

mera restauración de una constitución democrática, seguida de la celebración de comicios libres para la elección de autoridades. Tal como habían enseñado experiencias del pasado, la cuestión era mucho más compleja y ardua, ya que se trataba nada menos que de superar una tradición institucional signada por la autocracia, para lo cual no sólo se requería la modificación constitucional, sino y sobre todo la transformación cultural de la sociedad. Ello así, cabía replantearse el diseño de las instituciones con la participación de los actores sociales, poniendo el acento en aquellas cuestiones que habían dificultado en el pasado la construcción del Estado de Derecho.

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

Nuestra transición a la democracia resulta muy larga y a ello se agrega una particularidad en lo que hace al contenido de la constitución. Como hemos visto casi todas las transiciones democráticas, con las excepciones de Argentina, Chile y Uruguay, se caracterizan por iniciarse con el dictado de una nueva constitución. Se trata del ejercicio del poder constituyente originario, con el

objeto de renovar la institucionalidad como primer paso del tránsito hacia la democracia. No es nuestro caso, la Argentina esperó once años para reformar su constitución. Es de destacar que esa reforma más que en el mejoramiento institucional, se inspiró en un método curioso de redefinición y de reparto del poder. A pesar de ello la modificación permitió que se “colaran” una cantidad de innovaciones en materia de derechos y garantías, que han permitido serios avances. Ello, a pesar de que la ley declarativa de la necesidad de la reforma prohibía expresamente toda enmienda a la parte dogmática.

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

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

## 1. MODIFICACIONES A LA PARTE DOGMÁTICA

Tal como hemos manifestado en la introducción, la ley declarativa de la necesidad de la reforma contenía una clara contradicción, por un lado, impedía que se enmendarán los primeros 35 artículos de la ley fundamental, mientras habilitaba al mismo tiempo a introducir nuevos contenidos doctrinarios. Tal vez

<sup>1</sup> DÍAZ RICCI, Sergio M. “La reforma de la Constitución”, en SABSAY, Daniel A. (director) y MANILI, Pablo L. (Coordinador), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires, Hammurabi, Tomo 1, 2009, p. 1176.

gracias a ello, se logró lo mejor de la reforma del 94. Creo que esto fue así pues se introdujeron novedosos institutos que fueron luego “operativizados” gracias a importantes e innovadoras decisiones judiciales. Esta situación por demás curiosa pone de manifiesto que pese al serio problema de credibilidad de que adolece nuestro Poder Judicial, sobretodo por el proceder de muchos de nuestros jueces, sin embargo, pasan inadvertidas muchas sentencias que posibilitan la ampliación de la figura del amparo, en particular de la mano de la Corte Suprema. Flexibilizando lo máximo posible la ley 16986 y definiendo el perfil del amparo colectivo previsto en el segundo párrafo del artículo 43 CN, para la defensa de los derechos colectivos. Así, se aportan criterios novedosos en materia de legitimación. Ello permite que se puedan revisar cuadros tarifarios<sup>2</sup>, que se detenga la construcción de una planta de tratamiento y de disposición final de residuos peligrosos<sup>3</sup>, que se obligue al poder ejecutivo a cumplir con el destino de partidas presupuestarias<sup>4</sup> y de ese modo se consiga una vacuna contra el mal de los rastrojos. Estos tres casos son emblemáticos y fueron los primeros posteriores a la reforma. Podríamos mencionar muchos más, en el marco de los derechos de consumidores y usuarios, del derecho a un ambiente sano, de la igualdad de género.

Precisamente sobre este último tema es de destacar un fallo que resolvió el caso de una tiradora que, por ser mujer, en base a una visión absolutamente machista del Reglamento de la Asociación de Tiradores<sup>5</sup>, no se le quería otorgar el primer premio. Ella, amparada en el segundo párrafo del artículo 43, tomando como base argumental a la discriminación, logra que se obligue a esa Asociación a darle a otorgarle el premio, además a modificar los Estatutos por ir en contra de lo establecido en varias Convenciones Internacionales que bregan por el trato igualitario de la mujer. En todos estos casos se defienden valores muy importantes que permiten, a su vez, la transición al estado democrático y social de derecho. Cabe poner el acento en los avances en materia de Derecho Procesal Constitucional como por ejemplo el reconocimiento de la acción de clase en el caso “Halabi”<sup>6</sup> o del *habeas corpus* colectivo en “Verbitsky”<sup>7</sup>. Asimismo, son por demás innovadoras las nuevas reglas<sup>8</sup> que por aplicación de la Ley General del Ambiente surgen de “Mendoza”<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> Youssefian, LL, 1997-F, 270, Sala V.

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

<sup>4</sup> Viceconte, Sala IV, LL, 1998-F,305.

<sup>5</sup> Verbrugge, Sala I, ED, 185:995.

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

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

<sup>8</sup> Ver Daniel A. SABSAY, “Nuevas vías procesales en Materia Ambiental creadas por el Fallo ‘Mendoza’ de la CS”, en Manili, Pablo L. (director) *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 211-227.

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

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

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

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

Las modificaciones introducidas a la CN por la reforma de 1994 consagran la señalada evolución ocurrida en la jurisprudencia. Estas enmiendas se pueden

329:2316.

<sup>10</sup> *Fallos*: 323:164, La Ley, 2000-C, 236.

agrupar en dos grandes ámbitos: el orden de prelación de las normas y los espacios de integración regional.

### *1.1 Orden de prelación de las normas*

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

### *1.2 Rango especial reservado para ciertos tratados atinentes a derechos humanos*

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

Pero no estamos frente a una lista cerrada, ya que es posible lograr que otros tratados de derechos humanos adquieran jerarquía constitucional. A esos efectos, el constituyente estableció que una vez que el tratado ha sido aprobado por el Congreso, deberá ser sometido a una nueva votación en la cual será necesario el “voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. Es así como otros dos

instrumentos internacionales han adquirido jerarquía constitucional luego de la reforma; en 1997, el tratado sobre desaparición forzada de personas; y, en 2004, el tratado sobre crímenes aberrantes y de lesa humanidad que se sumaron a la lista del inciso 22 del art. 75.

### *1.3 Interpretación conjunta de las nuevas disposiciones de la parte orgánica y de las de la “vieja” parte dogmática*

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

1°. En el vértice superior de la pirámide jurídica encontramos a la constitución nacional y los tratados sobre derechos humanos enumerados en el inc. 22 del art. 75 y los que en lo sucesivo se incorporen de conformidad con el procedimiento especial que a esos efectos prevé la mencionada cláusula. Respecto a esta categoría es necesario establecer si se trata de la constitución misma o si, por el contrario, tienen su misma jerarquía, pero, sin integrar su articulado. De todos modos, cabe destacar que ellos forman parte del derecho interno “en sus condiciones de vigencia”. Manili nos recuerda que poco después de la reforma en el caso “Girolodi, Horacio”, la Corte afirmó que “las condiciones de vigencia” significa “tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”<sup>11</sup> “Esta interpretación nos permite invocar ante nuestros tribunales y hacer ingresar a nuestro sistema, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya que, (...), el único tribunal internacional en la materia con competencia respecto de nuestro país, es ése”<sup>12</sup>. Asimismo, se deben tener en cuenta las reservas<sup>13</sup> que el país haya planteado al momento de su ratificación, como también la evolución de la citada normativa en el ámbito internacional. De esta manera la CS profundiza el control de convencionalidad al reconocer

<sup>11</sup> *Fallos*: 318:514.

<sup>12</sup> MANILI, Pablo L., *El bloque de constitucionalidad – La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 185.

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

no sólo la prevalencia de las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica sobre el derecho interno, sino también la de la interpretación dada por la Corte, que es su autoridad jurisdiccional, en los casos en los que ella se pronuncia y a través de sus diferentes modalidades.

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

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

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

3º. La legislación nacional.

Hasta acá hemos ubicado el orden en que se encuentran las normas federales. En tal sentido, la reforma aclara la situación imperante en la relación tratado internacional-ley. Ahora, queda claro que lo dispuesto en el artículo 75 ordena la interpretación del artículo 31 al decidir un nivel superior de prelación de los tra-

<sup>14</sup> MANILI, Pablo L., *op. cit.*, p. 199.

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

tados por sobre las leyes, estableciendo al mismo tiempo que cierto tipo de tratados se encuentran en el mismo rango de jerarquía junto a la Ley Fundamental.

4º. Las constituciones provinciales, los convenios internacionales celebrados por las provincias y las leyes provinciales. Por estricta aplicación de la segunda parte del art. 31 CN. En lo que hace a los convenios internacionales, el art. 124 CN que los contempla no deja dudas a la hora de establecer su orden de prelación en la pirámide jurídica, ya que expresa como límite de esta potestad de las provincias que, “no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación...”.

## 2. MODIFICACIONES A LA PARTE ORGÁNICA

### 2.1 *Federalismo*

Comenzamos este capítulo con otro de los temas habilitados en el art. 3 de la ley 24.309, el federalismo a cuyo respecto el constituyente de reforma efectúa un rediseño en aras de contribuir a detener el proceso de terrible debilitamiento de nuestra forma de gobierno. Las propuestas son por demás loables<sup>16</sup>, sin embargo, casi nada se ha conseguido en concreto de lo que plantea este capítulo tan importante para la integración territorial del país y para su descentralización. Se trata de una propuesta avanzada de federalismo de concertación, Por ejemplo, el carácter autónomo de los municipios ha permitido el dictado de interesantes cartas. Claro que no ha sido consagrado el principio en varias de las provincias más grandes, como la de Buenos Aires, no hemos logrado aún que reconozca esta autonomía en la provincia más importante tanto en superficie como población del país. Esta lamentable contradicción es la resultante en gran medida del modelo “hiperpresidencialista” que rige en lo que a forma de gobierno se refiere y del que luego nos ocuparemos.

El análisis de las modificaciones de naturaleza federal efectuadas por la última reforma de la constitución pone de manifiesto en todas ellas, un empeño común de parte del redactor tendiente a vigorizar nuestra forma de Estado. Esto es así en lo municipal, en los establecimientos de utilidad nacional, en la autonomía porteña, en la incorporación de las regiones, en la propiedad de los recursos naturales; lo mismo ocurre en un tema fundamental, el nuevo régimen contemplado en el art. 75, inc. 2 en materia impositiva y de coparticipación federal. Destacamos, la revitalización de los municipios, a través del reconocimiento explícito de su autonomía, como límite al poder constituyente local, el

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

que en adelante no podrá utilizar un régimen de mera autarquía para dotarlos de personería jurídica.

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

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

A nuestro entender estas observaciones que hemos realizado constituyen hoy un denominador común que obliga al intérprete, a que, en caso de dudas, sobre la solución de una situación particular, deba optar por aquel temperamento que se traduzca desde el ángulo jurídico-institucional en una revalorización de las reglas que inspiran a nuestro sistema federal.

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

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

## 2.2 Forma de gobierno

De acuerdo con lo señalado en la introducción, la reforma se propuso “atenuar el presidencialismo”. A efectos de lograr que se cumpliera este objetivo

el constituyente introdujo varias modificaciones. Nos proponemos analizar las que consideramos más trascendentes, al tiempo que manifestamos nuestro parecer sobre cada una de ellas, en particular la aplicación de las mismas. Se trata del jefe de Gabinete de Ministros, de las facultades legislativas del presidente de la Nación y de la creación del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento.

### 2.3 *El jefe de Gabinete de Ministros*

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

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

El constitucionalismo estadounidense ha evolucionado encontrando el modo de equilibrar las facultades del congreso y las del presidente. Un importante elemento de contención de este último ha provenido de la ampliación del

<sup>17</sup> BARRAZA Javier I. y SCHAFRIK, Fabiana H. *El jefe de Gabinete de ministros*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 165.

instituto del acuerdo del senado, como requisito para dar validez a las designaciones del ejecutivo. Este acto institucional complejo se aplica no sólo para la designación de jueces, altos oficiales y embajadores, sino que la exigencia se extiende a todos los secretarios de Estado y a los responsables de los principales organismos descentralizados. El mecanismo se ha revelado como una útil herramienta de reequilibrio. El acuerdo del Senado constituye un expediente difícil para muchos presidentes. Tal vez hubiera sido más fácil introducirla en nuestro medio, en lugar de apelar a figuras que dentro de un contexto institucional distinto al de su lugar de origen, corren el riesgo de perder toda razón de ser, en la medida en que hayan sido concebidas para contrarrestar el predominio del presidente.

#### *2.4 Facultades legislativas del presidente de la Nación*

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

La solución que trae aparejada el artículo 76 ha sido la resultante de una evolución de la doctrina de los jueces a lo largo de más de 70 años y por lo tanto la interpretación de las mencionadas cláusulas requiere de la consulta permanente de la misma. Ante todo, queremos destacar el carácter excepcional que posee la delegación legislativa, ya que la base para su aplicación está dada por un principio general que la prohíbe con carácter general y de manera expresa. En el mismo sentido Balbín<sup>18</sup> sostiene que:

[E]l principio general es que los conceptos de administración o de emergencia pública no pueden interpretarse en un sentido amplio ya que configuran una limitación o restricción material a la potestad de delegación, en efecto, las materias que no fueren de administración o de emergencia no pueden ser delegadas por el Congreso en el

<sup>18</sup> BALBÍN, Carlos *Reglamentos Delegados y de Necesidad y Urgencia*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p.287.

presidente. Es decir que, en verdad, el convencional incorporó en el texto constitucional dos limitaciones relevantes respecto de la situación anterior. Así, por un lado, previó el principio de prohibición de la delegación propia y, por el otro, su admisión por vía excepcional pero sólo en materias determinadas o en situaciones especiales. De manera tal que el principio es el de la prohibición y, por lo tanto, su permisión sólo procede por vía excepcional y con carácter relativo en razón de la materia —administración— o de acaecimiento de un estado de cosas —emergencia pública—, toda vez que ante cualquier otro supuesto el principio de prohibición es de carácter absoluto.

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

Como desde la restauración democrática en nuestro país los abusos en el ejercicio de facultades legislativas por parte del presidente fueron adquiriendo una alarmante recurrencia, quienes reformaron la Constitución en 1994, establecieron una serie de requisitos que el primer mandatario debe cumplir para poder dictar decretos de necesidad y urgencia, reglamentos delegados o promulgaciones parciales, sin los cuales éstos carecen de validez. Pero, el ejercicio del control legislativo específico sobre esta actividad excepcional del Ejecutivo requiere de la sanción de una ley especial por parte del Congreso de la Nación, quien ha dado cumplimiento a ese mandato constitucional cuando ya habían transcurrido más de doce años de la reforma. Así se creó finalmente la *Comisión Bicameral Permanente* encargada de ratificar o de dejar sin efecto los decretos-leyes firmados por el presidente de la Nación, tal como lo determinan los arts.99, inc. 3º, 100, inc., 12 y 80 de la Constitución Nacional. Es de destacar que se trata del único mecanismo genuino de control político del ejercicio de estas potestades excepcionales del presidente. Ello, en tanto y cuanto los otros tienen lugar en el interior del mismo poder ejecutivo y están a cargo de funcionarios cuya continuidad depende de la voluntad del primer mandatario y por ende no existe al respecto independencia entre controlado y controlante.

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

Algunos especialistas han tenido una visión más optimista de la enmienda, como lo expresa Manili quien considera que “el artículo 76 ha despertado muchas críticas en la doctrina argentina, de parte de quienes entienden que la delegación legislativa sólo es posible en un sistema parlamentarista y no en uno presidencialista como el nuestro, ya que en aquél los controles más estrechos y el parlamento posee la facultad de destituir al gobierno”<sup>20</sup>. Por nuestra parte entendemos que esta crítica queda inerte frente a lo reseñado más arriba con respecto del sistema norteamericano. También ha sido criticada en el sentido que la constitución ahora permite algo que antes no permitía, a lo cual debemos replicar que no lo permitía la constitución formal, pero —lamentablemente— sí lo hacía la material desde 1927, y con una notoria ampliación desde 1993, como surge de los fallos que hemos analizado. Por último, se la ha criticado por no haber aclarado la oscuridad que siempre existió en nuestro medio acerca de los

<sup>19</sup> SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos I. “Los Controles institucionales en la Constitución Argentina 1853 – 1994”, en *La Ley*, Buenos Aires, 1999, p. 3.

<sup>20</sup> SABSAY, Daniel y ONAINDIA, José, *La Constitución de los Argentinos*, 2ª edición, Buenos Aires, Errepar, 1994, nota al art. 76.

límites de la delegación<sup>21</sup>, observación con la cual coincidimos. No obstante, esas críticas creemos que, nos guste o no nos guste, la norma recoge y refleja la doctrina jurisprudencial preexistente y que es preferible que el tema se encuentre regulado a que no lo esté, para que no vuelvan a permitirse jurisprudencialmente disparates tales como los tolerados por la Corte Suprema en “Cocchia”<sup>22</sup>. Más adelante, agrega que:

[H]asta el presente, el ejercicio por el Congreso de la facultad que le confiere este artículo ha distado de ser el deseable: la ley 25.414, sancionada a principios de 2001 y denominada vulgarmente “ley de superpoderes” confirió un marco normativo excesivamente lábil para el accionar del Ejecutivo y carente de límites precisos, lo cual motivó que, cuando el Ejecutivo hizo uso de esas facultades, invadió ámbitos de competencia exclusiva del Congreso, con una sensible lesión del Estado de Derecho<sup>23</sup>.

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

<sup>21</sup> COLAUTTI, Carlos, “La Delegación de Facultades Legislativas (Reflexiones con motivo de la ley 25.414)” en *Temas de Derecho Constitucional, Cuadernos de Doctrina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, núm. 18, Buenos Aires, 2001, p. 10.

<sup>22</sup> MANILI, Pablo L, “La Delegación de Facultades Legislativas en el Poder Ejecutivo”, en SABSAY, D. A: *Colección de Análisis Jurisprudencial*, Buenos Aires, La Ley, p. 761.

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

Queda visto que en la cuestión de los “superpoderes” se le está delegando al jefe de Gabinete nada menos que la reasignación de las partidas tal como han sido establecidas en la ley de presupuesto. A su vez, éste puede subdelegar esa facultad en otros funcionarios de la administración pública nacional. Todo ello en abierta oposición a la letra y al espíritu de nuestra ley fundamental. Se trata nada menos que la renuncia por parte del Congreso a una porción importantísima de sus facultades en la esfera económico-financiera. Esta increíble dimisión se agrega a las ya efectuadas en materia de deuda externa y hasta en cuestiones de naturaleza impositiva, ya que en diferentes normas de emergencia se le ha concedido al Ejecutivo, de manera exorbitante, este tipo de atribuciones. Además, las subdelegaciones no están autorizadas. De esta manera y por más contradictorio que ello parezca el Legislativo se va despojando de manera alarmante de una porción crucial de sus funciones. Ello, haciendo caso omiso a lo establecido en el artículo 29 de la Constitución que califica de “infames traidores a la patria” a quienes desde el Congreso concedan al Ejecutivo “facultades extraordinarias” o le otorguen “sumisiones o supremacías por la que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna”. En suma, los argentinos estamos frente a una seria disyuntiva, o bien de hacer lo necesario para que nuestra ley fundamental se cumpla; o de lo contrario, deslizarnos hacia una nueva modalidad autoritaria de gobierno.

### *2.5 Poder Judicial*

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

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

propuestos éste designe al titular del cargo vacante, es decir que mantiene la facultad de designación y el Senado la de prestar el respectivo acuerdo.

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

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

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

La ley también disminuye la potestad de *administración del Poder Judicial* en abierta contradicción con el segundo objetivo de la reforma constitucional, por el que se persiguió que se le sustrajera a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores el manejo de cuestiones de superintendencia lo que les posibilitaría

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

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

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

## CONCLUSIONES

Volviendo a la consideración de las transiciones de que hemos hecho referencia, podemos hacer el siguiente balance: la Argentina es un país que, como Nino lo ha expresado, ha tenido una tradición de vivir al margen de la ley. La aspiración de Juan María Gutiérrez se hace esperar. Claro que cuando observamos lo ocurrido en gran parte de las democracias consolidadas, en relación con el tiempo que los ha llevado lograr la consolidación de sus democracias, aparece una luz de esperanza en el sentido de que la continuación del proceso que iniciamos en 1983 pueda llegar a buen puerto. Ahora bien, no podemos dejar

de expresar que numerosos episodios nos generan dudas sobre el logro de tan ansiado objetivo. Quedamos perplejos con el dictado de decretos que invaden áreas legislativas más allá del marco constitucional, con la dificultad de contar con un Poder Judicial independiente, con la escasísima por no decir nula calidad institucional imperante en varias provincias, y, sobretudo con la actitud presidencial de ignorar todos los controles contemplados en nuestro orden jurídico.

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

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

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

<sup>24</sup> Ley 26.122

<sup>25</sup> Confirmar arts. 76, 80 y 99 inc. 3° de la Constitución nacional.

desmedido de decretos delegados, gracias a la sorprendente tendencia del Legislativo a traspasarles potestades propias sin cumplir con las exigencias que contemplada el art. 76.

El constituyente reformador de 1994 consideró necesaria la incorporación al texto de la Ley Fundamental de los tres institutos a que hemos hecho referencia, de modo de establecer, por una parte, la regla general según la cual, las tres herramientas le están prohibidas al primer mandatario. Por otra parte, se le debían conceder excepcionalmente estas facultades, pero rodeadas de un esquema apropiado de controles que impidieran que se continuara con los abusos. Así las cosas, de los artículos 76, sobre delegación legislativa de facultades, 80 sobre promulgación parcial de leyes y 99, inc. 3 sobre decretos de necesidad y urgencia, surge un esquema de fiscalización a cargo del Congreso, que reposa fundamentalmente en una Comisión Bicameral Permanente. Pero el presidente continúa ejerciendo facultades legislativas constitucionalizadas, pero haciendo caso omiso al único mecanismo de control de las mismas, ajeno al poder ejecutivo. Ello, gracias, hasta 2006 a la ausencia de la norma y luego de su sanción, gracias a la latitud que ella tiene.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por último, en la parte dogmática nuestra expresión sólo aparece incluida en uno de los artículos del capítulo segundo —agregado por la reforma—, titulado “nuevos derechos y garantías”. Es en el artículo 41 en el que se consagra el derecho de todos los habitantes “a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras...” Es decir que el desarrollo humano aparecería para el constituyente como un equivalente del desarrollo sostenible. Creemos que es en esta parte del texto constitucional de donde surgiría con mayor vehemencia la concepción de un modelo de desarrollo en el que confluyen las variables ambiental, económica, social y cultural. Se trata de una temática transversal que se deriva de la consideración conjunta de la cuestión ambiental y de su protección y de todo lo atinente a la producción para el desarrollo de una comunidad.

En suma, un balance de la reforma permite sostener que las modificaciones a la parte orgánica de la constitución han llevado al fortalecimiento de las potestades presidenciales y la creación de organismos que reconocen una dinámica ligada a la lógica de reparto de poder entre los partidos, más que al logro de los controles para cuya concreción fueron concebidos. Por el contrario, las modifi-

caciones a la parte dogmática han permitido numerosos avances en el campo de la defensa de los derechos humanos, como ha ocurrido con la frondosa jurisprudencia relacionada con temas como el amparo, entre otros y la incorporación al derecho interno de importantes aspectos de derecho internacional contenido en tratados.

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

La Corte Interamericana de Derechos Humanos que es la jurisdicción encargada de aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos ha tomado partido al respecto. También en este caso nos parece importante dar lectura a uno de los considerandos más importantes de una de sus sentencias más emblemáticas, allí ha expresado que:

[E]sta obligación —hace referencia al control de la observancia de los derechos que la misma contiene—. implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la

<sup>26</sup> SAGÜES, Néstor, “El concepto de ‘desconstitucionalización’”, en *La Ley*, 13-04-2007, pp. 1-3.

Convención, y procurar, además el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos<sup>27</sup>.

Pues bien, precisamente es la falta de controles lo que caracteriza a nuestra realidad institucional. Por ello no podemos sino coincidir con Gargarella, quien sostiene que:

Contamos hoy con un sistema de relación entre los poderes que no asegura el equilibrio que proclamaba en sus inicios, sino que aparece desequilibrado hacia el Poder Ejecutivo, con consecuencias tan previsibles como lamentables: todo el sistema institucional ha quedado ladeado hacia el Ejecutivo. Resulta frecuente (aunque no necesario), por lo tanto, que los aparatos judiciales sistemáticamente se inclinen a favorecer al poder presidencial de turno (que goza de una influencia especial en el nombramiento de los jueces y que disfruta de poderes de presión particulares sobre éstos), como resulta habitual que las legislaturas se conviertan en órganos opacos dependientes de la iniciativa presidencial y sometidos a la autoridad del Ejecutivo. Pasamos entonces del sistema de equilibrios y balances deseado a uno diferente, caracterizado por el sometimiento o, eventualmente, la confrontación entre poderes<sup>28</sup>.

Por este motivo este autor denomina a la parte orgánica “la sala de máquinas”<sup>29</sup>, en tanto asegura que los derechos sean objeto de aplicación y de cumplimiento. Si falla la primera esto irá necesariamente en desmedro de las libertades, pues quedan absolutamente en manos de presidentes sin límites que ejercerán el poder de manera desmedida y haciendo de los gobernados verdaderos súbditos.

## BIBLIOGRAFÍA

- BALBÍN, Carlos *Reglamentos Delegados y de Necesidad y Urgencia*, Buenos Aires, La Ley, 2004
- BARRAZA Javier I. y SCHAFRIK, Fabiana H. *El Jefe de Gabinete de ministros*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- BIDART CAMPOS, Germán *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, EDIAR, Tomo VI.
- BIDEGAIN, Carlos M. *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, Tomo III, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980.

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

<sup>28</sup> GARGARELLA, Roberto, “Los Derechos Relegados de la Constitución”, nota en *La Nación*, Buenos Aires, 5/8/2014.

<sup>29</sup> GARGARELLA, Latin American Constitutionalism, 1810-2010: *The Engine Room of the Constitution*. Oxford, Oxford University Press, 2014.

- Consejo para la Consolidación de la Democracia (CCD): *Dictamen Preliminar sobre la Reforma constitucional*, Buenos Aires, EUDEBA, 1986.
- Consejo para la Consolidación de la Democracia (CCD): *Segundo Dictamen sobre la Reforma constitucional*, Buenos Aires, EUDEBA, 1987.
- Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Presidencialismo y Parlamentarismo*, Buenos Aires, EUDEBA, 1988.
- DÍAZ RICCI, Sergio M. “La reforma de la Constitución”, en: SABSAY, Daniel A. (director) y MANILI, Pablo L. (Coordinador), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires, Hammurabi, Tomo 1.
- FRÍAS, P. J. “El federalismo posible en la Argentina finisecular”, en *La reforma constitucional argentina*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1994.
- \_\_\_\_\_, *Introducción al derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- GARGARELLA, Roberto, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*. Oxford, Oxford University Press, 2014.
- \_\_\_\_\_, “Los Derechos Relegados de la Constitución”, nota en *La Nación*, Buenos Aires, 5/8/2014.
- HERNÁNDEZ, Antonio M, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad. 1991.
- \_\_\_\_\_, *Federalismo, Autonomía Municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma 1997.
- JIMÉNEZ, Eduardo P. *Derecho Constitucional Argentino*, Tomo III, Buenos Aires, EDIAR, 2000.
- LAMBERT, Jacques “La transposition du régime présidentiel hors les Etats Unis: le Cas de l’Amérique Latine” en *Revue de Science Politique Francaise*, septiembre 1981.
- MANILI, Pablo L. *Establecimientos de utilidad nacional*”, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2004.
- \_\_\_\_\_, “La Delegación de Facultades Legislativas en el Poder Ejecutivo”, en SABSAY, D. A: *Colección de Análisis Jurisprudencial*, Buenos Aires, La Ley.
- MIDÓN, Mario A. R. “Decretos de Necesidad y Urgencia” en *La Ley*. Buenos Aires, 2001, p. 19-20.
- NELSON, Christopher M. “An Opportunity for Constitutional Reform in Argentina: Re-Election 1995”, en *Miami Inter-American Law Review*, Miami, p. 7 (Traducción por SABSAY, Daniel).
- NINO, Carlos S. y otros “El Presidencialismo puesto a Prueba”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- PELTZER, Enrique “El Régimen Parlamentario” en *Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia. Anexo a la labor de la Comisión 2*, Buenos Aires, EUDEBA, 1986, p. 113.

- SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos I. “Los Controles institucionales en la Constitución Argentina 1853 – 1994”, en *La Ley*, Buenos Aires, 1999.
- SABSAY Daniel A. y ONAINDIA Jose M. *La Constitución de los argentinos*, 7º Edición, Buenos Aires, ERREPAR, 2009.
- \_\_\_\_\_, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2011.
- \_\_\_\_\_, “Jefe de Gabinete de Ministros”, en Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo VII, Apéndice, Buenos Aires, Ed. Driskill, mayo/ 1996.
- SAGÜÉS, Néstor, “Dificultades operativas del “control de convencionalidad” en el Sistema Interamericano”, en *Diario “La Ley”*, Buenos Aires 11-08-2010.
- \_\_\_\_\_, “El concepto de ‘desconstitucionalización’”, en *La Ley*, 13-04-2007.
- SEISDEDOS, Felipe: “Establecimientos de utilidad nacional”, en PÉREZ GUILHOU, Dardo y otros *Atribuciones del Congreso argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1986.



## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



MANILI, PABLO L.  
*TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO  
Y COMPARADO. BUENOS AIRES, LA LEY, 2021*  
(ISBN 978-987-03-4087-4)

Por JUAN C. CASSAGNE

La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires no puede menos que regocijarse ante un acontecimiento académico cultural como es la presentación de un tratado de seis tomos sobre Derecho Constitucional argentino y comparado, escrito por el Dr. Pablo Luis Manili, profesor titular de la materia en esta casa de estudios.

Para el genial Ortega y Gasset, la misión de la universidad consiste en conjugar la docencia y la transmisión de la cultura, junto con la investigación, la transferencia del conocimiento y la dimensión social de la institución.

Ninguna duda me cabe que este tratado del Dr. Manili, por las razones que seguidamente daré, cumple con creces con esa misión, y contribuye a afianzar, si cabe, el prestigio que ha sabido ganar nuestra Facultad y en general, la UBA, en el mundo iberoamericano y comparado. Una sucinta explicación basta para demostrar el aserto de lo que afirmo.

Esta Facultad, como órgano de la Universidad, constituye una usina de cultura que conforma una comunidad dedicada primordialmente al estudio, a la enseñanza y a la investigación de la ciencia jurídica, en un escenario donde se cultiva el pluralismo y el respeto por las ideas opuestas, es decir, la libertad con mayúsculas. Si alguien preguntara que tienen en común los profesores que prestigian su claustro universitario, la respuesta surge palmaria: la defensa de la democracia y de los principios del Estado de Derecho (en sus diferentes modelos) que proclama la Constitución histórica, con las reformas posteriores que la completan con los derechos fundamentales o humanos los cuales, junto a los tratados con jerarquía constitucional, integran el llamado bloque de constitucionalidad.

En ese ambiente se cultiva un género de amistad que es propio de los que profesamos la disciplina científica que enseñamos, escribimos y practicamos. Se trata de una forma de amistad en la que prevalece el genuino interés por el conocimiento, por la doctrina y por la jurisprudencia, cualquiera fuera la especialidad que se escoja en el campo de la ciencia.

Precisamente, en ese contexto recibí la invitación del Dr. Manili para presentar este Tratado, la que agradezco vivamente en la medida que revela la fortaleza que posee la amistad universitaria que, aun sin necesidad de extremarla, nos convoca a la tarea de unirnos en pos de objetivos comunes que, en el caso, están representados por la defensa de la Constitución y los derechos fundamentales o humanos de las personas. Confieso que he disfrutado con la lectura de este Tratado ya que sin la pretensión de ser calificado de constitucionalista gracias a mis dos grandes maestros en esta Facultad: Miguel S. Marienhoff y Jorge Tristán Bosch tuve una predilección por el estudio del Derecho Constitucional. Ellos me inculcaron lo que Ortega llamaba las creencias, que son algo más que las meras ideas; la creencia en la Constitución y de que el Derecho Administrativo, sustancialmente, es derecho público constitucional, concretado en forma primordial en casi todas las relaciones que entabla la Administración con los particulares.

La tarea misma de incursionar en este Tratado resulta un verdadero atractivo científico para conocer el pensamiento integral de uno de nuestros más destacados publicistas argentinos y me adelanto a decir que su autor cumple fielmente con la finalidad que persigue, en cuanto refleja una visión integral de la materia constitucional argentina y comparada, es decir, una suma de conocimientos básicos expuestos en forma objetiva y ordenada. Porque a diferencia del ensayo, el tratado no pretende agotar un determinado tema o tesis. Su función esencial radica en la enseñanza de la ciencia del derecho a través de la descripción e información y comentarios sobre el texto constitucional, sus teorizaciones más trascendentes y la jurisprudencia que lo vivifica y lo torna dinámico.

Sin embargo, como acontece con los grandes juristas, el Tratado que presentamos, expone ideas y creencias lo cual conduce a un implícito debate intelectual con quienes no profesan las posturas que propugna su autor. La estructura adoptada respeta el lineamiento clásico que la doctrina constitucional suele realizar cuando separa el abordaje de la llamada parte dogmática (que incluye los derechos y las garantías que brinda la Constitución a todos los habitantes de la Nación Argentina), del estudio de la parta referida a los órganos y entes que ejercen el poder del Estado. Ese examen se extiende a la triada de poderes y se completa con el análisis de la noción y contenido real del Estado y del Federalismo, el armazón que legitima y limita, a la vez, la actividad de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, al que añade una sección para explicar la organización y el funcionamiento de los entes de control que incorporó, a nuestra Carta Magna, la Reforma Constitucional de 1994.

Debemos destacar lo acertado del criterio que escoge el autor en cuanto al diseño y contenido de las secciones que sirven como pilares del edificio dogmático de la Constitución: las distintas cuestiones y problemas que plantea la teoría constitucional y el derecho internacional e los derechos humanos o fundamentales (como preferimos denominarlos), temas que configuran los tomos I y II del Tratado. Cabe aclarar, también, que cada una de las secciones que componen

los seis tomos de la obra se encuentra dividida en varios capítulos que ameritan la profundidad y el alto grado de sistematización que alcanza esta obra al describir, con buena pluma, la amalgama que se produce entre la raíz histórica de la Constitución y la dinámica que la actualiza en forma armónica y constante, manteniendo, sin embargo, la esencia de sus principios fundamentales.

Como toda presentación de una obra de semejante magnitud resulta imposible que pretenda exponer en este acto, la opinión que nos merece el contenido de cada uno de los capítulos del tratado que tenemos el honor de presentar esta tarde. En ese sentido, nuestras reflexiones apuntan a reflexionar sobre tres aspectos de su contenido.

En primer término, la firme creencia de que las fuentes de la Constitución Argentina se hallan, fundamentalmente, en el Proyecto elaborado por Alberdi en 1852 que, si bien, tomó como modelo la Constitución de Filadelfia, exhibe diferencias, entre otras cosas, en el diseño del sistema judicial de la Constitución, como ha sostenido la doctrina más autorizada. En efecto, la fuente del actual art. 109 de la CN, se encuentra en la Constitución chilena de 1833, lo que nos conduce, indirectamente, a los artículos 242 y 243 en la Constitución de Cádiz de 1812, raíces indubitables del precepto chileno. De ahí que en la Constitución Argentina impere el principio del control judicial suficiente con amplitud de debate y prueba, que no se admitan la jurisdicción administrativa primaria como cláusula general ni la doctrina de la diferencia. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es terminante al respecto.

El segundo de los aspectos que deseo resaltar es la creencia que sustento en el sentido de que este Tratado traduce un repertorio de los principios fundamentales que rigen el orden constitucional, en línea con lo señalado en relación a la Constitución española por un catedrático de ese país al que personalmente admiro. Porque, para Manuel Aragón Reyes el derecho que fluye de la Constitución Española es un derecho por principios. Y aunque el autor no declara su adhesión expresa al movimiento principialista que abarca en arco bastante amplio de concepciones iusfilosóficas (desde las diferentes tendencias del iusnaturalismo hasta el pospositivismo de Alexy, Dworkin y Nino), encuentro que hay una gran semejanza y armonía entre muchas de sus posturas y las concepciones principialistas. En esa inteligencia, no podemos dejar de mencionar nuestra conformidad con lo que afirma en el Prólogo de este Tratado cuando sostiene que la disciplina del derecho constitucional “es la que resguarda y garantiza la libertad, la república, la democracia, el bienestar general y la justicia”.

El capítulo que dedica a los principios fundamentales del derecho constitucional reafirma, a mi entender, el carácter principialista que domina la esencia de este Tratado en el que luce un equilibrio armónico entre los principios de legalidad y de razonabilidad, cuyo *test* de interpretación al momento de efectuar un examen sobre la validez constitucional de una norma refleja la combinación de ambos principios.

Resulta particularmente remarcable la función que atribuye el profesor Manili a los principios *pro homine* y *favor debilis*, que un iusnaturalista, como

el que les habla, no puede dejar de asentir, sobre todo en el modo en que los armoniza con los demás principios fundamentales.

Ahora que se ha puesto de moda en la jurisprudencia de la Corte la técnica de la ponderación de Rober Alexy, seguida en la jurisprudencia de varios Tribunales europeos, hay que advertir sobre los riesgos de que los jueces se conviertan en legisladores. En este sentido vale recordar que Atienza limita esa técnica interpretativa a los supuestos de lagunas normativas o lagunas axiológicas para cubrir el vacío existente en el ordenamiento, o bien, como reconoce en última instancia Finnis, para poder apartarse del texto expreso de la norma, hallarse ante una situación de injusticia extrema o manifiesta. Como es sabido, la pérdida de la centralidad de la ley como fuente del sistema jurídico y la inserción de los principios generales han traído no pocos problemas de interpretación, que han de resolverse de un modo justo sin lesionar la autoridad y prevalencia que cabe reconocerla siempre al derecho positivo sobre las otras fuentes del derecho.

Antes de finalizar estas reflexiones permítaseme incurrir en algo que puede considerarse una digresión, relacionada como corresponde con el contenido de este Tratado. En efecto, al volver a leer el capítulo final del Tomo I, en el que aborda la evolución histórica del derecho constitucional pude admirar la cultura jurídica que encierra y al describir el camino histórico, recorrido por el derecho constitucional, volví a confirmar —como no podía ser de otra manera— la trascendencia que tuvo en su desarrollo el antiguo derecho español, en línea con lo que venimos sosteniendo hace más de una década. Adviértase que nada menos que Estanislao Zeballos, en oportunidad del primer viaje de Ortega a la Argentina en 1916, tituló su discurso “Influencia de las instituciones visigodas en Argentina” y que una tendencia semejante se sustenta en valiosos ensayos (Linares Quintana, Rodríguez Varela, Dalla Vía y otros), así como en excelentes monografías, como la de Steverink Gonnet —“La Universidad de Salamanca y la Constitución Americana”—.

Finalmente, vaya una discrepancia que entiendo no desentona con el mérito que le atribuyo a la obra la cual, hecha con todo respecto intelectual y consideración por la opinión opuesta, como nos han enseñado nuestros maestros desde siempre en esta querida Facultad. Se trata de la cuestión vinculada al principio de supremacía constitucional en la que mientras algunos constitucionalistas, como el Dr. Manili, sostienen la paridad jerárquica ente los preceptos de la Constitución y los de los Tratados Internacionales que poseen jerarquía constitucional siguiendo a Germán Bidart Campos, otros, entre los que me incluyo, pensamos y creemos que la Suma Regla sigue siendo la Constitución formal y material de 1853-60, con las reformas de 1866, 1898 y 1994.

En resumidas cuentas, estamos ante una obra bien pensada y escrita en un lenguaje claro y sencillo, que al propio tiempo exhibe una profundidad remarcable. Su autor ha consagrado muchas horas de su vida a la enseñanza del

derecho y se ha volcado con pasión al campo de la producción científica del derecho constitucional, tanto del derecho vernáculo como comparado, dejándonos un rico legado de libros, ensayos y artículos de doctrina, así como su participación como director de importantes obras colectivas.

Este Tratado viene a ser algo así como la culminación de una etapa de su labor doctrinaria en la que recoge las pautas de una siembra fértil en conocimientos y razones.

Reciba entonces Dr. Manili mis felicitaciones más cordiales.



DALLA VIA, ALBERTO R.  
*DERECHO ELECTORAL. TEORÍA Y PRÁCTICA*. BUENOS AIRES,  
RUBINZAL-CULZONI EDITORES, 2021 (ISBN 978-987-30-2257-9)

Por PAULA SOLEDAD SUÁREZ \*

El “Derecho Electoral. Teoría y Práctica” es la última obra doctrinaria del prestigioso y distinguido jurista Alberto Ricardo Dalla Via.

Este libro logra combinar —con la inteligencia y claridad que caracteriza al autor— los conceptos y principios teóricos del Derecho Electoral con la práctica a través de la jurisprudencia característica del fuero. Una combinación compleja, pero de lectura sencilla, que solo es posible en la trayectoria profesional y académica del autor.

Cabe destacar, y no es un dato menor, el hecho que esta producción científica sea narrada a partir de la experiencia de un juez y profesor que —como bien señala el autor en su prólogo— “ha debido aplicar con prudencia los principios del Derecho Constitucional a la realidad política argentina”.

Encontrar el justo equilibrio en la tarea de los jueces es de gran importancia, pues como decía Alexis de Tocqueville “...es a menudo tan pernicioso quedarse como excederse; [...] por ello los jueces no deben ser solamente buenos ciudadanos, hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados. Es necesario encontrar en ellos hombres de Estado; es necesario que sepan discernir el espíritu de su tiempo...”<sup>1</sup>; y quien tenemos el honor de conocer a Alberto R. Dalla Via podemos afirmar con certeza que se trata de ese hombre de Estado del que habla el autor francés.

El libro que reseñamos es una de las pocas obras que encontraremos en el patrimonio jurídico-electoral que analiza, en forma integral, sistémica y práctica, todo el sistema electoral argentino. A través de una propuesta de seis capítu-

\* Profesora regular de la Facultad de Derecho, UBA. Subsecretaria de la Cámara Nacional Electoral. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, de la Asociación Internacional de Derecho Electoral, e integrante de la Asociación de Magistradas Electorales de las Américas (AMEA).

<sup>1</sup> DE TOCQUEVILLE, Alexis. *De la Démocratie en Amérique*, t. II, Gallimard, Paris, 1951, p. 154.

los y un total de ciento un apartados, desarrolla todos los tópicos de la materia de una forma simple, profunda y eficaz.

De su sola lectura, se desprende un amplio acervo jurídico acompañado de la formación en ciencias políticas, un vasto conocimiento histórico, y una elocuencia propia de la experiencia judicial. Nos atrevemos a decir que una idea del autor resume la forma con que serán tratados los temas: “posiblemente porque siempre me gustó llamar a las cosas por su nombre, entiendo al Derecho Electoral como una rama del Derecho Constitucional” (cf. página 8).

De los seis capítulos con que cuenta este libro, cinco capítulos centrales versan sobre los grandes temas del Derecho Electoral: 1. El Derecho Electoral, 2. La Organización Electoral, 3. El Sufragio y la Representación Política, 4. Los Sistemas Electorales y los Partidos Políticos, y 5. El Proceso Electoral. Y, un capítulo más —final, adicional y quizás con intensión de ser “transitorio”— que trata sobre “Las Elecciones en Tiempos de Pandemia”; como una conclusión doctrinaria y reflexiva sobre las cuestiones electorales y otras particularidades que ocasionó (cuestionó) la Pandemia del COVID-19 en el año 2020, en la República Argentina.

El Capítulo 1 comienza con una doble definición del Derecho Electoral: en sentido amplio y en sentido estricto.

En sentido estricto, se circunscribe al derecho de elegir y ser elegido; así, como a los procesamientos legales, que aseguran tales derechos y que conforman el *debido proceso electoral* como garantía de un Estado de Derecho. En sentido amplio, el Derecho Electoral abarca una cantidad de materias conexas y que contribuyen a que el derecho a elegir y ser elegido se haga posible y esté garantizado, como son las materias referidas a los partidos políticos, al financiamiento de los partidos y campañas, a la organización electoral en el territorio, a los procedimientos y a una cantidad de aspectos complementarios de esos (cf. página 16).

Por otra parte, hace propias las palabras del Fallo CNE 3791/07 de la Cámara Nacional Electoral, para afirmar que:

[E]l derecho electoral tiende a garantizar la efectiva vigencia del principio democrático de la representatividad popular, razón por la cual los jueces electorales tienen a su cargo todo lo relativo a la organización, dirección y control de los procesos comiciales, entendidos como el conjunto de actos regulados jurídicamente y dirigidos a posibilitar la auténtica expresión de la voluntad política del pueblo (cf. página 17).

A su vez, nos aclara que el Derecho Electoral no es autónomo, sino que es una rama del Derecho Constitucional, porque debe responder a los principios generales de esa disciplina; especialmente al principio de supremacía y de unidad interpretativa (cf. páginas 17 y 29).

Plasmadas las definiciones expuestas, aclara que en 1962 existe una falsa coincidencia entre el Caso Baker y la creación de la Justicia Nacional Electoral. Pero resalta que no existen razones para considerar a la materia electoral como una cuestión política no justiciable. Y, a su vez, aclara que los precedentes de la Cámara Nacional Electoral son de seguimiento obligatorio para el propio tribunal, así como para los jueces federales con competencia electoral y para las juntas electorales nacionales (cf. artículo 6° de la ley N.° 19.108).

Con el espíritu práctico que caracteriza la obra —sin descuidar la preocupación teórica— nos comunica que el sistema electoral argentino se construye normativamente a partir del Código Electoral (aprobado por la Ley N.° 19.945); y todo el entramado de las Leyes N.° 18.108, 23.298, 24.007, 25.262, 25.615, 24.747, 25.432, 26.571, 27.337, 27.412, y 27.504.

En el Capítulo 2, el autor se ocupa de describir la organización electoral. Es decir, a todos los mecanismos institucionales creados por un Estado para asegurar el normal ejercicio de los derechos políticos electorales. Y, siguiendo a Hans Kelsen, afirma que el verdadero derecho subjetivo no es aquel que este enunciado en una norma; sino aquél cuyo ejercicio se encuentra garantizado a través de sanciones que el ordenamiento jurídico prevé para el caso de su vulneración. Así también, como es necesaria la garantía de un sistema jurisdiccional destinado a asegurar la imparcialidad de juicio y el debido proceso en su cumplimiento (cf. página 75).

Para demostrar el punto en nuestro sistema nos instruye que la Justicia Nacional Electoral es permanente y de doble instancia. Está constituida por la Cámara Nacional Electoral, como órgano máximo en la materia; y veinticuatro (24) jueces federales de primera instancia con competencia electoral. Esta distribución obedece a que el país está dividido en 24 distritos electorales: uno por cada Provincia más la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Y, así también, define —en forma clara— que las funciones de la Justicia Nacional Electoral son de cuatro tipos: a) judiciales; b) de control; c) de administración electoral, y d) registrales (cf. página 77).

En el Capítulo 3 comienza con un concepto clásico: “la democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”. Para luego, indagar en los alcances del mandato representativo. Entre otras cuestiones analiza el caso Pagani (Fallo CNE 3738/06, relacionado con el nuevo verbo popular *borocotizar*). En dicha causa, se trató de un presunto caso de transfuguismo, y la Cámara Nacional Electoral expuso una cantidad de consideraciones acerca de la inconveniencia de tales prácticas para el sistema democrático (cf. página 91 y 92).

Asimismo, aborda el cuerpo electoral, como parte fundamental y contenido del sistema electoral. En este punto —como otros tantos de la obra— podemos disfrutar la formada utilización de la Ciencia Política por parte del Dr. Alberto R. Dalla Via. Encontramos un enfoque que —sin abandonar su terreno jurídico— se nutre y crece en las nociones sobre los conceptos políticos. Y, así también, nos explica cómo funciona el Registro Nacional de Electores.

Posteriormente, define el sufragio como un derecho público de carácter político y sus diversas concepciones en cuanto a su naturaleza jurídica. Como las cuestiones sobre las inhabilidades y la inelegibilidad para elegir y ser elegido. Trata temas tan importantes como las candidaturas, las candidaturas independientes y la reelección presidencial. Todo ello para referir a la participación de los sujetos en el ordenamiento jurídico-electoral.

El Capítulo 4, explica al sistema electoral como la ingeniería jurídica modular del Derecho Electoral. Aquí nos propone ver la unión que surge inevitable entre los sistemas electorales y los partidos políticos; dado que existen múltiples relaciones e influencias. Citando a Dieter Nohlen, explica que la opción entre las formas de gobierno suele identificarse entre presidencialismo y parlamentarismo; y que la elección entre los sistemas electorales suele presentarse entre la representación por mayoría o por la representación proporcional; siendo estas las opciones básicas del orden constitucional (cf. páginas 231 a 233).

Quisiéramos destacar la nota 5 de este capítulo, porque nos permite apreciar la madurez jurídica del autor en sus reflexiones sobre la cuestión. En este texto narra —con estilo de anécdota— como se definió en nuestro país el concepto “presidencialismo en su sustrato cultural más personalista”.

A su vez, el autor no elude temas como la “crisis de la representación”. Por eso, extraemos como síntesis sus palabras cuando enuncia que:

[F]orzosamente hemos de admitir que en la democracia del presente la representación sólo se puede canalizar a través de los partidos. La experiencia nos enseña que cuando los partidos políticos desaparecen, los que los sustituyen son los grupos de presión, los magnates de las finanzas o los demagogos con vocación de dictadores (cf. página 263).

Y, en tal sentido, reflexiona sobre la actualidad e importancia de los partidos políticos y dice que:

Del balance del siglo XX resulta que son los partidos, en definitiva, los que han podido encauzar las distintas vertientes ideológicas (izquierdas y derechas) en partidos de cuadros y las distintas clases sociales que se fueron incorporando al sistema de decisión política por intermedio de los partidos de masas (cf. página 280).

Finalmente, en este —quizás uno de los capítulos centrales de esta obra— se destacan las demás cuestiones sobre partidos políticos: 1) La regulación legal establecida por la ley N.º 23.298 y modif. (en particular, la distinción de la personalidad civil y personería jurídico-política); 2) El sistema federal y la relación con los partidos nacionales y de distrito; 3) Las diferencias de alianzas electorales de las fusiones y confederaciones; 4) La rendición de cuentas de los partidos políticos establecido por el artículo 38 de la Constitución Nacional y reglamentado por la Ley 26.215 y modif. (citando a Max Weber “uno de los

puntos más oscuros y difíciles de desentrañar dentro del sistema democrático es el financiamiento de los partidos políticos”); 5) El ámbito de reserva del partido (que implica la abstención de intervención de la justicia electoral en la vida interna de los partidos políticos y, en caso, de ser necesario con un carácter de *ultima ratio*); 6) Las afiliaciones; 7) Las caducidades en la ley N.º 23.298 y modif.; 8) La democracia interna; y 8) El debate sobre las Primarias Abiertas, Simultáneas y Obligatorias (PASO).

El Capítulo 5 comienza con el concepto de debido proceso electoral y concluye con los debates presidenciales obligatorios. Trata cómo sucede (debe suceder) el acontecimiento fundamental del proceso electoral: el día de la votación. La “punta del iceberg” de toda la maquinaria que funciona para que la ciudadanía manifieste su voluntad. En este desarrollo, analiza la campaña electoral, los actos preelectorales, la oficialización de boletas, el acto electoral, escrutinio, faltas y delitos electorales, publicidad electoral, financiamiento público de campaña y límites de gastos, encuestas y sondeos de opinión, nuevas tecnologías, redes sociales, entre otros tantos temas relevantes para la disciplina que hoy nos ocupa.

Finalizada esta recensión, podemos realizar tres afirmaciones.

Primero, que esta obra marca un punto de inflexión en la materia como un estudio sistemático (fondo) y multifacético (forma). Segundo, luego del camino comenzado hace cuarenta años, la Democracia se ha fortalecido por los avances del Derecho Electoral, pues este último ha sido una herramienta fundamental para alcanzar con éxito dicho logro. Tercero, ambas situaciones coinciden en ser un punto de partida para aquellos que anhelamos el buen porvenir de la vida político-institucional de nuestro país.

Y, aunque compartimos las palabras del autor, cuando asegura que “la ebullición política es un dato para tomar en cuenta en la materia electoral pero no puede ni debe ser la razón por la cual se tomen o hacia donde se inclinen las decisiones” (cf. nota 15 –página 25); como decía Calvino<sup>2</sup> (en los pensamientos de Amerigo), aunque no nos hacemos demasiadas ilusiones, no dejamos de creer que una obra como la presente sirve para las conquistas que se avecinan a favor de la Democracia y de un Estado de Derecho Constitucional.

En esta oportunidad, la *Revista Jurídica de Buenos Aires de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires* realiza un homenaje a los 170 años de la sanción de la Constitución Nacional y los 40 años de la recuperación de la Democracia.

<sup>2</sup> “Amerigo había aprendido que los cambios en política se producen por caminos largos y complicados, y que no era cosa de esperárselos de un día para otro, por un giro de la fortuna. Para él, como para otros muchos, la experiencia había significado volverse un poco pesimista. Por otra parte, estaba la consigna de que es necesario seguir haciendo lo que se pueda, día a día. En política como en todas las cosas de la vida, y para quien no es un poco necio, sólo cuentan dos principios: no hacerse demasiadas ilusiones y no dejar de creer que cualquier cosa puede servir” (cf. ITALO CALVINO, “*La Jornada de un Escrutador*”, Ediciones Siruela, 1999, página 16).

Estamos viviendo un contexto de extrema complejidad, pero es hora de reconstruir la región y de fortalecer el sistema institucional democrático. En este marco, se debe apreciar la relevancia del papel que representa el sistema jurídico al dotar al organismo estatal en su conjunto de las normas y los principios que les dan fundamento, orientación y cohesión a sus instituciones, sus actos y sus objetivos.

Desde luego, esta referencia constante al marco legal y que es (debe ser) la esencia del Estado de Derecho, no es sino la autolimitación del propio Estado por normas jurídicas que responde más a la necesidad legitimadora de transparencia, legalidad y gobernabilidad democrática que a un poder omnímodo y supremo.

En ese contexto, no podíamos dejar de comentar esta valiosa obra de quien es no solo uno de los juristas más lúcidos de nuestros tiempos sino uno de los representantes más destacados en el campo del Derecho Constitucional y la Ciencia Política.

En síntesis, quien quiera aprender, investigar o profundizar sus conocimientos sobre el Derecho Electoral; o para quienes hacen “profesión de la política arquitectónica” (utilizando las palabras del autor), no puede dejar de consultar este libro —resultado de una inteligente reflexión— como referencia insoslayable.

## PAUTAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

La *Revista Jurídica de Buenos Aires*, fundada en 1957 bajo la dirección del Dr. Ignacio Winizky, es una publicación bianual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que contiene trabajos de doctrina de juristas del medio local y del extranjero. En los últimos años se ha adoptado la modalidad de publicar números temáticos, bajo la dirección de un/a coordinador/a, que concentran trabajos sobre una determinada área de estudio, sistematizándolos de modo tal que el/la lector/a pueda acceder a distintas visiones al respecto.

Los trabajos presentados para su publicación deben ser originales, inéditos y no pueden postularse simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales. Además, deben contener aportes de singular relevancia para la disciplina. Las colaboraciones pueden ser artículos, ensayos o reseñas de libros, referidos a temas jurídicos o afines. Se recibirán textos redactados en español, portugués o inglés, o bien traducciones de trabajos escritos en lenguas extranjeras.

## PROCESO DE EVALUACIÓN

Los textos recibidos serán sometidos a evaluación por pares nacionales e internacionales especialistas en la temática, en parte externos a la entidad editora, bajo la modalidad de referato doble ciego: anonimato de autores y examinadores durante el proceso de evaluación.

El proceso de evaluación consta de tres fases:

1. La Dirección y el Consejo Editorial seleccionarán, de acuerdo con los objetivos de la Revista, aquellos trabajos que resultan relevantes y oportunos para ser sometidos a evaluación y para su posible publicación.

2. Los trabajos escogidos serán enviados (bajo anonimato de los/as autores/as) a un/a evaluador/a externo/a experto/a en la temática. Desde la fecha de recepción, el/la evaluador/a tendrá 30 (treinta) días para evaluar el trabajo y devolverlo junto a su dictamen.

Los posibles resultados de la evaluación por pares son:

a) Se recomienda su publicación.

b) Se sugieren revisiones o modificaciones para su eventual publicación posterior.

c) No se recomienda su publicación.

3. Los/as autores/as de los trabajos propuestos recibirán información, de parte de la entidad editora, acerca de los resultados del proceso de evaluación. Los/as autores/as que deban realizar modificaciones las realizarán dentro del lapso fijado por la Dirección de la Revista, quien remitirá al/a la evaluador/a correspondiente el texto modificado para su aceptación o rechazo. Una vez que se devuelva la evaluación a la Dirección, se comunicará a los/as autores/as la decisión respecto de la publicación.

## REQUISITOS Y ENVÍO

1. La entrega de los artículos para el primer número de cada año se realiza en diciembre del año anterior, mientras que la de los artículos destinados al segundo número se realiza en mayo del año en curso. Todos los artículos deben tener relación con la temática específica propuesta para cada número de la *Revista*.

2. Cada número deberá contener una presentación por parte del/de la coordinador/a.

3. Los artículos deben tener como mínimo 6000 palabras y como máximo 10000, sin incluir la bibliografía.

4. Los originales deberán cumplir los requisitos aquí enumerados y observar las pautas de estilo y cualquier consulta que surja deberá remitirse a la Dirección de la Revista o al Departamento de Publicaciones.

5. Los trabajos se presentarán ante la Dirección de la Revista a través del/de la coordinador/a por correo electrónico. El archivo deberá contener, respecto de cada trabajo, los siguientes datos: nombre del artículo, nombre del/de los autor/es, fecha de finalización del documento y fecha de entrega. Los archivos deben estar en una versión actualizada de formato Word, preferentemente en sus últimas versiones.

6. Junto al artículo, los/as autores/as deberán aportar un resumen biográfico que incluya: nombre/s y apellido/s completo/s, profesión, cargo actual, afiliación institucional (con indicación del país y la ciudad donde se radica la institución), nacionalidad, teléfono, dirección postal y electrónica. Cada trabajo que se publique incluirá, al menos, una dirección de e-mail de alguna/o de sus autores/as.

## PAUTAS DE ESTILO

1. El texto debe presentarse en tamaño de página A4, con márgenes superior e inferior de 2,5 cm, derecho e izquierdo de 3 cm. Debe emplearse fuente Times New Roman, tamaño 12. El interlineado debe ser simple y cada párrafo tendrá una sangría de primera línea de 1 cm. No deben emplearse espacios adicionales antes o después de los párrafos. En las notas a pie de página se colocará sangría de primera línea de 1 cm, se empleará Times New Roman, tamaño 10 y el interlineado será también simple. El texto y las notas deben estar justificados.

2. El **título** del trabajo deberá expresarse en el idioma del artículo, en mayúscula y centrado.

3. Si el artículo presentado es una traducción, esto deberá indicarse en la primera nota al pie con formato símbolo \*, a continuación del título, de acuerdo con la siguiente estructura y completando los datos señalados en el modelo:

\* Publicado originalmente como <título en inglés> en <fuente de donde fue extraído el artículo original>. Traducción al español realizada por <nombre y apellido del/de la traductor/traductora, cargo o profesión, lugar donde estudia o trabaja>.

4. El nombre del autor debe ubicarse debajo del título del artículo, seguido de “Por”, alineado a la derecha y en mayúscula. Allí debe incluirse una nota a pie con formato símbolo \* (o \*\* en caso de contar con la nota del caso del punto 3) donde debe consignarse el cargo o profesión del/de la autor/a y una breve referencia académica indicando cargo docente (si corresponde) e institución. Asimismo, pueden incluirse agradecimientos del/de la autor/a.

5. A continuación debe incluirse un **resumen** del trabajo que no exceda de 250 palabras (en notas y trabajos breves bastará con 100 palabras) y un **listado de cinco palabras clave**. Los títulos “Resumen:” y “Palabras clave:” serán en negrita y su texto en cursiva y ambos con sangría de primera línea de 1 cm. Deberán expresarse en el idioma del artículo.

6. Inmediatamente después, debe colocarse la traducción al inglés del título del artículo en mayúscula, centrado y debajo de este el resumen traducido al inglés (Abstract) junto con las palabras clave (Keywords) con similar pauta de estilo.

7. Las fuentes empleadas deberán especificarse correctamente mediante el empleo de **referencias bibliográficas**, así como en el **listado de bibliografía**. Deberán seguirse las siguientes indicaciones:

7.1. Las citas directas que superen (aproximadamente) los 330 caracteres se escribirán en párrafo aparte, separadas por un espaciado superior y uno inferior del cuerpo, sin interlineado, en tipografía redonda (sin comillas ni cursivas), justificadas y con sangría de 2.5 cm, izquierda y derecha. Las citas directas con menos de 330 caracteres, en cambio, respetarán el formato del cuerpo del texto, consignándose entre comillas y en tipografía redonda.

7.2. Se deberán incluir a pie de página las notas y referencias bibliográficas. Estas deberán realizarse de la siguiente manera: los apellidos del/de la autor/a irá en mayúscula, el nombre en minúscula, los títulos de libros irán en cursiva sin comillas, seguido de la ciudad de publicación (en castellano), la editorial, el año de publicación y el número de la/s página/s en ese orden. Si se trata de un artículo, el título irá entre comillas y el nombre de la revista en cursiva. Si se trata del capítulo de un libro colectivo, el título irá en comillas, seguido del apellido y nombre de las/os editores/as del volumen, los títulos de libros irán en cursiva sin comillas, seguido del lugar de publicación, la editorial, el año de publicación y el número de la/s página/s en ese orden. Los textos provenientes de páginas web deberán indicar luego del título la indicación de la procedencia y la fecha de última consulta.

A modo de ejemplo:

*Libros*

FOUCAULT, Michel, *Securité, territoire, population*, París, Seuil/Gallimard, 2004, p. 199.

*Artículos de Revistas*

MUÑOZ BRAVO, Tomás, “Política migratoria en Argentina como respuesta a las crisis económicas y a procesos de integración regional” en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, N° 119, México, UNAM, mayo-agosto de 2014, pp. 87-116.

*Capítulos de libros*

BOTHE, Michael, “The WHO Request”, en BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 103-111.

*Material de internet*

ZEGVELD, Liesbeth, “The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case”, disponible en <<http://www.cicr.org>> (consultado el 4/2/2007).

7.3. Al final del documento se incluirá un listado de bibliografía, incluyendo todas las fuentes consultadas para la elaboración del trabajo presentado, conforme a las pautas de estilo mencionadas.

8. Elementos complementarios:

8.1. Las tablas y figuras deben incluirse en las páginas del texto y numerarse consecutivamente (figura 1, cuadro 1, etc.). Deben estar acompañadas por la fuente y el título. Los archivos originales en formato Microsoft Excel o en programas de gráficos deberán enviarse adicionalmente en un archivo digital separado.

8.2. Las fotografías e imágenes deberán cumplir con los requisitos de numeración, fuente y título mencionados. Deberán tener una resolución superior o igual a 300 dpi. Cuando no fueran obra del/de la autor/a del artículo, se requiere que se envíen acompañadas por la autorización de reproducción del titular de los derechos de dichas imágenes.

8.3. En el caso que sea necesario, los elementos complementarios que integran el documento serán entregados en el soporte y tipo de archivo que sea acordado oportunamente con la Dirección de la Revista.

9. Los títulos y subtítulos del texto deben respetar la siguiente jerarquía:

TÍTULO GENERAL (Mayúscula y centrado)

Por NOMBRE AUTOR

**Resumen:**

**Palabras clave:**

TÍTULO GENERAL EN INGLÉS (Mayúscula y centrado)

**Abstract:**

**Keywords:**

INTRODUCCIÓN (Mayúscula y centrado)

1. TÍTULO (Capítulo) (Mayúscula y centrado)

1.1. *Subtítulo (cursiva, sin sangría y en minúscula)*

1.1.1. *Título (cursiva, sin sangría y en minúscula)*

1.1.2. *Título (cursiva, sin sangría y en minúscula)*

2. TÍTULO (Capítulo) (Mayúscula y centrado)

CONCLUSIONES (Si hubiera, mayúscula, centrado)

BIBLIOGRAFÍA (Mayúscula, centrado)

## DERECHOS DE PUBLICACIÓN

El envío de un trabajo para su publicación implica, por parte de su autor/a, la autorización para su reproducción (salvo expresa renuncia), por cualquier medio, soporte y en el momento en el que se considere conveniente por la Revista. Los originales entregados no serán devueltos.

Los/as autores/as, al postular un trabajo para su publicación, ceden todos los derechos de distribución y difusión de los contenidos de los mismos al Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA). La recepción de un trabajo para su evaluación no implica asumir un compromiso de publicación.

Para enviar trabajos, realizar consultas sobre las pautas de estilo o acercar sus dudas, puede contactarnos a: [dpublica@derecho.uba.ar](mailto:dpublica@derecho.uba.ar)

## GUIDELINES FOR THE SUBMISSION OF ARTICLES

The “Revista Jurídica de Buenos Aires”, created in 1957 under the direction of Dr. Ignacio Winizky, is a biannual publication of the School of Law of the University of Buenos Aires, which comprises the works of national and foreign scholars. In the last years, each issue —under the direction of different coordinators — has focused on specific subject areas, collecting relevant articles and systematizing them, thus allowing the reader to be familiarised with diverse views.

Works submitted for publication must be original, previously unpublished and not under consideration for publication elsewhere. In addition, they should make a particularly relevant contribution. Articles, essays and book reviews on legal and related issues are welcome. They may be written in Spanish, Portuguese or English. Translations are also considered.

## EVALUATION PROCESS

All works will be subject to double blind peer review conducted by national and international experts in each subject, some of them acting as external reviewers. Authors and reviewers remain anonymous during the evaluation process.

The evaluation process has three stages:

1. The Director and Editorial Board will decide, in accordance with the journal’s objectives, which articles are relevant and appropriate for evaluation and possible publication.

2. The selected articles will be sent — preserving the author’s anonymity — to an external reviewer with expertise in the subject. Since the reception of the article, the reviewer will have 30 (thirty) days to evaluate it and communicate his/her opinion.

The possible results of the peer reviewing process are:

- a) Recommendation of publication.
- b) Suggestion of revisions or modifications for possible publication.
- c) Recommendation of rejection.

3. The author/s of the articles will receive information from the editors on the results of the evaluation process. Those authors who are required to revise or modify the submitted text must comply with the time frame established by the Director of the journal, who will send the modified article to the peer reviewer for its acceptance or rejection. Once the peer reviewer has provided his/her opinion to the Director, the final decision will be informed to the author/s.

## REQUIREMENTS AND SUBMISSION

1. The submission of articles to be published in each year's first issue of the journal will take place in December of the previous year. The submission of articles to be published in the second issue will take place in May. All works must be related to the specific subject area of each issue.

2. Each issue will have a presentation by its coordinator.

3. Articles must have between 6,000 and 10,000 words, without including bibliography.

4. Manuscripts must comply with this list of requirements and with the style guidelines. Any inquiry can be addressed to the Director of the journal or to the Department of Publications.

5. Articles must be submitted to the journal's Director via email to the issue's coordinator. The document must contain the following information: title, author/s' name, date of completion and date of submission. It is recommendable to use the latest versions of Microsoft Word.

6. Along with the manuscript, the author/s must also submit a **short bio** including: name, surname, profession, current position, institutional affiliation (including city and country of the institution), nationality, telephone, address and email. All published works will include the email address of at least one of the authors.

## STYLE GUIDELINES

1. The page size of the document must be A4, with top and bottom margins 2,5 cm and side margins 3 cm. Times New Roman font, size 12 must be used. Single line spacing must be used, and the first line in each paragraph shall have 1 cm indentation. No additional space before or after each paragraph should be included. Footnotes shall also have 1 cm indentation in the first line, employing Times New Roman, size 10, and single line spacing. The text and footnotes must be justified.

2. The article's **title** must be in the language employed in the article, in capital letters and centred.

3. If the submission is a translation, it must be indicated in the first footnote using the symbol \* after the title, and the following structure must be employed, completing the relevant information:

\*Originally published as <title in the original language> in <source of the original piece>. Translation into Spanish/English/Portuguese by <name and surname of the translator, profession or current position, institutional affiliation>.

4. The author/s' name should be centred under the title of the article, after the word "By", aligned to the right and in capital letters. A footnote should be placed there, using the symbol \* (or \*\* in case the piece also includes the footnote mentioned in guideline 3), which must include the author/s' current position or profession and a brief academic reference, including current academic position (if any) and institutional affiliation. Acknowledgments may be included there.

5. Afterwards, an **abstract** of no more than 250 words (in the case of short articles, abstracts can be of 100 words) and **five keywords** must be included. The titles "Abstract" and "Keywords" must be in **bold** and the text of the sections in *italics*. Both sections must use 1 cm indentation in the first line. They shall be in the language employed in the article.

6. Immediately after, the piece shall include a translation into Spanish of the article's title, in capital letters and centred. Underneath, the abstract and the keywords should be translated into Spanish, employing the same style guidelines as in the original language.

7. The sources employed for the article must be correctly included in **bibliographical references** and in the **list of bibliography**. The following indications are to be followed:

7.1. Direct Quotations that are 330 characters or more must be included in a new paragraph, separated by double space from the previous and following text of the main body. It shall use single line spacing, be written in normal font (without quotation marks nor italics), justified, and with 2.5 cm left and right indentation. Direct quotations under 330 characters will have the same format as the main body, with quotation marks and without italics.

7.2. Notes and bibliographical references must be included as footnotes. Bibliographical references must include, in the following order: surname of the author/s in capital letters, name in lower case letters, book titles in italics without quotation marks, city of publication (in Spanish), editorial house, year of publication, page number/s. If it is an article, the title will be between quotation marks and the name of the journal in italics. If it is a book by multiple authors,

the title of the chapter will be between quotation marks, followed by surname and name of the volume's editors, book title using italics without quotation marks, followed by city of publication, editorial house, year of publication, and page number/s. When citing articles from websites, the domain and date of last access shall be included after the title.

For example:

*Books*

FOUCAULT, Michel. *Securité, territoire, population*, París, Seuil/Gallimard, 2004, p. 199.

*Articles in Journal*

MUÑOZ BRAVO, Tomás "Política migratoria en Argentina como respuesta a Las crisis económicas y a procesos de integración regional" en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, num. 119, México, UNAM, may.-aug. 2014, pp. 87-116.

*Book Chapters*

BOTHE, Michael. "The WHO Request", in BOISSONDE CHAZOURNES, Laurence y SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 103-111.

*Websites*

ZEGVELD, Liesbeth. "The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case", available at <<http://www.cicr.org>> (last access 4-02-2007).

7.3. At the end of the document, a list of bibliography shall be included, listing all sources consulted for the drafting of the article, in accordance with the aforementioned style guidelines.

8. Additional elements:

8.1. Tables and figures must be included within the text and be consecutively numbered (figure 1, chart 1, etc.). They must be accompanied by their source and title. Original files in Microsoft Excel format or graphics programs should also be sent as separate digital files.

8.2. Photographs and images must comply with the same requirements and have a resolution of 300 dpi or higher. When they do not belong to the

author of the article, an authorization for its reproduction by the rights holder is required.

8.3. If necessary, additional elements which are a part of the document will be submitted in the format agreed upon with the Director of the journal.

9. Titles and subtitles must respect the following format:

TITLE (Capital letters and centred)

By NAME OF AUTHOR/S

**Abstract:**

**Keywords:**

TITLE IN SPANISH (Capital letters and centred)

**Resumen:**

**Palabras clave:**

INTRODUCTION (Capital letters and centred)

1. TITLE (Chapter) (Capital letters and centred)

*1.1. Heading* (italics, no indentation, lower case letters)

*1.1.1. Heading* (italics, no indentation, lower case letters)

*1.1.2. Heading* (italics, no indentation, lower case letters)

2. TITLE (Chapter) (Capital letters and centred)

CONCLUSIONS (If any, in capital letters and centred)

BIBLIOGRAPHY (Capital letters and centred)

## PUBLICATION RIGHTS

The submission of a manuscript for publication entails the author/s' authorization to reproduce it in any media or form, whenever the journal considers it appropriate, except in the case of express withdrawal.

By submitting an article for publication, the author/s assign/s all the rights of distribution and public display of its contents to the Department of Publications of the School of Law of the University of Buenos Aires. The reception of a manuscript does not entail any publication commitment.

For further information, inquiries and to submit manuscripts, please contact us: [dpublica@derecho.uba.ar](mailto:dpublica@derecho.uba.ar).